

Direito Civil

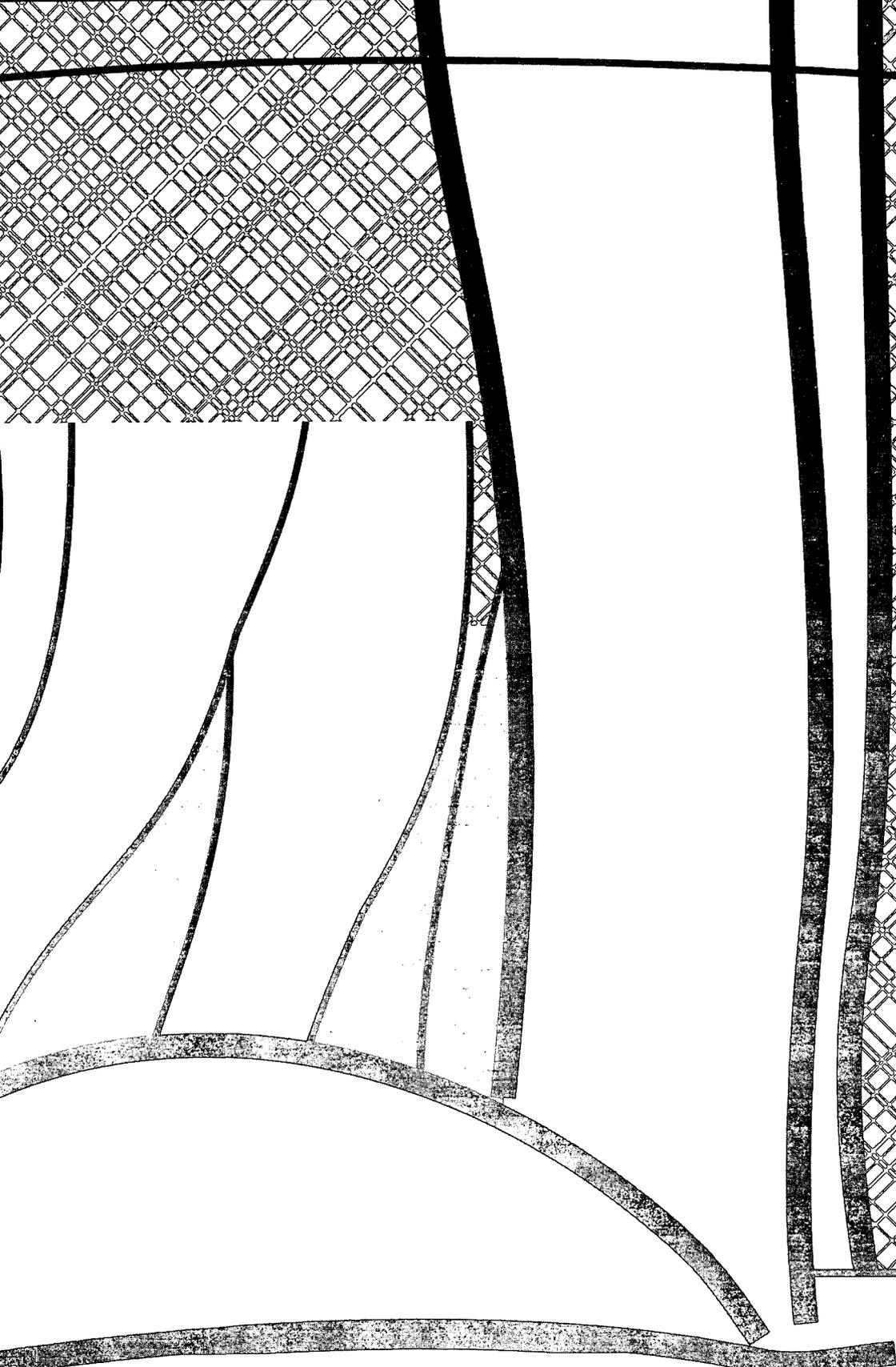
# Instituições de Direito Civil Brasileiro Vol. II

Lourenço Trigo de Loureiro

História do Direito  
Brasileiro



5

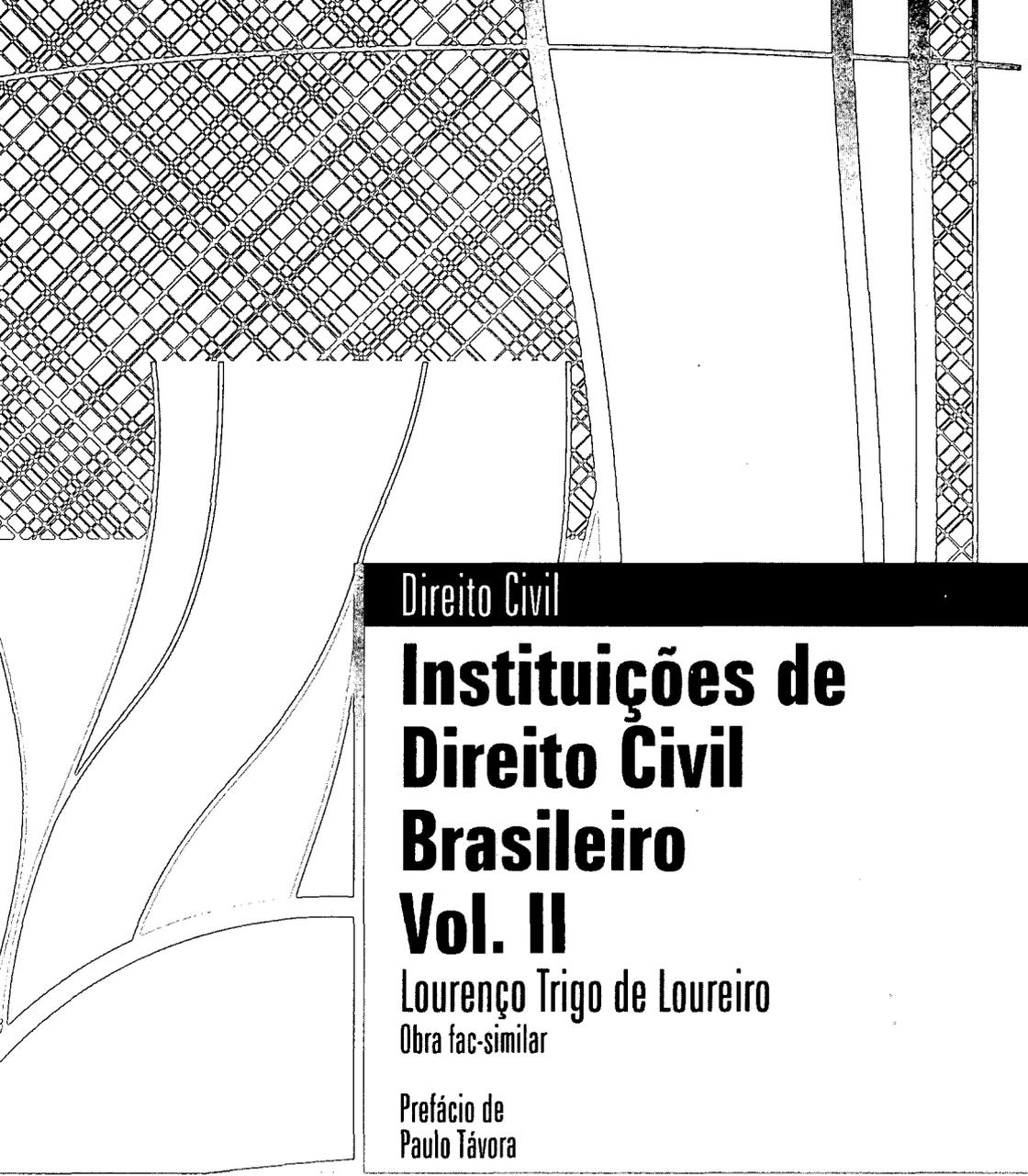


### *Senado Federal*

Senador José Sarney, Presidente  
Senador Paulo Paim, 1º Vice-Presidente  
Senador Eduardo Siqueira Campos, 2º Vice-Presidente  
Senador Romeu Tuma, 1º Secretário  
Senador Alberto Silva, 2º Secretário  
Senador Heráclito Fortes, 3º Secretário  
Senador Sérgio Zambiasi, 4º Secretário  
Senador João Alberto Souza, Suplente  
Senadora Serys Slhessarenko, Suplente  
Senador Geraldo Mesquita Júnior, Suplente  
Senador Marcelo Crivella, Suplente

### *Superior Tribunal de Justiça*

Ministro Nilson Vital Naves, Presidente  
Ministro Edson Carvalho Vidigal, Vice-Presidente  
Ministro Antônio de Pádua Ribeiro  
Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira, Diretor da Revista  
Ministro Raphael de Barros Monteiro Filho  
Ministro Francisco Peçanha Martins  
Ministro Humberto Gomes de Barros  
Ministro Francisco Cesar Asfor Rocha  
Ministro Vicente Leal de Araújo  
Ministro Ari Pargendler, Coordenador-Geral da Justiça Federal  
Ministro José Augusto Delgado  
Ministro José Arnaldo da Fonseca  
Ministro Fernando Gonçalves  
Ministro Carlos Alberto Menezes Direito  
Ministro Felix Fischer  
Ministro Aldir Guimarães Passarinho Junior  
Ministro Gilson Langaro Dipp  
Ministro Hamilton Carvalhido  
Ministro Jorge Tadeo Flaquer Scartezzini  
Ministra Eliana Calmon Alves  
Ministro Paulo Benjamin Fragoso Gallotti  
Ministro Francisco Cândido de Melo Falcão Neto  
Ministro Domingos Franciulli Netto  
Ministra Fátima Nancy Andrichi  
Ministro Sebastião de Oliveira Castro Filho  
Ministra Laurita Hilário Vaz  
Ministro Paulo Geraldo de Oliveira Medina  
Ministro Luiz Fux  
Ministro João Otávio de Noronha  
Ministro Teori Albino Zavascki  
Ministro José de Castro Meira  
Ministra Denise Martins Arruda



Direito Civil

# Instituições de Direito Civil Brasileiro Vol. II

Lourenço Trigo de Loureiro  
Obra fac-similar

Prefácio de  
Paulo Távora

História do Direito  
Brasileiro



Brasília  
Janeiro/2004

### Conselho Editorial

Senador José Sarney, Presidente  
Joaquim Campelo Marques, Vice-Presidente  
Carlos Henrique Cardim, Conselheiro  
Carlyle Coutinho Madruga, Conselheiro  
Raimundo Pontes Cunha Neto, Conselheiro

*O Conselho Editorial do Senado Federal, criado pela Mesa Diretora em 31 de janeiro de 1997, buscará editar, sempre, obras de valor histórico e cultural e de relevância para a compreensão da história política, econômica e social do Brasil e reflexão sobre os destinos do país.*

### *Coleção História do Direito Brasileiro - Direito Civil*

ANTONIO JOAQUIM RIBAS	JOSÉ DE ALENCAR
Curso de Direito Civil brasileiro	A Propriedade pelo Cons. José de Alencar - com uma prefação do Cons. Dr. Antonio Joaquim Ribas
ANTONIO MAGARINOS TORRES	LAFAYETTE RODRIGUES PEREIRA
Nota Promissoria (estudos da lei, da doutrina e da jurisprudência cambial brasileira)	Direito das Coisas - adaptação ao Código Civil por José Bonifácio de Andrada e Silva
AUGUSTO TEIXEIRA DE FREITAS	LAFAYETTE RODRIGUES PEREIRA
Consolidação das Leis Civis	Direitos de Família - anotações e adaptações ao Código Civil por José Bonifácio de Andrada e Silva
AUGUSTO TEIXEIRA DE FREITAS	LOURENÇO TRIGO DE LOUREIRO
Código Civil: esboço	Instituições de Direito Civil brasileiro
CLÓVIS BEVILÁQUA	PEDRO ORLANDO
Direito das Coisas	Direitos Autorais: seu conceito, sua prática e respectivas garantias em face das Convenções Internacionais, da legislação federal e da jurisprudência dos tribunais
FRANCISCO DE PAULA LACERDA DE ALMEIDA	
Obrigações: exposição systemática desta parte do Direito Civil patrio segundo o método dos "Direitos de Família" e "Direito das Causas" do Conselheiro Lafayette Rodrigues Pereira	

### *Comissão Organizadora do Superior Tribunal de Justiça*

Walkir Teixeira Bottecchia, Secretário-Geral  
Jadir da Fonseca Camargos, Assessor de Articulação Parlamentar  
Marcelo Raffaelli, Assessor Jurídico  
Luciana Raquel Jáuregui Costandrade, Assessora Jurídica  
Judite Amaral de Medeiros Vieira, Núcleo de Redação e Revisão  
Mari Lúcia Del Fiaco, Núcleo de Redação e Revisão  
Stael Françaize de Medeiros Oliveira Andrade, Núcleo de Redação e Revisão

### *Projeto Gráfico*

Carlos Figueiredo, Núcleo de Programação Visual  
Eduardo Lessa, Núcleo de Programação Visual  
Taís Villela, Coordenadora do Núcleo de Programação Visual

Loureiro, Lourenço Trigo de, 1792-1870.

Instituições de direito civil brasileiro / Lourenço Trigo de Loureiro ; prefácio de Paulo Távora. - Ed. fac-sim. -- Brasília : Senado Federal, Conselho Editorial : Superior Tribunal de Justiça, 2004.

2 v. -- (História do direito brasileiro. Direito civil)

1. Direito civil, Brasil. I. Título II. Série.

CDDir. 342.1



## Coleção HISTÓRIA DO DIREITO BRASILEIRO

No prefácio de sua monumental *A Política Exterior do Império*, dizia Calógeras, referindo-se à história diplomática do país, que era preciso evitar se perdesse “o contato com esse passado tão fecundo em lições e tão cheio de seiva alentadora para quem o sabe consultar”. Foi com a mesma finalidade, agora com foco na história das instituições jurídicas brasileiras, que o Senado Federal e o Superior Tribunal de Justiça celebraram convênio para a reedição de grandes obras do Direito Civil e Penal pátrio que comporão a coleção intitulada *História do Direito Brasileiro*.

O projeto nasceu de sugestão que me fez o pesquisador Walter Costa Porto, advogado, professor universitário, ex-Ministro do Superior Tribunal Eleitoral, emérito constitucionalista, personalidade merecedora do respeito de todos quantos o conhecem, a quem presto neste ensejo a justa homenagem que lhe é devida.

Seu objetivo é atualizar, num corpo orgânico, parte da história de nosso Direito e, dessarte, colocar à disposição de especialistas e demais interessados obras da literatura jurídica nacional hoje esgotadas ou de difícil acesso. A importância da iniciativa é evidente: por um lado, contribui para a preservação de nosso patrimônio cultural; por outro, ajudará os estudiosos da evolução das instituições do Direito brasileiro.

Quer nos escritos, quer nas biografias, evidencia-se a magnitude das personalidades a serem reeditadas. Com efeito, não se trata apenas de juristas e autores de obras de Direito, mas de luminárias da cultura nacional, que foram também catedráticos, literatos, jornalistas, ocupantes de elevados cargos públicos e militantes da política.

A coleção publicará onze livros de Direito Civil e dez de Direito Penal. Aqueles são os seguintes:

- *A Propriedade pelo Cons. José de Alencar* – com uma prefacção do Cons. Dr. Antonio Joaquim Ribas, trazendo de volta livro cujo autor, além de dar expressiva contribuição às letras brasileiras, teve importante carreira política e ocupou o Ministério da Justiça no gabinete Itaboraí.



Acresce ser o livro prefaciado por Antonio Joaquim Ribas, jurista que também será reeditado na coleção.

- *Consolidação das Leis Cíveis*, de 1858, e *Código Civil: esboço*, dois trabalhos de reconhecido valor histórico, da lavra de Augusto Teixeira de Freitas. O primeiro foi-lhe encomendado pelo governo imperial; a comissão encarregada de revê-lo, após dar o laudo aprobatório, acrescentou que sua qualidade recomendava a habilitação de Teixeira de Freitas “para o Projeto do Código Civil, do qual a *Consolidação* é preparatório importante”. Seu esboço de Código Civil, não aproveitado no Brasil, serviu de base para o Código Civil da República Argentina. Quanto à *Consolidação*, seu mérito histórico é realçado pela visão da visceral repulsa ao escravismo manifestada pelo autor.

- *Curso de Direito Civil brasileiro*, de Antonio Joaquim Ribas, que, como dito acima, prefaciou *A Propriedade*, de José de Alencar. No prefácio da 2ª edição do *Curso de Direito Civil* (1880), Ribas disse, em palavras que condizem com o objetivo da coleção *História do Direito Brasileiro*, que “Sem o conhecimento [da] teoria [do Direito Civil pátrio] ninguém pode aspirar ao honroso título de jurisconsulto, e nem exercer digna e satisfatoriamente a nobre profissão de advogar ou de julgar”.

- *Direitos de Família e Direito das Coisas*, de Lafayette Rodrigues Pereira, datados respectivamente de 1869 e 1877, ambos adaptados ao Código Civil de 1916 por José Bonifácio de Andrada e Silva. Lafayette foi advogado e jornalista liberal, Ministro da Justiça, Senador, Presidente do Conselho e, *last but not least*, defensor de Machado de Assis contra a crítica feroz de Sílvio Romeró. Com graça, dizia, a respeito de seu renome, “Subi montado em dois livrinhos de direito”. São esses “livrinhos” que aqui estão vindo a lume, obras cujo método Lacerda de Almeida – outro nome na lista de autores da coleção – utilizou para a exposição sistemática do direito das obrigações.

- *Direito das Coisas*, de Clóvis Beviláqua, permitirá aos estudiosos hodiernos familiarizar-se com um gigante da literatura jurídica nacional, autor, a convite do Presidente Epitácio Pessoa, do projeto do Código Civil brasileiro. Modernizador, expressou no projeto sua revolta contra a vetustez do Direito Civil vigente no Brasil.

- *Instituições de Direito Civil brasileiro, oferecidas, dedicadas e consagradas a Sua Majestade Imperial o Senhor Dom Pedro II*, por Lourenço Trigo de Loureiro, nascido em Portugal (Vizeu) e formado em Olinda, onde mais tarde ocupou a cátedra de direito civil; teve cargos políticos,

foi professor de francês e tradutor de literatura francesa, inclusive do teatro de Racine. Seu livro, datado de 1850, constitui valioso elemento para aquilatar o cenário contra o qual, meio século depois, Beviláqua expressaria sua revolta.

- *Obrigações: exposição systematica desta parte do Direito Civil patrio segundo o methodo dos "Direitos de Família" e "Direito das Cousas" do Conselheiro Lafayette Rodrigues Pereira*, de Francisco de Paula Lacerda de Almeida. Publicado em 1897, é um dos muitos livros sobre temas de direito civil deixados por Lacerda de Almeida.

- *Direitos Autorais: seu conceito, sua prática e respectivas garantias em face das Convenções Internacionais, da legislação federal e da jurisprudência dos tribunais*, de autoria de Pedro Orlando. Autor de obras sobre direito comercial, questões trabalhistas e fiscais, Orlando é também autor do *Novíssimo Dicionário Jurídico Brasileiro*.

- *Nota Promissoria (estudos da lei, da doutrina e da jurisprudencia cambial brasileira)*, por Antonio Magarinos Torres. Advogado, catedrático e vice-diretor da Escola Superior de Comércio do Rio de Janeiro, juiz e presidente do Tribunal do Júri da então capital do país. Prolífico autor, escreveu sobre direito comercial, fiscal, penal e finanças.

Os dez livros dedicados ao Direito Penal incluem:

- *Tratado de Direito Penal alemão, prefácio e tradução de José Hygino Duarte Pereira*, de Franz von Liszt, jurista alemão, catedrático da Universidade de Berlim. A par, por si só, do elevado conceito do *Tratado*, quisemos, com a publicação, destacar o alto valor do prefácio de José Hygino, de indispensável leitura, que, por isso mesmo, ajusta-se à finalidade da coleção a respeito da história do direito brasileiro.

- *Lições de Direito Criminal*, de Braz Florentino Henriques de Souza, autor de trabalhos sobre Direito Civil e Criminal, designado membro da comissão encarregada de rever o Código Civil em 1865. *Lições de Direito Criminal* data de 1860.

- *Anotações theoricas e praticas ao Codigo Criminal*, de Thomaz Alves Junior. Crítico do Código Penal de 1830, que considerava prolixo e casuístico, Thomaz Alves o analisa detidamente, historiando sua apresentação, discussão e aprovação. Desse modo, as *Anotações* iluminam os leitores do século XXI quanto ao pensamento dos legisladores brasileiros do Império e constituem leitura complementar à obra de Braz Florentino.

- *Menores e loucos em Direito Criminal e Estudos de Direito*, de Tobias Barreto. Conhecido por sua poesia, Barreto era talvez mais jurista que poeta. Formou-se na Faculdade de Direito do Recife, da qual foi depois catedrático, tendo entre seus discípulos Clóvis Beviláqua, Graça Aranha e Sílvio Romero. Fizeram parte da denominada “Escola do Recife”, que marcou o pensamento brasileiro (a propósito, entre outras, de Nelson Saldanha, *A Escola do Recife*, 1976 e 1978, e, de Miguel Reale, *O Culturalismo da Escola do Recife*, de 1956). Tobias foi um inovador; lutou incessantemente contra a estreiteza do ambiente cultural então imperante no Brasil.

- *Código Criminal do Império do Brasil anotado*, por Antonio Luiz Ferreira Tinôco. O Código do Império, reconhecido como “obra legislativa realmente honrosa para a cultura jurídica nacional” (Aníbal Bruno), filiava-se à corrente dos criadores do Direito Penal liberal (entre eles, Romagnoni e Bentham); admiravam-lhe a clareza e a concisão, entre tantos outros juristas, Vicente de Azevedo e Jiménez de Asúa, por exemplo. “Independente e autônomo, efetivamente nacional e próprio” (Edgard Costa), foi o inspirador do Código Penal espanhol de 1848 (Basileu Garcia e Frederico Marques). Acolheu a pena de morte, é certo, mas D. Pedro II passou a comutá-la em galés perpétuas após a ocorrência de um erro judiciário, ao que se conta. Segundo Hamilton Carvalhido, a obra de Tinôco “nos garante uma segura visão da realidade penal no último quartel do século XIX”.

- *Código Penal commentado, theorica e praticamente*, de João Vieira de Araujo. Abolida a escravidão, Nabuco apresentou projeto, que nem chegou a ser discutido, para autorizar a adaptação das leis penais à nova situação. Sobreveio, logo após, o Código Penal de 1890, cuja elaboração fora cometida ao Conselheiro Baptista Pereira. O Código receberia várias críticas. Em 1893, Vieira de Araújo apresentou à Câmara dos Deputados projeto de um Código, sem êxito; logo depois, apresentava outro esboço, também sem sucesso.

- *Código Penal da Republica dos Estados Unidos do Brasil*, por Oscar de Macedo Soares. Diplomado em Direito pela Faculdade do Largo São Francisco, foi jornalista, secretário das províncias de Alagoas e Ceará, político conservador, advogado e autor de várias obras de Direito.

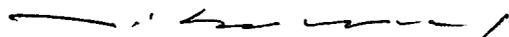
- *Direito Penal brasileiro (segundo o Código Penal mandado executar pelo Decreto N. 847, de 11 de outubro de 1890, e leis que o modificaram ou completaram, elucidados pela doutrina e jurisprudencia)*, de Galdino

Siqueira. Desembargador do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e autor de livros sobre Direito Penal, em 1930 Siqueira foi incumbido pelo Ministro da Justiça e Negócios Interiores de redigir um anteprojeto de Código de Processo Civil. Em 1917 tinha participado, pela acusação, no julgamento do assassinato de Pinheiro Machado.

- *Código Penal dos Estados Unidos do Brasil commentado*, de Antonio José da Costa e Silva, livro que antecedeu a preparação, em 1938, do projeto de Código Criminal encomendado por Francisco Campos a Alcântara Machado. Costa e Silva participou da comissão revisora do projeto, a qual contava com luminaries como Nelson Hungria e Roberto Lyra e cujo resultado foi o Código Penal de 1940.

O leitor pode compreender, em face do que precede, a relevância da iniciativa tomada conjuntamente pelo Senado Federal e o Superior Tribunal de Justiça.

Como país jovem, na afoiteza de perseguir os objetivos de progresso e desenvolvimento, às vezes nos temos descuidado do passado cultural, sacrificando-o erradamente, ao confundir o que é antigo com o que é obsoleto. Almejo que a publicação da *História do Direito Brasileiro* concorra para remediar ótica tão equivocada, porque, nas palavras de Ginoulhiac em sua *Histoire générale du droit français*, "Ce n'est pas seulement dans la suite des faits, des événements, que consiste l'histoire d'un peuple; mais encore, mais surtout, dans le développement de ses institutions et de ses lois."



Ministro Nilson Naves  
Presidente do Superior Tribunal de Justiça





O Superior Tribunal de Justiça e o Senado Federal estão reeditando alguns dos títulos essenciais da literatura jurídica brasileira. A Coleção *História do Direito Brasileiro*, com títulos de direito civil e penal, deverá ocupar um lugar importante nas bibliotecas de magistrados, advogados e estudiosos de direito.

Esta coleção se insere no programa editorial do Senado, que se destina ao desenvolvimento da cultura, à preservação de nosso patrimônio histórico e à aproximação do cidadão com o poder legislativo.

Senador José Sarney

Presidente do Conselho Editorial do Senado Federal



INSTITUIÇÕES

DE

**DIREITO CIVIL BRASILEIRO**



INSTITUIÇÕES  
DE  
**DIREITO CIVIL BRASILEIRO**  
QUARTA EDIÇÃO

MAIS CORRECTA E AUGMENTADA

E

OFFERECIDA, DEDICADA E CONSAGRADA

Á

SUA Magestade Imperial o Senhor Dom Pedro II

por seu muito amante reverente e fiel subdito

**LOURENÇO TRIGO DE LOUREIRO**

LENTE DA FACULDADE DE DIREITO DO RECIFE

---

**TOMO II**

---

RIO DE JANEIRO

**B. L. GARNIER**

Livreiro-Editor do Instituto Historico do Brasil

69 — RUA DO OUVIDOR — 69

—  
1872



# INSTITUIÇÕES

DE

## DIREITO CIVIL BRASILEIRO

---

### CONTINUAÇÃO DO LIVRO II

#### Do Direito em relação ás cousas.

#### TITULO VII.

##### Das substituições, e codicillos.

§ 401. NOÇÃO DE SUBSTITUIÇÃO, E DOS PRINCIPIOS Á QUE É SUJEITA, SEGUNDO DIREITO ROMANO.

*Substituição* é a nomeação de outro herdeiro directo para o caso, em que o herdeiro instituido em primeiro logar não o venha á ser, porque não quer, ou porque não póde. <sup>1</sup> Ella é sujeita á estes principios :

1.º Quem póde testar, póde fazer uma substituição.

<sup>1</sup> Aqui só fallamos da substituição de herdeiros directos : mas tambem se permitem substituições em materia de legados, fideicommissos, e doações *mortis causa* ; L. 50, pr. D. liv. 31, Const. un. § 7, Cod. liv. 6, tit. 51.

Quanto ás substituições dos herdeiros, temos no Direito Patrio a Ord. Philipp. liv. 4, tit. 87, a qual foi compilada do Direito Romano.

Mello Freire, attribuindo á maxima dos Romanos — *Ignominiosum est sacra privata vel domestica perire* — o favor concedido pelo Direito Romano ás substituições ; e attendendo ao principio dominante da legislação Josephina, de deverem antes ser favorecidas as successões legitimas ; escreveo no seu livro 3º, tit. 15, § 55, e sua nota que parecia ser do interesse da republica que se proscresseo o uso das substituições ; visto que, tendo sido excogitadas para que os testamentos não ficassem destituídos, ou para que os filhos impu-

2.º A substituição, da mesma sorte que a instituição, não se pôde fazer senão por testamento, nem se pôde substituir á quem não se pôde instituir.

3.º É permittido substituir ao primeiro herdeiro um segundo, á este um terceiro, etc. (*heredes secundo, tertio gradu scribere*); e deve-se nesse caso applicar a regra — *Substitutus substituto est substitutus instituto*; — § 3, Inst. liv. 2, tit. 15, L. 27, L. 41 pr., L. 47, D. liv. 28, tit. 6, e L. 69, D. liv. 29, tit. 2.

4.º É permittido substituir muitos herdeiros á um só, e *vice-versa* um só a muitos; § 1, Inst. *eod.*

5.º Muitos herdeiros no primeiro grau, e muitos substitutos, podem ser mutuamente substituidos (*substitutio reciproca*); L. 27, § 1, D. liv. 28, tit. 5, L. 4, § 1, D. *ibid.* tit. 6, e L. 64, D. liv. 31.

6.º A substituição opera os seus effeitos ao verificar-se o caso, para que foi estabelecida; L. 3, D. liv. 39, tit. 2, L. 39, D. *ibid.*, Const. 3, Cod. liv. 6, tit. 26.

7.º Se o testador dissesse que a substituição só teria logar no caso, em que o primeiro herdeiro não o quizesse ser, se subintende tambem o caso, em que não o possa ser, e reciprocamente; arg. da L. 4, pr. D. liv. 28, tit. 6, L. 101, D. liv. 35, tit. 1, Const. 3, Cod. liv. 6, tit. 24, Const. 4, Cod. liv. 6, tit. 26.

8.º A substituição tem por effeito pôr o substituto no logar daquelle, á quem é substituido; e então recebe, em regra geral, a porção, que este haveria tido; salvo, se forem muitos, porque então a dividem entre si; § 2, Inst. liv. 2, tit. 15, L. 24, e L. 45, § 1, D. liv. 28, tit. 6, Const. 1, Cod. liv. 6, tit. 26.

beres, e os dementes não morressem intestados, essas razões supersticiosas não tinham merecimento algum entre nós.

Parece-nos porém que isso não é bastante para se proscreverem as substituições, emquanto não se proscreverem as instituições testamentarias; porquanto, se ha razão para se conceder á cada um a faculdade de instituir herdeiro em primeiro grau, ha igual razão para se lhe conceder instituir em segundo, terceiro, etc. O Cod. Civ. Fr. art. 806, prohibio as substituições; mas no art. 898 permittio a substituição vulgar, e nos arts. 1048 e 1049 a fideicommissaria nestes dois casos:

1.º No caso do pai, que deixa á seu filho alguma cousa além da legitima, para a transferir á seus netos filhos do mesmo seu filho.

2.º No dos irmãos, que não tendo herdeiros necessarios deixão seus bens á outros irmãos com a obrigação de os transmittirem á seus filhos. . \*

9.º Extingue-se nestes casos: a) quando o instituído, ou um substituto anterior se torna effectivo herdeiro; Const. 5, Cod. liv. 6, tit. 26: b) quando o instituído se aproveita de uma transmissão (§ 439, nota 2): c) quando o substituto morre antes do instituído (Const. un. § 4, Cod. liv. 6, tit. 51); salvo, se morreo antes da deliberação deste (§ 402, in fin.): d) quando elle não se torna herdeiro na qualidade de instituído, na substituição reciproca; L. 23, e L. 45, § 1, D. liv. 28, tit. 6: e) quando a substituição é condicional, e a condição não se verificou; LL. 14, 21, e 23, D. ibid.

#### § 402. DA DIVISÃO DAS SUBSTITUIÇÕES, E DA DOCTRINA DA QUE SE CHAMA VULGAR.

A substituição divide-se em *vulgar*, *pupillar*, *exemplar*, *reciproca*, *compendiosa*, e *fideicommissaria*, ou simplesmente *fideicommissio*; deste havemos de tratar no tit. VIII, A substituição *vulgar* faz-se commumente pela fórma seguinte: *Instituo a Pedro por meu herdeiro, e se o não fôr seja Paulo.* — A expressão — *e se o não fôr* — comprehende o caso de não querer Pedro acceitar a herança, e o de não poder acceitar, ou porque falleceo antes do testador, ou porque se tornou incapaz, ou indigno; L. un. C. *de caduc. tollend.*, e Ord. liv. 4, tit. 87, §§ 1 e 2.

Da mesma sorte que a instituição, a substituição vulgar pôde ser pura, ou condicional; mas a condição posta na instituição não se intende posta na substituição, se isso não foi expressamente declarado; L. 73, D. *de hered. instit.*

Logo que o herdeiro instituído, ou principal acceita a herança, expira o direito do substituto vulgar; porém, se o herdeiro principal, que assim acceitou a herança, fôr menor, e por virtude do beneficio da restituição, que lhe é outorgado pela Ord. liv. 3, tit. 41, § 6, vier a ser restituído ao estado, em que era antes da acceitação, então revive para o substituto vulgar o direito á herança, de que já era excluído; cit. Ord. liv. 4, tit. 87, § 3. Igual direito compete ao substituto nomeado em testamento militar; cit. Ord. § 4.

Por identidade de razão, se o menor renunciou a herança e depois a pede por virtude do mesmo beneficio, o substituto vulgar deve entregar-lh'a, e então expira o seu direito.

O testador pôde nomear não só um substituto vulgar, mas quantos quizer, segundo a ordem numerica. Quando nomêa muitos, o primeiro succede na falta, incapacidade, ou renuncia do herdeiro principal, o segundo na falta, incapacidade, ou renuncia do primeiro, e assim por diante; L. 1, D. *de vulg. et pupil. subst.*

Da mesma sorte pôde o testador nomear substituto ao legatario. L. 50, D. *de legat.*: se o substituto fallece depois do testador, mas antes da deliberação do herdeiro, o direito daquelle é traspassado em seus herdeiros; L. 19, Cod. *de jur. deliber.*, e Cod. da Pr. p. 1, tit. 12, art. 462.

### § 403. DA SUBSTITUIÇÃO PUPILLAR.

Substituição *pupillar* é a nomeação de herdeiro feita pelo pai ao filho impubere, que tem debaixo de seu poder paterno, para lhe succeder no caso que venha a fallecer na idade pupillar depois da morte delle pai testador; L. 2, D. *de vulg. et pupill. substit.*, e Ord. liv. 4, tit. 87, § 7.

Para ser valida, e produzir seus effeitos é essencial:

1.º Que não sobreviva ao pupillo algum outro ascendente, ou irmão (§ 404 *in fine*) que por direito lhe deva succeder, arg. da Ord. liv. 4, tit. 91 pr., e § 1 combinados com os tits. 92 e 93 do mesmo livro.

2.º Que o pai faça primeiramente testamento, e o institua herdeiro nos proprios bens; Ord. liv. 4, tit. 87, § 8.

3.º Que o herdeiro instituido acceitasse a herança antes de fallecer na idade pupillar; porque se não acceitou, assim como se completou antes de morrer, os quatorze, ou doze annos de idade, segundo era varão, ou femêa, expirou com a sua morte a substituição pupillar; cit. Ord. §§ 8 e 9, que rejeitáráo em parte a L. 2, § penult., e a L. 4, pr. D. *de vulg. et pupill. subst.*, transcripta na nota do § 484.

Instituido herdeiro como fica ditó, pôde o pai dar, no mesmo testamento, substituto pupillar á seu filho para o caso em que venha a fallecer na idade pupillar; ou então fazer codicillo pupillar, em que ordene que fallecendo seu filho na tal idade, o herdeiro que houver de succeder-lhe abintestado, restitua a herança á alguma certa pessoa; cit. Ord. § 10.

## § 404. QUANDO EXPIRA.

A substituição pupillar expira logo que a filha entra no derradeiro dia do duodecimo anno da sua idade, e o filho no derradeiro dia do decimo-quarto anno ; cit. Ord. § 9.

Se a mãe do pupillo sobrevive ao pai, e o pupillo fallece na pupillar idade primeiro que a mãe, a substituição pupillar caduca ; porquanto a mãe, sem embargo da L. 8, § 15, D. *de inoff. testam.*, é herdeira necessaria do filho fallecido sem descendencia. (Ord. liv. 4, tit. 91 in princ.) e é dever do interprete entender as Leis de sorte, que não supponha contradicção no Legislador, e consequentemente entender o poder concêdido ao pai pela cit. Ord. liv. 4, tit. 87, § 7, restricto aos casos, em que elle poder ser exercido sem offensa do direito de successão abintestado, conferido pelas Leis, que a regulão, aos outros ascendentes que sobrevierem, assim ao pupillo, como ao pai testador.

Por essa mesma razão caduca a substituição pupillar, quando, fallecida a mãe, sobrevive ao pupillo avô, ou avó, ou outro ascendente ; porquanto todos os ascendentes são herdeiros necessarios dos seus descendentes, segundo a ordem dos graus, no caso em que os seus descendentes falleção sem descendencia ; Ord. liv. 4, tit. 96, in princ., Digest. Portug. tom. 3, art. 1623.

O mesmo devemos tambem dizer á respeito dos irmãos, na falta de ascendentes, segundo a L. 9, C. *de impub. et. aliis subst.* ; a qual o sabio auctor do Digest. Portug. applica á substituição exemplar no art. 1625, e deixa de fazer igual applicação della á pupillar no art. 1623, talvez por olvidação ; porquanto, se ha razão para que a substituição exemplar não possa prejudicar aos irmãos do mentecapto, tambem a deve haver para que a pupillar não possa prejudicar aos irmãos do pupillo. <sup>1</sup>

<sup>1</sup> A substituição pupillar divide-se em *expressa*, *tacita*, e *compendiosa*. A *expressa* dá-se quando o pai expressa e claramente dá herdeiro ao filho impubere, que tem sob seu poder, para o caso, em que elle, depois da sua morte, venha á fallecer dentro da idade pupillar ; e a sua fôrma ordinaria é esta — *Se meu filho Pedro fallecer impubere, seja seu herdeiro Paulo*.

A *tacita* dá-se, quando o pai dá substituto ao filho impubere, que tem sob seu poder, pela fôrma da substituição vulgar, v. gr., — *Se meu filho Pedro não for meu herdeiro, seja meu herdeiro Paulo*. — E chama-se *pupillar tacita* porque se presume que o substituto dado pelo pai ao filho pupillo em

## § 405. DA SUBSTITUIÇÃO EXEMPLAR.

*Substituição exemplar* é a instituição de herdeiro feita pelo pai, mãe, ou outro ascendente ao descendente pubere, que é furioso, ou mentecapto, para o caso, em que elle venha á fallecer sem recuperar o juizo : e chama-se *exemplar*, porque foi introduzida á exemplo do pupillar. A sua fórmula ordinaria é esta — *Instituo á meu filho Pedro por meu herdeiro, e se elle fallecer durante o furor, que tem, seja seu herdeiro, Paulo* ; — L. 9, C. de *impub. et aliis subs.*, e Ord. liv. 4, tit. 87, § 11.

Como o prodigo, á quem é tolhida a administração dos seus bens, não póde testar. (Ord. liv. 4, tit. 81, § 4), elle está comprehendido nas palavras do cit. § 11 — *o mesmo será de qualquer outro impedimento.*

Esta substituição, como indicação as mesmas palavras, por que ella é significada, expira desde que cessa o impedimento. Ella, como dissemos á respeito da pupillar, tambem não póde prejudicar nem aos descendentes do herdeiro principal (o furioso, mentecapto, ou prodigo), no caso de os

forma vulgar e chamado pelo pai não só para o caso, em que seu filho não venha á ser herdeiro por não querer, ou não poder, mas tambem para o caso, em que tendo com effeito vindo á ser seu herdeiro, venha depois a fallecer antes da puberdade : L. 2, § penult. D. de *vulg. et pupill. subs.*, que se exprime assim : — *Sed et si ita surripserit — Si filius mihi eres non erit, — Seius heres esto : filius heres esto : secundo quidem gradu Seius scriptus est heres. et si filius heres non extiterit, proculdubio Seius ei heres erit : sed etsi extiterit filius heres. et in impubertate defunctus est, Seius admittendus recte videtur.* — c L. 4, in princ. D. *eod.*, que diz assim — *Jam hoc jure ultimur ex D. Marci et Veri constitutione, ut cum pater impuberi filio in alterum casum substituisse intelligatur : sive filius heres non extiterit, sive extiterit et impubes decessit* ; — disposição, que foi conservada no Direito novo na L. 4, C. de *impub. et aliis subs.*

Finalmente a *compendiosa* é a que comprehende em resumo a vulgar, e a pupillar, e cuja forma ordinaria é esta — *Instituo á meu filho herdeiro, e lhe substituo Tício em qualquer tempo, que elle morrer.* — Neste caso se o filho fallecer dentro da pupillar idade, e não lhe sobreviver ascendente algum nem irmão, passa para Tício assim a porção legitima do filho, e quaesquer outros bens, que possua, como a terça, ou parte da terça. em que o pai instituiu o filho.

Se o filho porém não falleceo dentro da idade pupillar, apenas entra no ultimo dia da impuberdade (Ord. liv. 4, tit. 87, § 9), cessa logo a substituição quanto á sua legitima, e mais bens, que tiver alem da terça, ou parte da terça, em que o pai o instituiu ; porquanto desde esse momento elle póde dispor por testamento da terça dos taes bens, se ainda lhe restar algum dos seus ascendentes, e de todos elles no caso contrario ; Ord. liv. 4, tit. 81, in princ., e tit. 91, § 1 ; e se falleceo ab intestato, os seus bens passam aos seus mais proximos parentes, na forma da Ord. liv. 4, tit. 96, pr.

ter, nem aos seus ascendentes, ou irmãos; Digest. Portug. cit. tom. art. 1625, e Voet. ao Digest. lib. 28, tit. 6, n. 31. onde elle diz que pelas palavras da L. 9, — *vel unum, vel certos, vel omnes* — o Imperador Justiniano quizera significar que o testador no caso, em que o impedido tivesse um so filho, ou irmão, devia substituir-lhe esse filho, ou irmão; e no caso, que tivesse mais de um. devia substituir-lh'os todos, ou designando cada um pelo seu nome, ou assignando a cada um sua justa porção na legitima do impedido, maior, ou menor segundo as forças da mesma legitima, e o numero dos substitutos — *certos*; — ou finalmente chamando-os por uma denominação collectiva — *omnes*.

#### § 406. DA SUBSTITUIÇÃO RECÍPROCA.

Substituição *reciproca* é a instituição de dois, tres, ou mais herdeiros, com a clausula de se substituirem uns aos outros na porção da herança pertencente á cada um d'entre elles, que não quizer, ou não poder ser herdeiro, ou que fallecer depois de o ser; Ord. liv. 4, tit. 77, §§ 5 e 6.

Se ella é feita por estranho á estranhos puberes, não é mais que vulgar; L. 4, D. *de vulg. subst.*, e cit. Ord. dit. § 6.

Se é feita por pai á filhos impuberes, inclue em si a pupillar, de tal sorte que, fallecendo qualquer delles, depois de ser herdeiro, dentro da idade pupillar, succedem-lhe os outros filhos seus coherdeiros, postoque sejam maiores; cit. L. 2, o cit. Ord. § 6: salvo, se é vivo, algum outro seu ascendente (403, n. 1°).

E se é feita por pai, mãe, avô, ou avó á filhos, ou nettos puberes, furiosos, ou mentecaptos, ella é ao mesmo tempo vulgar, e exemplar, de tal sorte, que, se um delles morrer antes do testador, sendo só dois, então é vulgar; e se o testador precede á ambos na morte, então é exemplar; Rousaud de Lacombe *Jurisprud. Civ. verb. — Substitution* — p. 1, sect. 4, n. 2.

#### § 407. DA SUBSTITUIÇÃO COMPENDIOSA.

Finalmente substituição *compendiosa* é a que debaixo de um compendio, ou resumo de palavras contém varias substituições de differente natureza; e a sua forma ordinaria é

esta — *Instituto por meu herdeiro á Pedro, e em qualquer tempo que fallecer, seja substituído por Paulo*; — cit. Ord. liv. 4, tit. 87, § 12.

Ella torna-se *vulgar*, se Pedro não acceita a successão; torna-se *pupillar*, se Pedro, sendo pupillo, fallece dentro da idade *pupillar* depois de ter acceitado a herança; e torna-se *fideicommissaria*, se Pedro morre na puberdade, ou depois della; L. 8, C. *de impub. et aliis subst.*

### § 408. DOS CODICILLOS.

Quasi tudo, que contém a Ord. liv. 4, tit. 86, á respeito dos codicillos foi deduzido do Direito Romano; nelle pois, se deve buscar tudo, que no Direito Patrio não achamos á respeito desta materia.

Differe principalmente o codicillo do testamento no seguinte:

1.º Em que não se póde directamente instituir, nem desherdar alguém por meio de codicillo; cit. Ord. in princ. e § 2 da Inst. *de codicill.*; e a razão é porque o codicillo tem menos solemnidades, e por isso mesmo offerece menos garantias da verdade das disposições contidas nelle, do que o testamento; entretanto a importancia da instituição, e da desherdação exige todas as garantias possíveis.

2.º Em que nos codicillos bastão quatro testemunhas, e podem ser varões, ou femeas, não entrando nesce numero a pessoa, que o escreve, nem o Tabellião, que o approvar; cit. Ord. § 1, e L. ult. § ult. C. *cod.*

3.º Em que nos codicillos feitos no campo bastão tres testemunhas varões, ou femeas; cit. Ord. § 2, e L. ult. C. *de testam.*

Elles são da mesma sorte que o testamento, *escriptos*, ou *nuncupativos*; feitos por pessoa *publica*, ou *particular*; *abertos* ou *cerrados*; e precedidos, ou não precedidos de testamento; cit. Ord. in princ., e § 1.

Só os póde fazer quem póde fazer testamento; cit. Ord. § 3, e L. 6. § 3, L. 8, § 2, L. *de jur. codicill.*

Finalmente o seu objecto são ordinariamente legados ou fideicommissos, disposições funerarias, e outras semelhantes cousas.

## § 409. DA CLAUSULA CODICILLAR.

Entre as clausulas do testamento occupa o principal lugar a *codicillar*, a qual ou é *especial*, como quando é concebida nestes termos — *Se este meu testamento não valer como tal, quero, e peço que valha como codicillo* ; — ou é *geral*, e então a sua fórmula ordinaria é esta — *Quero que este meu testamento valha por qualquer modo por que poder valer*.

O seu effeito é que o testamento, que por falta de alguma solemnidade não pôde valer como tal, vale como codicillo, se tiver as solemnidades, que se requerem nos codicillos, e não contiver instituição nem desherdação (§ 508 n. 1.<sup>o</sup>),

Por esta clausula pois sustenta-se o testamento assignado por cinco testemunhas, varões, ou femeas, sem instituição de herdeiro ; L. 29, C. *de fideicomm.*

Pelo contrario ; de nada vale a referida clausula, quando no testamento forão preteridos os descendentes, ou ascendentes, ou quando preterido o irmão honesto, foi instituida pessoa torpe: nem tambem no testamento roto, irritado ou destituido, ou naquelle, em que entrarão testemunhas impuberes, ou outras pessoas, que o não podião ser ; nem enfim naquelles, que são nullos por defeito da vontade, ou do poder do testador, ou por falta de alguma solemnidade interna.

Outros pensão de outro modo ; e assim deve ser porque nem o Direito Romano, nem as leis patrias tem definido perfeitamente esta materia, como já outr'ora fôra objecto de desejo para Brunnemano á L. 8, C. *de codicill.* n. 13. Veja-se Fab. Turrit. no seu tract. espec. *de clausul. codicill.* Strik. Dissert. *de clausul. codicill. et de cautel. testam.*, cap. 23. Cocc. *de clausul. testam.* Disp. 79, vol. 1, pag. 1160. Gam. Decis. 126 e 196, Pinheir. *de testam.* Disp. 2, secç. 11, e Guerreir. *de divis.* lib. 5, caps. 17 e 18.

## TITULO VIII.

## Dos legados, e fideicommissos.

## § 410. O QUE SEJA LEGADO, E FIDEICOMMISSO.

Legado é a disposição da ultima vontade, pela qual o testador ordena ao seu herdeiro, ou testamenteiro, que entregue certa quota-parte da herança, ou certa cousa, ou quantidade á certa e determinada pessoa. Tambem-se toma pela cousa, ou quantidade certa, que o testador manda que se entregue á alguém; e neste sentido Justiniano o definiu — *Donatio quædam a defuncto relicta, ab herede pæstanda.* — § 1, *Inst. de legat.*

*Fideicommissio* porém é disposição, pela qual o testador manda ao seu herdeiro que entregue á certa pessoa, e a tempo certo, a universalidade da herança, ou somente certa quota-parte, ou certa cousa da mesma herança.

O herdeiro, á quem é imposto esse encargo chama-se *fiduciario*, ou *gravado*; aquelle, á quem elle deve transmitir a herança, ou parte della determinada pelo testador, chama-se *fideicommissario*, ou *substituto*. O fiduciario tem propriedade dos bens restricta, e resolúvel; e é equiparado á um usufructuario, no caso, em que o testador não determinou o direitos, e deveres respectivos de outra maneira. Elle portanto :

1.º É obrigado a fazer inventario, se o fideicommissario o requerer; *Guerreir. Tr. 1, liv. 3, cap. 2, n. 6.*

2.º Não pôde dispor dos bens por doação, nem por testamento; *Cod. da Pr. p. 1, tit. 12, arts 468 e 469.*

3.º Nem alienal-os por titulo oneroso; excepto para suas necessidades pessoaes, no caso, em que o testador só fez a substituição á respeito dos bens, que existirem ao tempo da morte do fiduciário; *L. 54, Dig. ad Senatusc. Trib.*; ou se expressamente o desobrigou de fazer inventario; *cit. Cod. art. 471*; ou finalmente se for necessario vendel-os para satisfazer dividas, ou encargos da herança; *Voet. ad Pand. liv. 36, tit. 1, n. 62.*

4.º Deve-se restituil-os no estado, em que se achavão ao tempo, em que tomou conta delles, é responsavel pelo dolo, e culpa lata, e leve; pôde porém repetir as bemfeitorias ne-

cessarias, assim como tambem as uteis, que augmentarão o valor da herança, ou da cousa ; cit. Cod. art. 467, Guerreir. cit. ns. 28 e 29.

### § 411. QUEM POSSA LEGAR, E FIDEICOMMETTER.

Só podem deixar legados, e fideicommissos os que podem fazer testamento ; e só os podem deixar aos que podem adquirir por testamento ; LL. 2 e 144, § 1, D. *de legat.* (§§ 383, 384, 389, 391). Exceptuão-se porém dessas regras os seguintes :

1.º O condemnado a morte natural, o qual, não podendo fazer testamento (§§ 384), o póde comtudo fazer somente para dispor da sua terça para obras pias ; Ord. liv. 4, tit. 81, § 6.

2.º O militar condemnado a morte natural, o qual, só póde testar livremente dos seus bens castrenses, se o Juiz, que deo a sentença, assim o declarou nella ; Ord. liv. 4, tit. 83, § 2 (§ 384).

### § 412. EXTENSÃO, E LIMITES DO PODER DE LEGAR.

Se o testador não tem herdeiros necessarios, á quem é devida legitima, póde testar, e legar livremente de todos os seus bens, guardadas as solemnidades exigidas no testamentos, e codicillos pelas Leis, que lhes dizem respeito (§§ 333 e seguintes) ; se o testador porém tem taes herdeiros, então não póde testar, e legar livre e validamente, senão até onde chegar a sua terça ; Ord. liv. 4, tit. 82, in princ., e tit. 91, § 1 (§ 395).

### § 413. REGRA SOBRE A SIGNIFICAÇÃO DAS PALAVRAS NOS LEGADOS.

Na questão da significação das palavras, com que o legado foi deixado, a vontade do testador não deve ser interpretada conforme a propriedade da lingua latina, nem segundo a significação juridica das palavras, a qual os testadores ordinariamente igno:ão ; mas conforme o sentido natural, obvio, e popular, em que o uso commum de fallar no logar, onde o testador habitava, costuma tomar as pa-

lavras, de que elle se servio, tendo-se em maior consideração a sua vontade, quando for conhecida, do que as suas palavras, como muito discretamente recommenda a L. 101, D. *de condition. et demonstrat.* Introd. §§ XLIII e XLV.

#### § 414. DAS DIFFERENTES ESPECIES DE LEGADOS, E FIDEICOMMISSOS.

O legado, e fideicommisso é :

1.º *Universal*, o qual comprehende todos os bens da herança, como quando é deixada á alguém a universalidade dos bens, de que o testador podia dispor; § 2, Inst. *et fideicommiss. hereditut.*, e L. 2, Cod. *commun. de legat. et fideicommiss.* : neste caso o legatario é equiparado ao herdeiro, e succede tanto activa, como passivamente nos direitos, e obrigações do defunto correspondentes aos legados. <sup>1</sup>

2.º Por *titulo universal*, como quando é deixada á alguém uma quota-parte da herança, v. gr.. a terça, ou uma especie de bens, como, v. gr., os moveis da casa, etc. : neste caso o legatario tambem succede activa, e passivamente na proporção do valor da sua respectiva parte.

3.º *Particular*, como quando é deixada á alguém uma quantia, ou uma, ou muitas cousas especificadamente determinadas; pr. Inst. *de singul. reb. per fideicommiss. relict.* (§ 317).

#### § 415. DO LEGADO E FIDEICOMMISSO EX DIE, OU AD DIEM.

O legado, e fideicommisso deixados á termo suspensivo, isto é, de certo dia por diante (*ex die*), só é transmissivel ao legatario, ou fideicommissario, quando é chegado o tempo determinado : o legado porém deixado á termo resolutivo, isto é, até certo dia (*ad diem*), é transmissivel desde logo, e resolve-se, ou extingue-se logo que chega o tempo deter-

<sup>1</sup> Como por Direito Romano, a instituição de herdeiro era essencial aos testamentos, os legados universaes não podião ter logar, e apenas se dava esse nome ás heranças deixadas em fideicommissó; § 12, Inst. *de fideicommiss. heredit.* Porém no Cod. Civ. Fr. art. 1004, diz-se legado universal assim o que abrange todos os bens do defunto, que não tem herdeiros necessarios, como o que abrange a totalidade da quota-parte da herança, de que o testador podia dispor sem offensa das legitimas.

minado. Os efeitos do termo *ex die* são pois, emquanto á transmissão assim do legado, e do fideicommisso, como da herança, os mesmos que os da condição (paragrapho seguinte).

Dahi segue-se, que, emquanto não se verifica o termo suspensivo, ou depois de verificado o resolutivo, o herdeiro testamentario succede, quanto ao usufructo, nos legados, e fideicommissos, deixados *ex die*, ou *ad diem*, assim como nos mesmos casos o herdeiro legitimo transversal, na falta de herdeiro escripto, succede na herança *ex die*, ou *ad diem*.<sup>1</sup>

O legatario pois, no legado deixado suspensivamente, e o herdeiro legitimo, ou escripto, no legado deixado resolutivamente, podem exigir caução, aquelle á entrega do legado, e este á sua restituição: L. 26, Cod. *de legat.*, L. 4, Digest. *de annuis legat. et fideicomm.*, e LL. 10, 11 e 12, Digest. *Quando dies legator*. (§ 410, n. 4).

#### § 416. DO LEGADO E FIDEICOMMISSO CONDICIONAL.

No legado e fideicommisso deixado debaixo de condição suspensiva, o legatario e o fideicommisso adquirem logo desde a morte do testador direito resolúvel ao legado, e fideicommisso, e transmittem esse mesmo direito á seus herdeiros<sup>2</sup>, se fallecem antes de verificar-se a condição; excepto, se estes não podem satisfazer a condição potestativa, como quando esta é pessoal; Cod. da Pr. p. 1, tit. 4, arts. 161 e 162, e tit. 12, art. 485; ou se do testamento constar que outra foi a vontade do testador; Valasc. Cons. 171, n. 9. Não tem porém acção para pedir a cousa deixada senão depois de verificada a condição; e no intervallo

<sup>1</sup> Por direito Romano, § 9; Inst. *de hered. inst.*, o dia fixado na instituição de herdeiro reputa-se inutil por força do principio — *nemo potest mori pro parte testatus, pro parte intestatus*; — não porém assim quanto aos legados; L. 1, Digest. *de cond. et dem.*

<sup>2</sup> Nas leis romanas o direito eventual dependente de condição suspensiva transmittia-se aos herdeiros, se era fundado em convenção; L. 57, Digest. *de verb. oblig.*, § 25, Ins. *de inut. stip.*; não porém assim nas disposições de ultima vontade: LL. 4 e 5, § 1, Dig. *Quando dies legator*. Se, como alguns pensão, a razão desta excepção foi o suppor-se que nas instituições e legados o testador quiz beneficiar a pessoa do herdeiro, e legatario, e não os herdeiros de cada um destes, ella não nos parece satisfactoria (§ 371, e sua nota).

a posse, e fructos pertencem ao herdeiro, ou ao fiduciario; cit. Cod. tit. 12, art. 478.

Entre uns e outros dão-se os mesmos direitos, e obrigações, que na substituição fideicommissaria; sendo considerados como fiduciarios, no caso da condição suspensiva, os herdeiros legítimos, e no caso da resolutiva os herdeiros testamentarios; Cod. d'Austr. arts. 707 e 708.

### § 417. O HERDEIRO FIDUCIARIO, RESTITUIDA A HERANÇA, DEIXA DE SER HERDEIRO.

Segundo o § 3, da *Inst. de fideicomm. hereditat.*, e L. 88, *D. de hered. inst.*, o herdeiro fiduciario ainda depois da restituição da herança ao fideicommissario ficava sujeito às acções dos credores della, por não se comprehender que podesse deixar de ser herdeiro aquelle, que uma vez o foi — *Nem potest adjectus efficere, ut qui semel heres existit, desinat heres esse* —; cit. L. 88; o que deo origem ao cit. § 3, da *Inst. de fideicomm. hereditat.*, que diz assim — *Restituta autem hereditate, is quidem qui restituit, nihilominus heres permanet.* — Ao depois porém no § 4, da *Instit. eod.* ordenou-se que em todo o fideicommisso universal as acções intentadas pelo herdeiro e contra elle até o tempo da tradição da herança ao fideicommissario passariam para este por effeito da mesma tradição.

### § 418. DA EXTINCCÃO DO FIDEICOMMISSO.

O fideicommisso, além do caso de nullidade da disposição ou do testamento, extingue-se :

1.º No caso, em que o fideicommissario se torna incapaz ou indigno, ou morreo antes do testador; não porém assim, se morreo antes do fiduciario, e depois do testador, porquanto neste caso passa o direito para seus herdeiros; L. 41, § 12. *D. de legat.* 3º (§ 415).

2.º No caso, em que a condição não se verificou; L. 102, *Digest. de legat.* 1.º

3.º No caso, em que os legítimos descendentes do fiduciario, herdeiro necessário do testador, foram preteridos pelo fideicommissario; L. 30, *Cod. de fideicomm.*; L. 102, *Dig. de condit. et dem.*

4.º No caso de transacção dos interessados ; L. 1, Cod. *de pact.*, L. 11, Cod. *de transact.*

5.º No caso, em que offenda a legitima do fiduciario, herdeiro necessario do testador ; mas sómente na parte, em que a offender ; Digest. Portug. III, art. 1636. Extincto o fideicommisso, cessa a obrigação do fiduciario de o restituir ; L. 38, § 6, Digest. *de legat.* 3.º

#### § 419. DO OBJECTO DOS LEGADOS PARTICULARES.

Podem ser objecto destes legados todas as cousas alienaveis, taes como :

1.º Quaesquer bens moveis, semoventes ou de raiz, presentes, ou futuros, como os fructos ; § 7, Inst. *de legat.*

2.º As cousas proprias do herdeiro nomeado ; L. 67, § 8, Digest. *de legat.* 2.º, Cod. da Pr. p. 1, tit. 12, art. 374.

3.º Quaesquer acções, ou factos honestos, que o herdeiro possa praticar ; L. 12, Digest. *de legat.* 3.º, cit. Cod. da Pr. art. 378.

4.º Qualquer cousa alheia, se o testador sabia que o era.

5.º Os direitos aindaque impostos sobre cousa alheia, como as servidões ; L. 41, Digest. *de legat.* 1.º : em cada um destes dois ultimos casos o herdeiro deve comprar a cousa. e entregal-a ao legatario, ou pagar-lhe a estimação della, se seu dono não a quizer vender ; § 4, Inst. *ead.*, Cod. da Pr. cit. art. 378.

#### & 420. DO LEGADO DO CREDITO DEIXADO Á TERCEIRA PESSOA.

Legadas as dividas activas do testador á uma terceira pessoa (*legatum nominis*), o herdeiro satisfaz entregando os titulos ao legatario ; L. 105, Digest. *de legat.* 1.º, e L. 18, Cod. *ead.* Se a divida pois se acha perdida, ou extincta, é por conta do legatario, exceptua-se porém :

1.º Se o devedor a compensou com outras dividas do testador contrahidas depois do testamento ; porque então o legatario póde repetir o capital. que compensou a divida activa legada ; Cod. da Pr. tit. 12, art. 411.

2.º Se, tendo o testador recebido a quantia legada, ella

se acha por sua morte reservada em separado ; L. 11, § 13, Digest. *de legat.* 3.º

3.º Se a tinha dado de novo á juro ; L. 64, Digest. *eod.* Mas se o testador, para satisfazer as suas necessidades, começou á demandar o devedor, ainda que não concluisse o litigio, entende-se revogado o legado ; Voet. *ad Pand.* liv. 30, n. 23.

#### § 421. DO LEGADO DO CREDITO DEIXADO AO MESMO DEVEDOR.

O legado do credito deixado ao proprio devedor (*legatum liberationis*) extingue não só a divida principal, mas tambem os juros accumulados, quér sejam vencidos antes, quér depois do testamento ; § 14, Inst. *de legat.*, e Cod. da Pr. p. 1, tit. 12, art. 425. Caduca porém se o legatario nada devia ao testador ao tempo da morte deste ; cit. Cod. art. 429. Se o testador manda entregar o titulo, ou o penhor, intender-se perdoada a divida ; cit. Cod. art. 427. <sup>1</sup>

#### § 422. DO LEGADO DA DIVIDA DEIXADO AO CREDOR.

O legado da divida deixado pelo devedor ao credor, se é igual á divida, e esta é pura, não é propriamente legado ; porquanto não augmenta o patrimonio do legatario. Traz-lhe porém proveito, se é maior do que a divida, ou se esta é condicional ; porquanto no primeiro caso o excedente da divida é lucro ; e no segundo a divida torna-se pura ; § 14, Inst. *de legat.*

É porém questão, se, provando-se que o testador nada devia ao supposto credor, o legado é valido, ou não. Intendemos, que, se não se poder concluir razoavelmente do conteúdo no testamento, nem se provar por outro modo que a vontade do testador assentou unicamente na falsa persuasão da divida, deve-se cumprir o legado, emquanto se poder cumprir sem lesão das legitimas dos herdeiros necessarios ; porquanto muitas vezes acontece que os testadores, para salvarem a sua memoria, ou pouparem reputações

<sup>1</sup> Por Direito Romano a entrega do penhor não importava perdão da divida ; L. 1, § 1, Digest. *de liber. leg.*, e isto mesmo se observa entre nós, uma vez provado que a entrega foi feita por outra cousa.

alheias, attribuem ás suas disposições causas differentes das que determinarão sua vontade.

É assim que muitas vezes expressão a divida como causa sem nada deverem, e dão com toda a liberdade e justiça por alguma outra causa, que por justas considerações não querem declarar (§ 428).

Esta razão porém não auctorisa a diminuição das legitimas dos herdeiros necessarios, quando tal legado não póde ser satisfeito em sua totalidade sem desfalque dellas; porquanto são somente as dividas certas, contrahidas *inter vivos*, e provadas, que podem ser pagos pela massa geral dos bens da herança sem nenhuma attenção á reducção, ou absorpção das legitimas.

#### § 423. DO LEGADO DE COUSA, OU QUANTIDADE CERTA DEIXADA AO CREDOR.

Se o devedor legar ao seu credor, não a mesma divida, mas outra cousa, ou quantidade certa, o legado deve ser reputado tal, isto é, como liberalidade, se as palavras do testador não indicarem claramente que elle quiz livrar-se da divida; L. 85, Digest. *de legat.* 2.º, Cod. Civ. Fr. art. 1023.

A Ord. liv. 4, tit. 31, § 11, determinando que o legado deixado ao criado se presuma em compensação da soldada, pela razão especial — *porque neste caso queremos que se presuma que quer antes livrar-se da divida á que era obrigado, que fazer doação que não devia* — evidentemente confirmou a regra geral em contrario nos demais casos.

#### § 424. DO LEGADO DOS MOVEIS.

Na significação juridica da palavra — *moveis* — comprehendem-se todas as cousas, que se podem mudar de um para outro lugar sem se destruirem, como, v. gr., carros, cavallo, bois, mobilia das casas, etc. : no uso commum de fallar porém intende-se por — *moveis* — somente as cousas, que servem para ornato das casas, e commodidade dos seus habitantes, e as que servem para guardar roupas, e outras cousas semelhantes, como commodas, papeleiras, mesas, cadeiras, leitos, espelhos, paineis, etc.

Quando pois no legado dos moveis não se manifestar

claramente pela comparação das disposições do testador umas com as outras que elle tomou a palavra — *moveis* — na sua significação jurídica, deve-se intender que só quiz legar o que vulgar ou communmente se chama — *moveis*, isto é, as cousas que servem para ornato das casas, e commodidade dos seus habitantes.

§ 425. DO LEGADO DE OPÇÃO, E DE QUANTIDADE OU QUALIDADE INDETERMINADA.

No legado, em que tem logar a opção, como quando se lega uma especie, ou cousa d'entre outras muitas do mesmo genero, a opção pertence ao herdeiro, ou legatario, segundo a expressão do testador é dirigida a um, ou ao outro; L. 108, § 2, *Dig. de legat. 1.º*, Cod. da Pr. arts. 390 e 391. No caso de duvida porém compete ao legatario; § 22, *Inst. eod.*

O herdeiro, quando lhe compete a escolha, deve dar uma, que não seja a peor; L. 110, *Digest. eod.*: o legatario porém, quando a escolha é sua, póde escolher a melhor; cit. Cod. da Pr. art. 393. Legada certa quantidade de uma especie sem determinação da qualidade, a escolha pertence ao herdeiro; L. 4, *Digest. de tritic. vin. vel. ol. leg.*

Legada uma especie sem determinação da quantidade, nem qualidade, devem-se ao legatario todos os objectos daquella especie existentes na herança, v. gr., o vinho; excepto os que forem pertencas de uma propriedade de qualidade singular, se o testador não os declarou comprehendidos; cit. Cod. da Pr. arts. 401 e 402.

§ 426. DO LEGADO PARA CERTO FIM, OU SUB MODO.

Se o testador designa o fim, ou modo, com que deixa o legado, o legatario o adquire logo pela morte do testador, mas é obrigado á prestar caução fidejussoria, ou muciana, para segurança do cumprimento do fim; L. 80. *Digest. de cond. et dem.*, e L. 17. *Digest. de legat. 3.º*, Cod. da Pr. cit. tit. 12, art. 509. Se não foi marcado tempo para o cumprimento do fim, entende-se quando, e em quanto for possível; cit. Cod. tit. 4, art. 156.

Se o cumprimento do fim na fórmula determinada se tornou

impossível sem culpa do legatario, deve-se cumprir pelo modo mais analogo á intenção do testador; e não sendo isto possível, fica o legatario desobrigado do cumprimento; cit. Cod. tit. 12, art. 511. Perde porém o legado, se o cumprimento do seu fim se tornou impossível por sua culpa; cit. Cod. art. 510 (§ 630).

#### § 427. DO LEGADO DEIXADO SOB CONDIÇÃO IMPOSSIVEL.

O legado deixado sob condição impossível é devido logo pela morte do testador, sem dependencia do cumprimento da condição, a qual se tem por não escripta; LL. 1, 6, 15, e 27. Dig. *de condit, inutilib.*, Cod. Civ. Fr. art. 903, e da Sard. art. 821. <sup>1</sup> Pensamos porém com Mello Freire, que entre nós se deve ter por nulla a disposição, á que a dita condição é accrescentada. (Veja-se a nota do § 372 e § 652).

Tem-se por impossiveis não só as condições, que excedem as forças physicas do homem, mas tambem as que são contrarias ás leis, ou á moral publica (§ 652). Tambem se tem por não escriptas as condições inintelligiveis, inuteis, ridiculas, futeis ou contumeliosas, tendo sido julgadas taes pelo Juiz, com audiencia dos interessados; Cod. da Pr. p. 1, arts. 132, 134 e 135.

A condição — *si non nupserit* — conta-se entre as impossiveis como offensiva dos bons costumes, e do interesse publico; L. 22, L. 72, § 5, e L. 100. Digest. *de condit. et dem.* Não assim a outra — *si in viduitate permanserit*, — sendo imposta á viuvo ou viuva, que tenha filhos, por se presumir nella o justo fim de os favorecer; Lobão a Mello, Diss. 9, §§ 38 e 39.

#### § 428. DO LEGADO DEIXADO POR FALSA CAUSA, OU COM FALSA DEMONSTRAÇÃO; E DO ERRO NO NOME DO LEGATARIO, OU DA COUSA LEGADA.

Se o testador ajunta a causa, ou motivo da deixa, intende-se que o fez somente para melhor explicação; por-

<sup>1</sup> Mell. liv. 3, tit. 5, § 33, é de opinião que uma tal condição vicia a instituição. Essa doutrina acha-se consagrada no Cod. da Pr. art. 431, e no Cod. Civ. Fr. arts. 6, e 1172, relativamente ás convenções.

quanto a expressão della não é essencial, e por isso, ainda que seja falsa a causa expressa, não annulla o legado; excepto se se provar que a vontade do testador assentou unicamente nesse motivo erroneo; L. 72, § 6, Digest. *de condit. et dem.* Aquelle que foi causa voluntaria do erro do testador não pôde dahi tirar proveito; Cod. da Pr. cit. tit. 4, art. 148.

Da mesma sorte a falsa demonstração não annulla a disposição, uma vez que se intenda claramente qual é a pessoa, e cousa que o testador quiz indicar; §§ 29 e 30. Inst. *de legat.*, L. 3, Cod. *de liber. præter.* ibi — *cum enim manifestissimus est sensus testatoris verborum interpretatio nunquam tantum valeat, ut melior sensu existat.* — O mesmo se deve dizer do erro do nome do legatario, ou da cousa legada, quando por qualquer outro modo se conhecer com certeza qual é a pessoa, á quem, e qual é a cousa, que o testador quiz legar. No caso contrario, assim o erro, como a falsa demonstração prejudica ao legado.

§ 429. SE O LEGADO PODE SER ACCEITO EM PARTE, E RENUNCIADO ANTES DO DIA, OU DO IMPLEMENTO DA CONDIÇÃO.

A vontade do testador é a unica medida do direito do legatario; e dahi se segue, que o legatario não o pôde alterar, acceitando-o em parte, e renunciando-o na outra parte, e principalmente no legado oneroso; L. 33, Digest. *de legat.* 1.º, L. 45, § 1.º Digest. *de legat.* 2.º Esta doutrina porém intende-se á respeito do legado designado por um nome colectivo, ou cuja significação comprehende muitos objectos do mesmo genero, como, v. gr., quando se lega um rebanho, a baixela, os moveis, e outras cousas semelhantes; porquanto se se legão nomeadamente varias cousas de diferente genero, como v. gr., uma casa, um campo, e um cavallo; então são outros tantos legados, e muito bem se pôde acceitar um, e repudiar outro, como o permite a L. 5, D. *de legat.* 2.º, comtanto que, porém, o legado repudiado nesse caso não seja aquelle, que o testador houver gravado de alguns encargos; cit. L. 5, pr.

Quanto á renuncia do legado antes de chegar o dia, ou de cumprir-se condição, com que foi deixado, a L. 45, § 1, D. *de legat.* 2.º, claramente decide que não se pôde fazer,

pela razão de não se poder repudiar aquillo, que não é nosso: todavia não se póde desconhecer que no legado *ex die*, e no legado condicional pertence ao legatario um certo direito eventual, o qual nada impede que se possa renunciar, assim como nada impede que por morte do legatario esse mesmo direito seja traspassado nos seus herdeiros (§ 415).

A isso accresce que a L. 1, Cod. *de pact.*, e a L. 21, § 4, Digest. *eod.* admittem a transacção para se remover a incertesa nos legados, e fideicommissos; e dahi parece que para haver coherencia, se deve tambem admittir a renuncia do direito eventual pertencente ao legatario.

§ 430. SE PERECENDO UMA DAS COUSAS LEGADAS,  
DEVE-SE O RESTO.

É cousa de pura intuição, que perecendo a cousa legada em vida do testador, ou depois de sua morte, sem culpa do herdeiro, o legado deixou de existir, porque deixou de existir o seu objecto. Tem porém sido objecto de grande questão, se, perecendo alguma, ou algumas das cousas comprehendidas no legado, são devidas as que restão. Seguimos a opinião dos que sustentão a affirmativa, pela razão de que a vontade do testador é a lei, que nesse caso se deve consultar, e guardar.

Com effeito, e manifesto que o successo fortuito, por que perecerão, sem culpa do herdeiro, algumas das causas comprehendidas no legado, não póde produzir o effeito juridico de subtrahir á ultima vontade do testador as que restão, quér ellas sejam principaes, quér accessorias, pois que umas e outras estão comprehendidas nella. <sup>1</sup>

<sup>1</sup> Distinguindo as cousas legadas em principaes, e accessorias, todos concordão em que as principaes, que restão, são devidas ao legatario. Quanto porém ás accessorias muitos Jurisconsultos são de opinião que perecendo as principaes, não são devidas as accessorias. Assim, dizem elles, se foi legada uma escrava com seus filhos, ou um escravo *ordinario* com os seus *vicarios*, isto é, com os escravos, que lhe estão sujeitos, e morre a escrava, ou escravo *ordinario*, os filhos da escrava, e os escravos *vicarios*, cedem em proveito dos legatarios (§ 17, Inst. *de legat.*), porque os filhos não são naturalmente accessões da mãe; nem os escravos *vicarios* accessões dos *ordinarios*.

Pelo contrario, se foi legado um escravo com seu peculio, ou uma fazenda rural com os seus instrumentos; nem o peculio, nem os instrumentos são

### § 431. DOS LEGADOS DEIXADOS EM TESTAMENTO NULLO.

Os legados deixados em testamento nullo por falta de alguma de suas solemnidades internas, ou externas, são igualmente nullo, ainda que sejam pios; Ord. liv. 4, tit. 82, pr., e L. 13, Cod. de Sacros. Eccles., Rieger *Jurispr. Eccles.* part. 3, § 412 (§ 376).

Tambem são nullo no caso, em que o descendente, ou ascendente, chamado pela Lei á successão do testador, foi preterido por este, por o julgar morto; Ord. liv. 4, tit. 82, §§ 3 e 4; e no caso, em que o testador não tinha filho legitimo ao tempo, em que testou, e depois lhe sobreveio; ou o tinha, e não era disso sabedor, e este é vivo ao tempo da morte do mesmo testador; cit. Ord. § 5.

São porém válidos dentro da terça do testador, quando o testamento só é nullo quanto á instituição, ou porque o testador preterio seu filho legitimo, sabendo que o tinha; ou porque desherdou sem declarar causa legitima; ou em fim porque o herdeiro instituido não provou ser verdadeira a legitima causa da desherdação declarado pelo testador; cit. Ord. §§ 1 e 2.

### § 432. DO VENCIMENTO DOS LEGADOS.

A propriedade do legado passa para o legatario, mesmo sem este o saber, logo desde a morte do testador, debaixo da condição tacita, se não o regeitar; L. 80. Digest de *legat.* 2.º, e Alvará de 9 de Novembro de 1754. Não o póde porém pedir enquanto não findar o termo concedido ao herdeiro para deliberar, se o testador não dispoz outra cousa; Cod. da Pr. art. 234; ou enquanto pende litigio sobre a validade do testamento; cit. Cod. art. 295.

devidos, porque são cousas accessorias, cuja condição é extinguirem-se, se se extingue a cousa principal. Mas, quem não vê que se o accessorio não pereceo com o principal, o accessorio existe, e que assim é devido ao legatario, porque a força do legado não depende dessas subtilezas romanescas (que fingem extincto o que realmente não se extinguiu), mas somente da vontade do testador, e da possibilidade de sua execução? Sem duvida que é aqui melhor, do que as subtilezas das leis romanas, ou de seus interpretes, applicaveis ao caso, a regra que diz — *ut quae non valent modo, quo fiunt, valeant modo, quo valere possunt, et voluntas, quae in totum non potest sortiri suum effectum, sortiatur ea parte, qua possit.*

No entretanto a administração compete ao herdeiro, o qual, vencido finalmente o legado, deve entrega-lo com seus accessorios, e fructos percebidos; cit. Cod. arts. 305 e 307, Lobão, *Acç. Summ.*, § 355; bem como tambem os restos do mesmo legado, se este pareceo sem dolo, nem culpa sua; Mell. liv. 3, tit. 7, § 17 e sua nota; e é responsavel pela culpa lata, e leve; L. 26, § 1, *Digest. de legat. 1.º*

No legado de prestações annuaes sem outra declaração, o primeiro vencimento verifica-se logo por morte do testador, e os outros no ingresso de cada um dos annos subsequentes, de sorte que, fallecendo o legatario no principio do anno, transmittte á seus herdeiros o direito de haverem a prestação já vencida, mas não paga; L. 12, *Dig. Quando dies legator.*, L. 8, *Dig. de ann. legat.*; exceptua-se porém o legado de prestações annuaes vitalicias; porque este é equiparado ao do usufructo vitalicio; cit. L. 8.

### § 433. DA REVOGAÇÃO, E CADUCIDADE DO LEGADO.

O legado póde ficar sem effeito, quer sem mudança, quer por mudança da vontade do testador, expressa, ou presumida. Por mudança expressa da vontade do testador; quando este expressamente o revogou em testamento, codicillo, ou outro acto solemne posterior; pr. *Inst. de adempt. leg.*; e por mudança presumida, em cada um dos seguintes e outros semelhantes casos:

1.º Se apparece riscado por mão do testador; L. 9, *Digest. de his, quæ in testam. del.*

2.º Se o testador em sua vida deo á outrem a cousa legada; L. 18, *de adim. vel transf. leg.*, ou se a alienou; L. 11, § 12, *Digest. de legat. 3.º*

3.º Se a transformou, reduzindo-a á nova especie; L. 88, *Digest. eod.*

Fica porém sem effeito, sem mudança da vontade do testador, se a cousa legada pereceo sem culpa, nem mora do herdeiro; § 16, *Inst. de legat.*

Caduca nos seguintes casos:

1.º Se a cousa legada pereceo em vida do testador.

2.º Se o legatario adquirio a cousa legada em vida do testador por titulo lucrativo; não porém assim se a adquirio

por titulo oneroso, porque neste caso deve-se-lhe a estimação della ; § 6, Inst. *de legat.*, Cod. da Pr. arts. 379 e 380, e Cod. Civ. Fr. art. 1021.

3.º Se o legatario morreo primeiro que o testador.

4.º Se não se cumprio a condição.

5.º Se o legatario o renunciou, ou se tornou indigno ; Waldeck, § 474, Lobão, *Acç. Summ.* § 185, e seguintes.

### § 434. DA LEI FALCIDIA.

Aos legados pertence tambem a Lei Falcidia, pela qual foi ordenado que ninguem podesse legar mais do que tres quartas partes dos seus bens, ou que o herdeiro testamentario não houvesse menos, do que a quarta parte da herança ; L. 1, *ad Leg. Falcid.* O nosso Direito porém não faz menção desta Lei, a qual por isso mesmo não tem auctoridade nenhuma entre nós, embora o Sr. Almeida e Sousa, na Dissert. 9, *do supplemento ds acções summarias* a dê em uso entre nós, sem todavia mostrar algum caso julgado, que autorise a sua opinião. <sup>1</sup>

<sup>1</sup> A utilidade publica foi a primeira razão da Lei Falcidia, porque, como se diz na L. 5, *D. Testatum quem admōd. aperiant.*, os Romanos consideravão como cousa importante para o Estado que os ultimos juizos dos homens tivessem exito. Secundariamente teve-se em vista na L. 71, *ad Leg. Falcid.* tanto o interesse do herdeiro, como o do testador, para que este não morresse intestado recusando os herdeiros escriptos adir a herança por falta de interesse, ou por ser insignificante o que disso lhes poderia provir, como diz Justiniano no principio da Inst. *eod.*

Como porém não nos sejam applicaveis semelhantes razões somente proprias da politica testamentaria dos Romanos, é visto que outra deve ser entre nós a disposição de Direito. E com effeito; primeiramente, o uso dos testamentos não é de tão evidente interesse publico; pois que Jurisconsultos de grande nota tem sustentado com muito boas razões que elle deve ser proscripto; Heinecc. *Exercit. de testam. fact.* Jur. German. § 4.

Em segundo logar a dedução da quarta Falcidia contra a vontade do testador, certamente não é autorisada entre nós nem pela razão de favor prestado ao herdeiro escripto; porquanto á este não pertence nem deve pertencer na herança senão o que o testador lhe deixou expressamente; nem pela razão de favor prestado ao testador, porque nenhum interesse tem nisso nem lhe vem injuria alguma de ficar destituido o seu testamento; e nem finalmente pela razão de favor prestado ao legatario, que tambem nada lucra com isso; porquanto, se o herdeiro escripto deixa de adir a herança por virtude do testamento para a haver *abintestado*, é obrigado cumprir os legados, e fideicommissos; L. 1, in princ., e L. 6, § 3, *Si quis amiss. caus. testam.*; e se o testamento fica inteiramente destituido, e a herança se devolve aos

## § 435. DO SENATUSCONSULTO TREBELLIANO.

A mesma cousa devemos dizer do Senatusconsulto Trebelliano, do qual as nossas Leis, e costumes tambem não fazem menção; porquanto as razões, que lhe derão nascimento, são as mesmas, que motivarão a Lei Falcidia. Pelo dito Senatusconsulto, tambem chamado Pegaciano, foi permittido aos onerados com a restituição da herança, á que são chamados por titulo de instituição, o reterem a quarta parte della, que se chama a *quarta trebellianica*. O Sr. Almeida e Sousa tambem a suppõe admittida entre nós por effeito de sua supersticiosa adhesão ao Direito Romano.

## TITULO IX.

## Da successão legitima.

## § 436. NOÇÃO DE SUCCESSÃO, E SUAS ESPECIES.

A palavra *successão* toma-se em *sentido objectivo*, e *subjectivo*. Em *sentido objectivo* significa a universalidade dos bens, que ficarão de um defuncto com todos os seus encargos: em *sentido subjectivo* porém significa o direito, que tem uma, ou mais pessoas á haver esses bens.

A palavra *herança* toma-se ás vezes como synonymo de successão; porém, em sentido restricto, a herança só comprehende os bens chamados *allodiaes*, ou legalmente parti-veis. Assim, um vinculo não se comprehende na herança, e póde comprehender-se na successão; nem se diz *herdeiro* mas *successor*<sup>1</sup> a pessoa, para quem elle passa.

herdeiros *abintestato*, estes comò ligados por fideicommisso são obrigados cumprir os legados (§ 392).

A tudo isso accresce que o imperador Justiniano alterou toda a Lei Falcidia, e a razão do antigo Direito, emquanto concedeo aos testadores pela Novell. 1, cap. 2, § 2, o poder de prohibir a deducção da quarta parte, o que não era licito pela L. 15, § ult. D. *ad Leg. Falcid.* Entre nós não é necessario aos testadores recorrer ao remedio de semelhante prohibição porque não temos Lei escripta, que admitta a Falcidia; e debalde se appella para os costumes; porquanto estes não são provados, nem o podem ser, visto que, como dissemos. são alheias dos nossos costumes as razões, que derão origem á Lei Falcidia; Schilt. *Exercit.* 39, *ad Pand.* § 138.

<sup>1</sup> A palavra *successor* nem sempre significa em Jurisprudencia aquelle,

A successão divide-se em *legítima*, ou *abintestado*, e *testamentaria*, segundo o direito de succeder provém immediatamente da Lei, ou de solemne disposição da ultima vontade do defuncto, ao que se chama *testamento*. Desta ultima já tractamos nos titulos VI, VII e VIII.

#### § 437. DO FUNDAMENTO DA SUCCESSÃO LEGITIMA.

Ainda que, segundo a simplicidade natural, a morte dissolva tudo; e consequentemente os bens dos defunctos, no rigor do Direito Natural, devão ceder como vacantes ao primeiro occupante; contudo, como repugna com o bem-estar das familias, sociedades elementares da sociedade civil, que os bens de seus chefes fiquem por morte destes expostos á qualquer primeiro occupante; com razão todos os povos civilizados tem attendido por meio de leis mais, ou menos sabias, chamadas *testamentarias*, e de *successão legítima*, aos verdadeiros interesses assim dos proprietarios, como daquelles, que lhes são conjunctos pelos vinculos do sangue, e que por isso mesmo, em regra, lhes devem ser mais charos, do que os estranhos.

Quando pois o defuncto não dispoz dos seus bens para depois da sua morte, ou a disposição ficou sem effeito, por offender em ponto substancial as leis testamentarias, ou as que regulão a successão legítima, então estas chamão á succeder-lhe nos seus bens, direitos, e acções, aquellas pessoas, que lhe erão mais proximamente ligadas pelos laços do parentesco por consanguinidade.

#### § 438. DA ORDEM DA SUCCESSÃO LEGITIMA.

Compete portanto aos parentes do defuncto por consanguinidade o direito de lhe succederem por virtude da Lei na ordem seguinte:

1.º Os descendentes. <sup>1</sup>

que succede á um defuncto: muitas vezes toma-se em sentido mais lato, para significar aquelle, para quem passão os direitos de outró, ou seja por titulo de ultima vontade, ou por acto *inter vivos*, e quér seja por titulo universal, ou por titulo singular.

<sup>1</sup> Como a successão legítima se funda nos sentimentos de benevola affeição, que os vinculos de sangue gerão, e alimentão entre os consanguineos,

2.º Os ascendentes. <sup>1</sup>

3.º Os collateraes. <sup>2</sup>

4.º O conjuge sobrevivente : na falta porém de uns e outros succede.

4.º A Fazenda Nacional; Ord. liv. 1, tit. 90, § 1, liv. 2, tit. 26, § 17, e Novell. 118. <sup>3</sup>

### § 439. DA REPRESENTAÇÃO.

Na successão legitima dá-se algumas vezes a *representação*; isto é, uma certa ficção da Lei, por virtude da qual os filhos, ou descendentes de uma pessoa predefuncta se presumem occupar o logar, e grau desta para o fim de entrarem á herança de outro seu parente fallecido depois, havendo

e principalmente nos mais proximos graus da consanguinidade (paragrapho antecedente); sem duvida, o primeiro logar pertence aos descendentes, e o segundo aos ascendentes; porque é geralmente reconhecido, não só que o amor paterno, e materno não tem igual; mas tambem que o amor filial é o que mais se lhe approxima.

<sup>1</sup> Nesta parte o nosso direito apartou-se do direito justiniano na citada Novell. 119, cap. 2, e Novell. 127, cap. 1, onde se concede aos irmãos germanos, e aos filhos de irmãos germanos do defunto, que não deixou descendencia, o direito de concorrerem á herança delle juntamente com seus pais-

<sup>2</sup> Os principios do Direito Romano antigo sobre a successão legitima erão mui differentes dos posteriores, e mui complicados. Justiniano estabeleceu na cit. Novell. 118, as tres ordens de successão legitima, dos descendentes, ascendentes, e dos collateraes, as quaes têm sido adoptadas, como base desta doutrina por todas as nações com mais ou menos modificações.

Entre nós não ha lei antiga, nem moderna, que desenvolva esta materia com a precisão, que a sua importancia requer. Quanto aos Codigos modernos das nações civilisadas, estes todos combinão em chamar em primeiro logar os descendentes; mas quanto aos ascendentes, e collateraes, ha nelles muitas variações, que não é possível expor aqui.

<sup>3</sup> A nova Constituição 118, do Imperador Justiniano justamente foi recebida em toda a parte, com pequenos accrescentamentos, ou diminuições. Dissemos — *justamente foi recebida* — porque, segundo essa dita Novell. 118, o direito de succeder abintestado repousa principalmente no parentesco do sangue com o defuncto, sem fazer distincção entre a cognação, e a agnação, e requerendo somente, em geral, que o parentesco seja legitimo; e por tudo isso era sem duvida a Novella inteiramente merecedora de ser recebida, como foi.

Todavia Justiniano omittio nella muitas cousas, cuja falta torna dubia e incerta a Jurisprudencia das successões abintestado, como entre outros observou Thomazio, na sua nota á Instituta de *successionib. ab intestat.* Entre nós succede o mesmo; porquanto esta materia, aliás de grande monta, nunca foi exactamente definida; e nada ha nas Ordenações antigas, e modernas além da simples e succinta fixação das ditas cinco ordens de successão, pela qual não se pôde decidir as controversias suscitadas entre os Doutores; o que é um grande mal publico.

nella a porção, que pertenceria aquella, se ainda fosse viva.

É assim, que os nettos, cujo pai, ou mãe morreo primeiro que seu avô paterno, ou materno, concorrem á herança de cada um destes juntamente com seus tios, filhos de seu avô, ou avó, só com a differença que estes succedem *in capita*, e aquelles *in stirpes*, isto é, dividem por igual entre si a porção, que pertenceria á seu pai, ou mãe, se fôra vivo, ou viva: é tambem assim que os sobrinhos, cujo pai, ou mãe morreo primeiro, que seu tio paterno, ou materno, concorrem á herança de cada um destes juntamente com seus tios vivos, irmãos germanos de seu pai, ou mãe, com a differença já notada á respeito dos nettos; Ord. liv. 4, tit. 82, § 4, tit. 87, § 20, e Novell. 118, cap. 1 e 3, e Novell. 127, cap. 1.<sup>1</sup>

<sup>1</sup> O Imperador Justiniano não decidiu explicita e claramente, na Novella 118 publicada dez annos depois da publicação dos quatro livros das Institutas, se os nettos do defuncto, filhos legitimos de diversos filhos legitimos do mesmo defuncto, fallecidos primeiro que este, deverião succeder *in capita*, ou *in stirpes*, no caso, em que não tivesse sobrevivido filho algum ao defuncto seu avô; e isso deo logar á duvida, se abolira, ou não o Direito Romano antigo, na parte em que neste mesmo caso mandava dividir a herança entre os nettos segundo a prerogativa da representação, ou *in stirpes*, como se vê da Instit. de hered., quæ ab intest. defer., nas ultimas palavras do § 6, que são estas — *item si ex duobus filiis nepotes extant, ex altero unus forte aut duo, ex altero tres aut quatuor, ad unum aut duos dimidia pars pertineat, ad tres vel quatuor altera dimidia.* — Elle porém decidiu mui explicita e terminantemente no cap. 3, § 1, da mesma Novella, que se na falta de irmãos germanos e de filhos de irmãos germanos do defuncto forem achados outros muitos collateraes no mesmo grau, se divida entre todos a herança, segundo o numero delles, o que as leis chamão *in capita*.

Parece-nos, á vista dessa decisão, que, por argumento de analogia, e paridade de razão devia desapparecer aquella duvida relativa aos nettos, quando não ha filhos; porquanto, se quando, não sobreviverão ao defuncto senão os filhos de irmãos *unilateraes*, tios, ou quaesquer outros transversaes de grau mais remoto, os ditos filhos de irmãos *unilateraes*, e tios do defuncto succedem-lhe todos conjunctamente *in capita*; porquanto todos estão no mesmo grau de parentesco para com o defuncto; parece que por analogia, e paridade de razão, os nettos, na falta de filhos, e bisnetos, na falta de nettos, e assim por diante, tambem devem succeder *in capita*, vistoque todos estão no mesmo grau, e não concorrem com descendentes de grau mais proximo. Todavia, a duvida subsistio, e sustentando Acurcio e seus sequazes a doutrina da successão *in stirpes*, e Cujacio e seus discipulos a da successão *in capita*, no caso, de que nos occupamos; succedeo, que as legislações das nações modernas variarão neste ponto, seguindo umas o principio da prerogativa da representação, e outras o principio da prerogativa do grau. O Codice Civil Francez entre outros adoptou a successão *in stirpes* nos arts. 745 e 750, e a Prussia e Sardenha a successão *in capita*, aquella no Cod. Freder. part. 2ª, liv. 6, tit. 6, art. 2, § 4, e esta no seu Codice moderno. liv. 5, tit. 6, art. 1.

É nossa convicção que a successão *in capita* é a que mais se conforma com

Sendo pois os nettos chamados á successão de seu avô, quando ao tempo da morte deste já é morto seu pai, ou mãe; a mesma cousa se deve intender, quando é vivo seu pai ou mãe, mas não póde succeder, ou porque é morto civilmente, ou porque foi legalmente desherdado; porquanto, aindaque o filho não póde representar o pai a respeito de um direito, que o pai perdeu, isto não obsta, porque o direito do netto no caso, de que fallamos, provem-lhe da Lei e não de seu pai. <sup>1</sup>

a philosophia do *Direito*, com a justiça, e com a igualdade, que deve haver na successão *ab intestato*, quando os chamados á ella se achão todos naturalmente no mesmo grau de parentesco para com o defuncto; porquanto, como a successão *ab intestato* funda-se nos sentimentos de affeição, e amizade resultantes dos vinculos do sangue, e taes sentimentos naturalmente presumem-se iguaes em todos aquelles, que se achão no mesmo grau, achamos tanta justiça e equidade em que os nettos succedão *in stirpes*, quando concorrerem á herança de seu avô juntamente com filhos deste, os quaes succedem sempre *in capita*, por occuparem todos o mesmo grau; quanta injustiça, e iniquidade achamos em succederem os nettos tambem *in stirpes*, quando concorrem somente entre si. No primeiro caso dão-se duas razões, cada qual mais valiosa, uma á favor dos nettos, e outra á favor dos filhos.

A que milita a favor dos nettos é esta; á saber: que o mal natural da perda de seu pai, ou mãe, não lhes deve ser aggravado com o mal artificial da perda dos bens, que seu pai, ou mãe teria herdado de seu avô, ou avó, se aquelle, ou esta tivesse morrido primeiro, que seu pai, ou mãe; e que aquelle, ou esta haveria traspassado nelles por sua morte.

A que porém milita á favor dos filhos é a seguinte; convém a saber: que, se os nettos, concorrendo com seus tios, filhos de seu avô, ou de sua avó, succedessem, como estes, *in capita*, serião beneficiados no maior numero dos casos, á custa das legítimas dos filhos, em maior quantidade de bens, do que aquella, que haverião, se seu pai, ou mãe tivesse fallecido depois da morte de seu avô, ou avó, aindaque fosse um só instante depois.

Quando porém não sobreviverão ao defuncto, senão nettos, aindaque filhos de diversos filhos d'elle predefunctos, elles achão-se todos no mesmo grau, e todos privados ou de pai, ou de mãe; e portanto não se lhes póde applicar nem uma nem outra das duas referidas razões; e consequentemente outra deve ser a disposição de *Direito*; isto é, deve então predominar o principio da *Auth. de hered. ab intest.* § *Si vero neque*, assim concebido — *ut pares in gradu pariter admittantur*.

E tanto mais, que, succedendo *in capita* os filhos dos irmãos unilateraes, e os demais parentes collateraes do defuncto desde o terceiro grau por diante, quando dois ou mais, naturalmente collocados no mesmo grau, como os nettos no caso, de que nos occupamos, concorrem entre si sós á herança do defuncto, nenhuma razão ha, para que os nettos, em caso identico, succedão *in stirpes*.

Além de tudo isso ainda accresce, entre nós, que os elógios, que um dos nossos antigos Monarchas fez nos Estatutos da Universidade, liv. 2. tit. 3. cap. 7, §§ 8 e 9, á Eschola Cujaciana, que seguio e sustentou, como ácima dissemos, a doutrina da successão *in capita*, no caso vertente, são para nós mais uma razão para nos determinar á dar-lhe a preferencia sobre Aurcio e seus sequazes. Veirão-se comtudo Almeida. e Sous. *Dissert. em Supplem. ao Tr. dos morg.*, Carvalh. *Prim. Linh. sobre o proc. orphan.* not. 73, e outros.

<sup>1</sup> Convém notar a differença entre — vir a uma successão *por direito de*

### § 440. DOS VARIOS MODOS DE SUCCEDER *ab intestato*.

Os herdeiros *ab intestato*, quando são muitos, succedem em porções iguaes, ou desiguaes, segundo a igualdade, ou desigualdade dos graus de consanguinidade legitima, em que se acharem para com defuncto, e segundo succederem por direito proprio, ou por direito de representação. Assim, succedem *in capita*, ou em porções iguaes :

1.º Todos os que são chamados á successão *por direito proprio*, derivado da circumstancia de se acharem todos para com o defuncto no mais proximo grau de consanguinidade legitima, relativamente fallando, quér concorrão somente entre si, quér concorrão com outros, chamados á successão *por direito de representação* (paragrapho antecedente e suas notas).

2.º Todos os nettos, e sobrinhos do defuncto, filhos de irmãos, ou irmãs germanas deste, quando aquelles não concorrem com filhos, nem estes com irmãos, ou irmãs germanas do mesmo defuncto (cit. § antecedente e suas notas).

3.º Os pais, e na falta destes os dois ascendentes legitimos do defuncto, que estiverem em grau mais proximo na li-

*transmissão, e por direito de representação.* — Em um e outro caso o chamado a succeder succede na parte, que tocaria á uma pessoa predefuncta, se fosse viva; mas a differença consiste em que, a representação dá-se quando essa pessoa morreo antes da abertura da successão, e a transmissão quando morreo depois, ainda que não sobrevivesse senão um instante á pessoa, de cuja successão se trata, e aindaque o ignorasse; porque em um e outro destes dois casos presume-se ter recolhido a successão, e havel-a portanto transmitido á seus herdeiros.

Dahi resultão as differenças seguintes :

1.ª Pôde representar uma pessoa aquella, que renunciou á herança do representado, porque a representação provém da Lei, e não da qualidade de herdeiro; mas não pôde succeder por transmissão, senão aquella que for herdeiro do transmittente.

2.ª A representação só tem logar na linha recta descendente *in infinitum*, e na linha collateral á respeito dos filhos de irmãos germanos do defuncto fallecidos antes deste; pelo contrario a transmissão tem logar em qualquer linha, e grau, exceptuada a linha collateral, na qual não passa além do decimo grau, salvo, se for Religioso professô secularizado, ou marido, ou mulher do defuncto; Ord. liv. 4, tit. 94, e Lei de 19 de Novembro de 1821.

3.ª A representação só aproveita aos descendentes, e aos sobrinhos germanos do representado; a transmissão porém aproveita á todos e quaesquer herdeiros, e legatarios do transmittente, aindaque não sejam seus parentes. Estas differenças tem resultados muito importantes, principalmente no caso de heranças oneradas de dividas, e no caso, em que a pessoa representada, ou transmittente fez testamento para regular a successão.

na paterna, e materna, se o defuncto não deixou algum descendente successivel; Ord. liv. 4, tit. 91, pr., e § 6, *Inst. de hered. quæ ab intest. defer.* (§ 454).

Succedem porém *in stirpes*, ou porções desiguaes, todos os *nettos*, e os demais descendentes de grau mais remoto, que concorrerem com outro, ou outros descendentes do defuncto de grau mais proximo; e todos os sobrinhos, filhos de irmãos germanos do defuncto, de um ou outro sexo, fallecidos antes d'elle, que concorrerem com irmão, ou irmã germana, que lhe sobreviveo; cit. not. 195.

#### § 441. I. SUCCESSÃO DOS DESCENDENTES LEGITIMOS.

I. Os filhos, e mais descendentes legitimos do defuncto são os primeiros chamados pela lei á sua successão legitima, com exclusão de todos os outros parentes, e sem distincção de leito, sexo, ou primogenitura, e em qualquer grau que se achem, preferindo porém sempre o grau mais proximo ao mais remoto, salvo o direito de reprezentação *in infinitum* (§ 439 e suas notas); Ord. liv. 4, tit. 93, pr. e *Novell.* 118, cap. 1. Da-se porém distincção de leito, na successão *ab intestato* dos descendentes legitimos, a respeito dos bens hereditarios, que o binubo (pai, ou mãe) houve *ab intestato* de filho, ou filha de seu primeiro, ou segundo matrimonio, como havemos de ver nos §§ 456 e 457.

#### § 442. SE OS CLERIGOS, MONGES, E CAVALLEIROS DAS ORDENS MILITARES SUCCEDEM A SEUS PAIS.

Os Clerigos seculares, ou concorrão com outros seus irmãos, ou sejam sós, succedem igualmente a seus pais sem nenhuma differença; L. 59, § 1, *Cod. de Episc. et Cleric.*, e Ord. liv. 2, tit. 18, e Lei de 19 de Novembro de 1821, art. 1, a qual vem na tabella, que acompanha a Lei de 20 de Outubro de 1823 (§ 365).

O mesmo se deve entender á respeito dos Cavalleiros das Ordens Militares (§ 363); os Monges porém, isto é, todos os Religiosos professos, que emittirão os tres votos solemnes em alguma Religião approvada, são incapazes de toda a successão, legitima, e testamentaria; Lei de 9 de Setembro de 1769, § 10, a qual nesta arte não foi abrogada pelo Decreto de 17 de Julho de 1778.

Exceptuão-se porém os Regulares, ou Religiosos professos secularizados, os quaes são capazes não só da successão testamentaria, uma vez que os herdeiros necessarios não se-jão prejudicados na sua legitima, senão tambem da successão legitima, quando ao defuncto abintestado não resta outro parente até o decimo grau, nem conjuge, que vivesse com elle em casa teúda e manteúda; cit. Lei de 19 de Novembro de 1821, art. 2, combinada com a Ord. liv. 4, tit. 94.

#### § 443. QUEM SUCCEDA AO CLERIGO FALLECIDO ABINTESTADO.

Ao Clerigo fallecido abintestado succedem os seus mais proximos consanguineos tanto nos bens patrimoniaes, como nos clericas; Ord. liv. 2, tit. 18, § 7, ibi — *E se os ditos Clerigos, ou Beneficiados em sua vida, ou por morte não dispuserem dos ditos bens, a quem devão vir, virão a seu parente mais chegado*; — e nas palavras — *E isto mesmo se intenderá nos bens adquiridos por razão da Igreja* (§ 365).

#### § 444. QUEM SUCCEDA AO BISPO.

Ao Bispo secular, ou regular secularizado, fallecido abintestado, succedem os seus parentes mais chegados, assim nos bens patrimoniaes, como nos adquiridos com as economias da sua congrua; pertencendo somente á Igreja os que forem do patrimonio della; caps. 7 e 12 da *Authent. de testam.*, Resol. de 16 de Outubro de 1799, e cit. Lei de 19 de Novembro de 1821, art. 4 (§ 366).

#### § 445. QUEM SUCCEDA AO MONGE.

O Monge, ou Religioso professo nada tem, nem póde ter como proprio, nem succede á seus pais, segundo a Lei de 9 de Setembro de 1769; e se alguns bens lhe são deixados em testamento, intendê-se que o testador os quiz passar por via delle ao seu Mosteiro; Ord. liv. 2, tit. 18, § 1, verb. — *ou havendo-os por successão*.

Comtudo o Mosteiro não póde possuil-os, se forem de raiz, por mais de anno e dia sem dispensa do Poder Legislativo; Constit. art. 15, § 8, e cit. Ord. pr., e § 1 (§ 389, e suas notas).

Ao Noviço porém, fallecido abintestado, succedem os seus parentes mais chegados, porque não lhe são applicaveis as Leis, que respeitão aos Religiosos professos, pois que elle o não é. A estes mesmos, se são secularisados, e fallecem sem testamento, succedem os seus mais proximos parentes; cit. Lei de 19 de Novembro de 1821, § 4.

#### § 446. DOS ESPOLIOS DOS CLERIGOS, E DOS BISPOS.

Do que dissemos nos §§ 443 e 444, e no fim do paragraho antecedente, segue-se que não tem lugar entre nós o direito de espolio, que consiste em colligir, e reivindicar os bens dos Clerigos, e Prelados fallecidos abintestado; porquanto nem os espolios, ou bens moveis beneficiaes dos Clerigos, que fallecem sem testamento, pertencem aos Bispos, nem os destes pertencem á Santa Sé, mas aos seus parentes mais chegados; pois que tal direito de *espolio* nunca foi recebido entre nos, como se collige da Carta Regia de 9 de Setembro de 1609, e cit. Resol. de 16 de Outubro de 1799; Portug. *de donat.* Præhud. 2, § 7, n.º 90. <sup>1</sup>

#### § 447. DA LUCTUOSA.

Tambem se segue do que dissemos nos §§ 443, 444, e no fim do § 445, que os Bispos não podem escolher para si uma cousa movel, ou semovente d'entre os bens do Parocho defuncto, ao que se chama *luctuosa* <sup>1</sup> e menos podem oc-

<sup>1</sup> Thomaz, *Vet. et Nov. Disciplin.* p. 3, lib. 2, caps. 56 e 57, refere a historia do direito dos espolios, que os Prelados superiores pretendem que lhes competão a respeito dos Priores, que lhes são sujeitos, os Bispos a respeito dos Clerigos Beneficiarios, e a Santa Sé a respeito dos Bispos, e Clerigos, que morrem abintestado; e ahi diz que esse direito fôra prohibido por Edictos de Carlos VI, e Luiz XI, e XII. Entre nós nunca elle foi recebido, e por essa causa foi expressamente prohibido pela citada Carta Regia de 9 de Setembro de 1609, a qual teve por fundamento os antigos usos, e immemorial costume do Reino, de que ella faz menção.

Veja-se Gabriel Pereira, no lugar citado por Barb. *Jur. Eccles.* lib. 3, cap. 17, n. 62, Boehmer. *Jur. Eccles. Projest. ad tit. de successioib. ab intest.* §§ 10 e 11, Espen. *Jur. Eccles. Univers.* p. 2, sect. 4, tit. 1, de *pecul. Cleric.* cap. 8, n. 38.

<sup>2</sup> Na Constituição 8, do Bispado do Porto, liv. 4, tit. 10, diz-se que esta *luctuosa* fôra subrogada á *Quarta Canonica* (*Funeraria* ou *mortuaria*), de que faz menção o cap. 14, e ult. da *Authent. de testam.*: todavia o que parece mais provavel, é que ella deve a sua origem aos usos feudaes, segundo os quaes o *vassallo* não podia testar sem consentimento do *senhor feudal*, á quem

cupar como vacantes os bens dos Parochos, que fallecem sem testamento, ainda que não tenham parentes até o decimo grau, em cujo caso lhes succede a nação; Ord, liv. 1, tit. 90, § 1, e liv. 4, tit. 94 in fin.

#### § 448. DA SUCESSÃO DOS DESCENDENTHS NATURAES.

Os filhos naturaes <sup>1</sup>, assim dos nobres, como dos plebeos, succedem abintestado a seus pais nos seguintes termos :

1.º Juntamente com os filhos legitimos, e em porções iguaes, se forão legitimados por subsequente matrimonio, ou perfilhados pelo pai por meio de escriptura publica antes de casar; Ord. liv. 2, tit. 35, § 12, liv. 4, tit. 92, LL. 10 e 11. Cod. de naturab. liber., e Decreto de 2 de Setembro de 1847, arts. 1 e 2.

2.º Na falta de filhos legitimos, ainda que seu pai tenha vivo algum legitimo ascendente, se forão perfilhados, ou reconhecidos pelo pai por meio de escriptura publica, ou testamento; cit. Decreto. art. 3. <sup>2</sup>

pertencia o direito de exigir alguma das cousas da herança do *vassallo*; o que constituia a *luctuosa civil*.

Seja como for, e aindaque no Codigo Affonsino liv. 2, tit. 47, se declarassem as cousas, em que ella consistia, o certo é, que ella foi abolida pela Ordenação de 6 de Dezembro de 1490; e que, abolidos entre nós os dizimos, que d'antes pertencião á Igreja, e em lugar dos quaes o Estado suppre pelo Thesouro Publico as despezas necessarias para o culto divino, e decente sustentação dos Bispos, e Parochos: nada ha, que entre nós possa autorisar a dita luctuosa ecclesiastica.

<sup>1</sup> Pelas Leis Patrias antigas só se reputava filho natural aquelle, que algum homem solteiro tinha de concubina solteira, não havendo entre ambos impedimento para casarem; Ord. Affons. liv. 4, tit. 98.

Nos Codigos posteriores porém dizem-se naturaes assim os filhos nascidos de ajuntamento de homem solteiro com mulher solteira, como os que algum homem solteiro teve de uma só concubina, não havendo entre elles parentesco, ou outro impedimento, por que não podessem ambos casar; cit. Ord. liv. 4, tit. 92.

Parece pois, que os nossos Legisladores, em odio de concubinato de um homem com muitas mulheres, de accordo com a Novella 118, cap. 5, denegarão a qualidade de naturaes aos filhos, que um homem tem de varias concubinas; mas não obstante, a nossa praxe, de conformidade com o uso geral da Europa, attestado por Berardo, tom. 3, pag. 172 e seguintes, tem por naturaes todos os que o mesmo pai gerou, ainda que em diversas concubinas; Pheb. Decis. 68. e 76, ns. 11, 12, e 161. Valasc. Consult. 136, n. 6.

<sup>2</sup> Do espirito do citado Decreto de 2 de Setembro de 1847, seguem-se os seguintes corollarios:

1.º Que o perfilhamento, ou reconhecimento dos filhos naturaes feito pelo

Em todo caso porém, uma vez habilitados com certidão de baptismo, perfilhação, ou sentença de filiação, pela qual se mostre que não havia parentesco, nem outro impedimento entre seu pai, e mãe natural para casarem, succedem á mãe, e parentes da parte desta, salvo, se ella deixou descendentes legitimos, nascidos antes delles; L. 5. *ad Senat. Orphitian.*, Ord. liv. 4, tit. 92, e tit. 93 vers. — *E quanto.* — Provis. n.º 29 de 23 de Fevereiro de 1848, e Aviso n.º 274 de 17 de Dezembro de 1853.

### § 449. DA SUCESSÃO DOS FILHOS DE PAI INCOGNITO.

Os filhos de pai incognito (*vulgo quasiti, vulgo concepti*) não succedem ao pai, porque não podem mostrar quem elle seja: succedem porém á mãe, se esta for geralmente conhecida, e não deixar descendente algum legitimo, nem for notoriamente sabido que elles são espurios; porquanto no

pai por meio de escriptura publica antes de casar, ou por escriptura publica, ou por testamento, na falta de filhos legitimos, produz os effeitos acima declarados independentemente de confirmação judicial nos termos da Lei de 22 de Setembro de 1828 (Decis. n. 236 de 18 de Outubro de 1852, e Avis, de 8 de Janeiro de 1856): dahi porém não se segue que não lhes possa ser contestada a paternidade, ou annullada a escriptura publica, ou o testamento, por quem tiver nisso legitimo interesse, e provar legitima causa, assim em vida, como depois da morte do pai perfilhante, emquanto o perfilhamento por escriptura publica, ou testamento, válidos em si mesmos, mas atacaveis pela falsidade da paternidade, não tiver prescrevido contra os interessados, e principalmente se estes forem legitimos descendentes, ou ascendentes do pai perfilhante; porquanto esse direito, concedido pelas leis antigas, e pela boa razão, não foi abolido pelo citado Decreto.

2.º Que os filhos naturaes, que o pai não reconheceo por escriptura publica anterior ao seu casamento com mulher, que não seja a mãe delles, não concorrem á herança do pai com os filhos legitimos nascidos desse matrimonio.

3.º Que os filhos naturaes, quér nascidos antes do primeiro matrimonio do pai, quér gerados, e nascidos durante a sua viuvez, e reconhecidos por escriptura publica anterior ao segundo matrimonio, concorrem á herança do pai juntamente com os filhos do segundo matrimonio, subdividindo-se igualmente entre uns, e outros (no caso de tambem haver filhos do primeiro matrimonio), a somma dos quinhões dos filhos do segundo.

4.º Que os filhos naturaes reconhecidos por escriptura publica anterior ao segundo matrimonio, se deste tambem houve filhos nascidos vivos, mas morrerão todos primeiro, que o pai, sem deixarem descendentes, concorrem á herança do pai com os legitimos do primeiro matrimonio na somma dos quinhões dos filhos do segundo, fallecidos depois de nascidos, havendo nella um quinhão igual ao de cada um dos filhos do primeiro matrimonio.

5.º Finalmente, que os filhos naturaes, reconhecidos por escriptura publica anterior ao segundo matrimonio, na existencia de filhos do primeiro, não concorrem com estes á herança do pai, se do segundo não nasceo filho, nem filha.

concurso dessas tres circumstancias deve-se presumir, emquanto o contrario não for provado por quem tiver nisso legitimo interesse, aquillo, que lhes é mais favoravel; isto é, deve-se presumir que são naturaes, e não espurios; cit. L. 5, *ad Senat. Orphiniat.*, e Ord. liv. 4, tit. 93, vers. — *E quanto* — Em todo o caso porém succedem á mãe por testamento na falla de herdeiros necessarios; Decreto de 11 de Agosto de 1831.

#### § 450. DA SUCCESSÃO DOS ESPURIOS.

Os filhos espurios não succedem abintestado nem ao pai, nem á mãe; Authent. *Ex complexu*, Cod. *de incest. e inutib. nupt.*, e Ord. liv. 4, tit. 93. Porém:

1.º O filho de mulhera solteira e de homem casado, se não havia parentesco entre ambos, ainda que espurio pela parte do pai, succede á mãe, e aos parentes da parte desta (salvo no caso exceptuando no § 448, in fin.); por não ser este coito damnado e punivel da parte da mãe; Peg. For. 6, cap. 128, n. 12, Valasc. Cons. 29, n. 10.

2.º Os mesmos espurios por parte do pai, e mãe, ou nascidos de coito damnado e punivel á respeito de ambos os progenitores, posto que não succedão abintestado á mãe (assim como não succedem ao pai), succedem comtudo a seus parentes por parte de sua mãe conjunctos; § 4, *Inst. de sue-ness. cognati.*, e cit. Ord. vers. — *E assé poderão*, — Portug. *de donat.* liv. 3, cap. 18 ns. 86 e 87, e Lobão à Mello, liv. 3, tit. 8, § 5, n. 2.

Por maioria de razão os nettos legitimos, filhos de filha de coito damnado e punivel succedem a seus avós maternos e mais parentes por parte de sua mãe conjunctos; Lobão no logar citado, e Guerr. *Quest. For.* 33, n. 25.

#### § 451. DA SUCCESSÃO DOS FILHOS DO PRIMEIRO, E DO SEGUNDO MATRIMONIO.

Havendo filhos de primeiro, e segundo matrimonio, somente os do primeiro succedem á mãe commum nos bens em que ella succedeo abintestado á algum outro filho, ou filha do mesmo primero matrimonio, e que este, ou esta houve do patrimonio, ou herança de seu pai, ou avós da parte do pai; Ord. liv. 4, tit. 91, § 2.

Semelhantermente só succedem ao pai commum os filhos do primeiro matrimonio nos bens, em que elle succedeo abintestado á algum outro filho, ou filha do mesmo matrimonio, e que este, ou esta houve do patrimonio, ou herança de sua mãe, ou avós da parte da mãe; cit. Ord. § 4. <sup>1</sup> Por identidade de razão só os filhos do segundo matrimonio devem succeder assim á mãe commum nos bens, que ella herdou abintestado de outro filho, ou filha do mesmo matrimonio, e que este, ou esta houver herança de seu pai, ou avós da parte do pai, como ao pai commum nos bens, que elle herdou abintestado de outro filho, ou filha do mesmo matrimonio, e que este ou esta houve por herança de sua mãe, ou avós da parte da mãe. <sup>2</sup>

#### § 452. DA SUCESSÃO DOS FILHOS ADOPTIVOS, E ARROGADOS.

Como aos filhos adoptivos, e aos arrogados competem a respeito de seu pai adoptante, ou arrogante, e *vice versa*, quasi os mesmos direitos, que competem aos filhos legitimos a respeito de seu pai, e *vice versa* (§§ 87 e 88); dahi vem :

<sup>1</sup> Por Direito Romano o conjuge binubo, emquanto lhe restar algum filho do primeiro matrimonio, não tem mais, que o simples usufructo vitalicio dos bens, em que succedeo abintestado a algum dos filhos do mesmo matrimonio, e que esse filho houve do conjuge predefuncto, ou de um terceiro em contemplação d'elle, devendo deixar salva a propriedade delles aos filhos do primeiro matrimonio; L. 3, § 1. Cod. de *secund. nupt.*, e Novell. 22, cap. 46, § 2: por testamento porém succede aos filhos do primeiro matrimonio, como qualquer estranho: Authent. *Ex testam.* Cod. *eod.* Dessas duas Leis foi deduzida a citada Ord. liv. 4, tit. 91, §§ 2 e 4, não em odio das segundas nupcias; mas, ou por favor aos filhos do primeiro matrimonio, como diz o Sr. Mello, e outros; ou porque, segundo o nosso pensar, é isto mais conforme com a razão da successão legitima, do que virem a succeder em taes bens juntamente com os filhos do primeiro os filhos do segundo matrimonio, que não descendem, como os primeiros, daquelle ou daquella, de quem, ou de cujo ascendente os mesmos bens vierão; razão esta, que milita igualmente a respeito dos filhos do segundo matrimonio, para só elles succederem nos bens, que seu pai, ou mãe herdou abintestado do filho, ou filha do seu mesmo segundo matrimonio, e que esse filho, ou filha tinha havido de seu pai, ou mãe, on de seus avós paternos, ou maternos. Veja-se Egid. ad L. Titia 100 de *condit. et demonstrat.* p. 3, n. 62 e seguintes. Portug. de *donat.* liv. 3, cap. 19, ns. 16 até 22.

<sup>2</sup> A lei de 9 de Setembro de 1769, e Alvará de 23 de Novembro de 1770 providenciarão largamente (ainda que, segundo o nosso pensar, com menos justiça, do que convinha; ao interesse dos filhos do primeiro matrimonio; a sua duração porém foi muita curta; porquanto o Decreto de 17 de Julho de 1778 suspendeo nessa parte a sua execução até a organização de um novo Codigo Civil.

1.º Que o filho, quér adoptivo, quér arrogado, sem perder pelo facto da adopção, ou da arrogação, o direito de succeder á seus pais legitimos e naturaes, adquire o de succeder a seu pai adoptante, ou arrogante, ainda que lhe fosse estranho; L. 10, §§ 1 e 3, Cod. de adopt., § 2, Ins. eod., § 6., Inst. per quas person., e §§ 2 e 3, Inst. de acquisit. per arrogat. Elle porém não succede á mulher de seu pai adoptante ou arrogante, se esta não consentio expressamente, pela sua parte, na adopção, ou arrogação, nem mesmo succede ao pai adoptante, ou arrogante, se, não lhe sobrevivendo algum filho legitimo, todavia lhe sobreviveo algum, legitimo ascendente, que não consentio expressamente na adopção, ou arrogação.

2.º Que, se depois da adopção, ou arrogação, nasceo ao pai adoptivo, ou arrogado algum filho legitimo, o filho adoptivo, ou arrogado concorre juntamente com o legitimo á successão do pai commum; salvo, se foi emancipado por sentença judicial com previo conhecimento de justa e legitima causa; porque a emancipação resolve todos os direitos adoptivos; cit! L. 10, § 2, Cod. de adopt. e § 3, Inst. eod.

3.º Que tambem succede *ab intestato* a esse filho legitimo de seu pai adoptivo, se falleceo depois do fallecimento deste; salvo, se lhe sobreviveo sua mãe, ou outro legitimo ascendente, que não tivesse consentido expressamente na adopção (porque então é herdeiro necessario desse seu descendente fallecido *ab intestato*, e sem posteridade), ou algum irmão, ou irmã germana, porque este, ou esta exclue o irmão adoptivo, na especie sujeita; exclusão que se funda em ser irmão adoptivo do de unto sómente pelo lado paterno (*irmão unilateral*), e em que os irmãos unilateraes do defuncto sómente lhe succedem na falta de irmãos germanos; Novell. 118, cap. 3, e 127, cap. 1.

O que fica dito a respeito do filho adoptivo é igualmente applicavel ao filho arrogado.

#### § 453. DA SUCCESSÃO DOS FILHOS ESPURIOS LEGITIMADOS.

Como a Ord. liv. 4, tit, 93, negou aos filhos espurios o direito de succederem *ab intestato* á seus pais; como além disso a legitimação de taes filhos para esse fim nunca se costuma conceder em prejuizo dos herdeiros necessarios;

nem mesmo sem prévia citação e audiência de todos os interessados, e sem intervenção de causa justa, urgente, e publica; e como emfim nunca teve a qualidade de uma restituição plenaria, mas de mera dispensa na lei, como foi declarado pela Resolução de 18 de Janeiro de 1799; é de clara e pura intuição, que a disposição da Lei de 22 de Setembro de 1828, art. 2, § 1, na parte, em que parece conferir aos Juizes da Primeira Instancia a faculdade de concederem Cartas de legitimação aos filhos espurios (como comprehendidos na generalidade da significação das suas palavras — *filhos illegitimos*); não se deve julgar comprehensiva de taes filhos; porquanto, de outra sorte, importaria authorisação para dispensar na lei, concedida ao Poder Judicial, o que certamente o Poder Legislativo não podia fazer; visto como não póde delegar tal attribuição, a qual importa o poder de suspender a lei a respeito de uma ou outra pessoa em um ou outro caso occorrente; entretanto que semelhante attribuição com as demais que lhe pertencem exclusivamente, somente á elle forão delegadas pela Constituição, art. 15, § 8.

Pensamos portanto, que as Cartas de legitimação concedidas pelos Juizes de Primeira Instancia somente habilitão os filhos espurios para poderem haver alimentos de seu pai, e gozarem das suas honras, não porém para lhes succederem *ab intestado*, embora tenhamos visto observar-se o contrario na practica forense. O Decreto 2.º de 11 de Agosto de 1831 parece confirmar o nosso pensar. Intendemos pois, que a legitimação dos espurios, para os habilitar para succederem á seus pais *ab intestato*, deve ser requerida a Assembléa Geral Legislativa (§ 84, nota).

#### § 454. DA SUCCESSÃO DOS ASCENDENTES; I. EMQUANTO Á ORDEM OU MODO.

1. A segunda ordem da successão legitima é a dos ascendentes respectivamente a seus legitimos descendentes, fallecidos sem posteridade successivel (§ 438); e neste caso ella verifica-se por linhas, e graus. As linhas são duas; a saber: a linha paterna, e a linha materna. Em cada uma das linhas os ascendentes de grau mais proximo preferem sempre aos de grau mais remoto (porque na linha recta ascendente não ha representação, como se infere do § 439), e ao mes-

mô tempo excluem inteiramente os irmãos do defuncto, se os ha; porque a respeito destes o Direito Patrio (Ord. liv. 4, tit, 91, pr.) dispoz o contrario do que dispozera o Direito Romano na Novell. 118, cap. 2, e Novella 127, cap. 1<sup>1</sup>

### § 455. II. EMQUANTO Á PARTIÇÃO DOS BENS.

II. Como na linha recta ascendente os progenitores (quér proximos, quér remotos, na falta de outros mais proximos) preferem entre si pela prioridade do grau de parentesco por consanguinidade, assim na linha materna, como na linha paterna (paragrapho antecedente): segue-se dahi:

1.º Que, fallecendo alguém sem testamento, ou com elle, e sem posteridade successivel, em vida de seu pai, e mãe legitimos, estes lhe succedem em partes iguaes: no primeiro caso, em *todos seus bens, e fazenda*; e no segundo nas duas partes, se elle dispoz da terça; Ord. liv. 4, tit. 82, pr.

2.º Que, se é fallecido o pai, ou mãe, succede-lhe, na conformidade do que fica em cada um dos dois referidos casos, o pai, ou a mãe, que lhe sobreviveo; Ord. liv. 4, tit. 91, pr. *ibi — ou qualquer delles.*

3.º Que, na falta de pai, e mãe, succedem-lhe, tambem em partes iguaes, os avós paternos, e maternos, aquelles em metade dos bens, e estes na outra metade; e se ha um só em uma das linhas, e dois na outra, aquelle pertence metade da herança, e a outra metade a estes, que a repartem entre si por igual: havendo porém um só em uma das linhas, e

<sup>1</sup> Pela cit. Novell. 118, cap. 2, e Novell. 127 os pais concorrem á herança dos filhos, que fallecerão sem testamento, e sem descendentes, justamente com os irmãos germanos do defuncto, e com os filhos dos irmãos germanos já fallecidos. Pelo contrario, o Direito dos Wisigodos, liv. 4, tit. 2, L. 2, prefere os ascendentes a todos os collateraes; Direito, que por ser mais conforme com os costumes dos nossos maiores foi na parte preferido ao Romano na cit. Ord. Affons. a requerimento dos Advogados, e Procuradores, e vigora ainda entre nós por virtude da Ord. liv. 4, tit. 91, pr. A Ord. liv. 4, lit. 96 in princip., mandando dar partiçào da herança do defuncto abintestado aos ascendentes, que lhe sobreviverem, se descendentes não tiver, quando os ascendentes estiverem em igual grau, sem distinguir entre bens vindos ao defuncto pela linha paterna, ou materna; evidentemente dá a entender que os ascendentes, que estão em igual grau, succedem abintestado ao seu descendente, fallecido sem deixar descendente algum, sem nenhuma differença de bens, nem de linha, e nem de sexo; e portanto é inutil e ociosa a questào a esse respeito agitada entre Baldo e Bartolo; Portug. *de donat.* lib. 3, cap. 19, ns. 6, 7, 8.

nenhum na outra, á esse pertence toda a herança, se o defuncto não dispoz da terça, ou o resto della no caso contrario. A mesma cousa se observa a respeito dos bisavós na falta de avós. Succedem tambem aos descendentes illegitimos nos mesmos casos, em que estes lhes poderiam succeder (§ 448); porquanto o direito de successão legitimo é reciproco.

#### § 456. DA SUCCESSÃO DO BINUBO PAI. OU MÃE.

O binubo (pai, ou mãe), a quem morreo, sem descendentes successivel, filho, ou filha de seu primeiro matrimonio, não succede abintestado (por testamento, sim) na propriedade dos bens, que esse filho, ou filha houve de seu predefuncto pai, ou mãe, ou de outro seu ascendente da parte de um, ou outro, emquanto restar algum outro filho do mesmo leito; e somente lhe compete em taes bens o usufructo vitalicio; sendo que a mãe deve dar caução, se lhe for pedida; L. 3, § 1. *Cod. de secund. nupt.*, Novell. 22, cap. 45, §§ 1 e 2, e Auth. *Ex testam.*, e Ord. liv. 4, tit. 91, §§ 2, 3, e 4 (§ 451).

Por identidade de razão o binubo (pai, ou mãe), a quem morreo, sem descendentes successivel, filho, ou filha de seu segundo matrimonio, não succede abintestado (succede porém por testamento) na propriedade dos bens, que esse filho, ou filha houve de seu fallecido pai, ou mãe, ou de outro seu ascendente da parte de um, ou outro; porque a respeito de taes bens só lhe compete o usufructo vitalicio, como no primeiro caso acima indicado, e por sua morte passa o pleno dominio delles para o filho, ou filhos restantes do segundo leito com exclusão dos do primeiro, assim como estes excluem, no caso supposto, os do segundo a respeito dos bens de seus irmãos germanos fallecidos abintestado, e sem descendencia successivel; L. 4. *Cod. de secund. nupt.* (cit. § 451).

O binubo porém (pai, ou mãe), que assim tem em taes bens somente o usufructo vitalicio, tornar-se exclusivo proprietario delles, se em sua vida vem a fallecer o restante, ou restantes filhos do mesmo leito, ainda que deste, ou destes ficassem outros descendentes successiveis; cit. Ord. § 2 vers. — *E se ao tempo.*

### § 457. DA SUCESSÃO DO PAI ADOPTANTE AO FILHO ADOPTIVO.

Como ao pai adoptante competem a respeito de seu filho adoptivo quasi os mesmos direitos, que competem ao pai natural e legitimo a respeito de seu filho legitimo (§ 452); dahi vem, que, se o filho adoptivo fallece sem descendencia sucessivel, e sem testamento, succedem-lhe :

1.º O pai adoptivo, ou os herdeiros deste, se aquelle já é fallecido, quanto aos bens, que lhe vierão do pai adoptivo, e de algum outro ascendente deste, se o defuncto ainda possuia ao tempo de sua morte ; § 8, Inst. *de adopt.*, e L. 10. Cod. *ead.*

2.º O pai natural e legitimo, ou os herdeiros deste, quanto aos bens, que lhe vierão d'elle, ou de algum outro seu parente consanguineo ; cit. § 8, Inst. *de adopt.*, e cit. § 10, Cod. *ead.*

### § 458. III. DA SUCESSÃO DOS COLLATERAES.

Na falta de descendentes, e ascendentes succedem os collateraes na ordem seguinte :

1.º Os irmãos germanos do defuncto, sem differença de sexo, e os filhos de irmãos germanos predefunctos, a quem elles representam (§ 439, e notas), succedendo porém, em concurso de uns com os outros, aquelles *in capita*, e estes *in stirpes*; Novell. 118, cap. 3, e Novell. 127, cap. 1 (§§ 439 e 440, e suas notas).

2.º Na falta de irmãos germanos, e de filhos de irmãos germanos do defuncto, succedem-lhe *ab intestato* os irmãos unilateraes, com exclusão dos tios: e se tambem não ha irmãos unilateraes, porém ha filhos legitimos de irmãos unilateraes, estes succedem, *in capita*, juntamente com os tios, se os houver, porque todos estão no mesmo grau de parentesco para com o defuncto ; cit. Novell. 118, cap. 3.

3.º Na falta de irmãos, e sobrinhos do defuncto, succedem-lhe os demais consanguineos segundo a prioridade do grau, em que estiverem, sem nenhuma distincção de bens, isto é, sem se attender o lado, donde os bens vierão ao defuncto, e sem differença de idade, sexo, linha, ou de serem conjunctos com o defuncto por varão, ou femea,

pelo lado paterno e materno simultaneamente, ou somente por um delles, uma vez que todos estejam no mesmo grau; cit. Novell. cap. 3, § 1, e cap. 4.

Sucedem porém sempre em partes iguaes quando são muitos os chamados á herança do defuncto, por se acharem no mesmo grau, como, v. gr., no caso de serem tios, quér de um dos lados somente, quér de ambos; entretanto que, pelo contrario, na linha recta ascendente, quando são chamados os avós, ou bisavós, metade da herança pertence aos do lado paterno, e a outra metade aos do lado materno, ainda que um delles haja avô, e avó, e do outro somente avô, ou avó (§§ 454 e 455).

Se pois os sobrinhos do defuncto, nascidos de irmãos germanos deste, apesar de estarem a respeito d'elle no mesmo grau, que os tios, comtudo os excluem da herança deste por virtude do direito de representação, que lhes compete; outrotanto já não fazem os filhos dos sobrinhos do defuncto, nem mesmo os filhos dos irmãos unilateraes, porque esse direito, na linha transversal não se estende além dos sobrinhos nascidos de irmãos germanos; cit. Novell. 127, cap. 1, Guerr. Tr. 2, liv. 4, cap. 1, n. 40 (§ 438 e 429). Os collateraes nascidos de coito damnado e punivel succedem abintestado uns aos outros nos mesmos casos, que os legitimos; Ord. liv. 4, tit. 93 (§ 450 n. 2).

#### § 459. PARENTES EXCLUIDOS DA SUCESSÃO LEGITIMA.

São excluidos da successão legitima :

1.º Os Religiosos, e Religiosas professas; Lei de 9 de Setembro de 1769, § 10.

2.º Os mesmos Religiosos professos secularizados, emquanto houver outro parente do defuncto até o decimo grau, ou conjuge; Lei de 19 de Novembro de 1821, e Ord. liv. 4, tit. 94.

3.º Os que perderão os direitos de Cidadão Brasileiro; Const. art. 7, Cod. Crim. art. 50, e Ord. liv. 4, tit. 81, § 6.

4.º O que foi solemnemente desherdado (Ord. liv. 4, tit. 82, § 2), se a desherdação foi confirmada por sentença.

5.º O que foi julgado indigno, por ter impedido de fazer testamento ao perante, a quem pretendia succeder abintestado; Ord. liv. 4, tit. 94, pr., L. 2, Cod. *Se quis aliq. test. prohib.*

6.º O que foi condemnado por ter morto, ou concorrido para a morte do defuncto, ou daquelle, que ao defuncto devia succeder; L. 3, D. *de his, quæ ut indigni.*, Portug. *de donat.* cap. 31, n. 9.

7.º O pai, ou mãe, que for privado, ou privada por sentença, do direito de succeder a seus filhos, porque não fez inventario dentro de dois mezes; Ord. liv. 1, tit. 88, § 8, e Assento de 20 de Julho de 1780.

8.º Os pais a respeito de seus filhos espurios, e estes a respeito de seus pais; Ord. liv. 4, tit. 93.

9.º Os filhos naturaes, que não forão reconhecidos por taes por seus pais por meio de escriptura publica, ou por testamento nos termos do Decreto de 2 de Setembro de 1847. Succedem porém à mãe, e perantes da parte desta, nos termos da parte final do § 448.

10.º Os Cidadãos de qualquer outro nação, a respeito dos quaes os Brasileiros não gozarem de igual direito em virtude de tractados, celebrados com o Brasil; Cod. Civ. Fr. art. 11, (§ 56).

#### § 460. IV. DA SUCCESSÃO DOS CONJUGES.

IV. O conjuge sobrevivente succede abintestado ao conjuge predefuncto, quando este não tem parente algum até o decimo grau, contados segundo o Direito Civil; Ord. liv. 4, tit. 94, Man. tit. 69, e Affons. tit. 95; e este é a quarta ordem da successão legitima (§ 433), approvada por El-Rei D. Pedro I, a requerimento do Povo nas Côrtes d'Elvas.

Ella porem só tem logar no caso, em que o conjuge predefuncto estava e vivia juntamente com o conjuge sobrevivente em casa teúda e manteúda, como mulher com seu marido, segundo foi determinado por El-Rei D. Afonso V, por authentica interpretação da cit. Lei de Dom Pedro I, deduzida da L. un. D. *Unde vir et uxor.*, a qual interpretação foi depois compilada nos Codigos posteriores. Não obstante a generalidade da disposição dos referidos Codigos, Portug. *de donat.* lib. 3. cap. 19, ns. 55 e 56, e Barbos. *ad rubr. solut. matr.*, sustentão que mesmo no caso de separação o conjuge sobrevivente succede ao defuncto, se foi este quem deo causa á separação: o que nos

parece inadmissivel, já porque a successão abintestado funda-se na presumpção da amizade (§ 434, nota), que se suppõe entre pessoas conjunctas pelo sangue, ou pelos vinculos do matrimonio, <sup>1</sup> e esta fallece á respeito de conjuges, que não vivem juntos como mulher com seu marido; já porque não se pôde tolher á Fazenda Publica o direito de successão, que neste caso ella tem fundado em Lei clara e terminante, por conjecturas, e distincções, que a mesma Lei não fez, o que os executores della não podem fazer.

### § 561. DA SUCCESSÃO DA FAZENDA NACIONAL.

Finalmente, em ultimo lugar succede a Fazenda Nacional <sup>2</sup>; e esta e a quinta e última ordem da successão legitima (§ 458).

Succede pois a Fazenda Nacional em todos os bens vagos, e heranças jacentes, isto é, nos bens, cujo dono falleceo abintestado sem deixar parentes até o decimo grau, contados segundo o Direito Civil, ou a que não é achado senhor certo; Ord. liv. 1, tit. 90, liv. 2, tit. 26, § 17, liv. 4, tit. 94, in fin., Constit. art. 15, § 15, e art. 115.

Ella porém é sujeita ás dividas do defuncto, e a todos os onus inherentes á herança da mesma sorte, que os herdeiros particulares; Henric. Cocc. Disput. *de bon vacantib.*; porque, como discretamente pondera Grot. *de jur. bell. ac pac.* lib. 3, cap. 2, § 1, *Ut cum oneribus bona transirent simul cum dominis rerum introductum est.* (Veja-se o Alvará de 26 de Agosto de 1801).

<sup>1</sup> Existe entre os conjuges, emquanto viverem juntos, tão estreita e santa sociedade, que justo é que ella seja attendida na successão legitima, como o foi entre nós na cit. Ord. liv. 4, tit. 94, e entre os Francezes pelo art. 767 do seu Codigo Civil, que diz assim — *Lorsque le défunt ne laisse ni parents au degré successible, ni enfants naturels, les biens de sa succession appartiennent au conjoint non divorcé qui lui survit.*

E porém principalmente dos pactos antenupciaes, dos testamentos reciprocos, e das doações entre os conjuges, que depende a successão de um ao outro d'entre elles; no que differem os Codigos Civis das nações, como se pôde ver em Heinecc. *Element. Jur. Germ.* lib. 2, tit. 9, § 262, Stryk. *de succes. abintest.*, Dissert. 4. cap. 3, §§ 8 e seguintes, e outros Doutores.

<sup>2</sup> Na falta pois de herdeiros em cada uma das quatro primeiras ordens de successão legitima, simultanea e successivamente verificada, succede a nação; é porém questão se succede por direito proprio, ou hereditario, da qual entre outros se occupa Amaya ad tit. C. *de bon. vacantib.*

Seja como for, o certo é que a nação fica sujeita a todos os onus, e dividas,

## TITULO X.

## Das partilhas.

## § 462. NOÇÃO DAS PARTILHAS.

*Partilhas* são a divisão dos bens da herança entre os diferentes herdeiros, chamados á ella pela Lei, ou por testamento. Ellas são indispensaveis para dissolver o estado de communhão, cujos inconvenientes são graves, e na qual, em regra, ninguem é obrigado a continuar por simples effeito do direito de successão. As partilhas portanto não podem ser prohibidas para sempre pelo testador. <sup>1</sup> \*

## § 463. DOS PREPARATORIOS DAS PARTILHAS.

As partilhas são precedidas do *inventario*, e *avaliação*, e algumas vezes da *collação*, e *licitação*. *Inventario* é a dis-

a que estavam obrigados os bens do defuncto; e assim foi determinado pelo Direito Romano, e Canonico; L. *Si marito* 31, D. *solut. matrim.*, L. *mutier*. 72, D. *de jur. dot.*, L. *Non possunt*. 11, D. *de jur. fisc.* cap. *In litteris* 5, de *raptorib.* cap. *Tua* 9. de *usur*.

Incumbe porém ao Juizo de Orphãos, a quem compete proceder á arrecadação, e inventario de taes bens, mandar affixar editaes no seu respectivo Termo por tempo razoavel, chamando os herdeiros dos defunctos intestados, e todas as mais pessoas, que tiverem direito nas suas heranças, para virem habilitar-se, ouvindo em todo o processo da arrecadação, inventario, e habilitações, o Procurador Fiscal, ou seu Ajudante; cit. Ord. liv. 1, tit. 90, e Lei n. 243 de 30 de Novembro de 1841, art. 17, e Decreto n. 160 de 9 de Maio de 1842, n. 422 de 17 de Junho de 1845, n. 561 de 18 de Novembro de 1848, e n. 2708 de 15 de Dezembro de 1860.

Como pois as nossas Leis, deferindo á nação as heranças jacentes, e bens vagos, e do evento, em caso nehum os concedem á Corporações, Sociedades, ou individuo algum; nenhum uso tem entre nós o Titulo doCodigo Justiniano — *De hereditatibus decurionum, naviculariorum, cohortalium, militum, et fabricensium* — Amaya ad D. 1, C. de *bon. vacantib.* n. 34.

<sup>1</sup> A legislação sobre partilhas acha-se na Ord. liv. 4, tit. 96, e tit. 97, Man. tit. 77, Affons. tit. 107, extrahida do tit. do D. *famil. ercisc.*, e dos outros, que lhe são parallellos no Cod. A obra, que principalmente deve ser consultada, é a *Praxis partitionum et collationum* de Valasc. Seguem-se depois Guerreir. nos seus tratados *de divisionibus*, Paiva e Pona, *Orphanologia Practica*; e entre os modernos, Lobão nas notas a Mello, liv. 4, tit. 12. Carv. *Primeiras Linhas* sobre o processo orphanologico, e Per. e Sous., *Proces. Civ.*, not. 1021.

cripção dos bens do dominio do defuncto, ou em elle tinha algum direito, e das suas dividas activas e passivas.

O cabeça de casal, se entre os herdeiros do defuncto ha algum de menor idade, deve principia-lo dentro de trinta dias da morte do defuncto, e acaba-lo nos sessenta dias seguintes; Ord. liv. 1, tit. 88, §§ 4 e seguintes. *Quanto ao erro*

O inventario começa pelo juramento, que é deferido pelo Juiz ao inventariante, e em que este promette descrever todos os bens sob pena de sonogados no caso de dolo; cit. Ord. § 9. Deve, na discripção, indicar alguns signaes, por que se distinguão, e classifica-los em moveis, semoventes, raiz, e dividas activas, e passivas, conforme o seu estado, e obrigações a que estiverem sujeitos; cit. Ord. §§ 4 e seguintes.

*x o pessoal, não admitta pro curação*

#### § 464. DA NECESSIDADE DO INVENTARIO.

Como difficilmente possa haver partilha igual, e justa sem inventario, com razão o que fica na posse dos bens do defuncto, entre cujos herdeiros ha algum menor, é obrigado a fazer inventario judicial dos mesmos bens dentro de trinta dias da morte do defuncto; Ord. liv. 1, tit. 88, § 4; e o mesmo se intende a respeito de todos os casos, em que é necessario o inventario judicial, referidos nos §§ 325 e 327.

O Alvara de 24 de Julho de 1713, conferio ao Desembargo do Paço o poder de prorogar por mais seis mezes o referido praso no caso de legitimo impedimento: hoje pertence essa attribuição ás Relações das Provincias; Lei de 22 de Setembro de 1828, art. 2, § 6, in fin.

No inventario devem ser descriptos todos os bens hereditarios, moveis, immoveis, semoventes, dividas activas, e passivas, direitos, e acções. Não se descrevem porém os bens alheios, que estivessem em poder do defuncto, salvo, se elle tinha algum direito nelles, que augmentasse o seu patrimonio, taes como bens dados em commodato, depósito, penhor, etc.: cit. Ord. § 4. *Di o contrario a l. 3. citada.*

Todos os bens descriptos no inventario com prévia citação dos interessados devem ser avaliados segundo o seu justo valor pelos Avaliadores do Juizo, ou por pessoas sem suspeita nomeadas pelo Juiz a aprazimento das partes interessadas, no caso de não haver no Juizo Avaliadores provisionados, ou de serem estes suspeitos, e julgados taes (cit. Ord. § 5, e liv. 3, tit. 17, e Lei de 20 de Junho de 1774).

### § 465. DA AVALIAÇÃO DOS BENS DA MASSA PARTIVEL.

Os bens da massa partivel devem ser avaliados, ou no mesmo acto da descripção, ou logo depois, porque a partilha não se póde fazer com a devida igualdade, sem que primeiro se determine o valor dos bens partiveis por meio de arbitramento de peritos. No inventario, em que é interessada a Fazenda Nacional, ou a Provincial, o inventariante, e o Procurador Fiscal, ou seu Ajudante, que deve ser citado no principio do inventario, louvão-se em pessoas, que sirvão de Avaliadores; Regul. n. 160 de 9 de Maio de 1842, art. 88, e n. 2708 de 15 de Dezembro de 1860.

### § 466. O QUE SEJA COLLAÇÃO, E QUE PESSOAS SÃO Á ELLA OBRIGADAS.

Como a partilha, quando os herdeiros tem igual direito, deva ser feita com a maior igualdade possivel, de sorte que nenhum delles seja lesado em seu direito, dahi vem que ao Juizo da Partilha pertence tambem a *collação*,<sup>4</sup> ou acto pelo qual os herdeiros descendentes do defuncto confêrem ao inventario dos bens deste os dotes, doações, ou dadas, que receberão delle emquanto vivo, com o que tiverem rendido desde a morte do doador; Ord. liv. 4, tit. 97, in princ. *do fig. responde aos dotes e dadas.*

Exceptua-se porém o dote, ou doação consistente na terça, ou parte da terça do dotante; porquanto este lhe pertence exclusivamente além da sua legitima, até onde não exceder a taxa da Lei, ou na sua totalidade, se foi insinuado (§ 470), e só pode ser conferido para se verificar o

<sup>4</sup> A avaliação deve ser feita por peritos, ou pessoas da arte, ou officio, a que respeitão os bens, que se hão de avaliar, e de conformidade com as disposições legislativas do Alvará de 21 de Maio de 1751, cap. 5, § 3, 14 de Abril de 1773, § 1, Lei de 20 de Junho de 1774, §§ 8, 10, 11, 17, 27, 28, 30, Alvará de 25 de Agosto de 1774, §§ 24, 28, 29, 30, Decreto de 17 de Julho de 1773, Alvará de 11 de Abril de 1793, e Leis de 6 de Julho de 1807, e de 21 de Janeiro de 1809. Regularmente não se repete, excepto em dois casos:

1.º Se na primeira houve lesão por ignorancia, ou corrupção dos peritos, ou louvados; Ord. liv. 3, tit. 78, § 2.

2.º Se entre o tempo da avaliação e da partilha se descobrio algum novo onus, ou defeito na cousa avaliada; argumento da Ord. liv. 5, tit. 3, § 3, e Alvará de 14 de Outubro de 1773.

seu valor, e vêr-se se excede, ou não a terça do doador ; cit. Ord. § 3.

A collação pois somente tem lugar entre os descendentes herdeiros do defuncto, quér lhe succedão por testamento, quér ab intestado; porquanto foi estabelecida por direito para evitar que algum delles não fosse lesado em sua legitima.

Dahi pois se seguem estes corollarios .

1.º Que o filho do defuncto deve trazer á collação a seus irmãos não só o que o defuncto lhe doou ou dotou, mas tambem o que doou, ou dotou a seus filhos nettos delle; cit. Ord. in princip., e § 21.

2.º Que os nettos dotados pelo avô ou avó, vindo a entrar á herança daquelle, ou desta, por ser fallecido seu pai, ou mãe, filho, ou filha de seu avô, ou avó, de cuja herança se tractar, são obrigados a conferir não só o que seu avô, ou avó doou, ou dotou a cada um delles, mas tambem o que doou ou dotou a seu pai, ou mãe; cit. Ord. § 20 e 21, Valasc. *de partit.* cap. 12, ns. 62 e 63.

3.º Que os descendentes, naturaes, ou espurios, que não concorrerem á herança com os legitimos, assim como os ascendentes, os collateraes, e os estranhos, não são obrigados a conferir os que o defuncto lhe deo.

#### § 467. DA COLLAÇÃO DO DOTE, E EM GERAL DE TUDO, QUE OS PAIS DERÃO AOS FILHOS EM VIDA.

Deve portanto ser trazido á collação não só o dote constituido pelo pai a seu filho ou filha, chamado *profecticio*, mas tambem o que foi constituido pela mãe, que a esse respeito não se distingue do *profecticio*; e em geral todos os bens, que o pai ou mãe, ou ambos derão a seus filhos ou filhas por qualquer causa que fosse, assim como tambem as dividas, e fianças, que pagarão por elles, e os rendimentos dos mesmos bens, que trouxerem á collação, da morte do defuncto por diante, se ainda os tiverem em seu poder. Ord. liv. 4, tit. 97 in princ.; sendo que na significação da palavra — *rendimentos* — se comprehendem os juros legaes das referidas dividas, e fianças.

Pelo contrario não é obrigado a trazer á collação a

DIR. CIV. BRAS. T. II

1) Quando o casamento é civil pelo regimen do community property, e o que diz-se a Ord. do 4.º § 1.º in fine, q.º p.º o valor é total, cada um dos cônjuges dá o seu e seu

seus irmãos por morte de seu pai o dote, ou doação por motivo de casamento, que lhe fizesse algum extranho, ou parente transversal, aquelle, a quem elle foi dado, ainda que o fosse por contemplação de seu pai; cit. Ord. § 10 vers.—*E isto que é dito.*

Todavia o filho, ou filha, á quem o pai ou mãe ou ambos derão alguns bens por motivo de casamento, ou qualquer outro, durante a sua vida, não é precisamente obrigados a trazer-los á collação a seus irmãos, quando, contentando-se com os mesmos bens, não quizer entrar com seus irmãos á herança de seu pai, ou mãe, ou de ambos, se ambos lh'os derão; comtanto que todavia refaça a seus irmãos as suas legítimas no caso, que a doação exceda a somma da sua legítima, e da terça do doador, ou de ambos, se ambos lh'a fizerão, salvo, quanto á terça, se a doação não foi insinuada; porque neste caso só é válido a doação da terça até a quantia, em que a insinuação não é necessaria; cit. Ord. §§ 1, 3 e 5, e Assento de 21 de Julho de 1797 (§ 470).

Cabe aqui notar de passagem, que para se ver se o dote, ou doação feita por motivo de casamento excede a somma da legítima do donatario e da terça do doador, ou de ambos, se ambos lhe fizerão a doação, é permittido ao donatario exigir que se calcule a valia dos bens, que ficarão por morte do doador com relação ao que valião ao tempo, em que a doação, ou o dote foi constituido, ou com relação ao que valem ao tempo da morte do mesmo doador, qual o donatario escolher; cit. Ord. § 4. (Veja-se o § 470).

Tambem cabe aqui notar, a respeito do dote, ou doação feita pelo pai, e mãe á seu filho, ou filha, que, fallecendo primeiro o pai, esse filho, ou filha so traz á collação metade do dote, ou doação, ficando a outra metade para vir á collação por morte da mãe, e *vice versa*; cit. Ord. § 1.

*Os bens hereditarios casam, e legião de collação*

<sup>1</sup> Os nettos, quando succedem directamente a seus avós, confere não só as doações, que elles lhe fizerão, mas tambem as que fizerão a seus pais predefunctos; cit. Ord. § 27: exceptuão-se porém as doações, que lhes forão feitas na terça do pai, ou avô doador; cit. Ord. tit. 67, § 3; salva comtudo a doutrina do § 470, sob n. 1.º, e n. 2.º, quando se der algum dos casos, em que ella tem applicação.

## § 468. DO MODO DA COLLAÇÃO.

Se a doação, ou dote consistio em bens de raiz, e o doado, ou dotado fez bemfeitorias nelles, que cheguem á quarta parte do seu preço, compete-lhe a escolha, trazer á collação os mesmos bens em substancia, pagando-lhe seus irmãos as bemfeitorias, ou trazer o preço, que os bens valião ao tempo, em que lhe forão dados; e, se pelo contrario, os bens estão damnificados de tal sorte que o valor do damno chegue á quarta parte do preço delles, compete aos irmãos a escolha para constrangel-o, ou a trazer-os á collação assim como estão, e mais a estimação do damno, ou trazer o preço, que valião ao tempo, em que lhe forão dados; Ord. liv. 4, tit. 97, § 13.

No caso porém, em que os ditos bens não tenham recebido melhoramento, nem deterioração, igual ou superior á quarta parte do seu preço, o doado deve conferil-os em substancia, e não a estimação delles, se o casal não tiver outros bens de raiz de igual bondade, com que sejam prehenchidas as legitimas dos outros herdeiros; Vinn. *Tract. de collat.* cap. 16, n. 3, Valasc. *de partit.* cap. 14, n. 2, Cod. Civ. Fr. art. 859; exceptuão-se comtudo os que forão dados á um filho Clerigo para seu patrimonio, os quaes em todo o caso devem ser conferidos por estimação; Portug. *de donat.* lib. 1, Præhud. 2, § 5, n. 40.

Da mesma sorte devem ser conferidos por estimação os seguintes:

1.º Os que o donatario tiver alienado, assim moveis, como de raiz; cit. Ord. §§ 14, e 15,

2.º Os bens emprazados em certas pessoas, dados a filho, ou filha, se o pai, ou mãe, que lh'os deo em sua vida, era a derradeira pessoa; cit. Ord. § 22, vers. — *E se o pai*; no prazo porém, a que o pai, ou mãe nomeou o filho, ou filha, e logo lh'ó entregou privando-se do usufructo em sua vida, póde o nomeado conferir o mesmo prazo em substancia, ou o que valia ao tempo, em que o houve (§ 594, 6.º), e a mesma escolha lhe compete no caso, em que o prazo a que somente foi nomeado, tivesse sido comprado, ou adquirido em troca de outros bens pelo pai, ou mãe nomeante; cit. Ord. § 22, ibi — *salvo se fosse comprado, ou adquirido do dinheiro, ou fazenda do pai, ou mãe, que o nomeou.*

3.º As bemfeitorias, que o testador tinha feito no prazo superiores aquellas, que elle de necessidade e conforme a Direito era obrigado fazer; cit. Ord. § 22, vers — *E assi lhe serd contado.*

5.º As despezas, que o pai, ou mãe nomeante fez com a demanda no caso, em que o prazo, a que o filho foi nomeado, tivesse sido reivindicado de terceiro; Almeida e Sousa Tract. dos prazos § 532, n. 5.

#### § 469. QUE BENS NÃO VEM Á COLLAÇÃO.

Não vem á collação os seguintes bens :

1.º O que o pai, ou mãe gastou com o jantar, ou cêa no dia das vodas do filho, ou filha, ou no dia, em que o filho Clerigo cantou Missa a primeira vez; Ord. liv. 4, tit. 97, § 2, Almeid. e Sous. Add. á Mello lib. 3, tit. 12, § 12, n. 28.

2.º O que o pai, ou mãe gastou com os estudos do filho, ou com lhe fazer aprender algum officio; cit. Ord. § 7; salvo, se o filho, em vez de estudar, perdeu o tempo sem aproveitamento, estragando-se aos vicios (Guerreir. Tract. 2.º, lib. 2, cap. 12, n. 132), ou se o pai, ou mãe, não tendo meios sufficientes, collocou o filho em estudos maiores com notavel ruina do seu patrimonio, e prejuizo dos outros filhos; Vinn. de *collat.* cap. 10, n. 11, Almeida e Souza, Tract. *das obrig. recipr.* § 657.

3.º O que o pai, ou mãe gastou, ou deo ao filho para sahir do captiveiro, ou para se livrar de crime, que falsamente lhe foi imputado; cit. Ord. § 8.

4.º As doações, ou mercês feitas pelo Imperador, ou pelo Governo, ainda que fossem feitas por consideração dos serviços do pai; salvo, se a mercê expressamente declarar que será conferida; cit. Ord. §§ 10, e 11.

5.º O que o filho ganhou com o seu trabalho, ou industria, ainda que estivesse debaixo do poder do pai, e este o mantivesse, comtanto que taes ganhos não fossem feitos com bens do pai; cit. Ord. § 16, Guerreir, Tract. 2, lib. 2, cap. 12, n. 170.

6.º O que o filho, que estava debaixo do poder do pai, ganhou por ajuste, que o pai fez com elle como em gratificação, ou remuneração de seu trabalho, e industria, tal como

a de Caixeiro, Feitor, etc.; Almeida e Sous. Add. a Mello. liv. 2, tit. 4, § 13, n. 17, not., Cod. Civ. Fr. art. 854.

7.º Os ganhos do filho, que formão o seu peculio castrense, ou quasi castrense; cit. Ord. § 18.

8.º Os bens, que o pai, ou mãe, ou ambos derão a seu filho, ou filha assim em casamento, como por qualquer outra maneira, quando esse filho, ou filha não quizer entrar com seus irmãos á herança de seu pai, ou mãe, ou de ambos; cit. Ord. § 3.

Neste ultimo caso porém, observa-se a doutrina do paragrapho seguinte, exceptuada a escolha, de que nelle se falla, a qual só compete no caso ahi indicado.

§ 470. DOS DIREITOS, E OBRIGAÇÕES DO FILHO, OU FILHA DOTADA POR MOTIVO DE CASAMENTO, QUE NÃO QUER CONFERIR O DOTE.

O filho, ou filha, á quem o pai, ou mãe, ou ambos derão, ou prometterão em casamento alguns certos e determinados bens, e que não quer entrar á herança com seus irmãos, compete a escolha do tempo do dote, ou do tempo da morte do doador, para se calcular de conformidade com aquelle, que escolher, o valor dos bens do mesmo doador, e conhecer-se se o dote, ou doação excede, ou não, a somma da legitima do dotado, e da terça do doador, no caso, em que o dote, ou doação foi insinuada, ou se excede, ou não, no caso contrario, a somma da legitima do dotado, e da parte da terça do dotante equivalente á quantia da taxa legal das insinuações; porquanto, de conformidade com a Ord. liv. 4, tit. 97, § 4, harmonisado com o Assento de 21 de Julho de 1797, pertence-lhe, no primeiro caso, a totalidade da doação, ou do dote, se não exceder a somme da sua legitima, e da terça; e no segundo somente até onde chegar a somma da sua legitima, e da quantia da taxa legal das insinuações (§§ 155 e 484, e § 471, nota).

Podendo portanto acontecer, que o pai, ou mãe não possua ao tempo da sua morte bens nenhuns, ou que possua tão poucos, que não cheguem para preencher aos filhos indotados as suas justas legitimas; pergunta-se: « *Em cada um desses dois casos poderá o filho, ou filha escolher o tempo, em que o dote, ou doação foi feito?* »

O Sr. Senador Mello Freire, liv. 3, tit. 12, § 13, diz-nos que o § 4, da cit. Ord. deve ser entendido de modo, que sempre fique salva a legitima dos outros filhos, na forma das terminantes disposições dos §§ 3 e 5 da mesma Ord. É justa, legal, e sem replica a opinião do distincto Jurisconsulto ; e della resultão os seguintes corollarios :

1.º Que, se o pai, ou mãe doadora possuia tão poucos bens ao tempo da sua morte, que não chegam para perfazer a cada um dos outros filhos a sua legitima (calculada na razão proporcional do valor das duas terças desses mesmos poucos bens, e dos da doação, se esta foi insinuada ; ou, se não o foi, na razão proporcional do valor da totalidade da herança, comprehendidos nesta os bens da doação, menos a quantia da taxa legal das insinuações (paraphographo antecedente) ; o filho, ou filha, que não quizer entrar á herança com seus irmãos deve perfazer a cada um destes toda a sua legitima, que, tirada a terça, ou a dita quantia da taxa legal, segundo a doação foi, ou não insinuada, directamente lhe pertencer haver.

2.º Que no caso, em que por morte do pai, ou mãe não ficarão bens nenhuns, deve-se deduzir da doação, ou dote duas terças partes do seu valor, para se perfazer a legitima a cada um dos filhos, incluído o dotado, se houve insinuação ; e na falta della, devê-se deduzir do valor da doação uma quantia equivalente á taxa legal das insinuações para o dotado, e partir-se igualmente o resto da doação por todos os filhos, incluído o mesmo dotado.

#### § 471. DA OPINIÃO DE OUTROS SOBRE O MESMO CASO.

Outros ha porém, e entre elles Corrêa Telles (Digest. Portug. liv. 3, art. 1669), que são de opinião que nunca se poderá exigir do filho, ou filhos dotados que contribuão para o estabelecimento dos indotados com mais de um terço do que receberão em dote.

A opinião do Sr. Mello, e dos que antes d'elle pensarão da mesma sorte, é sem duvida mais razoavel, mais justa, e mais conforme com §§ 3 e 5 da cit. Ord., do que a destes ultimos ; primeiramente, porque, sendo idéa dominante na mente do nosso Legislador, que um pai não deve beneficiar a um de seus filhos mais, do que aos outros, senão até onde chegar a sua terça ; e sendo essa a razão, por que elle in-

põe aos filhos dotados a obrigação de trazerem á collação a seus irmãos os bens, que seus pais lhes derão, ou o preço, que então valião, se elles já não os tem (Ord. liv. 4, tit. 97, §§ 14 e 15); é visto, que, se o pai dotante falleceo sem deixar outros bens além dos que doou a um de seus filhos, o dote, ou doação deste fica reduzida á terça parte do que valia ao tempo que foi feita (se foi insinuada; paragrapho antecedente), e as outras duas terças partes devem ser repartidas igualmente entre elle, e seus outros irmãos, pois constituem as suas legitimas: e em segundo logar, porque a execução da referida limitação daria muitas vezes tal resultado que os irmãos indotados não virião a ter legitimas iguaes a do dotado, como se patentêa pelos dois exemplos seguintes:

De feito, se o dote (insinuado) tivesse sido de seis contos de réis, e os outros bens, que ficarão por morte do pai dotante, valessem apenas tres contos de réis, sendo seis os filhos, que lhe sobreviverão; a contribuição de um terço do dote feita pelo irmão dotado a seus irmãos indotados, no caso de não querer entrar com elles á herança do pai, faria com que cada um dos irmãos indotados tivesse legitima igual á do dotado, porquanto nesse caso o dote ficaria reduzido a quatro contos de réis, em que se comprehenderia a legitima do dotado na importancia de um conto de réis, igual á de cada um dos outros seus irmãos, e a terça do pai dotante, que na hypothese figurada é de tres contos de réis.

A mesma cousa porém já não aconteceria, se, dado o mesmo dote, e os mesmos outros bens, os filhos fossem mais de seis, ou se, dado o mesmo dote, os outros bens valesse mmenos de tres contos de réis ou não fossem nenhuns,

Cabe aqui notar, que se são dois, ou mais os filhos dotados no caso, de que aqui tractamos, as legitimas perfazem-se pela ultima doação. e se esta não basta para isso, pela penultima, e assim por diante; Guerreir. Tract. 2, L. 2, cap. 10, n. 22, Valasc. Const. 188, n. 21, Voet. L. 39, tit. 5, n. 38. <sup>1</sup>

<sup>1</sup> A razão dessa doutrina é que toda a doação, feita por pai, ou mãe a um, ou mais d'entre seus filhos, só é valida por direito (no caso de ter sido insinuada) até onde chegar a somma da legitima de cada um dos dotados, e da terça do dotador (§§ 470 e 484).

Dahi pois se segue, que, se o pai, que tendo, v. gr., tres filhos, fez doação a dois delles, em diferentes epocas; e se por sua morte se acha que a ultima

## § 472. DA LICITAÇÃO.

*Licitação* é o acto pelo qual algum dos co-herdeiros, ou co-proprietarios offerece por algum, ou alguns dos bens partiveis um preço superior ao da sua avaliação, para o fim de lhe serem imputados no seu quinhão. *até da 2ª em os.*

Deve ser feita depois da avaliação no termo, que se concede aos interessados para dizerem sobre a forma, ou modo das partilhas.

Aindaque a licitação traga augmento a massa partivel e por isso mesmo interesse á todos os co-herdeiros; contudo, como, concedida a um, deve-se conceder aos outros a faculdade de relicitar, ella é um fomento de emulação, indecente entre parentes; e por isso só se deve conceder nos bens, que não admittirem commoda divisão, e só em tantos quantos caibão no quinhão hereditario do licitante; Cod. Civ. Fr. art. 1686.

Neste mesmo caso, se os outros co-herdeiros quizerem que se partão entre todos os bens licitados por um pelo preço da licitação, isso mesmo se deve fazer. <sup>1</sup>

doação (insinuada, como a primeira) excede em valor a somma da legitima do filho, a quem foi feita, e da terça, ou do resto da terça do doador; esta doação é nulla no excedente, o qual se acrescenta á somma dos valores dos outros bens do defuncto, para o fim de se perfazer a legitima do terceiro filho.

Se as duas doações porém forão feitas do mesmo dia, e são iguaes entre si, então cada um dos doados, na presente hypothese, deve repôr para perfazimento da legitima de seu irmão indotado, metade do excedente da somma das suas doações sobre a somma das suas respectivas legitimas, e da terça do doador. Na falta porém de insinuação das duas doações, na hypothese figurada, deve-se deduzir de cada uma dellas todo o excesso sobre a somma da legitima de cada um dos dotados e da quantia da taxa legal das insinuações (§ 470); e succedendo que a somma das duas quantias da referida taxa legal exceda a terça do defuncto doador, então diminue-se na ultima doação tanto, quanto for necessario para o implemento das legitimas (§§ 470 e 484).

Por fim, cabe aqui notar, que o implemento das doações até onde for possível por um ou outro dos dois referidos modos, segundo ellas forão, ou não forão insinuadas, prefere ao cumprimento dos legados deixados pelo doador em seu testamento; Ord. liv. 4, tit 97, § 3, in fin.

<sup>1</sup> Por fim Direito Romano, LL. 1 e 3, Cod. *comm. divid.*, a licitação era unicamente permittida nas cousas, que não se podião commodamente dividir. Entre nós nem nas Ordenações, nem nas Leis posteriores se faz menção da licitação. Ella portanto só pôde ser admittido com a restricção do Direito Romano, e até a importância do quinhão do licitante; Lobão, Suppl. ás *Acç. Summ.* Diss. 7.

### § 473. O QUE SEJA PETIÇÃO DE HERANÇA.

Do direito hereditario, o qual é deferido por testamento, ou pela Lei, nasce principalmente a *acção de petição de herança*, que compete ao herdeiro legitimo, ou testamentario contra o possuidor da mesma herança, para que o Juiz o declare herdeiro, e condemne o possuidor a entregar-lh'a com as accessões, e rendimentos desde a morte do defuncto ; Ord. liv. 4, tit. 96, §§ 4 e 10.

Esta acção é universal, porque tem por objecto toda a herança do defuncto, e compete á todos os herdeiros assim legitimos, como escriptos, e até mesmo ao comprador da herança ; L. 54, D. *de pet. hered.*, LL. 1 e 3, D. *de fideic hered. petil.*, e L. 194, D. *de reg. jur.* Pouco differe da reivindicacão assim na causa, como no effeito.

### § 474. ACÇÃO DE PARTILHA DE HERANÇA.

Do mesmo direito hereditario nasce tambem o Juizo *familix eriscundæ*, ou *acção de partilha da herança*, contra o cabeça de casal, ou contra o co-herdeiro, que está em posse dos bens da mesma herança, para que dê particão delles ao auctor.

Neste Juizo pois dividem-se entre os co-herdeiros os bens hereditarios. observando-se na divisão não só a justiça e igualdade, mas tambem a equidade ; L. 2, D. *Familix eriscundæ*.

Devem-se todavia adjudicar a um dos herdeiros as cousas, que não admittem commoda divisão, satisfazendo este aos outros em dinheiro, ou em outros bens a parte, que nellas lhes tocar, ou aliás venderem-se, e dividir-se o preço entre todos, ou arrendarem-se, e partir-se a renda ; L. 22, § 4, D. *eod.*, e Ord. liv. 4, tit. 96, § 5.

Feita porém a partilha, não se desfaz temerariamente ; § ult. da *Inst. de offic. jud.* cit. Ord. § 19. Estas, e outras muitas cousas estabelecidas no Direito Romano tambem o são no Direito Patrio na cit. Ord. liv. 4, tit. 96, que é a sede desta materia.

## § 475. POR QUE MODO SE FAZ A PARTILHA.

A partilha pôde ser feita por quatro modos :

1.º *Extrajudicial, e amigavelmente* por convenção entre os co-herdeiros ; Ord. liv. 4, tit. 96, § 18 *ibi* — *ou quando as partes fizerem partilha entre si sem auctoridade de justiça* : neste caso, se a herança exceder a quantia da Lei (Ord. liv. 3, tit. 59, combinado com os Alvarás de 16 de Setembro de 1814, e de 30 de Outubro de 1793, e com a Lei n. 840 de 15 de Setembro de 1855, art. 11), deve a partilha ser reduzida á escriptura publica, ou autos publicos ; cit. Ord. tit. 96, § 18, *ibi* — *tanto que por elles for acabada, e o auto, que se della fizer, for por elles assignado em escriptura publica, ou autos publicos.*

2.º Por Partidores dados pelo Juiz á apazimento dos co-herdeiros ; dit. Ord. § cit.

3.º Judicialmente, citados os co-herdeiros, e proferida a sentença sobre o proprio processo ; dit. Ord. § cit.

4.º Pelo testador, o qual muito bem pôde no seu testamento dividir os seus bens entre os seus herdeiros, comtantoque não offenda suas legitimas ; Valasc. *de partil.* cap. 20, (§§ 325 e 327).

## § 476. DA CITAÇÃO DOS CO-HERDEIROS.

Como todos os co-herdeiros tem interesse commum na partilha, dahi vem, que, toda a vez que ella é feita judicialmente, devem ser citados para ella pessoalmente não só todos os que estiverem presentes, mas tambem os que estiverem ausentes em logar certo, e sabido, onde bem possam ser citados ; Ord. liv. 4, tit. 96, § 2.

Estando porém algum delles ausente em logar incerto, ou mesmo em logar certo, mas onde não possa ser citado em sua propria pessoa, ou porque o logar está occupado por inimigos, ou infectado de peste, ou por outra semelhante causa, então deve ser citado por meio de edictos na fórmula na Ord. liv. 3, tit. 1, § 8 ; porquanto, aindaque o Sr. Mello Freire, e outros Jurisconsultos de igual nota intendão que na partilha não é necessario em taes casos a citação edictal, já porque a cit. Ord. liv. 4, tit. 96, não a requer expressamente, e já emfim porque o ausente, que não é cita-

do, não é prejudicado, poisque lhe fica salvo o seu direito ; comtudo tal excepção á generalidade da disposição da citada Ord. liv. 3, tit. 1, § 8, não se acha auctorisada por Lei alguma ; e consequentemente nao deve ser seguida.

Quando aos menores impuberes não é mister que sejam citados, mas o devem ser os seus tutores ; os puberes porém devem ser citados juntamente com seus tutores, ou curadores ; Ord. liv. 3, tit. 41, § 8. O mesmo se deve dizer a respeito dos filhos-familias, os quaes devem ser citados juntamente com seu pai pela triplicada razão de estarem sujeitos ao poder do pai, ser este seu tutor e defensor natural, e pertencer-lhe o usufructo dos bens adventicios delles.

A partilha porém no caso, em que ha herdeiro menor, ou em que os herdeiros são estranhos, ou parentes collateraes do defuncto, deve sempre ser feita com auctoridade do Juizo a que pertencer ; Ord. liv. 1, tit. 88, § 4, e liv. 4, tit. 96, § 6 (§§ 325 e 327).

#### § 477. A QUEM SE PEDE A PARTILHA.

Ainda que o dominio, e posse civil dos bens hereditarios sejam logo por morte do defuncto traspassados nos seus herdeiros legitimos, ou testamentarios por virtude do Alvará de 9 de Novembro de 1754, comtudo não é licito aos herdeiros metter-se por auctoridade propria na posse dos ditos bens, quando ella estiver occupada ; mas deve primeiro o possuidor ser citado, e ouvido com seu direito perante o Juiz, a que pertencer, demandando-o os herdeiros perante elle, para que entregue a herança, ou lhes dê partilha, se o possuidor tambem for herdeiro, ou interessado na herança ; L. 176. D. *de reg. jur.*, e Ord. liv. 4, tit. 96, § 9, in fin., Valasc. *de partit.* cap. 3, n. 5.

#### § 478. APPLICAÇÃO DA DOCTRINA ESTABELECIDA AO CONJUGE SOBREVIVENTE.

A partilha pois deve ser pedida, primeiramente ao conjuge sobrevivente ; isto é, ao marido por morte da mulher, porque o marido retém a posse velha ; e á mulher por morte do marido, porque a mulher fica em posse e cabeça de casal, por morte do marido, se com elle vivia em casa teúda e manteúda, a respeito dos bens, em que é meeira, ou em que

tem algum outro direito : Ord. liv. 4, tit. 95, in princ. E este é o principal effeito da communhão dos bens entre os conjuges ( Veja-se o § 144 ).

§ 479. APPLICAÇÃO DA MESMA DOUTRINA AO FILHO DO DEFUNCTO.

Da mesma sorte deve o irmão pedir partilha ao irmão, ou irmã, que estiver na posse dos bens da herança ; Ord. liv. 4, tit. 96, § 9 ; nem lhe é permittido meter-se na posse delles juntamente com o tal irmão, ou irmã, que a tem, ou esbulhar della aquelle, que a occupa, mas deve pedir-lhe de fóra partilha delles ; cit. Ord.

Diz-se que está na posse dos bens da herança para o effeito de dar partilha da sua mão aos demais herdeiros aquelle, que tem practicado actos possessorios demonstrativos do animo de possuir, taes como reter as chaves da casa, ou alugar-o á outrem, pagar as soldadas, e dar sustento aos criados, arrendar, ou cultivar os predios rusticos, etc.

Semelhante os herdeiros escriptos devem pedir partilha á quem estiver na posse dos bens, o de alguns delles : assim, se dois, o mais herdeiros seus ( emancipados ), ou estranhos, estiverem na posse de alguns dos bens, cada um delles deve ser mantido na sua posse, e requerido pelos outros, que confira, o traga á partilha os bens, que em si tem ; cit. Ord. § 9.

No caso porém de concorrerem muitos a metter-se na posse dos bens, e de se temer que venhão á pelepas e arruidos, devem os bens ser postos em sequestro até que se determine a quem pertencem, ou se faça a partilha ; Ord. liv. 4, tit. 95, § 2, Valasc. *de partit.* cap. 4, e Consult. 191, n. 33.

§ 480. COUSAS, QUE NÃO SE PARTEM.

Ainda que são objectos da partilha todos os moveis, e immoveis, dividas activas, e passivas, direitos, obrigações, e accções, e tudo quanto constitue o patrimonio do defuncto com seus encargos, ha algumas cousas, que naturalmente não se podem partir ; e taes são :

1.º As servidões, consideradas como faculdades, ou direi-

tos; pois, como taes, são cousas incorporaes, e conseguintemente indivisiveis: o seu uso porém muito bem se póde dividir; e assim, se o predio, a que cabe a servidão, for dividido por dois herdeiros, cada um usará della como se desde o principio fosse dividida aos dois predios, em que aquelle foi partido, uma vez que não se torne mais gravosa do que d'antes; L. 22. § 3. D. *Famil. ercisc.* (§ 510 n. 3.º).

2.º As dividas, direitos, e acções; pois também são cousas incorporeas: todavia o seu objecto divide-se por partes entre os diversos herdeiros; aindaque também se podem adjudicar a um delles, satisfazendo o adjudicatorio acada um a sua respectiva parte, se isso for mais commodo e do agrado de todos; Valasc. *de partit.* cap. 17, n. 5.

Ha outras, que são naturalmente divisiveis, mas que divididas perderião a sua utilidade, e valor, como um moinho, um cavallo, etc., e que por isso mesmo devem ser adjudicadas a um dos co-herdeiros, satisfazendo este aos outros a sua parte, ou vender-se, e partir-se o preço entre todos, ou finalmente locar-se ou arrendar-se, e partir-se a renda; Ord. liv. 4, tit. 96, § 5.

#### § 481. DOS BENS DE MORGADOS, E CAPELLAS COM RELAÇÃO Á PARTILHA.

Os bens de morgados, e capellas, administrados por membros das familias dos Instituidores, e outros semelhantes vinculos, ficão desvinculados por morte dos actuaes administradores, e partem-se entre os seus herdeiros segundo as Leis, que regulão a successão legitima; Lei de 6 de Outubro de 1835, a qual determinou além disso que da sua data em diante não se poderião mais estabelecer taes vinculos.

#### § 482. DOS BENS EMPHYTEUTICOS SOB A MESMA RELAÇÃO.

Quanto aos bens de prazo, são bastantes as seguintes regras, relativamente á partilha:

1.ª Que o prazo, quer hereditario, quer familiar, nunca admite divisão real, ou por geiras; porque bens taes são indivisiveis, segundo a natureza, que a Lei lhes attribue. (§§ 572, n. 1, e 586).

2.<sup>a</sup> Que o prazo hereditario, quér simples, quér mixto, divide-se por estimação entre o conjuge sobrevivente, meiro (se o ha), e os herdeiros do conjuge predefuncto (§§ 588, 589 e 590, combinados com o § 591).

3.<sup>a</sup> Que o prazo familiar, quér simples, quér mixto, não se divide, nem mesmo por estimação; quér no caso, em que é nomeado a elle pelo foreiro qualquer dos parentes, que na fôrma do contracto emphyteutico podia ser nomeado, quér no caso, em que, na falta de nomeação, succede nelle quem a elle chamado pelo mesmo contracto (§§ 593 e 597); divide-se porém: a) o preço da compra, se foi comprado, assim como tambem o valor das bemfeitorias extraordinarias (594, n. 5.<sup>o</sup>): b) e divide-se por estimação se foi dado em vida do foreiro sem reserva do usufructo (cit. § 594, n. 6.<sup>o</sup>)

#### § 483. DA LEGITIMA.

Intende-se por *legitima* aquella porção do patrimonio de cada um, de que não póde dispor por testamento, quando tem herdeiros necessarios, por pertencer a estes por virtude da Lei, depois da sua morte.

Entre nós consiste nas duas tercás partes do que resta da herança depois de pagas as dividas passivas do defuncto, as custas do inventario, e as demais despezas legaes (§ 485); Ord. liv. 4, tit. 82, pr., tits. 91, 92, e 96: e divide-se, assim entre os descendentes, que houver no mesmo grau, quér vivos, quér premortos, de quem restão *representantes* (§ 439, e § 438, nota); como entre os ascendentes (na falta de descendentes successiveis), que por ventura houver no mesmo grau, na linha paterna e materna, na fôrma prescripta nos §§ 440, 441 e 455.

Ella é de tal sorte devida a cada uma dessas duas classes de herdeiros, chamados *necessarios*, que não póde ser gravada com condições, ou encargos alguns testamentarios, sem nullidade destes, na parte, em que a offenderem; cit. Ord. liv. 4, tit. 82, § 1, ibi — *emquanto abranger a terça do testador*: — e deve ser preenchida cada um dos herdeiros em bens da mesma natureza, qualidade, e duração, emquanto isso for possivel; porque só assim pode haver na partilha a devida igualdade.

Se amigavelmente concordarão entre si, o pai em dar a

*(17) Se o defuncto não pertencer de sua terça, ou della não se fizer, em sua testabilidade, os herdeiros necessarios a acquirir-lhe as suas legitimas ou o que restar* C. da Rocha

legítima a algum de seus filhos emancipados, e este em acceitall-a em vida do pai, bem póde o filho, que a acceitou, pedir supplémento, se o pai ao tempo do seu fallecimento tinha mais bens, do que quando deo a legítima ; L. 35, § 1, *C. de inoffic. testam.*

Pelo contrario, o pai, ou mãe não póde ser obrigado em vida a dar legítima ao filho, qualquer que seja a necessidade, em que este se ache ; Almeida e Sous. *Tract. das obrig. recipr.* § 308, Guerreir. *Tract.* 2, lib. 2, cap. 5, n. 14 ; porquanto não ha legítima em vida dos pais, e a estes só corre a obrigação de alimentar os filhos, enquanto elles não se poderem alimentar a si mesmos (§ 115).

#### § 484. CONTINUAÇÃO DA DOUTRINA RELATIVA Á LEGÍTIMA.

Se o pai, ou mãe, avô, ou avó, ou o filho, ou filha, netto, ou netta, absorver com as disposições testamentarias, que fizer, toda a sua terça, e offender a legítima, os filhos, ou nettos, ou os pais, ou avós defraudados nella podem requerer até trinta annos o supplemento da legítima, sem que por isso se rescinda o testamento ; L. 30, L. 34, e L. 36, *C. de inoffic. testam.* Em tal caso, se ha herdeiro da terça, a este incumbe o testamento da legítima até onde a terça chegar, (paragrapho antecedente), e se a terça foi dividida em legados, incumbe aos legatarios proporcionalmente, Ord. liv. 4, tit. 65, §§ 1 e 2. As doações, ou dotes, que o pai, ou mãe fez em vida a alguns de seus filhos, considerão-se como parte da sua herança para o effeito de se julgar se offendem, ou não a legítima (paragrapho antecedente) ; e preferem ás doações testamentarias ; § 485.

No caso de serem dois, ou mais os filhos, ou filhas dotadas, preenche-se em primeiro lugar a doação, ou dote mais antigo com a legítima do filho, ou filha dotada ; e, se esta não bastar, inteira-se pelos bens da terça, até onde esta chegar, no caso, em que a doação, ou dote foi insinuado ; e no caso contrario inteira-se com a legítima, e com a parte da terça, que corresponder á taxa legal das insinuações, treplicada pelo Alvará de 16 de Setembro de 1814 (§ 470, e § 471, nota).

Sobrando desse perfazimento alguns bens da terça, applicão-se ao segundo dote na ordem da antiguidade, e assim por diante, se a legítima tambem não bastar ; Guerr.

*Si o testador dessem de toda a sua herança, porem de os herdeiros necessarios de cuja existencia sabia, o testamento é nullo q. a substituição mas são validos os legados que couberem na terça. Ord. L. 4.º de 82. § 1.º Si as legítimas são fran-*

*Quæst. for.* 48, e *Almeid. e Sous. Tract. das obrig. recipr.* § 395, nota. O dote porém constituido na terça do pai, ou mãe dotante preenche-se na mesma terça, até onde esta chegar, independentemente da legitima, a qual neste caso não se inclue no dote; *Ord. liv. 4, tit. 97, §§ 3, 5 e 2.*

### § 485. DA TERÇA.

Intende-se por *terça* a terça parte dos bens liquidos do defuncto ao tempo da sua morte (§§ 483, e 484), comprehendidos assim os moveis, e immoveis, como os direitos, e acções.

Ainda que o testador tenha herdeiros necessarios, bem pode dispôr livremente da sua terça como lhe aprouver; *Ord. liv. 4, tit. 82, in princip.*; salvo, se por acto entre vivos tiver feito doações a seus filhos, que a absorvão no todo, ou em parte; porque então só pode dispôr do resto della; porquanto sempre a terça está legalmente obrigada (nos termos expostos nos §§ 155, 470, 484, e 471, nota) a refacção dos casamentos, que o pai, ou mãe promette, e doações, que faz a seus filhos, quando estas são superiores ás suas legitimas, ainda que não a obrigasse expressamente, e posto que outra cousa ordenasse em seu testamento; *Ord. liv. 4, tit. 97, § 3 vers. — Porque sempre.*

Antes de se apurar a terça, e a legitima, deve-se tirar da massa geral dos bens da herança o seguinte:

1.º Os bens necessarios para o pagamento das despesas do funeral; menos porém a dos bem d'alma, as quaes devem sahir da terça do defuncto (*Carv. p. 1, § 81, e Valasc. de part. cap. 19, n. 39*), e não podem exceder o terço della, attenta a disposição da lei de 9 de Setembro de 1769, § 6, a qual, apezar de suspensa pelo Decreto de 17 de Julho de 1778, foi comtudo restaurada nessa parte pelo Alvará de 20 de Maio de 1797.

2.º As dividas passivas do casal (ou do defuncto, se este era solteiro, ou viuvo), que forão justificadas perante o Juiz do inventario sem opposição dos interessados, comprehendidas nellas as custas do inventario, e despesas attendiveis, como, v. g., as que forão feitas com o luto, e sustentação da familia, etc.

É livre tanto ao herdeiro da terça, como a cada herdeiro

(1) As terças de pai ou mãe, até onde se chegar, são dadas obrigadas a pagar os dotes e doações de casamento do filho, ainda que os dotes não se obrigassem expressamente a pagar. *Ord. liv. 4, tit. 97, § 3, 5 e 2.*

da legitima resgatar a sua quota-parte dos bens separados para pagamento das despezas do funeral, com as demais, que forão attendidas, e dividas passivas, dando a sua respectiva parte do dinheiro preciso para a solução dellas; Guerreit. *Tract.* 2, liv. 6, cap. 3, n. 7, *Mor. de execut.* lib. 6, cap. 7, n. 66, Almeid. e Sous. *Acc. summ.* § 334; e tanto mais, que o dominio, e posse civil da herança com os seus encargos são traspassados nos herdeiros logo que fallece aquelle, cuja é a herança; Alvará de 9 de Novembro de 1754.

§ 486. A PARTILHA, AINDA QUE INJUSTA, NÃO SE DESFAZ, EMENDA-SE.

Com a partilha, uma vez feita, não se defaz temerariamente (§ 474); dahi vem:

1.º Que os herdeiros devem ser mettidos na posse de seus respectivos quinhões logo que ella for acabada, ainda que algum delles appelle, ou venha com quaesquer embargos á sentença da partilha; Ord. liv. 4, tit. 96, § 22.

2.º E ainda que prove que foi lesado na sexta parte, ou mesmo em metade, ou em mais de metade do que justamente lhe pertencia haver; porquanto em qualquer destes casos os outros herdeiros lhe devem compor o seu direito quinhão, sem que por isso se revogue a partilha; cit. Ord. §§ 18, 19 e 20; sendo que a lesão até a sexta parte, ou em qualquer outra proporção inferior a metade, deve ser allegada até um anno contado do dia, em que a partilha se acabou; cit. Ord. § 19; e que a lesão igual á metade, ou a mais de metade, póde ser allegada dentro de quinze annos, espaço que geralmente é concedido pela Ord. liv. 4, tit. 13, §§ 5 e 7, para todos os casos, e contractados, em que se dá tal lesão.

3.º Que as lesões modicas, que não chegam á sexta parte do direito quinhão do herdeiro, devem ser supportadas por este, para evitar demandas sempre damnosas, mesmo á propria parte vencedora; e consequentemente não deve ser attendido o herdeiro, que por esse motivo appellar, ou usar de qualquer outro remedio juridico, que neste casa não lhe compete; Valasc. *de partit.* cap. 39, ns. 34 e 35.

Tudo isso foi estabelecido em favor dos herdeiros, para quem é adquirido *ipso jure* o dominio dos bens, que lhe são

adjudicados pela sentença da partilha, o que é especial no Juizo divisorio; § ult. da Inst. *de offic. judic.* Ulp. in. *Fragm.* tit. 19, § 16.

Neste Juizo porém, ainda que elle seja muito privilegiado, devem ser ouvidos os interessadados antes que o Juiz julgue, e confirme por sentença as partilhas feitas pelos Partidores; o que é praxe attestada por Guerreir. *Tract.* 2, lib. 8, cap. 5, n. 33, Paiv. *Pon. Orphanolog. Pract.* p. 1, cap. 16, n. 27, e que muito bem se collige da cit. *Ord.* § 17, *ibi* — *se for feita em sua presença, e de seu expresso aprazimento, e consentimento.*<sup>1</sup>

## TITULO XI.

### Das Servidões.

#### §. 487. NOÇÃO DE SERVIDÃO.

*Servidão* é um onus, ou encargo *real* imposto sobre um predio para uso, e utilidade de outro predio, pertencente á differente dono; *Cod. Civ. Fr.* art. 637. O predio, em favor do qual está imposto esse encargo, chama-se *dominante*, e aquelle, que o supporta, chama-se *serviente*.

<sup>1</sup> As partilhas feitas na presença, e com expresso consentimento dos interessadados não se rescindião por lesão nenhuma, segundo uma Lei d'El-Rei D. Alfonso III, que diz assim — *Depois que os irmãos ou parentes fizerem partição entre si... não póde depois ser desfeita por nenhuma guisa,* — e nas palavras — *se a partição foi feita a prazer das partes a olhos abertos, non se pode já correger.*

Podia todavia ser rescindida a partilha, que era feita pelo Juiz, ou Partidores sem aprazimento dos herdeiros, a qual é ahi significada pelas palavras — *se a partição foi nomeada per baraco;* — e rescindia-se por todas as causas, porque os mais negocios podem ser rescindidos. Ao depois D. Alfonso V, interpretando esta Lei, declarou que as partilhas feitas na presença, e a *prazer das partes a olhos abertos* podião ser rescindidas por lesão além de metade, declaração, que foi trasladada para a *Ord. Man.* liv. 4, tit. 77, §§. 20 e 30; e finalmente por Lei de D. Sebastião de 18 de Novembro de 1577, §§. 37 e 38, foi determinado, pela primeira vez, que as partilhas uma vez feitas não se rescindissem por causa alguma, mas se reformassem, e emendassem como o pedissem a justiça, e equidade; e deste direito, deduzido da citada Lei, e trasladado para a cit. *Ord.* liv. 4, tit. 96, §§. 18, 19, e 22, usamos ainda hoje.

As partilhas pois, tanto judicias, como extrajudicias (cit. *Ord.* §. 18), re-

As servidões portanto contém essencialmente restricção da propriedade alheia; <sup>1</sup> e por isso não podem consistir em *fazer*, <sup>2</sup> mais consistem unicamente (da parte do dono do predio serviente) ou em consentir que o dono do predio dominante faça um certo e determinado uso do predio serviente, ou em abster-se de practicar certos e determinados actos de proprietario respectivamente ao predio dominante.

formão-se, ou emendão-se, mas não se revogão, ou desfazem; e emendão-se ou por meio de appellação interposta dentro de dez dias, ou por meio de imploração do officio do Juiz feita dentro de um anno contado do dia, em que a partilha se acabou, no caso, em que a lesão, sendo igual, ou superior á sexta parte, não chegue a metade do quinhão, que o herdeiro directamente devia haver (cit. Ord. § 19); ou dentro de quinze annos no caso contrario (Ord. liv. 4, tit. 13, §§ 5, e seguintes). Pelo mesmo modo se corrigem, e emendão as avaliações; Ord. liv. 3, tit. 17, §§ 5, e 6, e tit. 78, § 2.

<sup>1</sup> Os Jurisconsultos Romanos consideravão as servidões pelo lado do direito, que competia aquelle, que tirava utilidade do encargo; e por isso a definição — *ius in re aliena*. — Os redactores do Codice Civil Francez considerarão-nas pelo lado da obrigação, ou da restricção da propriedade. Esta idéa, sem duvida, é mais conforme com a força da significação da palavra — *servidão*: — isto porém não impede que as consideremos ora como direito, relativamente ao predio dominante, ora como obrigação, relativamente ao predio serviente.

Em Direito Romano fazia-se distincção entre *servidões reaes*, ou *prediaes*, e *servidões pessoaes*.

Chamavão-se *reaes* aquellas, que erão estabelecidas para utilidade real e perpetua do predio dominante, sem consideração alguma, que as restringisse ás pessoas de seus actuaes possuidores; e que por isso mesmo adherião a um e outro predio de tal sorte, que passando algum delles a outro possuidor, passava com a servidão activa, ou passiva connexa com elle; Ord. liv. 4 tit. 3 (§ 502).

Chamavão-se porém *pessoaes* aquellas, que erão estabelecidas para utilidade particular do actual possuidor, e que por isso mesmo acabavão com a morte delle. A esta ultima classe pertencião as do *usufructo*, do *uso*, e da *habitação*.

Alguns dos Codigos modernos tem abandonado essa distincção, e conservando o nome de servidões somente ás chamadas *reaes*, contão as *pessoaes* entre as especies de propriedade limitada. Admittido este methodo, sem duvida, mais conforme com as idéas liberaes do seculo, as servidões *pessoaes*, as quaes acabão com a morte do dono do predio dominante (L. 4, D. de *servit. præd. rust.*), e entre as quaes se comprehendem certas prestações de serviços pessoaes; muito bem podem ser comprehendidas; aquellas na classe do direito do *uso*, e esta na classe dos contractos de serviços, ou do direito aos serviços de outrem.

<sup>2</sup> Aindaque em nenhuma legislação se encontrem servidões consistentes em fazer, da parte do dono do predio serviente; dahi não se segue, que este não se possa obrigar por contracto, ou prescripção, ás obras necessarias para o uso da servidão, como acontece muitas vezes na servidão, *oneris ferendi*; nem tambem repugna que o dono de certo predio se obrigue a praticar algum acto em beneficio de predio alheio, como, v. g., a estrumar com seus rebanhos o predio de outrem. No primeiro caso temos uma servidão anomala; porque regularmente a servidão consiste ou *in patiendo*, ou *in non faciendo*,

## § 488. DA SUA NATUREZA.

Como a servidão contém uma restricção da propriedade, ou uma limitação da liberdade, que competia ao dono do predio serviente, de usar delle como lhe parecesse (parapho antecedente); dahi se segue:

1.º Que os predios se presumem livres, e que assim incumbe a prova della a quem a allega; L. 9. Cod. *de servit.*

2.º Que deve ser interpretada restrictivamente, e o seu exercicio o menos oneroso que ser posse ao predio serviente; L. 26, § 5, D. *de servit. præd. urb.*, Cod. Civ. Fr. art. 702.

3.º Que é de mister que della resulte alguma vantagem de utilidade, ou recreio ao dono do predio dominante; porque seria absurda a restricção da propriedade alheia sem proveito real, ou moral de um terceiro; L. 15. D. *de servit.*, Lobão, *Aguas*, § 94.

4.º Que não se dá servidão em predio do dominio de quem a tem, excepto emquanto ao co-proprietario no predio commum; L. 10 pr. D. *Quemadmod. servit. amitt.*

5.º Que, se o dono de um predio lhe deo certo destino em vantagem de outro predio tambem seu, por obras indicativas de servidão continua, e apparente, intende-se constituida a servidão; de sorte que, se um dos dois predios passa para outro dono sem nova declaração, apesar disso passa onerado com ella, ou revistido do direito de a exigir, conforme o predio for o primeiro, ou o segundo; Cod. Civ. Fr. arts. 692, e 694.

6.º Que as servidões, como inherentes aos predios, abstrahindo das pessoas, constituem um encargo *real* a respeito do predio serviente, e um direito *real* a respeito do predio dominante. <sup>1</sup>

L. 15, § 4, D. *de servit.*: o segundo regula-se pelo contracto especial, em que se funda, e não pelas regras das servidões.

<sup>1</sup> Este artigo de jurisprudencia tem sido quasi unicamente regulado entre nós pelos costumes locais, ou subsidiariamente pelo Direito Romano; porquanto apenas se encontram em nosso Direito antigo algumas disposições sobre as servidões dos edificios, as quaes passarão da Ord. Man. liv. 1, tit. 42, para a Philipp. liv. 1, tit. 68, §§ 22, e seguintes, e cujo conhecimento pertencia aos Almotacés, como objecto de policia administrativa, e pertence hoje, aos Juizes Municipaes nos termos do art. 114, § 3, da Lei de 3 de Dezembro de 1841.

Posteriormente publicarão-se algumas providencias sobre a desappropria-

## § 489. DA SUA CLASSIFICAÇÃO.

As servidões, consideradas emquanto *ao seu objecto*, são ou *affirmativas*, ou *negativas*. Dizem-se *affirmativas*, quando consistem em consentir, que o visinho faça um certo e determinado uso do predio do seu visinho, como, v. gr., a de passagem a pé, em carro, ou a cavallo (*iter, actus, via*): e dizem-se *negativas*, quando consistem em o dono do predio se abster de practicar certos e determinados actos, que aliás poderia practicar como proprietario; e taes são a de não abrir janellas, alçar a casa, etc.; Ord. liv. 1, tit. 68, §§ 26 e 33, L. 15, § 1, D. *de servit.*, Thomas, not. ad Inst. liv. 2, tit. 3.

Consideradas emquanto *d fôrma*, são ou *continuas*, ou *discontinuas*, *apparentes*, ou *não-apparentes*. Dizem-se *continuas* aquellas, cujo uso é, ou pode ser continuo sem factio actual do homem, como v. gr., a de dar escoante, a de vista, e todas as negativas; e dizem-se *discontinuas* aquellas, cujo uso consiste na practica, e repetição do mesmo acto, como a de passagem, a de aguas, etc.

Finalmente, dizem-se *apparentes* aquellas, que são indicadas por obras visiveis, e permanentes, como, v. gr., a de passagem por porta, ou cancella, a de aqueducto, etc.; e *não-apparentes* aquellas, que não offerecem signaes visiveis de sua existencia, como a de qualquer das negativas. <sup>1</sup>

ção dos predios *encravados e contiguos*, e dos atravessadouros, na Lei de 9 de Julho de 1773, a qual foi depois em parte suspensa e em parte mantida pelo Decreto de 19 de Julho de 1778; e ultimamente legislou-se sobre aguas e aqueductos no Alvará de 27 de Novembro de 1804. Cumpre porém advertir, que nesta materia attende-se aos costumes, e posturas dos logares com preferença ás disposições geraes de Direito. Vejam-se os *tractados* de Lobão sobre *Cazas*, e sobre *Aguas*.

<sup>1</sup> Os Jurisconsultos Romanos, e até mesmo os nossos Praxistas, fazem distincção entre servidões *rusticas* e *urbanas*, segundo o predio dominante é rustico, ou urbano: tal distincção porém não tem entre nós utilidade alguma para algum fim juridico; Lobão; *Interd.* §§ 26, e seguintes.

No corpo do Direito Romano tracta-se das servidões prediaes nos seus titulos do liv. 3, do Digesto, e nos correspondentes da Instituta, e do Codigo, onde se achão indicadas muitas especies, como são:

1.º Emquanto ás urbanas, as seguintes: *oneris ferendi*,— *tigni immittendi*,— *projiendi*,— *altius tollendi*,— *altius non tollendi*,— *stillicidii recipiendi*,— *fluminis*,— *foraminis*,— *fumi*,— *cloacæ*,— *luminis*,— *ne luminibus officiat*,— *prospectus*,— *ne prospectui officiat*.

2.º Emquanto ás rusticas, as seguintes: *itineris*,— *actus*,— *vice*,— *aqueductus*,— *aquæ haustus*,— *pecoris ad aquam appulsus*,— *pascendi*,— *calcis*

§ 490. DA ORIGEM DAS SERVIDÕES : I. COM RELAÇÃO  
À NATUREZA DAS COUSAS.

I. Algumas das servidões tem a sua origem na mesma natureza das cousas; e tal é, v. gr., o encargo, que pesa naturalmente sobre o predio inferior, de receber as aguas, que descem do predio superior. Nesta, nem o dono do predio serviente pôde fazer obra, que represe as aguas, e estorve sua descida; nem o dono do predio dominante fazer a servidão mais onerosa, do que foi primitivamente, como, v. gr., encaminhando todas as aguas do seu predio a um só ponto; L. 1, § 23, D. *de aq. et aq. plu. arc.*, Cod. Civ. Fr. art. 640. <sup>1</sup>

§ 491. II. COM RELAÇÃO ÀS LEIS : A, EMQUANTO ÀS OBRAS,  
E EXPROPRIAÇÕES DOS PREDIOS RUSTICOS.

II. Algumas outras servidões tem a sua origem nas leis, que restringem a propriedade de uma para satisfazer á necessidade, ou notavel vantagem de outro visinho, a qual indirectamente vem a redundar em proveito publico. Assim :

1.º O visinho pôde ser obrigado a dar pelo seu predio, não sendo casa, ou quintal murado, aqueducto a outro visinho para regar suas terras, ou fazer laborar maquinas; assim como vallo para dar escoante ás aguas prejudiciaes, nos termos do Alvará de 27 de Novembro de 1804.

2.º Pôde tambem ser obrigado a dar logar pelo seu predio para as obras, e reparos necessarios para o uso da servidão, ou dar caminho para a cultura, e colheita dos fructos dos predios visinhos, que se não poderem servir por

*coquendæ,—arenæ fodiendæ,—cretæ eximendæ,—pedamenta sumendi,—fructus cogendi,—fructus coactos habendi,—vel provolvendi,—navigandi in alieno stagno,—uvæ exprimendi,—aves capiendi,—sterquilini.* Podem porém dar-se outras muitas segundo os costumes, e circumstancias.

<sup>1</sup> A servidão natural de receber as aguas entende-se das que descem naturalmente, e sem facto do dono do predio dominante; salvo, por meio de convenção, ou prescripção; cit. Cod. art. 681.

O dono do predio, em cujos limites corre uma torrente, ou ribeiro, ou que é atravessado por elle, pôde servir-se de suas aguas para os usos de seu predio, contanto que na sahida as restitua á sua corrente ordinaria; cit. Cod. art. 644. Veja-se o § 501.

outra parte, uma vez que seja completamente indemnizado ; Cod. da Pr. p. 1, tit. 22, arts. 3 e 4.

3.º O dono do predio superior deve consentir os reparos, tapumes, ou marachões, que forem convenientes para utilidade commum, ou somente dos predios inferiores, uma vez que neste ultimo caso não lhe venha dahi prejuizo, ou que seja indemnizado, no caso de o haver ; Lobão, *Aguas, Diss.*, l. §§ 49, e 50, Cod. da Sard. art, 552. <sup>1</sup>

Não se podem estabelecer servidões, que offendão as leis, ou a ordem public ; Cod. Civ. Fr. art. 686.

### § 492. B, EMQUANTO ÁS ESCAVAÇÕES.

A propriedade de um predio comprehende não só a superficie do solo, mas tambem toda o extensão desde a superficie até o centro, até onde poder ser explorado ; assim como comprehende tambem o ar perpendicular á cada um dos pontos da sua mesma superficie. Dahi se segue :

1.º Que o proprietario póde abrir vallas, ou minas, dentro dos limites do seu predio, ainda que corte as veias d'agua, que ião brotar no predio inferior, ou desvie as aguas, que para este escorrião naturalmente ; excepto, se o dono do predio inferior provar servidão, ou se da veia interceptada derivava a fonte publica ; Lobão, *Aguas*, § 56.

2.º Que póde abrir assude, cisterna, ou poço, comtanto que desviado cinco pés das paredes do visinho ; e fazer canos de despejo, ou cloaca, comtanto que faça os reparos necessarios, para que não prejudica ao visinho ; L. 17, § 2, D. *si servit. vind.*, L. 24, § 12, *de damn. inf.* <sup>2</sup>

<sup>1</sup> Além destas podem dar-se outras muitas servidões desta classe, estabelecidas pelos usos e costumes locais, as quaes se devem observar. Entre estas é muito frequente entre nós a de pastos communs ; Ord. liv. 4, tit. 43, §§ 9, e 7. Ella não obsta que os proprietarios dos bens a ella sujeitos, possam tapar até uma courella ; cit. Alv. § 7.

<sup>2</sup> O Cod. da Pr. p. 1, tit. 8, arts. 125, e 131 determina o intervallo de tres pés entre o poço, ou cloaca, e a parede do visinho ; mas Arouc. á L. 2, § 1. C. *de rer. divis.* intende dever ser de cinco pés, o que nos parece razoavel.

## § 493. C, EMQUANTO AS PLANTAÇÕES.

Póde igualmente o proprietario :

3.º Fazer no seu predio as plantaçoens, que quizer, porém, plantando junto ás extremas, ou limites do predio visinho, deve deixar um intersticio de tres a cinco pés, emquanto ás arvores de pequeno tronco, taes como as lorangeiras, limeiras, e outras semelhantes; e o de nove a doze pés, emquanto ás arvores de grosso tronco, longos ramos, ou grande altura, taes como as mangueiras, as jaqueiras, e outras semelhantes; salvo, se outro for o costume do logar, ou se ficar de permeio muro divisorio, ou cerca nativa, quando a arvore não o exceder muito em altura.

4.º Cortar as raizes das arvoras do visinho, que penetrarem no seu solo, assim como obrigar o visinho a cortar os ramos, que propenderem sobre o seu predio; Lobão, *Fascic.* T. I. *Diss.* 8, §§ 41, e seguintes. Emquanto ás videiras, e outras arvores de pequeno tronco, e cuja altura não excede de dez a doze palmos, basta o intersticio de tres a quatro palmos.

## § 494. D, EMQUANTO AOS EDIFICIOS.

Pela mesma razão, ainda que o proprietario possa fazer no seu solo o edificio, que quizer; comtudo :

1.º Não póde edificar, senão de conformidade com o alinhamento e plano determinado pelas posturas da respectiva Camara Municipal; Lei do 1.º de Outubro de 1828, art. 66, § 1.

2.º Não póde fazer janello, eirado, ou varanda, que deite sobre o predio alheio, sem mediar o intersticio de vara e quarta; Ord. liv. 1, tit. 68, §§ 24, e 33, Lobão, *Casas*, § 156: póde porém, independentemente desse espaço, abrir séteiras, pelas quaes dão caiba a cabeça, ficando quanto podér ser ácima do soalho; cit. Ord. § 25: estas porém não

<sup>1</sup> Na L. ult. D. *fin. regund.* determina-se o intersticio de nove pés para as plantaçoens de oliveiras, e figueiras, e de cinco pés para as das outras arvores. Os intersticios porém fixados pelo Cod. de Sard. art. 609, são muito superiores aos que forão fixados pelo Cod. Civ. Fr. art. 674.

constituem servidões ; e assim, o visinho querendo alçar a sua casa, póde fazer-lh'as tapar ; cit. § 24.

3.º Deve edificar de maneira, que os beirões do telhado não gotejem sobre o predio do vizinho ; e se os não poder tomar sobre si, ou em cales, que vão desaguar á rua, deve para esse fim deixar o intersticio de dois palmos ; Digesto Portug. I, art. 792.

4.º Não póde fazer obra, que prive a eira do vizinho do sol, ou do vento ; Lobão a Mell. liv. 3, tit. 1, § 8 n. 4.

5.º Não póde fazer sobre a rua passadiço, alpendre, escada, ou balcão, sem licença da respectiva Camara Municipal ; cit. Ord. § 30, e seguintes.

#### § 495. E, EMQUANTO AOS MUROS, E PAREDES DIVISORIAS.

Para evitar o desperdicio de terreno, e as rixas entre visinhos, e tambem por favor a edificação, dão-se, relativamente aos muros, e paredes divisorias os seguintes principios :

1.º Presumem-se *meeiros* ou *communs*, assim os muros dos sitios, quintas, chacaras, ou quintas, como as paredes divisorias entre dois edificios, em toda a sua altura, ou somente até a altura do predio inferior, se não são iguaes ; salvo, se tiverem visiveis indicios de terem sido feitos somente por um dos visinhos ; porque neste caso são propriedade deste ; cit. Ord. § 36, Cod. Civ. Fr. arts. 653, e 666 <sup>1</sup>

2.º Ainda sendo de um só, tornão-se *meeiros*, se o visinho se offerecer a pagar metade do valor do solo occupado pelo muro, ou parede, e metade das despezas da sua construcção, e se o muro, ou parede, for proprio para isso ; cit. Ord. § 35.

3.º Em consequencia, o co-proprietario do predio commum, querendo dividi-lo, e por paridade de razão o visinho, que pretende edificar na linha divisoria, póde levan-

<sup>1</sup> O Cod. Civ. Fr. art. 653, comprehende no direito de meação os muros de tapagem dos campos, bem como os vallos ; mas, emquanto a estes, a circumstancia de estar a terra amontoada para um dos lados induz presumpção de que pertencem ao predio desse lado ; arts. 666 e 667.

tar a parede de divisão no terreno de ambos a sua custa ; porém o outro não pôde logar-se della para madeirar, nem para algum outro fim, enquanto não o embolsar de metade das despezas; cit. Ord. § 37.

4.º Se um dos predios fica superior, incumbe ao dono do predio inferior fazer a sua custa todas as despezas do paredão, o socalco necessario para o muro da tapagem até a altura da solo respectivo ; e dahi para cima será á custa de ambos; Cod. da Sard. art. 582.

#### § 496. F, ENQUANTO AO USO DAS PAREDES MEEIRAS.

Da co-propriedade do muro, ou parede, ainda se segue, além do que fica dito no paragrapho antecedente :

5.º Que pôde cada um dos co-proprietarios servir-se della para travejar, madeirar, abrir armarios, e outros quaesquer usos, contantoque não vá prejudicar aos usos do outro ; cit. Ord. § 35.

6.º Que os reparos, e concertos devem ser feitos á custa de ambos, salvo, se tiverem por fim o interesse especial de um só, como, v. gr., levantar o muro, ou a parede para fazer outro andar; L. 32. D. *de damn. inf.*, Cod. Civ. Fr. art. 658.

7.º O visinho pôde exonerar-se da obrigação dos reparos, abandonando ao outros o direito da meação, e deixando de se servir do muro, ou parede, para os seus usos; ficando porém obrigado pelos deteriorações, que anteriormente houvesse causado; cit. Cod. art. 656.

8.º O visinho, aindaque possa construir contra as paredes meeiras chaminés, fornos, cavalharices, depositos de sal, ou de outras materias corrosivas, é comtudo obrigado a guardar as convenientes distancias, e a fazer as obras necessarias para evitar todo o perigo, prejuizo, ou incommodo ao visinho; Cod. da Sard. arts. 580, e 598.

#### § 497. III. POR SENTENÇA DO JUIZ.

III. Tambem algumas vezes são constituidas servidões por sentença judicial, como quando o Juiz, em acto de partilhas, determina que um predio preste a outro certa

servidão, ou seja para igualar os quinhões dos co-herdeiros, ou seja por necessidade, para os usos uns dos outros; L. 22, § 3, D. *fam. ercisc.*, L. 1, § 1, D. *si ususfr. pet.*

#### § 498. IV. POR DISPOSIÇÃO DO PROPRIETARIO.

IV. A maior parte das servidões é constituida por convenção, ou por disposição de ultima vontade. Como porém ellas importão uma especie de alienação de propriedade, ou pelo menos de uma parte della, só as póde constituir quem for verdadeiro senhor do predio, e poder dispôr livremente dos seus bens.

Portanto não póde impôr servidão :

1.º O menor, o que está privado da administração dos seus bens, e o administrador de bens alheios, como o tutor, ou curador, o procurador, e o Parocho sobre os bens da Igreja.

2.º O usufructuario sem consentimento do proprietario.

3.º O socio na cousa commum sem acordo dos outros socios.

4.º O marido sem o consentimento da mulher; Lobão, *Agua*s, §§ 81, e seguintes.

#### § 499. V. POR PRESCRIPÇÃO.

V. Tambem muitas vezes se constitue, ou se prova a constituição de servidão por meio da prescripção, isto é, pela posse, em que está o predio dominante a respeito de algum uso sobre o predio serviente.

As servidões *continuas*, e *apparentes* podem provar-se pela prescripção acquisitiva de dez annos entre presentes, e de vinte entre ausentes, havendo titulo, e boa fé; ou de trinta annos na falta de titulo; L. fin. Cod. *de præscr. long. temp.*, L. 1, § 23, D. *de aq. et aq. pluv. arc.*, Cod. Civ. Fr. art. 690; porquanto a repetição dos factos, ou vistigios permanentes attestão a origem, e continuação da servidão. Porém as *discontinuas*, e todas as *não apparentes* só podem provar-se por posse immemorial, visto que não dão signaes visiveis de posse; Lobão cit. §§ 124, e seguintes.

Ha porém servidões, que não prescrevem, e que á todo o tempo se podem destruir, como os atravessadouros, quan-

do não se dirigem a pontes, fontes ou outros logares publicos; Lei de 9 de Janeiro de 1773, § 12; assim como também os passadiços, e balcões sobre a rua; Ord. liv. 1, tit. 68, § 31: e ha outras, que prescrevem em menor espaço, como a da janella sobre o predio do visinho, a qual prescreve em anno e dia; cit. Ord. § 24.

### § 500. POR QUEM SE ADQUIREM, OU CONSERVÃO.

As servidões, á maneira da posse, podem adquirir-se, e conservar-se não só pelo uso, e factos do proprietario do predio dominante; mas também pelos factos de membros da sua familia, amigos, ou hospedes.

Podem porém conservar, mas não adquirir:

1.º Pelos colonos, rendeiros, inquilinos, ou usufructuarios; L. 20, D. *Quemadmod. servit. amit.*

2.º Por qualquer dos socios, se o predio dominante é commum; LL. 5, e 6, § 1, D. *eod.*<sup>1</sup> Todavia, a negligencia, ou omissão dos colonos, rendeiros, etc., no que pertence á conservação dos predios no estado, em que os receberão, não pôde prejudicar aos proprietarios, que o ignorão, nem quanto á perda da servidão activa, nem quanto á constituição de servidão passiva; Lobão, *Aguas*, § 286.

### § 501. DOS DIREITOS, E OBRIGAÇÕES RECIPROCAS RESULTANTES DA SERVIDÃO.

Os direitos, e obrigações resultantes da servidão regulão-se pelo titulo da sua constituição. Na falta, ou duvida deste porém, regulão-se pelos seguintes principios:

1.º O dono do predio dominante pôde practicar no serviente todos os actos necessarios para o uso da servidão, e fazer as obras necessarias para o mesmo fim á sua custa, não havendo convenção em contrario; L. 6, § 2, D. *si servit. vind.*

<sup>1</sup> O usufructuario, o colono, e o socio pôde conservar a servidão constituida; não pôde porém adquiril-a para o dono do predio, porque a isso se oppõe o principio de que só adquirem para outro os que estão debaixo de seu poder, ou obrão por sua ordem, ou mandato; § 4, *Inst. de inut. stipul.*

2.º No caso de competirem essas obras ao dono do predio serviente, póde este desobrigar-se, abandonando o predio ao dono dominante; Cod. Civ. Fr. art. 699.

3.º Se o predio dominante foi dividido, fica a servidão competindo a todos os consortes, emquanto for possível, de maneira que não seja agravada a condição do serviente; cit. Cod. art. 700.

4.º O dono do dominante não póde fazer obra, ou praticar facto, com que torne a servidão mais onerosa; L. 20, § 5, D. de *servit. præd. urb.*

5.º Aindaque o dono do predio serviente nada póde fazer, que embarace o uso da servidão; comtudo são-lhe permittidas as obras, que, tornando-lhe a servidão menos onerosa, não prejudicarem ao dominante, como, v. gr., dar a passagem por logar menos detrimtoso; Lobão, *Aguaes*, § 187; ou mudar a servidão, sem prejuizo do dominante, quando ella obstar ás bemfeitorias, que quizer fazer; Cod. Civ. Fr. art. 701, Alvará de 27 de Novembro de 1804, § 13.

#### § 502. PRINCIPIOS PECULIARES ÁS SERVIDÕES PREDIAES.

As servidões prediaes, e os direitos, que dellas derivão, chamão-se *reaes* por contraposição ás servidões *personaes*, não porque não competão á pessoas, mas porque só competem aos senhores dos predios dominantes, aos quaes ellas, e os direitos que lhes correspondem, estão inherentes como accessorios, e tem por essa razão a mesma duração, que o principal; no que se distinguem das *personaes*, as quaes são connexas com as pessoas, a quem competem, e par isso acabão com a morte destas, como dissemos no § 487, nota 1.

Além disso, as servidões prediaes, que os nossos costumes adoptarão dos Romanos, não devem ser tomadas entre nós inteiramente taes, quaes são segundo o Direito Romano, mas segundo as noções, que lhes tem ligado os nossos costumes, os quaes varião segundo os logares, e modos de fallar. É assim, que o direito de passar pelo predio alheio a pé, a cavallo, ou em carro, que os Romanos significavão pelos vocabulos *iter*, *actus*, *via*, exige entre nós declarações; e é por estas que elle deve ser determinado, ligando-se ás palavras, que para esse fim se empregarão, as noções, que ellas tinhão no logar, segundo o uso vulgar de fallar.

É também assim, que o direito de alçar a casa á maior altura, sem que o vizinho se possa oppôr (*servitus altius tollendi*), fundado no principio *cujus est solum, ejus est cælum* L. 11. *Si servit. vindic.*, L. 9, C. *de servit. et aq.*, e Ord. liv. 1, tit. 66, § 24, é subordinado ás Leis, e Posturas Municipaes, que por utilidade publica, e aformoseamento das ruas regulão a altura das casas, taes como o Alvará de 15 de Junho de 1759, e Lei de 1.º de Outubro de 1828, art. 66, § 1, e art. 71; e que a Constituição de Zenão referida na L. penult. C. *de ædific. privat.*, que véda alçar a casa, ou edificio de sorte, que se tolha as vistas do mar ao vizinho, sem que medêe a distancia de cem pés, perdeo toda a auctoridade, que a practica lhe tinha dado entre nós, depois do Decreto de 12 de Julho de 1753, e Assento de Março de 1786.

§ 503. CONTINUAÇÃO DA MATERIA DO PARAGRAPHO ANTECEDENTE.

Quasi outro tanto succede na servidão *pascendi*, ou de pastos de gados; porquanto a qualidade de taes pastos, o tempo do seu uso, a especie de gado, a que são destinados, etc., são objectos que dependem das clausulas da concessões, e dos costumes, e circumstancias locaes. Nesta ultima servidão ha a observar as seguintes regras:

1.ª Que a ninguém compete o direito de apascentar seu gado em predio alheio, sem que primeiro tenha adquirido tal servidão por meio de contracto, testamento, costume, ou prescripção: *Cepoll. liv. 2, cap. 1, ns. 6, 24 e 46.*

2.ª Que este direito ou é adquirido para certa pessoa, sem referencia ao gado de certo e determinado predio, e então é uma servidão pessoal, e consequentemente acaba com a morte dessa pessoa; ou, pelo contrario, é adquirido para o gado de certo predio, e então é uma servidão real (§ 487, nota 1), e como tal passa com o mesmo predio para os herdeiros, e successores da pessoa, que primitivamente o adquirio: *Cepoll. cit. cap. n. 2, e Stryk. liv. 8, tit. 3, § 11.*

3.ª Que a servidão *pascendi* também póde ser adquirida para uma Communidade, ou pessoa moral, como um Termo, ou Municipio; e neste caso é perpetuo, e commum aos

habitantes do mesmo Municipio o direito de apascentar seus gados nos predios, em que tal servidão é constituida; Ord. liv. 4, tit. 43, §§ 9 e 12, Alvará de 27 de Novembro de 1804, § 7, e Lei do 1º de Outubro de 1828, art. 66, §§ 6 e 7.

4.ª Que a servidão pessoal de apascentar não pôde ser locada por quem a tem, aindaque Stryk. liv. 8, tit. 3, § 12, ensina o contrario; a real porém pôde ser locada, ou arrendada juntamente com o predio, a que ella pertence; L. 44, § 2, D. *locat. conduct.*

5.ª Que o direito de *pastos communs* (*jus compascui*), que os visinhos estabelecem entre si por direito mutuo, precario, e familiaridade, é revogavel logo que um dos contractantes queira resilir; Stryk. supra § 16; o contrario succede a respeito da communhão de pastos estabelecida por direito de reciproca servidão (*servitus compascui*); Stryk. supra.

6.ª Que nos pastos communs dos Concelhos, ou Municipalidades pertence á respectiva Camara Municipal regular o uso dellés, a qualidade dos gados, o numero das cabeças para cada um dos moradores, etc., observando os costumes recebidos; e o mesmo se practica a respeito dos baldios, e maninhos destinados para logramento de lenhas, e madeiras; Ord. liv. 1, tit. 66, § 6, liv. 4, tit. 43, §§ 9, e 12, e Alvará de 27 de Novembro de 1804.

#### § 504. DA EXTINCCÃO DAS SERVIDÕES.

As servidões extinguem-se:

1.º Pela consolidação dos predios na mesma pessoa por titulo perpetuo e irresoluvel; L. 1, D. *Quemadmod. servit. amittit.*, Cod. Civ. Fr. art. 705.

2.º Pela remissão, expressa, ou tacita; L. 8, princ. D. *eod.*

3.º Pela extincção do predio dominante, ou do serviente, ou mesmo se as cousas chegarão a estado de não se poder fazer uso da servidão; cit. Cod. art. 709, Lobão, *Águas*, § 265: revive porém a servidão extincta, quando o predio for reedificado, se lhe não obstar a prescripção; L. 14, D. *eod.*, Lobão, *Águas*, § 268.

4.º Pelo lapso do tempo, se é temporaria; ou pela reso-

lução do direito de quem a constituiu, como se foi constituída pelo administrador do vinculo; L. 11, § 1, D. *eod.*, Lobão, *ibid.* § 292.

5.º Pela prescrição, ou não-uso de trinta annos; os quaes se contão, nas discontinuas, desde que cessou o uso; e nas continuas, desde que se fez obra, ou se praticou acto contrario á servidão; *cit.* Cod. arts. 706, 707, Lobão, *ibid.* § 279.

## TITULO XII.

### Do usufructo, do uso, da habitação, e dos serviços dos escravos.

#### § 505. NOÇÃO DO USUFRUCTO.

*Usufructo* é o direito de usar, e gozar de uma cousa alheia, salva a sua substancia; L. 1, D. *de usufr.* Elle é portanto uma outra limitação da propriedade.

Por *usar e gozar* intende-se a faculdade, não só de perceber todos os fructos, mas tambem de tirar toda a vantagem, assim de utilidade, como de recreio, que se poder tirar do objecto do usufructo sem deterioração da sua substancia; Mell. liv. 3, tit. 13, § 4.

Aquelle, a quem compete esse direito, chama-se *usufructuario*; o dono da cousa, a quem continúa a pertencer a substancia, ou o dominio della, chama-se *senhor*, ou *dono da propriedade*, ou simplesmente *proprietario*.<sup>1</sup>

#### § 506. DO OBJECTO DO USUFRUCTO.

Como o usufructuario não póde dispôr da substancia da

<sup>1</sup> Os Jurisconsultos Romanos contavão o *usufructo*, o *uso*, e a *habitações* entre as servidões pessoaes; L. 1, D. *de servit.* (§ 487, not. 1); o Codigo da Prussia porém, segundo outro systema, formou do usufructo, e do uso de cousas alheias, uma classe distincta das servidões, a qual nos parece mais philosophica. O mesmo fizeram os redactores do Codigo Civil Francez.

Este artigo não se acha regulado por nossas leis, e apenas na Ord. liv. 4, tit. 98, se indicão os casos, em que compete ao pai o usufructo dos bens adventicios dos filhos. Convém portanto, nos demais casos, recorrer ao Direito Romano, e aos Codigos modernos das nações cultas.

cousa (paragrapho antecedente); segue-se dahi, que em rigor de direito só se póde dar usufructo das cousas *não fungiveis*, quér moveis, quér immoveis.

Por analogia porém introduzio-se o *quasi-usufructo das fungiveis*, devendo o usufructuario, findo o tempo determinado, restituir outro tanto (do mesmo genero) em quantidade, qualidade, e valor; § 2, Inst. *de usufr.* L. 7. D. *de usufr. ear. rer.* <sup>1</sup>

Póde ser objecto do usufructo assim uma cousa singular, como uma universalidade de cousas, v. gr., uma herança; L. 37, D. *de us. et usufruct. reddit.*

### § 507. COMO SE CONSTITUE.

O usufructo, da mesma sorte que as servidões. póde-se constituir:

1.º Por disposição de ultima vontade.

2.º Por convenção, gratuita, ou onerosa; § 1, Inst. *de usufr.* L. 3, pr. D. *eod.*

3.º Por prescripção; L. ult. Cod. *de prescr. long. temp.*

4.º Por disposição de lei, como o usufructo do pai nos bens adventicios dos filhos menores; Ord. liv. 4, tit. 91, §§ 2, e 4, tit. 97, § 19, tit. 98, e tit. 105, (§§ 49, 50, e 457).

5.º Por sentença, como, em partilhas, quando o Juiz o adjudica a algum dos herdeiros para os igualar; L. 6, § 1, D. *de usufr.*

6.º *Pura* ou *condicionalmente*, ou *in diem*; L. 5, Cod. *eod.*, Ord. liv. 4, tit. 96, § 10.

### § 508. DO FUNDAMENTO DOS DIREITOS, E OBRIGAÇÕES ENTRE O USUFRUCTUARIO, E O PROPRIETARIO.

Os direitos do usufructuario e do proprietario, tendo por objecto a mesma cousa, tem contudo limites distinctos e

<sup>1</sup> O usufructo differe do mutuo (§ 675):

1.º Em que este só póde ser constituido por contracto (§ 665); e aquelle o póde ser por outros modos (paragrapho seguinte).

2.º Em que no mutuo não se exige ordinariamente caução alguma, nem acaba pela morte; e naquella dá-se o contrario (§ 509).

3.º Em que no mutuo transfere-se o dominio da cousa, e no usufructo não.

separados. O usufructuario pôde usar, e usufruir; mas não pôde abusar, isto é, não pôde dispôr do objecto do usufructo, nem deterioral-o; a sua faculdade de gozar, ou usufruir intende-se regulada como o costuma ser a de um prudente, e zeloso pai de familia.

O proprietario portanto pôde exigir, que elle evite todos os prejuizos, que possam influir sobre a substancia da cousa, mas não pôde embaraçal-o no seu gozo razoavel, e regulado como fica dito. Da combinação desses principios se deduzem as disposições relativas aos direitos, e obrigações reciprocas do usufructuario, e do proprietario.

### § 509. DA CAUÇÃO USUFRUCTUARIA.

Como o usufructuario tem de restituir o objecto do usufructo, quando este findar, dahi vem:

1.º Que elle deve fazer inventario das cousas que recebe, em presença do proprietario, ou de seus herdeiros, se elle é fallecido, com todas as convenientes especificações relativas á natureza, situação, e estado dellas; Guerr. Tr. I, liv. 4, cap. 2, n. 1: se o não fez, presume-se que recebeu os bens com todas as suas pertenças ordinarias, e em estado de servirem para os seus usos; Cod. d'Aust. art. 518.

2.º Que deve prestar caução fidejussoria á restituição da substancia, e á indemnisação dos damnos, a todo o tempo, que o proprietario exija essa caução; L. 1, D. *usufructuar. quemadmod. cav.*, L. 4, Cod. *de usufr.*: exceptua-se o pai, emquanto ao usufructo dos bens adventicios de seus filhos; Ord. liv. 4, tit. 91, § 4, L. 8, § 4, Cod. *de bon. quæ liber.*; assim como tambem qualquer outro, se no titulo constitutivo foi desobrigado della, Cod. Civ. Fr. art. 601; e o doador, ou vendedor, que reservou o usufructo dos bens doados, ou vencidos, cit. Cod. art. 601, e Guerr. *ibid.* n. 22.

3.º Que, não podendo prestal-a, os bens de raiz devem ser arrendados, ou sequestrados; os capitaes dados a juros; os objectos fungiveis, ou em risco de se perderem, arrematados; e o seu producto tambem dado á juro, para serem os rendimentos, e juros entregues ao usufructuario.

Se o usufructuario porém o pedir, o Juiz poderá, se se convencer da sua boa fé, e necessidade, mandar-lhe en-

tregar os moveis necessarios para o seu uso debaixo da simples caução juratoria ; cit. Cod. arts. 602, e 603.

§ 510. DOS DIREITOS, E OBRIGAÇÕES DO USUFRUCTUARIO :  
I. EMQUANTO AOS FRUCTOS.

I. O usufructuario percebe todos os fructos ordinarios, naturaes, industriaes, civis, e mixtos ; L. 7, § 1, D. *de usufr.* ; e até mesmo os fructos dos accessorios, como os da alluvião ; L. 9, § 4, D. *eod.* ; e portanto :

1.º Percebe as crias dos animaes, substituindo porém com ellas as cabeças, que morrerem ; L. 66, §§ 1, e 2, D. *eod.*

2.º Não lhe pertencem porém os thesouros, por não serem fructos ; L. 7, § 12, D. *solut. matr.*

3.º Não póde abrir minas de substancias mineraes, nem pedreiras ; póde porém continuar a laboração das que já estão abertas ; Cod. Civ. Fr. art. 598.

4.º No usufructo da herança, percebe as pensões, ou rendas annuaes, que fazem parte della ; Cod. da Pr. p. 1, tit. 21, art. 42.

5.º No usufructo do dominio directo, percebe os fóros, luctuosas, e laudemios, vencidos durante o tempo da concessão ; Lobão, *direct. emphyt.*, § 1027 ( §§ 478, e 484 ).

6.º Tem direito aos fructos pendentes ao tempo da abertura do usufructo, indemnizando porém as despezas da cultura, se forão feitas por conta do proprietario ; Digesto Portuguez, 3.º art. 514 ; bem como, se andavão arrendados, tem direito á pensão, ou renda pendente no principio do usufructo ; L. 58, D. *de usufr.*, Lobão, *Acç. Summ.*, § 350.

7.º Os fructos civis porém, pendentes ao tempo do começo do usufructo, partem-se *pro rata*, contando-se entre estes os alugueres de casas, os juros, e as rendas, e pensões consistentes em dinheiro ; porque se reputão adquiridos dia por dia ; Cod. Civ. Frts. 584, e 586.

§ 511. II. EMQUANTO ÀS ARVORES.

II. 8.º O usufructuerio não póde cortar as arvores de fructo, póde porém aproveitar as que morrerem, ou se destruirem por acidente, plantando outros no logar dellas ; L. 18, D. *de usufr.*

9.º Pertencem-lhe as talhadias dos arbustos, ou arvores, que o proprietario tinha plantado, e que costumão andar em córtes regulares, que se vencerem no tempo do usufructo, ou sejam a eito, ou por debaste, segundo os costumes do logar, e dos bons administradores; L. 10, D. *eod.*, Cod. Civ. Fr. art, 591: porém, se as não cortou, não por isso nem elle, nem seus herdeiros podem pedir indemnisação; cit. Cod. art. 590.

10.º As outras arvores, e principalmente as que forem proprias para edificação, ou construcção, não podem ser cortadas pela usufructuario; L. 11, D. *eod.*; saivo, sendo necessarias para os reparos dos mesmos predios do usufructo, com accordo do proprietario; cit. Cod. arts. 592: exceptua-se tambem o caso de serem arvores, cujo destino e uso principal for para córtes, ainda que incertos, comtanto que o usufructuario o faça com moderação, e segundo o costume do antigo proprietario; Gam. *Decis.* 104.

### § 512. III. EMQUANTO AOS TRIBUTOS, E ENGARGOS.

III. O usufructuario, por isso mesmo que percebe todos os fructos (§ 510), deve supportar todos os encargos reaes connexos com o objecto do usufructo, menos porém os encargos hypothecarios, a que os bens estiverem sujeitos, se essa obrigação não lhe foi expressamente imposta; e portanto:

11.º Deve pagar a decima, ou quaesquer outros tributos, a que o referido objecto estiver sujeito; cit. Cod. art. 608; exceptuão-se porém as contribuições lançadas sobre a propriedade, ou valor dos bens (como, v. gr., os emprestimos forçados), as quaes competem ao proprietario: todavia, como seria uma iniquidade, que o proprietario soffresse este desembolso no seu capital, continuando o usufructuario a receber o rendimento por inteiro; corre-lhe a obrigação dê pagar ao proprietario, durante o usufructo, o juro da quantia desembolsada: por identidade de razão, o usufructuario, se pagou na falta do proprietario, para evitar o risco da execução, póde no fim do usufructo repetir o que pagou, mas sem juro; cit. Cod. art. 609.

12.º O legatario do usufructo deve satisfazer as pensões vitalicias, ou alimentos deixados pelo testador, ou por in-

teiro, se é usufructuario universal, ou *pro parte*, se o é a titulo universal; cit. Cod. art. 610, (§§ 410, e 414); o legatario particular, ou singular porém, somente as deve satisfazer, quando forão especialmente impostas sobre os fructos da cousa legada; Cod. da Pr. p. 1, tit. 21, art. 81.

#### § 513. IV. EMQUANTO AOS REPAROS, E BEMFEITORIAS.

IV. 13.º Pelo mesmo principio o usufructuario é obrigado a fazer os concertos, ou pequenos reparos, em ordem a conservar os bens no estado, em que os recebeo; não porém assim bemfeitorias, nem ainda as necessarias de grande valor; L. 7, § 2. D. *de usufr.*, L. 7, Cod. *eod.* (§ 410, n.º 4.º); salvo se no titulo lhe foi imposta essa obrigação: elle póde porém exonerar-se da obrigação, quer dos reparos, quer das bemfeitorias, renunciando ao usufructo, uma vez que não o faça com dolo; L. 64, e 65, D. *eod.* <sup>1</sup>

14.º Por igualdade de razão, o proprietario não é obrigado á fazer bemfeitorias para o gozo do usufructuario; L. 46, § 1, D. *eod.*: e por isso, se os edificios acabarão por velhice, ou caso fortuito, não é obrigado a reedificação delles; mas, se o fez, póde exigir do usufructuario o juro correspondente ao augmento dos interesses, que este recebe: se o fez porém, o usufructuario, fica direito a este para exigir indemnisação no fim do usufructo (cit. § 410, n.º 4.º): como porém essas bemfeitorias, ou reedificações, poderião ser desnecessarias, ou inuteis, não deve um fazel-as sem accordo do outro, ou supprimento judicial; Cod. da Pr. p. 1, tit. 21, arts. 56, e 59.

15.º O mesmo se intende a respeito da obra, que o instituidor do usufructo deixou começada; L. 61. D. *eod.* <sup>2</sup>

<sup>1</sup> O Cod. da Pr. art. 52 considerou como concertos, ou pequenos reparos, a que o usufructuario é obrigado, os que importarem menos da quarta parte do rendimento annual da propriedade; o Cod. Civ. Fr. arts. 605, e 606, indicou exemplificativamente os grandes reparos, que incumbem ao proprietario; a saber: nos edificios, as paredes mestras, as abobadas, ou travejamentos, as armações, e os tectos; e nos predios de lavoura, os diques, paredões, muros, etc.

<sup>2</sup> O usufructuario póde continuar a obra começada sem necessidade de accordo do proprietario, e com direito de reclamar no fim do usufructo o embolso das despezas, uma, vez que observe a planta da obra; excepto se a obra era de luxo, e se o proprietario se oppoz expressamente; cit. Cod. da Pr. arts. 61, e 63.

## § 514. V. EMQUANTO ÁS DIVIDAS.

V. 16.º O usufructuario, ou *universal*, ou *por titulo universal* (§ 414), deve contribuir, juntamente com o proprietario, para o pagamento das dividas na proporção do valor do usufructo; Cod. Civ. Fr. art. 612. Pagando porém a totalidade da divida, póde elle, ou seus herdeiros, repetir a parte, que cumpria ao proprietario pagar, no fim do usufructo; mas sem juros: não querendo porém pagar, o proprietario póde, ou pagar toda a divida, e então o usufructuario lhe fica obrigado pelos juros da sua parte por toda a duração do usufructo; ou faze vender a parte dos bens sujeitos ao usufructo, que for necessaria para o pagamento, cit. art. 612.

O usufructuario por *titulo singular* porém (§ 414) não é obrigado ás dividas anteriores ao usufructo, ainda que o objecto deste estivesse hypothecado, nem aos juros dellas, se essa obrigação não foi expressamente declarada (§ 512); e se for executado por ellas, póde pedir ao proprietario a indemnisação; L. 43. D. *de usu et usufr. leg.* Cod. Civ. Fr. art. 611.

## § 515. VI. EMQUANTO AO USUFRUGTO DE CAPITAES.

VI. 17.º O usufructuario de capitaes a juros, de fundos publicos, ou de acções de companhias, ou de outra semelhante natureza, não póde levantal-os para os traspassar a outrem, ou dar-lhes differente destino, sem licença do proprietario, sob pena de responsabilidade por toda a perda, ou diminuição futura, e com a obrigação de dar caução especial, se o proprietario a pedir; cit. Cod. da Pr. arts. 101, 102, e 103: exceptua-se o caso de ser para pagar dividas, a que os bens usufruidos estejam sujeitos, *ibid.* art. 76; e o de estarem em risco de se perder; podendo em ambos os casos o consentimento do proprietario ser supprido pelo Juiz; *ibid.* art. 78.

18.º Depois de recebidos os capitaes o novo destino deve ser a aprazimento de ambos, prevalecendo porém o voto do usufructuario no caso de duvida, se elle prestar a caução especial; *ibid.* arts. 107, e 108.

19.º Querendo-os o proprietario para si, e dando segura

caução ao capital e juros, o usufructuario não se pôde oppôr ; *ibid.* art. 109.

### § 516. VII. EMQUANTO AOS LITIGIOS.

VII. 20.º Movendo-se litigio sobre os direitos ou do proprietario, ou do usufructuario somente, ao interessado compete sustental-o ; *cit.* Cod. do Pr. art. 85.

21.º Porém, se o litigio interessa a ambos, o usufructuario deve seguil-o, e fazer as despezas, as quaes pôde repetir sem juros, no fim do usufructo ; *ibid.* arts. 82, e 86 ; neste caso porém deve fazer chamar o proprietario para a assistencia de causa ; *argum.* da Ord. liv. 4, tit. 45, § 10.

### § 517. DO EXERCICIO DO USUFRUCTO.

Ao usufructuario competem todos os meios juridicos necessarios para o exercicio do usufructo ; e portanto compete-lhe :

1.º O direito da servidão pelos predios da herança, se não a tiver por outra parte ; L. 1, §§ 2, e 3. D. *si usufr. pet.*

2.º O direito de exercel-o por procuradores, colonos, ou outros em seu nome, e de transmittir o exercicio d'elle por titulo oneroso, ou gratuito, por todo, ou parte do tempo, por que lhe elle compete : não pôde porém cedel-o a estranho <sup>1</sup> porque a *cessão*, (§§ 736, e 748) importa alienação perpetua ; o que o usufructuario não pôde fazer, porque um dia ha de ser a cousa restituída ; L. 12, § 2, e L. 67, D. *de usufr.* ; *cit.* Cod. da Pr. art. 110.

3.º O direito de reivindical-o de qualquer terceiro, e do mesmo proprietario, bem como de defendel-o pelos meios judiciais ; L. 5, § 1, D. *si usufr. pet.*

4.º Não pôde porém sem accordo do proprietario dar nova

<sup>1</sup> Por Direito Romano o usufructo, da mesma sorte que as servidões pessoais, é considerado como inseparavel da pessoa, a quem foi concedido, e por isso se extingue por sua morte : dahi vem a regra, que o direito do usufructuario não se pôde ceder a estranho, que não seja o proprietario, ainda que se possa ceder o seu exercicio ; § 3. *Inst. de usufr.*

fôrma ás cousas usufruidas, como, v. gr., mudar notavelmente a fôrma da cultura dos predios; L. 13, § 7, e L. 44, D. *usufr.*

5.º O dever de dar parte ao proprietario das usurpações feitas na propriedade, para este usar dos meios, que lhe competirem; Cod. Civ. Fr. art. 614.

### § 518. DA SUA EXTINÇÃO.

O usufructo extingue-se :

1.º Á respeito do pai nos bens adventicios do filho, pela emancipação, ou casamento deste com seu consentimento, ou supprimento judicial; Ord. liv. 4, tit. 97, § 49, (§§ 50. e 72, n. 8.º); e pelo factio do pai de não fazer inventario dentro de dois mezes; Ord. liv. 1, tit. 89, § 8, in fin., e Assent. de 20 de Julho de 1780.

2.º Pela morte do linubo pai, ou mãe, á respeito dos bens, que herdou abintestado de filho, ou filha de seu primeiro matrimonio, e que o filho, ou filha houve de algum outro seu ascendente, no caso de sobrevivencia de algum outro filho do mesmo matrimonio; Ord. liv. 4, tit. 91, §§ 2 e 4 (§ 456).

3.º Pela infracção dos deveres do usufructuario relativos ao modo, por que deve usar da cousa, se depois de lhe ter sido comminada judicialmente a pena de perdimento d'elle, continuou a infracção; Digest. Portug. 3.º, art. 585, § 3, Inst. de *usufr.*; Cod. Civ. Fr. art. 618; exceptua-se porém o pai, o qual póde neste caso ser privado da administração, mas não do usufructo, segundo se infere da Ord. liv. 4, tit. 98, § ult. vers. — *E em todos.*

4.º Pela morte do usufructuario, ainda mesmo que fosse concedido até certo tempo, se elle morreo antes; cit. Cod. da Pr. arts. 176, e 177.

5.º Pelo lapso do tempo, ou implemento da condição resolutive; porém, se foi deixado a um até que outro, a quem é deixado em segundo logar, chegasse a certa idade, e este falleceo antes, o primeiro continúa no gozo do usufructo até que chegue o tempo, em que findaria, se fosse vivo o segundo, para cujos herdeiros passa então: L. 12, Cod. de *usufr.*, Cod. Civ. Fr. art. 620.

6.º Pela resolução do direito do constituinte ; L. 16. D. *eod.*

7.º Pela renuncia ; mas se for dolosa, e em prejuizo dos credores, estes podem oppor-se ; cit. Cod. Civ. Fr. art. 622.

8.º Pela perda total dos bens que formão o seu objecto, como se este era uma casa, e esta foi consummada por incendio, ou cahio por terremoto, ou vicio proprio ; cit. § 3, Inst. de usufr. ; não porém assim pela perda parcial ; L. 53, D. de usufr.

9.º Pela consolidação na mesma pessoa, como, v. gr., se o usufructuario cedeo ao proprietario o usufructo, ou se adquirio a propriedade do objecto d'elle por qualquer legitimo titulo ; cit. § 3, Inst. *eod.*

10.º Pela prescripção de trinta annos ; Cod. Civ. Fr. art. 617, Ord. liv. 4, tit. 79.

#### § 519. DA RESTITUIÇÃO DOS BENS, FINDO O USUFRUCTO DELLES.

Como o usufructuario só póde usufruir como bom pai de familia, e salva a substancia da cousa (§§ 456, 505, 508, e seguintes) ; segue-se dahi :

1.º Que deve restituir no fim do usufructo o objecto deste com todos os seus fructos pendentos, nos termos do § 510, n. 6º, em sentido contrario.

2.º Que é responsavel pelos damnos causados por dolo, e por culpa lata, ou leve ; e por isso, se o usufructo era de moveis, deve restituir as cousas fungiveis na estimação, em que as recebeu ; e se não forão estimadas, tem a escolha de dar outras do mesmo genero, da mesma qualidade, e no mesmo estado, ou pagal-as pelo preço do tempo, em que findou o usufructo ; Cod. da Sard. art. 498.

4.º Não póde prescrever em seu favor a propriedade ; excepto, se por actos notorios, e publicos manifestou possuir em seu nome como cousa propria, sem reclamação do proprietario dentro do tempo necessario para a prescripção ( de trinta annos ) ; L. 8, Cod. de usufr. cit. Cod. da Pr. art. 95.

Todavia aindaque as palavras da citada L. 8, — *ex ea causa tenentes* — pareção autorisar, por argumento a contra-

rio sensu, a referida excepção ; nós não podemos admittil-a relativamente ao usufructuario ; porque este tem perpetuamente contra si a sua má fé : nenhuma duvida porém temos em admittil-a a respeito de seus herdeiros, ou successores ; porque da parte destes pôde haver boa fé (*Tit. Das prescripções, § Dos requisitos especiaes da prescripção acquisitiva, nota 2*).

### § 520. DO USO, E HABITAÇÃO, E DOS SERVIÇOS DOS ESCRAVOS.

O *uso*, considerado em relação aquelle a quem foi concedido, exprime o direito de perceber do objecto, ou coisa alheia, em que elle é constituido, os fructos, e utilidades, que o usuario pôde consummir na satisfação de suas necessidades, e da sua familia ; sendo essa a razão de dizer a Inst. liv. 2, tit. 5: *Minus est in usu, quam in usufructu*.

O titulo da concessão do uso pôde dar-lhe mais ou menos latitude ; quando porém é omisso a esse respeito, então o usuario só pôde colher os fructos indispensaveis para o uso diario de sua pessoa, e familia ; L. 12, § 1, D. *de us. et habit.* Não pôde porém arrendar o predio, nem ceder o uso d'elle á outra pessoa, se isso não lhe foi concedido expressamente ; L. 11, D. *eod.*, e § 2, Inst. *eod.*

Postas de parte essas differenças essenciaes, ha grandes analogias entre o usu, e o usufructo : porquanto ambos se constituem pelos mesmos modos (§ 507) ; L. 5, § ult. D. *de usufruct.*, L. 1, D. *de usu et habitat.*, e princ. da Inst. *eod.* ; ambos requerem caução ; L. 13, § 2, D. *usufruct.*, e L. 5, § 1, D. *usufructuar. quemadmod. cav.* ; e finalmente ambos acabão pelas mesmas causas ; L. 3, § ult. D. *de usufruct.*, e princ. Inst. *de us. et habit.* (§ 518).

Entre nós porém o vulgo costuma confundir o uso com o usufructo ; e assim, se o concedente empregou a palavra — *usu* —, mas por outras palavras manifestou a intenção de salvar unicamente a substancia, ou o estado da coisa, devemos intender que elle quiz conceder o usufructo, e não o uso ; se, pelo contrario, empregou o vocabulo *usufructo*, e acrescentou que o concede para remedio da indigencia da pessoa, devemos intender que concedeo o uso no sentido do Direito Romano, e não o usufructo.

E pois é assim que devemos interpretar a intenção do

concedente, mais pelas palavras antecedentes, e consequentes, e pelo uso vulgar de fallar, do que pela significação jurídica dos vocabulos, de que elle usou, a qual ignorão a maior parte dos homens.

O mesmo devemos dizer a respeito da *habitação*, isto é, & respeito do *direito de habitar na casa alheia, salva a sua substancia*, a qual tambem se costuma confundir com o usufructo, entretanto que ella só dá direito a habitar na casa (§ 2, Inst. *cod.*), ou a local-a, se o uso della foi concedido para sua melhor conservação—*propter rerum utilitatem*;—§ 5, Inst. *eod.*

Se o usuario consummir no seu uso todos os fructos do predio, contrahe as obrigações de um usufructuario a respeito das despezas de cultura, reparações miudas, pagamento de fóros, decimas, e outros encargos reaes, a que o predio for sujeito : se consummir somente parte dos fructos deve contribuir *pro rata* para taes despezas ; L. 18, D. *de usu et habitat.* ; Cod. Civ. Fr. art. 635. Outro tanto se deve dizer do habitador ; cit. L. 18.

Finalmente, os serviços, e obras dos escravos tambem podem ser objecto de servidão pessoal, porque são susceptiveis de serem concedidos a outrem, salvo o dominio dos mesmos escravos ; e isso ou gratuitamente, ou por uma certa paga, ou salarios ; § 3, Inst. *eod.* (Quanto á locação dos serviços de pessoa livre, veja-se o que dissemos desde o § 20 até o § 26).

### TITULO XIII.

#### Do penhor.

##### § 521. NOÇÃO DO PENHOR EM GERAL, E SUAS ESPECIES.

*Penhor*, em geral, tomado *subjectivamente* (*ius pignoris*), é o direito *real*, que o devedor constitue ao seu credor sobre certa, ou certas cousas moveis, que estão no seu dominio, para garantia, e segurança do pagamento da divida. Tomado porém *formalmente*, significa o contracto, ou convenção, pela qual se constitue esse direito ; e tomado *objectivamente*, significa a mesma cousa empenhada. Se esta é

movel, que se entrega ao credor, chama-se *penhor propriamente dito*; e se é immovel, chama-se *hypotheca*.<sup>1</sup>

§ 522. NOÇÃO, E CARACTERES DO PENHOR, EM SEU SENTIDO SUBJECTIVO.

*Penhor*, em seu sentido subjectivo, é o direito *real*, que o credor adquire sobre uma coisa movel, que lhe foi entregue pelo devedor, ou por outrem em nome deste para maior segurança do pagamento da divida (paragrapho antecedente). Para se dar este direito é necessaria a co-existencia da divida, e da entrega *real* ou *symbolica* da coisa empenhada; de sorte que emquanto se não faz a entrega, ou se se faz, emquanto não existe a divida, tambem não existe o direito real na pessoa do credor: L. 5, D, *de pignor. et hypoth.*, e L. 26, *de pignorat. act.*

§ 523. O PENHOR NÃO TRANSFERE O DOMINIO.

Como o penhor é constituido para segurança do pagamento da divida (paragrapho antecedente); dahi vem que a propriedade, e posse civil da coisa empenhada fica sempre continuando na pessoa do devedor, não passando para o credor senão a simples detenção, ou posse natural da mesma coisa; LL. 6 e 9, Cod. *de pignor. act.*, § ult. Inst. *quib. mod. re contrahit. oblig.*, Ord. liv. 4. tit. 10, § 1.

§ 524. POR QUE MODOS SE CONSTITUE.

Entre nós pôde-se constituir o penhor por cada um dos seguintes modos:

1.º Por convenção, ou pacto.

<sup>1</sup> No corpo do Direito Romano, isto é, no Dig. liv. 3, tit. 7, *de pignorat. act.*, no Cod. liv. 4, tit. 24, e § ult. Inst. *quib. mod. re contrahit oblig.* trata-se do penhor considerado como contracto, e trata-se delle, considerado como *jus in re*, em todas as suas relações, nos seis *titulos* do liv. 20 do Digesto, e nos parallelos do Codigo.

Nas nossas Leis não se acha artigo especial sobre esta materia, havendo apenas algumas disposições dispersas aqui, e alli, as quaes indicaremos nos logares competentes.

No maior numero dos casos portanto é mister recorrer ao Direito Romano

2.º Por testamento.

3.º Por acto judicial.

4.º Por disposição da Lei. Elle portanto se divide em *pacticio, testamentario, judicial, legal, geral, e especial*.

#### § 525. DO PENHOR PACTICIO, E DO TESTAMENTARIO.

Chama-se *penhor pacticio* aquelle, que é constituido entre vivos por meio de pacto, firmado por escriptura publica, ou privada, e seguido da tradição do seu objecto, feita ao credor pelo devedor, ou por outrem em nome deste, para segurança do pagamento da divida (§ 521): chama-se porém *penhor testamentario* aquelle, que é constituido em testamento para segurança do que o testador deve ao credor por elle nomeado; L. 26, D. *de pign. act.*

#### § 526. DO PENHOR JUDICIAL, E LEGAL.

Chama-se *penhor judicial*:

1.º Aquelle que o devedor offerece em Juizo por sua livre vontade, ou á instancia do credor.

2.º O que um terceiro consigna em Juizo, como no caso da Ord. liv. 4, tit. 6, pr.

3.º O que é tomado por mandado do Juizo na execução de cousa julgada; Ord. liv. 3, tit. 86, pr., *ibi — ou de penhores bastantes*.

4.º A caução pignoratícia decretada pelo Juiz a requerimento de parte; Ord. liv. 3, tit. 31, pr., *ibi — que satisfaça com penhores*.

5.º Os penhores tomados por mandado do Juizo para segurança do que accrescer á divida julgada por sentença, como quando a divida vence juros, ou consiste em cousa de raiz, e o réo condemnado vem com embargos á execução, e não presta fiança; Ord. liv. 4, tit. 86, § 15, vers. — *E dizendo o condemnado*.

como subsidiario: porém, aindaque proviesse deste a differença entre *penhor* e *hypotheca*, comtudo, emquanto a esta, a jurisprudencia moderna tem alterado muito não só as doutrinas, mas tambem as primeiras noções dos Romanos sobre ella.

Chama-se porém *penhor legal* aquelle, que é constituido por disposição da Lei, como, v. gr., o que compete ao locador do predio rustico nos fructos do mesmo predio, e o que compete ao locador do predio urbano nos trastes, e moveis, que o inquilino introduzio nelle para commodidade, e uso da habitação; Lei de 20 de Junho de 1774, § 38, Alvará de 24 de Julho de 1793, e Ord. liv. 4, tit. 23, § ult.

§ 527. DO PENHOR GERAL, E ESPECIAL, E DOS BENS, QUE UM E OUTRO COMPREHENDE.

O penhor *geral* comprehende todos os moveis do devedor, susceptíveis de alienação; exceptuão-se porém .

1.º Os moveis, que por sua dependencia, ou destino, são pertenças, ou accessorios dos bens immoveis, aos quaes estão annexos, como, v. gr., a fabrica dos engenhos de asucar; Alvará de 6 de Julho de 1807, e de 21 de Janeiro de 1808.

2.º Os moveis necessarios para o uso quotidiano, ou exercicio da profissão, ou officio do devedor, como, v. gr., os vestidos, a cama, os livros do advogado, ou magistrado, a ferramenta, ou instrumentos do artifice; porquanto não é verosimil que o devedor tivesse tido a intenção de obrigar moveis desta natureza; arg. da Ord. liv. 3, tit. 86, § 23.

O penhor *especial* porém somente comprehende os moveis especificadamente designados. Se o devedor porém, obrigando certos e determinados moveis, sujeitou em geral ao penhor todos os demais; o credor, depois de verificado pela arrematação, que o producto dos primeiros não basta para seu inteiro pagamento, póde executar o devedor em tantos dos segundos, quantos forem necessarios; L. 2, Cod. de *pign. et hypoth.*, Ord. liv. 3, tit. 86, § 7.

§ 528. DOS PACTOS ACCRESCENTADOS AO PENHOR.

São válidos todos os pactos accrescentados ao penhor, uma vez que não lhe destruão, ou não lhe mudem a natureza, e que sejam honestos, e conformes a direito.

Assim, pode-se-lhe accrescentar o pacto antichrético, pelo qual as partes estipulão que o credor poderá usar, e gozar

da cousa empenhada em compensação dos juros da dívida, restituindo ao devedor, ou abatendo na somma do capital o excedente dos fructos, ou rendimentos da cousa; porquanto, ainda que a Ord. liv. 4, tit. 67 o reprovava, em geral como usurario, comtudo essa reprovação cessou depois que o Alvará de 17 de Janeiro, e o de 6 de Agosto de 1657, concederão o juro de cinco por cento ao anno, e principalmente depois que a Lei de 24 de Outubro de 1832 concedeo ás partes estipularem o juro, que lhes aprouver.

O Direito Romano tambem permittia o referido pacto, *ad modum legitimarum usurarum*, na L. 8, D. *in quib. cas. pign. vel. hypoth. tac. contrah.*

Tambem se lhe póde accrescentar o pacto *addictionis in diem*, pelo qual se estipula, que, não pagando o devedor até certo dia, fique o penhor vendido ao credor por seu justo preço, estimado por dois homens bons, escolhidos por cada uma das partes, e juramentados; Ord. liv, 4, tit. 56, pr. (§ 534, n. 2.º).

Comtudo o devedor póde suspender a venda, offerecendo-se á pagar em vinte e quatro horas, e implorando o officio do Juiz; Ord. liv. 3, tit. 78, § 7. Pelo contrario, é nullo o pacto de ficar o penhor vendido ao credor, ou de o poder este vender pelo preço, em que por elle mesmo for estimado, se o devedor não pagar até certo dia; porquanto o credor neste caso é estimador suspeito; cit. Ord. liv, 4, tit. 56, § fin. (cit. § 534, n.º 1.º).

### § 529. DOS BENS, QUE PODEM SER DADOS EM PENHOR.

Podem ser dados em penhor propriamente dito :

1.º Quaesquer bens moveis. susceptiveis de alienação, e desembargados, porque sem essas condições o penhor seria improficuo.

2.º Os fructos pendentes dos bens de raiz; L. 15, pr. D. *de pign. et hypoth.*

3.º As acções, e creditos, entregando-se o titulo ao novo credor, e intimando-se o empenho ao devedor originario; Cod. Civ. Fr. art. 2075.

4.º Os fructos, e rendimentos da emphyteuse durante a vida do emphyteuta (§ 581).

§. 530. DOS BENS, QUE NÃO PODEM SER OBJECTO  
DE PENHOR.

Como o penhor dê direito ao credor para haver pagamento da divida pelo preço do objecto d'elle no caso, que o devedor não pague por outro modo (§ 521), e por isso mesmo tenda para uma alienação; segue-se dahi que não pôde ser constituído em cousas, que não entram no commercio, ou cuja alienação é especialmente prohibida (paragraphe antecedente n. 1.º).

Assim, não se pôde constituir penhor :

1.º Nas cousas sagradas, e destinadas ao culto divino; Ord. liv. 2, tit. 24, e Alvará de 22 de Fevereiro de 1778, § 5.

2.º Nas cousas litigiosas; Ord. liv. 4, tit. 10, § 3.

3.º Em bens de pupillos, e menores sem consentimento de seu tutor, ou curador, e do Juiz de Orphãos, segundo a qualidade dos mesmos bens; Ord. liv. 1, tit. 88, §§ 25 e 26, liv. 3, tit. 41, §§ 8 e 9, tit. 42, § 2, e liv. 4, tit. 102, e tit. 103 (§§ 203 e 208).

4.º Nos bens dotaes, ainda que a mulher consinta; Ord. liv. 4, tit. 60.

5.º Na emphyteuse, sem consentimento do senhorio; Ord. liv. 4, tit. 38, in princip. e § 1, excepto na emphyteuse hereditaria, porque esta faz parte do patrimonio do emphyteuta, como os bens allodiaes; e portanto muito bem pôde ser empenhada, ou hypothecada sem consentimento do senhorio, o qual só se requer na occasião da venda judicial da mesma emphyteuse no caso, em que o credor hypothecario venha a final a fazer execução nella para seu pagamento (§ 581).

6.º Nos prazos familiares, e de gerações, ainda que o senhorio consinta; Ord. liv. 3, tit. 93, § fin., Gam. *Decis.* 5, n. 8; excepto nos seus fructos, ou rendimentos, durante a vida do emphyteuta (cit. § 581).

7.º Nos soldos dos Militares, ordenados dos Empregados Publicos, soldadas vencidas no mar, e nos Arsenaes de Marinha, obras publicas, vencimentos dos Guarda-livros, e Caixeiros das Casas de Commercio, alimentos futuros devidos por direito do sangue, e as tensas; Alvará de 21 de

Outubro de 1763, § 13, Lei de 16 de Março de 1775, e de 17 de Janeiro de 1766, Alvará de 12 de Dezembro de 1623, e Lei de 24 de Julho de 1773, e Ord. liv. 4, tit. 55.

§ 531. DOS DIREITOS E OBRIGAÇÕES DO CREDOR : I. EMQUANTO  
A CONSERVAÇÃO DO PENHOR.

I. Como o credor só detém o penhor para segurança do pagamento da divida (§ 521) ; segue-se dahi :

1.º Que não pôde applical-o aos seus usos, se isso não lhe foi expressamente concedido (523) ; e fazendo-o, commette furto ; Cod. Crim. art. 258.

2.º Que por virtude do direito real, que lhe foi constituído sobre elle (§ 521), pôde reivindicar-o de quem lh'o furtou, ainda que seja o dono, o qual, da mesma sorte que um estranho, commette nesse caso o crime de furto ; cit. Cod. art. 259, e L. 12, § 2, D. *de furt.*

3.º Que tem direito a repetir as despesas necessarias, e uteis, que fez para conservação delle ; L. 8, pr., e § 5, D. *de pignor. act.* ; Cod. Civ. Fr. art. 2080.

4.º Que é responsavel pelo damno causado por dolo, ou culpa lata, ou leve ; L. 13, § 1, e L. 14, *eod.*

5.º Que, se o penhor se perdeu, ou tem diminuído de valor, sem culpa sua, pôde exigir do devedor melhor penhor, ou pagamento da divida, ainda que o praso não tenha expirado ; Cod. da Pr. art. 441.

§ 532. II. EMQUANTO A RESTITUIÇÃO.

II. O credor é obrigado :

6.º A restituir o penhor logo que lhe fôr paga toda a divida, isto é, capital, juros, e despesas da conservação ; L. 8, § 5, D. *de pignor. act.* : pôde porém retel-o para segurança da solução de outra divida do mesmo devedor, contrahida para com elle mesmo depois da primeira, e exigível antes do pagamento desta ; Cod. Civ. Fr. art. 2082.

7.º Sendo muitos os objectos empenhados, o credor não é obrigado a acceitar o pagamento por partes, e ir restituindo os penhores em proporção ; excepto, se assim se pactuou ; L. 19. D. *de pignor. et hypoth.* : o mesmo se en-

tende no caso, em que algum dos co-herdeiros do devedor paga parte da divida; deve porém entregal-os aquelle d'entre elles, que pagar toda a divida, o qual fica *ipso jure* subrogado no direito do credor; L. 8, § 2, D. *cod.*, L. 1, Cod. *de luit. pignor.*

8.º O credor não pode prescrever o penhor, ainda que o possua mais de trinta annos, por ser simples detentor; L. 2, Cod. *debitorem vendit. pign. impedire non poss.* Isso porém não se estende ao herdeiro, ou successor do credor, que não souber, nem tiver razão de saber, que a cousa estava empenhada (§ 519 *in fin.*).

### § 533. DOS DIREITOS DO DEVEDOR EMQUANTO Á COUSA EMPENHADA.

Como a propriedade, e posse civil do objecto empenhado fica sempre pertencendo ao devedor (§ 523); seguem-se :

1.º Que também lhe pertencem todos os seus fructos, e rendimentos, dos quaes o credor lhe deve dar conta, salvo, se se estipulou a antichrese (§ 543); Cod. Civ. Fr. art. 2081 (§ 528).

2.º Que continua em seu favor a prescrição contra terceiro; L. 16, D. *de usurp. et usucap.*

3.º Que, se o credor abusa do penhor, pode pedir-lhe caução, ou deposito do penhor em poder de outrem; cit. Cod. da Pr. art. 126.

### § 534. DA VENDA DO PENHOR.

Como o penhor é dado para maior segurança, e facilidade de pagamento da divida (§ 521), e as leis devem prevenir que o credor não abuse do seu direito e da necessidade do devedor; por isso :

1.º É nullo a clausula de ficar o credor com o penhor em pagamento da divida sem avaliação, ou pelo preço, em que for estimado pelo credor; Ord. liv. 4, tit. 56, § *fin.* (§ 528; *in fin.*)

2.º Na falta de estipulação, o penhor não pode ser vendido senão judicialmente com citação do devedor para o remir, ou ver vender; Mor. *de exec.* liv. 1, cap. 4, § 3, n. 13.

3.º Se posto em praça, não apparecer lançador, pode ser adjudicado ao credor com o abate da Lei. Dig. Port. 3, art. 1225.

4.º O excedente do producto da arrematação, ou da adjudicação sobre a divida pertence ao devedor; e se o producto não chegar, o credor pode executar pelo resto assim o devedor, como o fiador, se o houver, e o devedor não tiver outros bens; L. 28, D. *de reb. cred.*, L. 3, Cod. *de distr. pignor.*, e Ord. liv. 4, tit. 59.

5.º O credor pela venda do penhor não fica obrigado á evicção, salvo, se obrou com dolo, ou se expressamente se sujeitou á ella; L. 11, § 16, D. *de act. empt.*, L. 2 Cod. *credit. evict. pignor. non deb.* <sup>1</sup>

#### § 535. DA SUA EXTINÇÃO.

O penhor acaba :

1.º Pela solução da divida.

2.º Pela remissão expressa.

3.º Pela entrega do mesmo penhor, ou quando o credor consentio expressamente na sua alienação sem ressalva do seu direito; L. 4, § 1, L. 7, pr., e L. 8, § 1, D. *quib. mod. pign.*

4.º Pela resolução da propriedade do empenhante se o credor ao tempo do empenho era sabedor dessa circumstancia; L. 7, pr. D. *cod.* e L. 31, D. *de pign. et hypoth.*

4.º Pelo lapso do tempo; ou verificação de condição determinada, como v. gr., se se estipulou, que dentro de um anno o devedor daria fiador em lugar de penhor; L. 5, § 2, D. *quib. mod. pign.*

6.º Pela extinção, ou transformação do objecto empe-

<sup>1</sup> Por Direito Romano as formalidades da distracção, ou venda do penhor, variavão segundo as clausulas estipuladas — *ut vendat creditor pignus*, — *ne vendat*, — *quando nihil convenerit* — No primeiro caso podia o credor vender o penhor a seu arbitrio, se o devedor não pagava no tempo ajustado; no segundo a venda devia ser precedida de tres interpellações feitas ao devedor por intervallos; no terceiro só se podia vender depois de passados dois annos contados da interpellação; §.1. Inst. *quib. alien. licet*, L. 4, Cod. *de distr. pign.* L. 3, §.2, Cod. *de jure domini impetrando*. Nada disto foi adoptado entre nós.

nhado, de tal qualidade, que lhe mudasse a natureza ; L. 8, pr. *eod.*, L. 18, § 3 D. *de pign. act.*

Em todos os casos porém, fóra do da solução, e remissão, a divida continúa a subsistir, excepto no da tradição do penhor, emquanto o credor não destruir a presumpção da solução, ou remissão resultante do seu facto.

## TITULO XIV.

### Da Hypotheca.

#### § 536. O QUE SEJA HYPOTHECA, E EM QUE DIFFERE DO PENHOR.

Chama-se *hypotheca* o direito *real*, que ao credor é constituido pelo devedor sobre todos, ou sobre algum, ou alguns dos seus immoveis, para melhor segurança da divida, sem que todavia seja necessaria a sua tradição ao credor. <sup>1</sup> Differe do penhor :

1.º Em que este póde ser provado por escripto privado (Lei de 24 de Outubro de 1832) ; e a *hypotheca* só por escriptura publica, ou quasi publica (§ 539).

2.º Em que, em regra, o penhor dá-se nos moveis, os quaes são entregues ao credor ; e a *hypotheca* dá-se nos immoveis, os quaes não se entregão ao credor exceptuado somente o caso, em que se lhe accrescentou o pacto *antichretico* (§ 543).

#### § 537. EM QUE BENS SE PÓDE CONSTITUIR.

Podem ser *hypothecados* todos os bens immoveis, ainda

<sup>1</sup> A palavra *hypotheca* toma-se da mesma sorte que o penhor (§ 521), em tres accepções :

1.ª Pelo direito real constituido no objecto della.

2.ª Pelo contracto.

3.ª Pela cousa *hypothecada*.

Segundo o Direito Romano, e a legislação patria, a *hypotheca* tambem póde comprehender bens moveis, o que tem logar na *hypotheca* geral, porque esta, quando não é expressamente limitada aos immoveis, comprehende tanto os moveis. como os immoveis.

que alguns só o sejam por dependencia, ou destino <sup>1</sup>, uma vez que não estejam fóra do commercio, e que o hypothecante possa dispôr delles.

Portanto pôde-se constituir hypotheca :

1.º Sobre o usufructo de bens de raiz ; L. 11, § 12, D. *de pign. et hypoth.*, Cod. Civ. Fr. art. 2118.

2.º Sobre servidões, não só conjuntamente com o predio dominante, mas também separadamente, se forem taes, que se possam alienar separadamente sem novo gravame do predio serviente ; L. 12, *eod.* <sup>2</sup>

3.º Sobre as pertenças, ou accessorios, os quaes accrescem a hypotheca, taes como, v. gr., a alluvião, as bemfeitorias, etc.

### § 538. DA SUA DIVISÃO.

A hypotheca, em quanto ao modo, por que é constituida, divide-se em *convencional*, *testamentaria*, *legal*, ou *tacita*, e *judicial*: e emquanto aos bens, divide-se em *geral*, quando a lei, ou o devedor declara que hypotheca todos os immoveis, ou todos os moveis, e immoveis, sem os especificar <sup>3</sup>; e es-

<sup>1</sup> Os moveis accessorios, reputados immoveis por destino, sómente são sujeitos á hypotheca, não tendo sido expressamente comprehendidos nella, quando estão unidos, ou adherentes aos immoveis ; porque, se o não estão, e se depois o hypothecante os vendeo, o credor hypothecario não pôde exercer contra o terceiro possuidor os direitos da hypotheca.

Pela mesma razão o devedor pôde perceber, e alienar os fructos dos bens hypothecados, contando que estes não sejam damnificados; mas os fructos pendentes ao tempo da penhora seguem a sorte da propriedade para o effeito da preferencia ; e por isso pela hypotheca do usufructo o credor não adquire direito hypothecario sobre a totalidade dos rendimentos annuaes, mas tão somente sobre o valor capital do usufructo. Se o devedor hypothecou a simples propriedade, e depois obteve o usufructo, fica este também sujeito a hypotheca ; L. 18, § 1, D. *de pignorat. act.*

<sup>2</sup> Na Lei 11, § 3, *de pignori et hypoth.* diz o Jurisconsulto Marciano que as servidões *urbanas* não se podem empenhar, e na L. 12. e seguintes diz Paulo o contrario a respeito das *rusticas*. Não ha porém difficuldade nenhuma em se poderem também empenhar as *urbanas*. Por exemplo : Pedro, proprietario de um solo, contiguo a outro, em que Paulo seu dono edificava uma casa, concorreo com este por igual para a edificação da parede divisória : nesta hypothese, assim como em qualquer outra semelhante, bem pôde Pedro empenhar a servidão urbano, que tem na dita parede, juntamente com o seu solo, assim como pôde vender. Veja-se a *notá* de Gothfr. áquellas Leis. É claro porém que o devedor, depois de ter hypothecado uma propriedade, não pôde hypothecar a outro as servidões, que são pertenças della.

<sup>3</sup> É questão se na hypotheca geral comprehendem-se os immoveis futuros,

*pecial*, quando a lei, ou o devedor declara especificadamente os immoveis, que hypotheca; Lei de 20 de Junho de 1774, §§ 31, e 32.

§ 539. DA HYPOTHECA CONVENCIONAL, E TESTAMENTARIA,  
E SUAS SOLEMNIDADES.

A hypotheca convencional deve ser constituída por escriptura publica, ou por testamento, o qual equivale a escriptura publica, ou emfim por escriptura *quasi-publica*. isto é, por escripto particular de pessoa da qualidade de algumas daquellas, a cujos escriptos a lei dá tanta fé, como á escriptura publica, taes como as referidas na Ord. liv. 3, tit. 59, § 15, comtanto que o referido escripto seja feito e assignado pelo devedor, e sobrescripto por tres testinunhas de inteira fé, e reconhecido por Tabellião, que o visse escrever; Lei de 20 de Junho de 1784, §§ 31 e 33, Regulamento n. 482 de 14 de Novembro de 1846, art. 7, e L. 11, Cod. *Quid potior in pignor.*

Quanto á hypotheca estabelecida em testamento, esta somente é valida nas seguintes condições:

1.<sup>a</sup> Se o testamento for perfeito e solemne, e como tal valido.

2.<sup>a</sup> Se, de feito, a divida existe; salvo, se o testamento for tão bem ordenado, que não se possa attribuir a menção da divida a erro, ou defeito de entendimento; porque então deve-se presumir, que o testador tomou a divida como

quando isto não foi expressamente declarado. A L. 9. Cod. *quæ res pign. oblig. poss.* decide affirmativamente, e da mesma sorte a cit. Lei de 20 de Junho de 1774, § 32, no caso de concurso entre varios hypothecarios: a negativa porém foi sustentada por Mell. liv. 3, tit. 14, nota. A sua opinião é verdadeira somente nos casos, em que não houver concurso, ou em que, havendo-o, os bens, que o devedor tinha ao tempo, em que contrahio a obrigação, sejam bastantes para pagamento de todos os credoras; porquanto nos casos contrarios a cada um destes o cit. § 32, da referida Lei de 20 de Junho sujeitou á hypotheca os bens futuros, ou posteriormente adquiridos.

Conforme o systema moderno a hypotheca convencional não pôde ser senão *especial* com designação dos bens, nem pôde comprehender os futuros; Cod. Civ. Fr. art. 2129, e da Sard. 2190: a *legal* porém, quando não é restricta a certos bens, e a *judicial*, affecta todos os immoveis actuaes do devedor, e em certos casos tambem os futuros, se forem necessarios para segurança do credor, a quem uma, ou outra compete; cit. Cod. Civ. Fr. arts. 2122, e 2161, e da Sard. 2176 e 2183, Cod. Comm. Bras. art. 265.

causa para doar secretamente; o que todavia se deve entender com a restricção indicada no § 422, *in fin.*

3.ª Se o testador podia dispôr dos seus bens.

4.ª Se o testador, não tendo sobre o immovel, que hypothecou no seu testamento, senão um direito condicional, resolúvel, ou sujeição a recisão, fez expressa declaração dessa circumstancia.

§ 540. DOS SEUS EFEITOS: I. EMQUANTO AO CREDOR.  
E DEVEDOR, E A SEUS HERDEIROS.

I. Da hypotheca resultão, relativamente ao credor e ao devedor, ou a seus herdeiros, os seguintes effeitos:

1.º Poder o credor hypothecario demandar a cousaa qualquer terceiro possuidor della; Ord. liv. 4, tit. 3.

2.º Dar preferencia, em concurso, não só contra os credores chirographarios, mas tambem contra os hypothecarios posteriores, exceptuados os privilegiados; Lei 2.ª de 22 de Dezembro de 1761, tit. 3, § 13, Lei de 20 de Junho de 1774, § 42.

3.º Poder o credor, ou seus herdeiros ceder a outro o seu direito hypothecario com os mesmos effeitos, e vantagens, que lhes competião; L. 2, Cod. *de his qui, in prior. credit. loc. succed.*

4.º Poder o credor hypothecario, ou seus herdeiros, ou successores, demandar pela totalidade da divida a qualquer dos co-herdeiros, ou possuidores dos bens hypothecados, por que a hypotheca intende-se *in solidum* sobre todos os bens comprehendidos nella; fica porém aquelle, que pagou, o direito de haver de cada um dos outros *pro rata* a parte, que lhe tocar; L. 2, Cod. *si unus ex plurib. hered.*

5.º Poder o credor hypothecario pagar-se por quaesquer outres bens do devedor, que não estivessem obrigados a outro tempo, em que passou em cousa julgada a sentença condemnatoria; mas deve requerer que a penhora se faça em primeiro logar nos bens, que lhe forão especialmente hypothecados, se estes ainda estiverem no poder do devedor ou de seus herdeiros; e depois de arrematados, não chegando o producto da arrematação para seu inteiro pagamento. fazer então penhora n'aquelles, quanto bastarem; argum. da Ord. liv. 3, tit. 84, § 14, e tit. 86, § 14.

## § 541. II. EMQUANTO A TERCEIROS.

II. Emquanto a terceiros, a hypotheca convencional, se foi registrada, como havemos de explicar no § 566, opera estes dois principaes efeitos :

1.º A nullidade, a favor do credor hypothecario, de toda a especie de alienação dos bens hypothecados, que o devedor fizer posteriormente ao registro ; cit. Regulam. n. 482, de 14 de Novembro de 1846, art. 13.

2.º Conferir ao credor hypothecario (munido de sentença condemnatoria contra o hypothecante seu devedor, contra os herdeiros deste, se é fallecido) a faculdade de de penhorar, e executar com a mesma sentença os bens hypothecados, em poder de quem elles se acharem, ainda que alienados ; cit. Regulam. *ibid.* : exceptua-se porém, no caso, em que possa aproveitar a prescripção ao que os tem possuido em boa fé em uma, ou outra das tres hypotheses da Ord. liv. 4, tit. 3, § 1 ; porquanto então o possuidor pôde embargar peremptoriamente a execução movida contra elle. <sup>1</sup>

## § 542. DA HYPOTHECA LEGAL, E SUA DIVISÃO.

A hypotheca *legal* é a que resulta immediatamente da disposição da lei, independentemente da vontade do devedor. Também se chama *tacita*, e divide-se em *legal simples*, e *legal privilegiada*.

Algumas vezes a lei concede-a em attenção á especial prerogativa do credito, e á qualidade da obrigação, como v. gr., o emprestimo para concertos de navios, e então taes hypothecas dizem-se *privilegiadas especiaes*, porque em concurso com outras, que não são de igual natureza, preferem a estas a respeito do bem especial, sobre que ellas re-

<sup>1</sup> Está pois revogada a citada Ord. liv. 4, tit. 3, pr., na parte em que so dava o credor hypothecario a acção alternativa contra o terceiro possuidor dos bens hypothecados depois de demandado e executido o devedor, e o fiador, se o havia ; menos porém emquanto á facultade, que ella concede ao terceiro possuidor de pagar a divida, se antes o quizer, e de perimir dess'arte a execução ; porquanto, sendo o fim da hypotheca segurár o pagamento da divida, é de pura e clara intuição, que essa facultade é da natureza d'aquellas, que nenhuma lei pôde supprimir sem notoria injustiça.

cahem, aindaque estas sejam anteriores; cit. Lei de 20 de Junho de 1774, §§ 34 até 40.

Outras vezes porém concede-se somente em favor do credor, e então comprehendem-se nella todos os bens do devedor, e diz-se *hypotheca legal geral*, cujo effeito é preferir ás que não são privilegiadas.

Aindaque estas hypothecas supponhão divida anterior, como todas as outras, comtudo a lei, para evitar as fraudes, impõe em certos casos o onus hypothecario sobre os bens do devedor desde a epocha da sua responsabilidade, a qual por isso mesmo é necessario fixar em cada uma das especies, para resolver grande numero de difficuldades. Assim, aindaque o filho-familias tem hypotheca geral privilegiada nos bens do pai a respeito dos seus, entregues a administração do pai, ella principia com a administração, sem que prefira ás hypothecas convencionaes anteriores; L. 6, §. fin. Cod. *de bonis, quæ liber*. Quando só concorrem entre si credores privilegiados em igual grau, a preferencia resolve-se pela prioridade das hypothecas. Vejam-se os §§ 546 até 549, e 557 até 558 *inclusive*.

### § 543. DA ANTICHRESE.

Se no contracto do penhor, ou hypotheca se estipula que o devedor entregará ao credor a cousa empenhada, e que o credor perceberá, até o pagamento da divida, ou todos ou parte dos rendimentos della, por conta dos juros, ou da mesma divida<sup>1</sup>; a isso se chama *antichrese*, ou *pacto antichretico* (§ 528). Se ella versa sobre bens de raiz, deve ser constituída por escriptura publica, ou quasi publica (§ 539), da mesma sorte que a hypotheca, á qual se póde ac-

<sup>1</sup> Pela Ord. liv. 4, tit. 67, § 4, fundada no Direito Canonico, que reprova toda a qualidade de usura, ou juro de dinheiro emprestado, foi declarado usurario, e nullo como tal, o contracto indefinido — que o credor perceberá os fructos da cousa empenhada até ser pago —; salvo, se tal condição foi estipulada entre o senhorio e o foreiro, e se a cousa empenhada é o mesmo prazo; cessando nesse interim da parte do foreiro a obrigação da pensão.

Como porém hoje é licito ás partes convencionar o juro, que lhes aprouver podendo provar essa convenção por escriptura publica, ou particular (Lei de 24 de Outubro de 1832; certamente a referida nullidade não se póde applicar:

1º Quando o devedor consigna os rendimentos annuaes em preço certo, pa-

crestar na mesma escriptura ; arg. da Lei de 20 de Junho de 1774, § 33.

§ 544. DOS DIREITOS DO CREDOR EM VIRTUDE DA ANTICHRESE.

Da faculdade dada ao credor pelo pacto antichretico resultão para elle os seguintes direitos :

1.º O de perceber, e desfructar os rendimentos do objecto, ou por si, ou por outrem, como v. gr., alugando-o, ou arrendando-o ; excepto, se outra coisa foi expressamente estipulada ; L. 11, § 1, e L. 23, D. *de pignor. et hypoth.*

2.º O de defender a sua detensão, e rendimentos pelos meios possessorios ; Maced. *Decis.* 62, e Silv. à Ord. liv. 3, tit. 48, *ad rubr.* n. 34.

3.º Na antichrese de bens de raiz porém, com a condição de ficar a coisa vendida e arrematada ao credor pela divida, se esta não for paga até certo tempo ; o credor não adquire a propriedade da coisa pelo simples facto da falta do pagamento no tempo convençionado ; porquanto tal condição é nulla, e de nenhum effeito ; Cod. Civ. Fr. art. 2088, e Ord. liv. 4, tit. 46, pr. ; e em concurso com outros credores só goza dos favores, que lhe competirem segundo as regras geraes das preferencias, de que havemos de tratar adiante.

ra serem descontados nos juros, e o excedente no capital : nem quando, na falta de fixação dos rendimentos em preço certo, o credor se obriga a dar contas.

2º Finalmente na falta de cada uma dessas duas condições, emquanto não se provar, que os rendimentos, calculados uns annos por outros, valem mais uma terça parte, do que os juros, quando forão cedidos somente para pagamento destes : Cod. da Pr. p. 1, tit. 20, art. 231, Digest. Portug. 3, art. 1245.

1 A cit. Ord. permite ás partes estipular, que não pagando o devedor á tempo certo, o penhor fique arrematado ao credor pelo preço, que for estimado por dois homens bons juramentados, e escolhidos pelas partes (§ 528) ; isto porém, segundo o espirito da legislação novissima, não se pôde intender senão a respeito dos bens movis dados em penhor ; porquanto a respeito dos bens de raiz, sobre os quaes outros credores podem ter igual, ou melhor direito, outra doutrina se deve observar ; e é que, a sua arrematação deve ser feita judicialmente com as formalidades legaes, e precedida de sentença ; como diremos no titulo das preferencias.

§ 545. DAS OBRIGAÇÕES DO CREDOR EM RAZÃO  
DA ANTICHSESE.

Ao credor, como detentor em virtude da antichrese, competem a respeito da *hypotheca* as mesmas obrigações, que a respeito do simples penhor propriamente dito (§§ 531, e seguintes); e além disso:

1.º É responsável pelas deteriorações, fructos, e rendimentos, que deixou de perceber por culpa lata, ou leve; LL. 3, 7, e 12, *Cod. de pignor. art.*

2.º Como usuario, é obrigado aos tributos, e demais encargos prediaes, com o direito de os prelevar nos rendimentos; L. 6, *Cod. de pignor. et hypoth.*

3.º É obrigado a dar contas; excepto, se foi estipulada renda certa, ou ajustado que os rendimentos ficassem ao credor como paga dos juros; Lobão a Mell. liv. 1, tit. 8, § 26: esta condição porém é nulla, por usuraria, se se provar que os rendimentos, calculados uns annos por outros, valem mais uma terça parte, do que os juros; (§ 543, not).

4.º É obrigado á encontrar no capital o excedente dos rendimentos sobre os juros; Mell. liv. 3, tit. 14, § 19.

§ 546. DOS EFEITOS DA HYPOTHECA LEGAL SIMPLES,  
E DE ALGUMAS DAS SUAS ESPECIES.

A *hypotheca legal simples*, prefere ás *hypothecas* convencionaes posteriores, quér estas sejam geraes, quér sejam especiaes; Lei de 20 de Junho de 1774, §§ 31 e 32.

Exceptua-se porém a *hypotheca legal* da Fazenda Publica, a qual prefere ás *hypothecas* convencionaes geraes, aindaque estas sejam anteriores; Lei 2.ª de 22 de Dezembro de 1751, tit. 3, § 15: não porém assim ás especiaes anteriores.

Todavia, para que as convencionaes especiaes anteriores possam preferir á *legal simples* da Fazenda Publica sobre os bens de seus Thesoureiros, Administradores, Recebedotes, Collectores, e demais Empregados obrigados a dar contas, e sobre os bens dos Contractadores, ou Arrematantes de rendas publicas, e seus fiadores, é de mister que sejam anteriores ás nomeações dos referidos Empregados, e aos contractos dos Arrematantes; cit. Lei, tit. 3, §§ 14 e 15.

No concurso da hypotheca legal simples com outra da mesma natureza, e qualidade, a anterior prefere á posterior ; cit. Lei de 20 de Junho § 31. Ella compete :

1.º Á Fazenda publica sobre os bens dos seus Thesoureiros, Administradores, Recebedores, Collectores, e demais Empregados obrigados a dar contas, para preferir não só ás hypothecas convencionaes posteriores, geraes, e especiaes ; mas tambem ás geraes anteriores.

2.º Á mesma Fazenda Publica sobre os bens dos Contratadores, ou Arrematantes das rendas publicas, e seus fiadores, com a mesma preferencia do n. 1.º ; cit. Lei 2.ª, tit. 3, § 15.

3.º Á mesma Fazenda Publica sobre os bens dos seus devedores, para pagamento de suas dividas activas em geral, e dos impostos ; Regim. dos contos de 1627, cap. 83, Ord. liv. 2, tit. 52, § 5, e Decreto n. 656 de 5 de Dezembro de 1849.

4.º Ás Igrejas, Mosteiros, Misericordias, e outros Estabelecimentos Pios, Casas de Caridade, e Camaras Municipaes sobre os bens de seus Administradores, Thesoureiros, Economos, e outros obrigados a dar contas ; Ord. liv. 1, tit. 62, §§ 39 e seguintes, L. 23, Cod. de Sacross. Eccles., L. 3, Cod. de jur. republ.

#### § 547. CONTINUAÇÃO DA MESMA MATERIA.

Tambem compete a hypotheca legal simples :

5.º Á mulher sobre os bens de seu marido, quanto á segurança, e conservação do seu dote, consistente em dinheiro, ou moveis estimados, ou mesmo em bens de raiz não estimados ; argum. *a contrario sensu* da disposição da Lei de 20 de Junho de 1774, § 40, L. fin. § 1, Cod. *qui pot. in pign.*

6.º Ao marido, nos bens de sua mulher, ou de quem lhe prometteo o dote, para o haver a si depois de contrahido legalmente o matrimonio ; Ord. liv. 3, tit. 25, § 5, e liv. 4, tit. 61, § 2, L. un, § 1, Cod. *de rei uxor. act.*

7.º Aos filhos, nos bens do pai, quanto ás damnificações, delapidações, e consumo dos bens dos mesmos entregues á sua administração ; Ord. liv. 1, tit. 88, §§ 6, 7, 9, e 22, e L. 6. §. fin. Cod. *de bon. quæ liber.*

8.º Aos filhos do primeiro matrimonio, nos bens do pai, ou mãe, que passou á segundas nupcias, para segurança da propriedade dos bens, que um ou outro herdou *ab intestato* de filho, ou filha do primeiro matrimonio, e que este, ou esta houve por qualquer modo de algum ascendente da parte do conjuge defuncto ; Ord. liv. 4, tit. 91, §§ 2 e 4, L. 6, e L. 8, § fin. Cod. *de secund. nupt.*

9.º Aos tutelados, e curados, nos bens de seus tutores, e curadores, para indemnisação de todas as perdas, e danos, que lhes causarem durante a sua administração ; Ord. liv. 1, tit. 88, §§ 19 e seguintes, liv. 4, tit. 102, e tit. 103, L. 20, Cod. *de admin. tut.*, e Cod. Civ. Fr. art. 2121.

10.º Aos orphãos de pai, nos bens da tutora sua mãe, e do marido, com quem se tornou á casar antes de dar contas, e entregar os bens, e alcance, se o houve, para garantia real de uma e outra cousa ; Ord. liv. 4, tit. 102, § 3, L. 6, Cod. *in quib. caus. pign.*

11.º Aos legatarios, nos bens da herança, para garantia dos seus legados, salvo comtudo o direito dos credores da mesma herança, aindaque sejam meramente chirographarios, e mesmo de dividas provadas por testemunhas, se por direito se poderem provar por esse modo ; porquanto os legados são beneficios, ou liberalidades, e como taes, cedem á obrigação das dividas, se a herança não bastar para solução delles, e dellas ; L. 1, Cod. *comm. de legat.*

12.º Ao credor chirographario, nos bens do seu devedor condemnado por sentença irrevogavel, nos termos e condições dos §§ 549 e 558 in fin.

#### § 548. DOS EFEITOS DA HYPOTHECA LEGAL PRIVILEGIADA, E DE ALGUMAS DAS SUAS ESPECIES.

A *hypotheca legal privilegiada* prefere á *hypotheca convencional*, e á *legal simples*, aindaque uma, e outra sejam anteriores, geraes, ou especiaes, e aindaque pertenção á Fazenda Publica ; Alv. de 24 de Julho de 1793, § 3. Ella compete :

1.º Ao credor de dinheiro, ou de materiaes, emprestados por elle para edificação, construcção, ou reconstrucção de edificios, navios, e quaesquer outras embarcações, ou para bemfeitorias de fazendas ruraes : assim como tambem aos

empreiteiros, ou obreiros, que as executarão; cada um sobre cada um desses bens, e bemfeitorias especiaes, para cuja existencia, conservação, ou melhoramento concorreo com dinheiro, ou com materiaes, ou com serviços pessoaes; Lei de 12 de Maio de 1758, § 10 e 11, Lei de 20 de Junho de 1774, §§ 34 e 35, Alvará de 24 de Julho de 1793, § 1, L. 25 D. *de reb. cred.*, L. 34, D. *de reb. auct. jud. poss.* Cod. Civ. Fr. art. 2103.

2.º Ao credor de dinheiro emprestado por elle para se abrir, ou arrotear algum paul, ou terras incultas; somente no preço dessas bemfeitorias; cit. Lei de 20 de Junho, § 36. e L. 7, Cod. *qui pot. in pign.*

3.º Ao que emprestou dinheiro para a compra de qualquer fazenda rural, ou terras, se constar da escriptura do emprestimo que este se fez com esse destino, e se provar, que a compra foi posterior; cit. Lei, § 37. Estas duas condições subintendem-se, por analogia, e identidade de razão, para todos os emprestimos de dinheiro para qualquer fim productivo, taes como os referidos em cada um dos dois numeros antecedentes.

#### § 549. CONTINUAÇÃO DA MESMA MATERIA.

Tambem compete a hypotheca legal privilegiada :

4.º Ao que vendeo algum bem de raiz, e entregando-o ao comprador não chegou a receber deste o preço; somente sobre o producto da arrematação do mesmo bem de raiz; L. 22, D. *de hered. vel act. vend.*, Cod. Civ. Fr. art. 2103.

5.º Em geral, a todo aquelle, que com seu dinheiro, industria, animaes, ou instrumentos seus, ou com seus serviços concorreo para a existencia, conservação, bemfeitorisação, ou salvamento de alguns dos bens do concurso dos credores; sendo que em cada um destes casos prefere somente sobre o preço da arrematação desses bens especiaes a qualquer credor menos privilegiado; cit. Lei, § 41, L. 6, D., e L. 7, Cod. *qui pot. in pign.*

6.º Ao locador, e ao senhorio do predio rustico, pela renda, e pensão, ou fôro, sobre os fructos do predio, ou prazo; cit. Lei, § 33, e L. 7, D. *in quib. caus. pign.*

7.º Ao locador de casas, pelo aluguel vendido, no valor dos trastes, e moveis, que o inquilino, ou subinquilino tiver

introduzido na casa para uso e commodidade da habitação, exceptuados por favor ao commercio os effeitos commerciaes ; Ord. liv. 4, tit. 23, § 3, cit. Lei, § 39, cit. Alv. de 24 de Julho de 1793, § 2, e L. 2, D. *in quib. caus. pign.*

8.º Á mulher, sobre os bens do marido, para haver a estimação do seu dote consistente em fazendas estimadas, importando venda ; cit. Lei de 20 de Junho, § 40.

9.º Á Fazenda Nacional, pelas Decinas, e demais encargos prediaes, no rendimento, ou no producto da arrematação do predio ; Regul. n. 152 de 16 de Abril de 1842, art. 21, § 2, L. 1, Cod. *in quib. caus. pign.*

10.º Aos credores das despezas do enterro do devedor, sendo sem luxo ; L. 14, § 1 ; D. *de relig. et sumpt. funer.*, Cod. Civ. Fr. art. 2101.

#### § 550. DA HYPOTHECA JUDICIAL.

*Hypotheca judicial* é a que resulta de uma sentença condemnatoria sobre os bens de raiz do condemnado ; porquanto por virtude della ficão taes bens hypothecados ao pagamento da condemnação ; e consequentemente, se o devedor condemnado os alienar em fraude da execução, póde o credor vencedor proseguir a execução do julgado contra o terceiro, em cujo poder se acharem ; Ord. liv. 3, tit. 84, § 14.

Quando porém a acção, sobre que foi dada a sentença, se fundou em hypotheca, provada por escriptura publica, ou quasi publica, revistida das solemnidades indicadas no § 539, então a sentença, aindaque seja de preceito, produz, além do effeito acima declarado (como no caso de ter o devedor alienado a coisa hypothecada), o da preferencia, que resultar da natureza e data da hypotheca, e seu registro, como mais largamente mostramos e havemos de mostrar nos §§ 541, 543 até 549, e 556 até 558.

## TITULO XV.

**Do concurso dos credores, e das preferencias.**

## § 551. DO CONCURSO DOS CREDORES.

Chama-se *concurso dos credores* o processo de sua habilitação, e gradação. Aquelles pois que quizerem usar do direito de preferencia, devem :

1.º Habilitar-se com sentença nos termos indicados no § 561, n. 1, ou com titulo, que tenha execução aparelhada, como, v. gr., os titulos de dividas do Thesouro Publico, e as causas, em que por virtude do privilegio da divida se começa pela penhora executiva, a qual neste caso basta para o credor privilegiado poder entrar no concurso, ainda que depois necessite da sentença para haver pagamento ; argum. da Ord. liv. 4, tit. 6, § 1, e cit. Lei de 20 de Junho de 1774.

2.º Fazer penhora nos bens, que pretenderem disputar, ou ao menos ajuntar requerimento de preferencia aos autos da execução daquelle, que já tem penhora feita sobre elles.

3.º O credor hypothecario porém, que não se habilitou com sentença, ainda pôde durante o concurso fazer protesto, para o fim de que nem o producto da arrematação, nem os mesmos bens, no caso de serem adjudicados ao exequente, sejam entregues sem fiança, ou designação de outros bens desembargados, que substituão o encargo da hypotheca : assim como tambem para o fim de responsabilisar os outros credores concurrentes, em proporção do que receberem, pelo prejuizo, que lhe resultar da preterição da sua hypotheca.

4.º Os credores, que tivessem direito para preferirem a outros, e que por impedimento não concorrerão ao concurso, nem fizerão protesto, podem ainda depois intentar accção de preferencia pela via ordinaria. Per. e Sous. *Prim. Linh. Civ.* not. 900, e seguintes.

## § 552. DO BENEFICIO DA SEPARAÇÃO.

Quando concorrerem credores do mesmo devedor, porém, uns em virtude de obrigação propria deste, e outros em vir-

tude de obrigação, que veio-lhes por successão ; estes ultimos podem requerer que se separem os bens da successão, e, feita a separação, formar sobre elles um concurso especial e distincto, com exclusão dos primeiros, ao que se chama *beneficio da separação* ; Lobão, *exec.* § 632.

Este beneficio compete assim aos credores, como aos legatarios do defuncto ; L. 6, pr. D. *de separat.* ; não compete porém aos credores do herdeiro, ou successor do defuncto ; L. 1, § 2, *eod.* : e cessa (nos casos, em que tem logar), quando se dér uma, ou outra das seguintes circumstancias :

1.<sup>a</sup> Se os credores fizerão novação da divida, ou por qualquer modo acceitarão o herdeiro como devedor proprio, ou originario ; L. 1, §§ 11 e 15 *eod.*

2.<sup>a</sup> Se deixarão passar cinco annos desde a adição da successão ; cit. L. § 13<sup>1</sup>.

Os credores, que obtiverão a separação, não são admittidos a concorrer sobre os bens proprios do herdeiro, ainda que os bens da successão não cheguem para seu inteiro pagamento, excepto, se houver sobras ; L. 3, § 2, *eod.*

### § 553. O QUE SEJÃO PREFERENCIAS, E QUANDO TEM LOGAR.

Um dos principaes effeitos das hypothecas é o que dá direito aos credores, que as tem, de serem pagos das suas dividas primeiro, que outros credores do mesmo devedor commum, pelo preço da cousa hypothecada. Esse direito é chamado *direito de preferencia*. O uso d'elle porém só tem logar, quando os bens do commum devedor não chegão para o pagamento de todos os credores. E como o producto dos bens só se póde liquidar depois da arrematação, só então póde ter logar a disputa das preferencias, ou seja sobre esse producto entrado em deposito, ou sobre o valor dos bens conforme a avaliação nos termos de serem adjudicados por falta de arrematante ; Lei de 20 de Junho de 1774, §§ 31 e 44.

<sup>1</sup> Pelo Cod. Civ. Fr. art. 880, este beneficio prescreve, emquanto aos meios por tres annos, o emquanto aos de raiz, somente desde que sabirão do poder do herdeiro.

### § 554. DA CLASSIFICAÇÃO, E GRADUAÇÃO DOS CREDORES.

Para se comprehender esta doutrina em toda a sua extensão, é necessario considerar o direito de preferencia não somente emquanto aos credores hypothecarios, mas tambem emquanto a todos os outros, e não sómente quando as preferencias versão sobre bens de raiz, mas ainda quando versão sobre bens moveis. Nesta generalidade pôde-se graduar os credores nestas sete classes :

- I. *Das credores em razão do dominio.*
- II. *Dos credores immediatos, e mediatos.*
- III. *Dos credores privilegiados.*
- IV. *Dos credores munidos de hypotheca legal simples.*
- V. *Dos credores munidos de hypothecas convencionaes, não privilegiados, ou simplesmente hypothecarios.*
- VI. *Dos chirographarios.*
- VII. *Dos de rateio.*

### § 555. I. DOS CREDORES EM RAZÃO DO DOMINIO.

I. O proprietario de bens moveis, ou de raiz, que se achão em especie em poder do devedor executado, é preferido á todos os credores á respeito desses mesmos bens, que elle vem reclamar *jure dominii*, sendo portanto impropriamente chamado *credor*.<sup>1</sup> Taes são :

1.º Os donos dos bens depositados, emprestados, locados, empenhados, ou entregues á administracão do tal devedor.

2.º O filho, emquanto aos bens, que tinha em poder do pai, ou mãe, contra quem se move a execução, comprehendidos, quanto ao dominio, aquelles mesmos, cujo usufructo pertence ao pai, ou mãe.

3.º A mulher, emquanto aos bens dotaes, ou dados em estimacão, que não importe venda, quer estimados, quer

<sup>1</sup> Como estes não recebem taes bens a titulo de credores, mas de senhores e possuidores, nem se faz cumulo desses bens para o producto da execução, os senhores delles forão includidos na classificacão dos credores somente para melhor esclarecimento, e não porque lhe sejam applicaveis, propriamente fallando, as regras das preferencias e hypothecas.

inestimados, e emquanto aos demais, que pelo contracto dotal excludo da communhão.

4.º Os co-herdeiros, emquanto aos bens da herança indivisa, e outros; Lobão, *exec.* § 536, e not., Cod. Com. Bras. art. 874.

### § 556. II. DOS CREDORES IMMEDIATOS, E DOS MEDIATOS.

II. Intendemos por *credores immediatos*, ou *directos*, aquelles, cujas dividas activas procedem de facto proprio do seu devedor; e por *credores mediatos*, ou *indirectos*, aquelles, cujas dividas activas procedem de facto proprio de um terceiro, a quem succedeo por sua morte o actual devedor.

### § 557. III. DOS CREDORES PRIVILEGIADOS.

III. Separados os bens alheios, e os da successão (§§ 552, e 553), são graduados em primeiro logar os credores privilegiados, taes comos os referidos nos §§ 546, e 547. <sup>1</sup> A esses podem-se accrescentar os seguintes, os quaes tem privilegio, ou a respeito de todos os moveis, ou somente a respeito de alguns delles :

1.º Sobre todos os moveis (até onde bastar), as despezas, ou custas judiciaes, as despezas da ultima doença do defuncto, as despezas funerarias, as soldadas dos criados, do anno corrente, e do precedente, se ainda não estavam pagas, os fornecimentos de generos feitos por padeiros, carniceiros, e outros semelhantes, nos ultimos seis mezes; Cod. Civ. Fr. art. 2101.

2.º Sobre certos moveis os seguintes :

<sup>1</sup> Concorrendo entre si credores privilegiados em igual grau, porém um a respeito de certos bens especiaes, e cada um dos demais a respeito de outros bens tambem especiaes, cada um prefere sobre os que formão o objecto do seu privilegio.

Concorrendo porém uns com outros a respeito dos mesmos bens como quando, v. gr., concorrem a respeito do preço da arrematação da casa, para cuja edificação, ou concertos todos concorrerão, um com dinheiro, outro com materiaes, outro com serviços pessoaes, etc., então, se o producto liquido da arrematação não bastar para integral pagamento de todos os concurrentes dessa classe, são todos pagos *pro rata*; isto é, proporcionalmente á importancia da divida activa de cada um.

A. O credor pignoraticio, sobre o movel, ou moveis empenhados, o qual, ainda depois de pago da divida, para cuja segurança lhe forão entregues, pôde retel-os até ser embolsado das despezas, que fez com a conservação delles; argum. da Ord. liv. 4, tit. 54, § 1.

B. O depositario, sobre o objecto depositado, a respeito das despezas, que fez para a conservação delle; cit. Ordenação.

C. O credor de concertos, a respeito do seu pagamento, emquanto o objecto estiver em seu poder; cit. Ord., e Cod. Civ. Fr. art. 2076.

D. O dono de estalagem, hotel, ou hospedaria, a respeito das despezas da hospedagem, sobre os effeitos, que o hospede recolheo na hospedaria, emquanto não tiverem sahido; cit. Cod. art. 1102, n.º 5.

#### § 558. IV. DOS CREDITORES MUNIDOS DE HYPOTHECA LEGAL SIMPLES.

IV. Os credores munidos de hypotheca legal simples, concorrendo com credores fundados em hypotheca convencional posterior, quér geral, quér especial, preferem á estes (§§ 546, e 547).

Concorrendo porém entre si dois, ou mais credores munidos de hypotheca legal geral, a anterior prefere á posterior.

Se a hypotheca legal de cada um é especial, e em bens differentes dos de cada uma das demais, então cada um é pago pelos bens respectivos; e se é sobre os mesmos bens, a anterior prefere á posterior; a especial porém prefere á geral, aindaque esta seja anterior; cit. Lei de 20 de Junho §§ 31, e 32, L. 2, Cod. de pignor. et hypoth. (cit. § 546).

#### § 559. V. DOS CREDITORES MUNIDOS DE HYPOTHECAS CONVENCIONAES, OU SIMPLEMENTE HYPOTHECARIOS.

V. Os credores munidos de hypothecas convencionaes, ou simplesmente hypothecarios graduão-se pela prioridade das hypothecas, tendo-se comtudo em consideração a qualidade destas; assim:

1.º Se concorrem sómente hypothecas geraes, quér sejam convencionaes, quér judiciaes, preferem em todos os bens as que primeiro tiverão existencias.

2.º Se concorrerem sómente hypothecas especiaes constituidas sobre os mesmos bens, preferem igualmente umas ás outras pela ordem de sua respectiva antiguidade; e se forão constituidas sobre bens differentes, então cada uma prefere ás outras nos bens especificadamente declarados nella; cit. Lei de 20 de Junho de 1774, § 31.

### § 560. VI. DOS CREDITORES CHIROGRAPHARIOS.

VI. Depois de pagos os credores privilegiados, e os hypothecarios simplesmente ditos, seguem-se os *credores chirographarios*. Dizem-se *credores chirographarios*, em sentido restricto, aquelles, cujas dividas activas constão:

1.º De escriptura publica; cit. Lei de 20 de Junho, § 31.

2.º De escriptura quasi-publica, em que concorrão os requisitos determinados pela cit. Lei de 20 de Junho, § 33, e Alvará de 15 de Maio de 1776, § 3.

Uns, e outros, concorrendo simultaneamente, preferem entre si pela prioridade das datas das suas respectivas dividas; cit. Lei, § 42, e cit. Alvará, § 3; sendo, que, se antes da abertura do concurso alguns delles obteve hypotheca judicial por virtude de sentença nos termos do cit. § 3, do referido Alvará, passa para a classe dos credores hypothecarios; L. 2.ª de 22 de Dezembro de 1761, T. 3, § 14, *ibi* — *Segundo, o de terem sentenças*, — e vers. *Em qualquer destes dois casos*.

### § 561. CONTINUAÇÃO DA MESMA MATERIA.

No concurso de credores chirographarios entre si preferem :

1.º Os anteriores aos posteriores, sem distincção entre escriptura publica, e quasi-publica, uma vez que esta seja revistido dos requisitos referidos no paragrapho antecedente; e que os mesmos credores se mostrem habilitados com sentenças, quer estas fossem havidas em Juizo contencioso, com plenaria discussão, e disputa sobre a verdade das dividas, quér fosssem de preceito, fundado na confissão dos

respectivos devedores; por quanto, aindaque as sentenças de preceito só tem logar quando os devedores confessão em Juizo as suas dividas, comtudo em cada um dos dois referidos casos, ellas tem por base, além da confissão dos devedores, a escriptura publica, ou quasi-publica, offerecida por cada um dos credores; e por isso muito sábia e justamente o citado Alvarã equiparou as sentenças de preceito, assim baseadas, ás sentenças dadas em Juizo contencioso, com plenaria discussão, e disputa sobre a verdade da vida.

2.º Se o credor chirographario mais antigo era ausente, ou, sendo presente, não soube que outros credores chirographarios demandavão o devedor commum, senão quando estes já executavão contra elle suas sentenças, e protestando de haver seu pagamento primeiro que elles, lhes fez intimar o seu protesto, requerendo ao mesmo tempo, que ficasse em deposito o producto da arrematação até que elle se habilitasse com sua sentença, então ainda lhes prefere por virtude da prioridade da sua divida; arg. da Ord. liv. 1, tit. 91, pr., liv. 4, tit. 6, § ult., e Lei 2.ª, de 22 de Dezembro de 1761, T. 3, § 14.

### § 562. VII. DOS CREDORES DE RATEIO.

VII. Finalmente depois dos credores chiragrapharios, se ainda sobejarem bens, são chamados os credores, que não poderão entrar nas graduacões antecedentes, ou pela qualidade das suas dividas, ou porque não se habilitarão com sentenças dadas em Juizo controvertido<sup>1</sup>. Entre estes não se dá preferencia, mas são pagos *pro rata*; cit. Lei, § 43.

<sup>1</sup> Já acima advertimos (§ 560, n. 2º, e 561, n. 2º) que aos creditos, que pela natureza da divida, ou do titulo desta, entrão nas classes anteriores, não prejudica o terem sido julgados por sentença de preceito, se constão de escriptura publica ou quasi-publica; os credores porém, que não entrão nessa classe, antes da abertura do concurso, se por ventura se habilitarem com sentença dada em Juizo contencioso, ou controvertido entre as partes, ainda entrão para a classe das hypothecas judiciaes, e portanto preferem entre si pela prioridade da sentença, a todos os chirographarios.

## § 563. DA EXTINÇÃO DA HYPOTHECA

A hypotheca extingue-se :

1.º Pelo pagamento da divida, salvo se quem a pagou ficou subrogado ao credor, ou se o pagamento ficou depois nullificado por alguma razão superveniente, como no caso, em que forão evictos os bens dados ao credor ; Cod. da Sard. art. 2298.

2.º Pela prescripção, quér em favor de terceiro senhor e possuidor dos bens (sendo que neste caso é de dez annos entre presentes, e de vinte entre ausentes, contados do dia, em que elles forão ao seu poder com titulo e boa fé, ou de trinta annos na falta de titulo) ; quér em favor do proprio devedor, ou de seus herdeiros, se a cousa obrigada sempre esteve em seu poder, ou no de outro credor, a que depois foi apenhada, possuindo-a por virtude desse apenhamento ; sendo que nestes casos a prescripção é de vinte annos entre presentes, e quarenta entre ausentes ; Ord. liv. 4, tit. 3, § 1.

3.º Quando o terceiro comprador consignou o preço em deposito judicial, ou publico, como dissemos no § 526 sob n. 2.º

4.º Pelos outros meios, por que se extingue o penhor, definidos no § 535.

## TITULO XVI.

**Do registro das hypothecas, seus fins, e vantagens : do logar onde se deve fazer : dos seus effeitos legaes : das averbações, ou annotações : das certidões extrahidas delle : e da responsabilidade dos respectivos tabelliães.**

## § 564. DO REGISTRO DAS HYPOTHECAS, SEUS FINS, E VANTAGENS.

O registro das hypothecas, ou sua *inscripção no registro* é a nota da divida, e dos bens hypothecados á sua segurança, lançada em livro por official competente, para esse fim creado por lei, para poder constar o estado da fortuna dos cidadãos a quem nisso tiver legitimo interesse, sem necessidade de grande trabalho, nem grande dispendio

das partes; bastando em tal caso dirigir-se ao dito official, para que estes dê por certidão o que constar do registro dos bens de raiz, do que se tratar.

Os seus fins portanto são :

1.º Patentear o estado da fortuna dos cidadãos, emquanto aos bens de raiz, para pôr os capitalistas, e credores a abrigo das fraudes dos devedores probos, e de boa fé; e nisto estão postas as suas maiorias vantagens.

2.º Facilitar aos credores a consecução da justiça, que lhes for devida, nas questões das preferencias.

Para obrigar os interessados á observancia desta formalidade, essencial para o complemento e perfeição de um bom regimen hypothecario, todas as nações civilizadas, que o tem estabelecido por lei, tem terminado ao mesmo tempo, que, sem elle, nenhuma hypotheca será efficaz, nem sortirá os seus effeitos contra terceiros.

A nossa legislação (Cod. Comm. Bras. art. 265, Lei n.º 317 de 21 de Outubro de 1843, art. 35, Decreto n.º 482 de 14 de Novembro de 1846, e Aviso de 26 de Setembro de 1850) só o exige á respeito das hypothecas *convencionaes* (§ 541). Muito maior seria sem duvida o proveito, que d'elle tiraria o publico em geral, se igualmente se exigisse á respeito das *legaes*, *quér privilegiadas*, *quér simplices* (§§ 542 e seguintes), e das *judiciaes* (§ 550), exceptuadas somente as provenientes de despezas judiciaes, do funeral, e dos gastos da ultima doença do defuncto, das soldadas dos criados, e outras semelhantes.

#### § 565. DO LOGAR ONDE SE DEVE FAZER.

Todas as hypothecas convencionaes, *quér geraes*, *quér especiaes*, devem ser registradas no Cartorio do Registro Geral da Comarca, onde forem situados os bens immoveis hypothecados, sob pena de não produzir effeito algum o registro feito em outro Cartorio; Regulamento n.º 482 de 14 de Novembro de 1846, arts. 2.º e 4.º

Se na mesma hypotheca se comprehenderem bens de raiz situados em differentes Comarcas, deve-se registrar em cada uma dellas; e o mesmo se deve fazer, quando, hypothecada uma fazenda rural, esta for situada, parte em uma Comarca, e parte em outra; cit. Regulam. art. 3.º Em cada

um destes casos, a data do primeiro registro feito em uma das Comarcas fixa a epoca dos effeitos legaes da hypotheca, contanto que se effectue o registro em cada uma das outras dentro do tempo necessario, contando a distancia da primeira á cada uma das outras na razão de duas leguas por dia ; cit. Regulam. *ibid.*

### § 566. DOS EFEITOS LEGAES DO REGISTRO.

O registro produz os seguintes effeitos legaes :

1.º Torçar nulla, a favor do credor hypothecario, qualquer alienação dos bens hypothecados, que o devedor fizer posteriormente ao registro, por titulo oneroso, ou gratuito ; cit. Regulam. art. 13.

2.º Poder o credor hypothecario, com a mesma sentença dada contra o seu devedor, penhorar, e executar os bens hypothecados, ainda que alienados depois pelo devedor, em poder de quem se acharem ; cit. Regulam. *ibid.* (§ 541).

3.º Dar preferencia ao credor hypothecario, cuja hypotheca foi registrada primeiro, que a dos outros, que concorrerem com elle ; e ainda mesmo que fossem registradas na mesma data, se no instrumento do primeiro se declarou a hora ; Avis. Circ. de 26 de Setembro de 1850, que declarou revogado o art. 15 do cit. Regulam. pelo art. 885 do Cod. Comm.

4.º Estabelecer rateio entre os credores concurrentes, no caso, em que suas respectivas hypothecas forão apresentadas simultaneamente para o registro ; cit. Avis Circ. e cit. art. 885 do Cod. Comm.

Esses effeitos porém só começam a existir da data do registro ; cit. Regulam. arts. 5 e 14. Exceptúa-se porém o registro, que foi feito dentro dos quarenta dias anteriores ao fallecimento, o qual não opera effeito algum ; cit. Regulam. art. 2.º Os vinte dias, de que falla o cit. art. 2.º com referencia ao § 19 do Alvará de 13 Novembro de 1756, intendem-se substituidos pelos quarenta dias dos arts. 129, § 5.º, e 827, § 2.º do Cod. Comm.

### § 567. DAS AVERBAÇÕES, OU ANNOTAÇÕES AO REGISTRO.

Devem-se averbar no registro geral das hypothecas :

1.º As baixas, ou extincções, no todo, ou em parte, das hypothecas inscriptas nelle.

2.º As suas substituições, ou transferencias para outro credor, ou para outro devedor, ou para outros bens.

3.º Qualquer outra alteração, ou novação do contracto, ou da obrigação hypothecaria; cit. Regulamento art. 18.

As baixas, ou extincções effectuão-se por virtude de mutuo consenso das partes, ou por virtude de *cousa julgada*; sendo que para isso as partes interessadas devem apresentar ao Tabellião do Registro Geral o competente titulo, quitação, ou sentença, que extingue, altera, ou innova a hypotheca registrada; cit. Regulam. art. 29.

Extincta a hypotheca registrada, no todo, ou em parte, por substituição de outros bens, a nova hypotheca estabelecida nestes não produz efeitos válidos, emquanto não for competentemente registrada; cit. Regulamento art. 21.

### § 568. DAS CERTIDÕES EXTRAHIDAS DO REGISTRO.

O Tabellião do Registro é obrigado a dar certidões independente de despacho, transcrevendo nellas o theor do assento do registro, e das averbações, e annotações a elle relativas, que existirem nos seus livros, declarando em todas a requerimento de quem são passadas; cit. Regulam. arts. 24 e 25.

As certidões negativas, isto é, que affirmão não existir hypotheca alguma registrada, relativa á certa pessoa, ou a certos bens especial, ou geralmente designados, só tem vigor por seis mezes (dentro dos quaes não se passam outras do mesmo theor, aindaque as partes alleguem perdimento das primeiras); e só podem ser passadas aos proprios donos dos bens desembargados, ou a seus bastantes procuradores; cit. Regulam. art. 26.

Os Tabelliães de Notas, a quem taes certidões forem apresentadas, são obrigados a transcreve-las nas respectivas escripturas, guardando-as emmassadas em seu Cartorio com a competente averbação do livro, e folhas, em que ficarão lançadas; cit. Regulam. art. 27.

Appresentada para o registro uma escriptura de hypotheca, em que não venha transcripta a certidão negativa, que se haja passado, e recusando a parte exhibil-a a requerimento do Tabellião, toma-se o registro com declaração disso mesmo ; mas esse registro não pôde prejudicar ao de outra escriptura de hypotheca, aindaque posterior, em que esteja transcripta a dita certidão, estando ainda em vigor ao tempo da sua transcripção, como acima se disse ; cit. Regulam. art. 28.

### § 569. DA RESPONSABILIDADE DO TABELLIÃO DO REGISTRO GERAL.

O Tabellião do Registro Reral das hypothecas é responsável ás partes pelos damnos, que lhes causar com a recusa, ou demora do registro, averbações, ou certidões, que ellas lhe requererem ; Regulam. art. 30.

Para se tornar effectiva a responsabilidade, cumpre ás partes justificar a recusa, ou demora, dentro de cinco dias uteis, com duas testemunhas de vista, e notificação do Tabellião perante o Juiz Municipal do Termo ; cit. Regulamento, art. 31.

Se a recusa, ou demora for julgada *infundada e improcedente*,<sup>1</sup> é intimada a sentença ao Tabellião, e este obrigado a averbal-a no seu protocollo, e a fazer menção desta averbação nas certidões, que passar, relativas ao devedor, e bens, cujo registro houver recusado, ou demorado ; sendo que em tal caso a dita sentença suppre a falta de registro ; cit. Regulam. *ibid.*

<sup>1</sup> A proposição — *Se a recusa, ou demora for julgada infundada, e improcedente*, — exprime a mesma idéa, que esta — *Se for julgado, que o Tabellião recusou, ou demorou, sem legitimo fundamento, o que lhe foi requerido* ; — e pôde-se traduzir por esta — *Se a queiza da recusa, ou demora for julgada procedente*. — Tal é verdadeira e precisamente a disposição legislativa, que tinha cabimento no caso de que se trata, e por ahi se vê, que houve engano na redacção da disposição analoga — *Se a recusa ou demora for julgada procedente*, — que se lê no art. 71 do Regulamento n. 738 de 25 de Novembro de 1850, no qual em logar da palavra — *procedente* — cabia a sua contraria — *improcedente*.

A Lei n. 1237, de 24 de Setembro de 1864, alterou profundamente as diversas disposições relativas ás hypothecas, e constituiu um estudo novo. Por isso, e visto que no Compendio ha muitas observações, que convêm aproveitar, damos em seguida o Transumpto da referida Lei, accomodado ao ensino do Direito Civil Patrio, em substituição dos Titulos 14, 15 e 16 do Compendio, e annotado, com referencia ao respectivo Regulamento n. 3453, de 26 de Abril de 1865, obra escripta e publicada pelo mesmo Autor.

## TITULO I.

### Disposições geraes.

Art. 1.º Determina este artigo que não ha outras hypothecas, senão as que esta Lei estabelece. <sup>1</sup>

Art. 2.º Adverte que a hypotheca é regulada sómente pela lei civil, ainda que algum, ou todos os credores sejam commerciantes; e deroga as disposições do Codigo Commercial relativas á hypotheca de bens de raiz.

Nos seus diversos paragraphos determina o seguinte:

No 1.º Que só podem ser objecto de hypotheca: 1.º os immoveis por si sós; 2.º os accessorios dos immoveis juntamente com estes mesmos; 3.º os escravos e animaes pertencentes ás propriedades agricolas, e que forem especificados no contracto, juntamente com as mesmas propriedades; 4.º o dominio directo dos bens emphyteuticos; 5.º o dominio util dos mesmos bens independentemente da licença do senhorio, á quem deixa salvo o seu direito de opção para usar d'elle, querendo, quando vier á alienar-se o immovel hypothecado.

<sup>1</sup> Todavia, segundo o art. 111 do Regulamento que o decreto n.º 3453 de 26 de Abril de 1865 mandou observar na execução da presente Lei, não está derogada a hypotheca judicial, a qual, sem importar preferencia, consiste sómente no direito que tem o exequente de proseguir a execução da sentença contra os adquirentes dos bens do devedor condemnado (art. 3.º § 12 desta lei).

Tambem subsistem, posto que sem o nome de hypotheca, as obrigações que o Codigo Commercial estabelece a favor de certos creditos sobre os navias e mercadorias (citado Regulam. art. 112).

No 2.º Que são accessorios dos-immeveis agricolas os instrumentos da lavoura, e os utensilios das fabricas respectivas adherentes ao solo. <sup>1</sup>

No 3.º Que fica subrogado ao immovel hypothecado não só o preço que no caso de sinistro for devido pelo segurador ao segurado, e que não for applicado á reparação do mesmo immovel; mas tambem a indemnisação da desapropriação por necessidade ou utilidade publica, e a reparação pela qual for responsavel o terceiro <sup>2</sup> em razão da perda ou deterioração do immovel.

No 4.º Que só póde hypothecar quem póde alhear; e que os immeveis que não pódem ser alheados, não podem ser hypothecados.

No 5.º Que ficão em seu inteiro vigor as disposições dos arts. 23 e seguintes do Codigo Commercial sobre a capacidade dos menores e das mulheres casadas commerciantes, para hypothecarem os immeveis.

No 6.º Que o dominio superveniente revalida desde a inscripção <sup>3</sup> as hypothecas contrahidas em boa fé pelas pessoas, que com justo titulo <sup>4</sup> possuião os immeveis hypothecados.

No 7.º Que não só o fiador, mas tambem qualquer terceiro póde hypothecar seus bens para garantia de obrigação alheia.

No 8.º Que a hypotheca ou é legal, ou convencional.

No 9.º Que as hypothecas ou legaes ou convencionaes,

<sup>1</sup> Na generica disposição deste artigo §§ 1.º e 2.º, respectivamente aos accessorios do immovel hypothecado, subentendem-se comprehendidos os novos edificios construidos no solo hypothecado, a consolidação de um com o outro dominio, quando for emphyteutico ao immovel hypothecado, os terrenos adquiridos pelo devedor e incorporados expressa ou licitamente ao immovel hypothecado, e os terrenos de alluviaio, qualquer que seja a sua extensão e importancia (citado Regulam. art. 143).

<sup>2</sup> Segundo o art. 67 do citado Regulamento considerão-se *terceiros*, no sentido juridico da presente Lei, todos os que não forem parte no contracto, e seus herdeiros.

<sup>3</sup> Veja-se, quanto á inscripção das hypothecas, e sua forma, o art. 9.º da presente Lei, e o citado Regulamento tit. II. caps. VI. e VII.

<sup>4</sup> Entende-se por *titulo*, em sentido juridico, a origem e fundamento da aquisição, ou, segundo o Direito Romano, a causa dos direitos como v. gr., o contracto em geral, a successão, etc.; e divide-se: 1.º em *oneroso* e *benefico* ou *gratuito*, segundo é adquirido por um equivalente, ou sem elle: 2.º, em *universal* e *singular*, segundo se refere a um todo de cousas e direitos, ou

somente se regulão pela prioridade ; e que esta é determinada pela data, ou pela inscripção, nos termos estabelecidos por esta Lei. <sup>1</sup>

No 10.º Que á excepção das hypothecas legaes (art. 3.º) que não forem especializadas <sup>2</sup>; nenhuma outra gozará de preferencia, senão quanto aos bens, á que ella se refere, existentes ao tempo do contracto. <sup>3</sup>

No 11.º Que são nullas as hypothecas de garantias de dividas contrahidas anteriormente á data da escriptura nos quarenta dias precedentes á época legal da quebra (art. 837 do Codigo Commercial). <sup>4</sup>

No 12.º Que fica derogado em sua segunda parte o art. 273 do Codigo Commercial.

## CAPITULO I.

### DA HYPOTHECA LEGAL.

Art. 3.º Determina que compete esta hypotheca á cada uma das pessoas declaradas em cada um dos seus paraphos ; a saber :

No 1.º Que compete á mulher casada sobre os immoveis do marido nos seguintes casos : 1.º, pelo dote, e pelos contractos antenupciaes exclusivos da communhão ; <sup>5</sup> 2.º pelos bens provenientes de herança, legado, ou doação que sobre-

somente a uma cousa e direito singular ; 3.º, em *revogavel* ou *resoluvel*, e *irrevogavel* ou *irresoluvel*, segundo se pôde, ou não, revogar ou resolver. Para ser justo requer-se : 1.º que seja verdadeiro ; § 11. Instit. *de usucap* : 2.º que seja habil para transferir o dominio, ou pelo menos algum dos direitos reaes comprehendidos nelle ; L. 44, Cod. *de rei vindicat*.

<sup>1</sup> Veja o art. 9.º desta Lei, e o citado Regulamento tit. II, caps. VI e VII.

<sup>2</sup> Veja, quanto a especialisação e sua forma o citado Regulamento tit. II, cap. V, secç. I e II.

<sup>3</sup> As hypothecas legaes não especializadas, que no presente § 10 são exceptuadas da regra nelle estabelecida, são as referidas no art. 3.º, § 10, e na primeira parte do § 11. Estas portanto são as unicas que são comprehensivas de todos os bens presentes e futuros, quando não são especializadas.

<sup>4</sup> Assim, são validas as hypothecas convencionaes celebradas para a garantia de dividas contrahidas no mesmo acto, ainda que nos quarenta dias precedentes á época legal de quebra (citado Regulamento arts. 132 e 133).

<sup>5</sup> Veja o citado Regulamento art. 136 § 5.º

venhão á mulher na constancia do matrimonio com a clausula exclusiva da communhão. <sup>1</sup>

No 2.º Aos menores e interdictos sobre os immoveis do tutor ou curador. <sup>2</sup>

No 3.º Aos filhos menores sobre os immoveis do pai, que administra os bens maternos, ou adventicios <sup>3</sup> de seus filhos.

No 4.º Aos filhos menores do primeiro matrimonio sobre os immoveis do pai ou mãe, que passa á segundas nupcias, tendo herdado bens <sup>4</sup> de algum filho daquelle matrimonio.

<sup>1</sup> Veja o citado Regulamento art. 136, § 6.º

<sup>2</sup> Veja o citado Regulamento art. 136, § 1.º

<sup>3</sup> Veja o citado Regulamento art. 136, § 2.º Cumpre-nos porém notar aqui, com a devida venia, que, na linguagem juridica, os bens maternos, isto é, provenientes da mãe, ou dos avós maternos, são uma especie de bens adventicios; e que, além desta especie, ha outras muitas especies de bens adventicios, a respeito de uns dos quaes pertence aos filhos a propriedade, e ao pai, que os administra, o usufructo até que os filhos sejam emancipados, ou casados; e a respeito de outros pertence aos filhos menores assim a propriedade, como o usufructo. São prova de tudo isso as Ordenações do liv. 1.º, tit. 88, e liv. 4.º, tits. 97 e 98, além de outras: a primeira no § 6.º, versic. — *Porém é obrigado, etc.*; e no § 8.º versic. — *E não o fazendo* — ibi — *e mais se fôr seu pai, serú, etc.*; a segunda no § 16, ibi — *salvo se o ganhou, etc.*, e nos §§ 19, 20 e 21; o a terceira em todos os seus paragraphos, exceptuando o ultimo. De tudo i-so, pois concluímos que a hypotheca legal, de que falla o presente § 3.º do art. 3.º da lei, garante aos filhos menores sómente a propriedade dos bens maternos e dos demais adventicias, quando o usufructo delles pertence ao pai; e garante-lhes a propriedade, e o usufructo (isto é, neste caso, os seus rendimentos liquidos), quando o usufructo não pertence ao pai.

<sup>4</sup> Este § 4.º entendido como soã as suas palavras, é defeituoso e duplamente injusto.

É defeituoso, porque as palavras — *tendo herdado* — significão tempo anterior ao da celebração das segundas nupcias, entretanto que é de pura e clara intuição, que existe igual razão de dispôr a respeito dos bens herdados de filho ou filha do primeiro matrimonio depois da celebração do segundo; sendo essa a causa pela qual a Ord. liv. 4, tit. 91, § 2.º dispôs neste segundo caso a mesma cousa que no primeiro, ibi — *ou já ao tempo, que succedea era casada*.

É duplamente injusto, porque sujeita a hypotheca legal os immoveis do pai ou mãe, que passa a segundas nupcias, para segurança dos bens que herdou de algum filho de seu primeiro matrimonio, sem distincção do modo ou cousa, por que herdou, isto é, se ab intestato ou por testamento (visto como, se, conforme a Ord. liv. 4.º, tit. 81, in princ. e § 3.º, o menor que está sob o poder do pai não pôde testar, ainda que o pai lh'o permita, pôde contudo testar o menor pubere, cujo pai é fallecido), sem distincção da origem ou fonte, donde os bens vierão ao filho defuncto, e ainda mais sem distincção de ter, ou não ter o pai ou mãe outro filho ou filhos, irmaos germanos do defuncto; distincções estas que sabia e justamente fez a Ord. liv. 4.º tit. 91, como ja as tinham feito a L. 6, e L. 8, § fin. *Cod de secundis*

No 5.º A fazenda publica geral, provincial, e municipal sobre os immoveis dos seus thesoureiros, collectores, administradores, exactores, prepostos, rendeiros, contractadores e fiadores. <sup>1</sup>

No 6.º As Igrejas, Mosteiros, Misericordias e Corporações de mão-morta sobre os immoveis de seus thesoureiros, prepostos, procuradores e syndicos. <sup>2</sup>

No 7.º Ao Estado, e aos offendidos ou seus herdeiros, sobre os immoveis do criminoso. <sup>3</sup>

No 8.º Aos co-herdeiros, pela garantia do seu quinhão ou torna da partilha, sobre o immovel da herança adjudicado ao herdeiro reponente.

No 9.º Determina que os dotes, ou contractos antenuptiaes não valem contra terceiro: 1.º sem escriptura publica: 2.º sem expressa exclusão da communhão: 3.º sem estimação: 4.º sem insinuação nos casos em que as leis a exigem. <sup>5</sup>

No 10.º Ordena que, exceptuadas as hypothecas legaes

*nuptiis*; mas que todavia não fez expressamente o presente § 4.º desta Lei, nem o paragrapho 4.º do art. 136 do citado Regulamento.

Pensamos portanto, que as ultimas palavras do presente § 4.º — *tendo herdado bens de algum filho daquelle matrimonio* — devem ser entendidas neste sentido — *tendo herdado, ou herdando depois ab intestato de algum filho daquelle matrimonio bens que vieram ao mesmo filho da fazenda do pai ou mãe, ou dos avós da parte daquelle ou desta, no caso em que o pai ou mãe tenha outro filho ou filhos irmãos germaos do defunto.*

E pensamos assim, porque não nos é licito crer que o Poder Legislativo Brasileiro tivesse em mente revogar as sabias e justas distincções da citada Ordenação nos §§ 1.º, 2.º e 4.º.

A mesma disposição se subentende, por paridade de razão, á respeito dos bens dos filhos menores do segundo matrimonio fallecidos ab intestato em vida do pai ou mãe, e sobrevivendo-lhes algum outro filho ou filhos do mesmo segundo matrimonio.

<sup>1</sup> Veja o citado Regulamento art. 136, § 7.º primeira parte.

<sup>2</sup> Veja idem idem art. 136, § 7.º segunda parte.

<sup>3</sup> Veja-se o tit. 1.º cap. 4.º da 1.ª parte do Codice Criminal combinado com o art. 68 da Lei de 3 de Dezembro de 1841, e o citado regulamento art. 136, § 8.º.

<sup>4</sup> Veja o mesmo regulamento art. 136, § 9.º. Cessa, porém, ou extingue-se a hypotheca em cada um dos oito primeiros casos do presente artigo 3.º da Lei por uma ou outra das causas expressas no artigo 11 desta mesma Lei.

<sup>5</sup> A Ord. do liv. 4.º, tit. 62 combinada com o Alv. de 16 de Setembro de 1814 exige a insinuação dos dotes e das doações, para que possam valer em toda a sua extensão, somente quando excederem, os que são feitos por homens, a quantia de tresentos e sessenta mil réis, e metade desta quantia os que são feitos por mulheres.

das mulheres casadas, e as dos menores e interdictos, as demais devem ser especializadas.

No 11.º Determina que as hypothecas legaes das mulheres casadas, e dos menores e interdictos são geraes, comprehensivas dos immoveis presentes e futuros<sup>2</sup>, salvo, se forem especializadas, determinando-se o valor da responsabilidade, e os immoveis á ella sujeitos.<sup>3</sup>

Os Regulamentos estabelecerão a forma desta especialização.

No 12.º Declara que não se considera derogado por esta Lei o direito, que compete ao exequente, de proseguir a execução da sentença contra os adquirentes dos bens do condemnado : mas para ser opposto a terceiros conforme valer, depende de inscrição (art. 9.º).<sup>5</sup>

## CAPITULO II.

### DAS HYPOTHECAS CONVENCIONAES,

Art. 4.º Determina que a hypotheca convencional deve ser especial, com quantia determinada, e sobre bens presen-

<sup>1</sup> Devem portanto ser especializadas, para poderem valer contra terceiros (além das hypothecas convencionaes, segundo o art. 4.º da presente Lei) as seguintes : a da fazenda publica geral ; citado regulamento, arts. 157, § 20, e 159 ; a da fazenda provincial ; citado art. 159 §, 3.º ; a da fazenda municipal : citado art. 159, § 4.º ; a dos offendidos, art. 161 ; a das corporações de mão-morta ; arts. 157 e 160 ; a judicial, art. 9.º, § 27 desta Lei, e art. 224 do citado regulamento.

Consiste a especialização na determinação do valor da responsabilidade, e na designação dos immoveis dos responsaveis que ficão especialmente hypothecados (citado regulamento art. 121), assim como na indicação da situação e dos caracteristicos dos mesmos immoveis (art. 4.º § 1.º desta Lei). Considerão-se, porém, especializadas, e sómente dependentes da inscrição para valerem contra terceiros, a hypotheca do herdeiro e a hypotheca judicial ; citado regulamento, art. 122 e suas referencias.

<sup>2</sup> Além destas hypothecas legaes a Lei não reconhece outra alguma comprehensiva de bens futuros (art. 4.º desta Lei, e citado regulamento art. 118 .

<sup>3</sup> Veja-se o art. 9º no principio e paragraphos 24 e seguintes desta Lei, e o citado regulamento arts. 123 e 136, paragraphos 10 e seguintes.

<sup>4</sup> Veja-se o citado regulamento, tit. II, cap. I, e cap. V. secç., I e II.

<sup>5</sup> Veja-se o art. 9.º no principio, e § 27 desta Lei, e o citado regulamento arts 122 e 136, §§ 10 e seguintes.

tes, ficando prohibidas e de nenhum effeito as hypothecas geraes e sobre bens futuros.

Depois disso determina em seus diversos paragraphos o seguinte :

No 1.º Que a hypotheca convencional deve indicar nomeadamente o immovel ou immoveis, em que ella consistir, assim como a sua situação e caracteristicos.

No 2.º Que comprehende todas as benfeitorias que accrescerem ao immovel hypothecado, assim como tambem as accessões naturaes, nas quaes se considerão incluidas as crias das escravas hypothecadas. <sup>1</sup>

No 3.º Que no caso em que o immovel ou immoveis hypothecados pereção, ou soffrão deterioração que os torne insufficientes para garantia da divida, póde o credor demandar logo a mesma divida, se o devedor recusar o reforço da hypotheca.

No 4.º Que os contractos celebrados em paiz estrangeiro não produzem hypotheca sobre bens situados no Brazil, salvo o direito estabelecido nos tratados, ou se forem celebrados entre brazileiros, ou em favor delles, nos consulados e com as solemnidades e condições que esta Lei prescreve.

No 5.º Que no caso, em que o credito seja indeterminado, a inscripção só poderá ter lugar com o valor estimativo que o credor e o devedor ajustarem expressamente.

No 6.º Que a escriptura é da substancia da hypotheca convencional ainda que sejam privilegiads as pessoas <sup>2</sup>, que a constituem. <sup>3</sup>

No 7.º Que o devedor não fica inhibido pela hypotheca de hypothecar de novo o immovel, cujo valor exceder ao da mesma hypotheca ; mas neste caso, realisando-se o pagamento de qualquer das dividas, o immovel permanece hy-

<sup>1</sup> Tambem se considerão incluidos na generalidade da significação das palavras — *benfeitorias* — e — *accessões naturaes* — as accessões industriaes e naturaes declaradas em nossa nota ao art. 2.º § 2.º.

<sup>2</sup> As pessoas privilegiadas, de que aqui a Lei falla, são as que segundo a Ord. do liv. 3.º tit. 59 § 15, podem firmar seus contractos por escriptura de seu proprio punho.

<sup>3</sup> Cada uma das demais hypothecas é constituida por um ou outro dos modos declarados no citado regulamento, art. 136 e seus paragraphos.

pothecado ás restantes não só em parte, mas na sua totalidade. <sup>1</sup>

No 8.º Que o immovel commum a diversos proprietarios não pôde ser hypothecado na sua totalidade sem consentimento de todos ; mas pôde cada um hypothecar individualmente a parte que nelle tiver, se elle for divisivel ; e só á respeito dessa parte vigorará a indivisibilidade da hypotheca. <sup>2</sup>

No 9.º Que, se acontecer (no caso em que o pagamento, á que está sujeita a hypotheca, foi ajustado por prestações) que o devedor deixe de satisfazer algumas dellas, todas se reputarão vencidas. <sup>3</sup>

## TITULO II.

### Dos privilegios, e dos onus reaes.

Art. 5.º Declara que os privilegios não comprehendidos nesta Lei referem-se : 1.º aos moveis ; 2.º aos immoveis não hypothecados ; 3.º ao preço dos immoveis hypothecados, depois de pagas as dividas hypothecarias. <sup>4</sup>

Nos seus dous paragraphos determina o seguinte :

No 1.º Que exceptuão-se da disposição inicial deste artigo os creditos provenientes das despezas e custas judiciaes feitas para excussão do immovel hypothecado, as quaes serão deduzidas precepuamente do producta do mesmo immovel.

No 2.º Que continuão em vigor as preferencias estabele-

<sup>1</sup> Subtende-se, porém, de conformidade com a disposição da primeira parte deste mesmo paragrapho, por argumento de paridade de razão, que o immovel, desonerado em parte, pelo pagamento de algumas dividas, pôde ser novamente hypothecado quanto ao excedente do seu valor sobre a somma das dividas ainda subsistentes.

<sup>2</sup> Neste caso, portanto, a hypotheca somente grava integralmente a parte do immovel divisivel, que fôr hypothecada (art. 10 da Lei).

<sup>3</sup> Subtende-se que nesse ficto vencimento não se comprehendem os juros correspondentes ao tempo ainda não decorrido (cit. regulam. art. 131).

<sup>4</sup> Parece-nos que o ultimo trecho da parte inicial deste artigo devia ser redigido desta forma. — Ao resto do preço dos immoveis hypothecados depois de pagas executivamente as dividas hypothecarias, ou aos mesmos immoveis, quando foram pagas livre e espontaneamente.

cidas pela legislação actual, tanto á respeito dos bens moveis, semoventes e immoveis não hypothecados, como a respeito do preço dos immoveis hypothecados, depois de pagas as dividas hypothecarias. <sup>1</sup>

Art. 6.º Determina que somente se considerão onus reaes : 1.º, a servidão ; 2.º, o uso ; 3.º, a habitação ; 4.º, a anti-chrese ; 5.º, o usufructo ; 6.º, o fôro ; 7.º, o legado de prestações, ou alimentos expressamente consignado no immovel.

Nos seus seguintes paragraphos determina :

No 1.º Que os outros onus, que os proprietarios impozerem aos seus predios, se haverão como pessoases, e não poderão prejudicar aos credores hypothecarios.

No 2.º Que os preditos onus reaes não poderão ser oppostos aos credores hypothecarios, se os respectivos titulos não tiverem sido transcriptos <sup>2</sup> antes das hypothecas.

No 3.º Que os onus reaes passão com o immovel para o poder <sup>3</sup> do comprador, ou do successor.

No 4.º Que ficão salvos, independentemente de transcripção e inscripção, e considerados como onus reaes, a decima, e outros impostos respectivos aos immoveis.

No 5.º Que a disposição do § 2.º só comprehende os onus reaes instituidos por actos entre vivos <sup>4</sup> assim como as servidões adquiridas por prescripção, sendo a transcripção neste caso por meio de justificação julgada por sentença ou qualquer outro acto judicial declaratorio.

No 6.º Que o penhor de escravos pertencentes ás propriedades agricolas, celebrado com a clausula *constituti*, tambem não poderá valer contra os credores hypothecarios,

<sup>1</sup> A disposição deste § 2.º foi dictada pela consciencia do respeito devido ao preceito constitucional. — *Nenhuma Lei terá effeito retroactivo.*

<sup>2</sup> Veja-se o art. 8.º da presente Lei.

<sup>3</sup> Substituímos as palavras — *o dominio* — (contidas neste § 3.º) por — *o poder* — para que alguém não inferisse da generica significação juridica de *dominio*, que o comprador, ou o successor não contrahe a obrigação de cumprir o onus real imposto sobre o immovel ; sendo que sem duvida foi essa razão, por que a Ord. do liv. 4, tit. 3.º *in princ.* usou, em caso identico, da expressao — *e a passar a seu poder* — e não de — *e a passar a seu dominio*.

<sup>4</sup> Não são portanto sujeitas á transcripção as transmissões *causa mortis*, ou testamentarias, nem tambem os actos judiciaes (citado regulamento art. 260).

se o respectivo título não fôr transcripto antes da hypotheca.

### TITULO III.

#### Do registro geral.

Art. 7.º Determina que o registro geral comprehende :  
1.º, a transcripção dos títulos da transmissão dos immoveis susceptíveis de hypotheca, e a instituição dos onus reaes :<sup>1</sup>  
2.º, a inscripção das hypothecas.<sup>2</sup>

Nos seus tres paragraphos dispõe o seguinte :

No 1.º Que a transcripção e a inscripção devem ser feitas na comarca ou comarcas, onde forem situados os bens.<sup>3</sup>

No 2.º Que as despesas da transcripção incumbem ao adquirente, e as da inscripção competem ao devedor.<sup>4</sup>

No 3.º Que fica encarregado este registro aos tabelliães creados ou designados pelo decreto n. 482 de 14 de Novembro de 1846.

### CAPITULO I.

#### DA TRANSCRIPÇÃO.

Art. 8.º Determina que a transmissão entre vivos dos bens susceptíveis de hypotheca (art. 2.º § 1.º) operada por título oneroso ou gratuito, assim como a instituição dos onus reaes (art. 6.º), não operão os seus effeitos a respeito de terceiros, senão pela transcripção, e desde a data desta.<sup>5</sup>

Nos seus seguintes paragraphos determina :

No 1.º Que a transcripção será por extracto.<sup>6</sup>

<sup>1</sup> Veja-se o citado regulamento arts. 256 e 264.

<sup>2</sup> Veja-se o citado regulamento tit. II. caps. VI e VII.

<sup>3</sup> Veja-se o citado regulamento os arts. 226 até 230 inclusive.

<sup>4</sup> Veja-se o citado regulamento arts. 188, 189, 199, 200, 214, 219, 220, 233, 234, 268 e 272 e seguintes até 281 inclusive.

<sup>5</sup> Veja-se o citado regulamento arts. 256 até 259 inclusive, e 267.

<sup>6</sup> Veja-se o citado regulamento art. 53.

No 2.º Que, quando a transmissão for feita por escripto particular, nos casos em que a legislação actual o permite, não póde este escripto ser transcripto, se d'elle não constar a assignatura dos contrahentes reconhecida por Tabellião, e o conhecimento da siza. <sup>1</sup>

No 3.º Que, quando as partes quizerem a transcripção dos seus titulos *de verbo ad verbum*, esta se fará em livrões auxiliares, aos quaes será remissivo o dos extractos; sendo porém neste, e não naquelles que se apontarão as cessões, e quaesquer inscripções e occurrencias. <sup>2</sup>

No 4.º Que a transcripção não induz a prova do dominio, que fica salvo á quem for. <sup>3</sup>

No 5.º Que, quando os contractos de transmissão de immoveis que fõrem transcriptos, dependerem de condicções, estas não se haverão por cumpridas ou resolvidas para com terceiros, se não constar do registro o implemento ou não implemento dellas por meio de declaração dos interessadados fundada em documento legal, ou com notificação da parte. <sup>4</sup>

No 6.º Que as transcripções terão seu numero de ordem, e á margem de cada uma o Tabelião referirá o numero, ou numeros posteriores relativos ao mesmo immovel, ou seja transmittido integralmente ou por partes. <sup>5</sup>

No 7.º Que se determine nos regulamentos o processo e a escriptura da transcripção <sup>6</sup>.

## CAPITULO II.

### DA INSCRIPÇÃO DAS HYPOTHECAS.

Art. 9.º Determdida que as hypothecas legaes especializadas, assim como as convencionaes, sómente valem contra

<sup>1</sup> Veja-se o citado regulamento arts. 53 até 59 inclusive, e 77.

<sup>2</sup> Veja-se o citado regulamento art. 273.

<sup>3</sup> Veja-se o citado regulamento arts. 257 e 258.

<sup>4</sup> Veja-se o citado regulamento art. 275.

<sup>5</sup> Veja-se o citado regulamento art. 276 e seg. até 281 inclusive.

<sup>6</sup> Veja-se o citado regulamento tit. I. e tit. III. e seus caps.

terceiros desde a data da inscripção; sendo que todavia as hypothecas legaes das mulheres casadas, e dos menores e interdictos, serão inscriptas, posto que valhão contra terceiros sem inscripção (art. 3.º).

Nos seus seguintes paragraphos determina :

No 1.º Que ficão subsistindo entre os contrahentes quaesquer hypothecas não inscriptas.

No 2.º Que a inscripção, salva a disposição do art. 11, valerá por trinta annos, e só depende de renovação, findo este prazo; sendo porém que nesta disposição não se comprehende a inscripção da hypotheca da mulher casada, e do interdicto, a qual subsistirá por todo o tempo do casamento, ou da interdicção.

No 3.º Que um anno depois da cessação da tutela ou curatela, da dissolução do matrimonio, ou da separação dos conjugues<sup>2</sup>, cessa a hypotheca legal dos menores, dos interdictos, e da mulher casada, salvo havendo questões pendentes.

No 4.º Que as inscripções serão feitas pela ordem em que fôrem requeridas, e que será designada por numeros, determinando o numero a prioridade.<sup>3</sup>

No 5.º Que, quando duas ou mais pessoas concorrerem *ao mesmo tempo*, as inscripções serão feitas sob o mesmo numero, entendendo-se por — *ao mesmo tempo* — de manhã

<sup>1</sup> A Lei não falla aqui do menor. Á vista das disposições do art. 3.º §§ 1.º, 2.º, 3.º, 4.º, 10 e 11 da mesma Lei e dos arts. 213 § 4.º, e 216, tal omissão certamente não procede, senão de falta de attenção do redactor, ou do compositor. Pensamos portanto que o Legislador, quanto á ultima parte deste § 2.º, depois das palavras — *da mulher casada* — teve na mente o seguinte — e do menor e do interdicto, a qual subsistirá por todo o tempo do casamento, da tutela ou curatela, e da interdicção.

<sup>2</sup> Quanto á separação dos conjugues entendemos que a lei falla da separação operada por virtude da sentença do Juizo Ecclesiastico, que julga nullo o matrimonio por alguma das causas determinadas por Direito, ou que separa os conjugues *in perpetuum quoad thorum et habitationem*; não porém assim á respeito da separação temporaria dos conjugues decretada por sentença do mesmo juizo; porquanto nesta separação dos conjugues não se lhe dá a separação dos bens, e o marido é obrigado a prestar a mulher os alimentos que lhe forem competentemente arbitrados, emquanto durante a separação. O art. 216 do citado regulamento tambem não faz esta distincção, a qual, não obstante, reputamos essencial, e de absoluta necessidade, ao menos entre os que professão a Religião do Estado, unica verdadeira.

<sup>3</sup> Veja-se o citado regulamento, art. 46.

desde as seis até as doze, e de tarde desde as doze até ás seis horas.

No 6.º Que não se dá prioridade entre as inscripções do mesmo numero. <sup>1</sup>

No 7.º Que a inscripção da hypotheca convencional compete aos interessados.

No 8.º Que a inscripção da hypotheca legal compete aos interessados, e incumbe aos empregados publicos abaixo designados.

No 9.º Que a inscripção da hypotheca legal da mulher casada deve ser requerida pelo marido ou pelo pai.

No 10. Que póde ser requerida não só pela mulher, e pelo doador, mas tambem por qualquer parente della.

No 11. Que a inscripção incumbe ao Tabellião, ao Testamenteiro, ao Juiz da Provedoria, e ao Juiz de Direito.

No 12. Que a inscripção da tutela ou curatela deve ser requerida pelo tutor ou curador antes do exercicio, ou pelo testamenteiro.

No 13. Que póde ser requerida por qualquer parente do orphão, ou do interdicto.

No 14. Que incumbe ao Tabellião, ao Escrivão dos orphãos, ao da Provedoria, ao Curador Geral, ao Juiz de orphãos, ao da Provedoria e ao Juiz de Direito em correição.

No 15. Que a inscripção da hypotheca do criminoso póde ser requerida pelo offendido; e incumbe ao Promotor Publico, ao Escrivão e ao Juiz do processo e da execução, e ao Juiz de Direito em correição.

No 16. Que a inscripção da hypotheca das corporações de mão-morta deve ser requerida por aquelles que as administram; e incumbe ao Escrivão da Provedoria, ao Promotor de Capellas, ao Juiz de Capellas, e ao Juiz de Direito em correição,

No 17. Que a hypotheca do pai deve ser requerida por elle.

No 18. Que póde ser requerida por qualquer parente do pai.

<sup>1</sup> V. o citado regulam. arts. 49 até 52 inclusive.

No 12. Que incumbe ao Escrivão do inventario, ou ao da Provedoria, ao Tabellião, ao Juiz de Orphãos, ou ao da Provedoria e ao Juiz de Direito em correição.

No 20. Que a inscripção da hypotheca dos responsaveis da Fazenda Publica incumbe aos empregados, que forem designados pelo Ministro da Fazenda; e deve tambem ser requerida pelos mesmos responsaveis.

No 21. Que todos os empregados, aos quaes incumbem as referidas inscripções, ficão sujeitos pela omissão á responsabilidade civil e criminal.

No 22. Que o testamenteiro perderá, á beneficio das pessoas lesadas, a vintena que poderia perceber, e o marido (§ 9.º), o tutor e o curador (§ 12), e aquelles que administram as corporações de mão-morta (§ 16), o pai (§ 17), e os responsaveis da Fazenda Publica (§ 20), ficão sujeitos ás penas de estellionato pela omissão da inscripção, verificada a fraude.

No 23. Que a inscripção de todas as hypothecas especializadas será feita em um mesmo livro; mas a inscripção das hypothecas legaes não especializadas terá livro proprio.

No 24. Que a inscripção das hypothecas convencionaes e legaes especializadas deve conter o nome, domicilio e profissão do credor; o nome, domicilio e profissão do devedor; a data e natureza do titulo, o valor do credito, ou a sua estimação ajustada pelas partes; a época do vencimento, os juros estipulados, e a situação, denominação e caracteristicos do immovel hypothecado; podendo o credor, além do domicilio proprio, designar outro, onde seja notificado.

No 25. Que a inscripção das hypothecas legaes não especializadas deve conter o nome, domicilio e profissão dos responsaveis; o nome e domicilio do orphão, do filho, da mulher, e do criminoso; o emprego, titulo, ou razão da responsabilidade, e a data respectiva.

No 26. Que os livros da inscripção serão divididos em tantas columnas, quantos são os requisitos de cada uma das inscripções, tendo além disto uma margem em branco tão

<sup>1</sup> Veja-se o citado regulamento arts. 27, e 213 e seg. até 217 inclusive.

larga, como a escripta, para se lançarem nella as cessões, remissões e quaesquer occurrencias.

No 27. Que as hypothecas legaes sujeitas á especialisação e inscripção, assim como a hypotheca judicial (art. 3.º § 12), será concedido um prazo razoavel, que não excederá á trinta dias, para verificação dos ditos actos, o qual correrá da data do titulo de hypotheca ; não se inscrevendo dentro prazo marcado outras hypothecas do mesmo devedor, as quaes serão prenotadas para esse fim em livro especial.

No 28. Que, além dos livros das inscripções, e daquelles que os regulamentos determinarem, haverá dous grandes livros alphabeticos, que serão indicadores dos outros, sendo um delles destinado para as pessoas, e o outro para os immo-veis referidos nas inscripções. <sup>1</sup>

No 29. Que o governo determinará as formalidades da inscripção, conforme a base deste artigo. <sup>2</sup>

## TITULO IV.

### Dos effeitos das hypothecas, e suas remissões.

Art. 10. Declara que a hypotheca é indivisivel, e grava o immovel ou immoveis respectiyos integralmente e em cada uma das suas partes, qualquer que seja a pessoa, em cujo poder se acharem.

Nos seus varios paragraphos determina o seguinte :

No 1.º Que até a transcripção do titulo da transmissão todas as acções são competentes e validas contra quemquer que for o detentor.

No 2.º Que ficão derogadas a excepção de excussão (art. 14, § 3.º), e a faculdade de largar a hypotheca.

No 3.º Que, se nos trinta dias depois da transcripção o adquirente não notificar os credores hypothecarios para a remissão da hypotheca, fica obrigado ás acções, que propozerem contra elle os mesmos credores para a indemnisação de perdas e damnos, assim como ás custas e despezas judi-

<sup>1</sup> Veja-se o citado regulamento, tit. I, caps. III e IV.

<sup>2</sup> Idem idem, tit. II, caps. VI. e VII.

ciaes e á differença do preço da avaliação e da adjudicação, se esta houver lugar. Que o immovel será penhorado e vendido por conta do adquirente, ainda que elle queira pagar, ou depositar o preço da venda ou da avaliação, salvo, se o credor consentir, ou se o preço da venda ou da avaliação bastar para pagamento da hypotheca, ou se adquirente pagar a mesma hypotheca ; sendo que a avaliação nunca será menor, que o preço da venda.

No 4.º Que, se o adquirente quizer garantir-se contra o effeito do excussão da hypotheca, notificará judicialmente dentro dos trinta dias aos credores hypothecarios o seu contracto, declarando o preço da alienação, ou outro maior, para ter lugar a remissão ; sendo que a notificação deve ser feita no domicilio inscripto, ou por editos, se o credor ahi se não achar. <sup>1</sup>

No 5.º Que o credor notificado póde requerer no prazo assignado para a opposição, que seja licitado o immovel.

No 6.º Que são admittidos á licitar os credores hypothecarios, os fiadores e os mesmos adquirentes. <sup>2</sup>

No 7.º Que, não sendo requerida a licitação, o preço da alienação, ou aquelle que o adquirente propozer, se haverá por definitivamente fixado para a remissão do immovel, que ficará livre de hypothecas, pago ou depositado o dito preço. <sup>3</sup>

No 8.º Que tem accção regressiva contra o vendedor o adquirente, que soffrer a desappropriação do immovel ou pela penhora, ou pela licitação, ou que pagar a hypotheca, ou paga-la por maior preço, que o da alienação, par causa da adjudicação, ou da licitação, ou que supportar custas ou despezas judiciaes.

No 9.º Que a licitação não póde exceder ao quinto da avaliação.

No 10. Que a remissão da hypotheca tem lugar ainda não sendo vencida a divida.

No 11. Que as hypothecas legaes não especializadas não

<sup>1</sup> Veja-se o citado regulamento, arts. 293 e seg. até 297 inclusive.

<sup>2</sup> Idem idem, arts. 299 e seg. até 303 inclusive.

<sup>3</sup> Idem idem, art. 298.

são remiveis, salvo mediante fiança. <sup>1</sup> É porém remivel na forma deste titulo a hypotheca legal especializada, figurando pelas pessoas, á quem ella pertence, aquellas que pela legislação em vigor fôrem competentes. <sup>2</sup>

## TITULO V.

### Das extincção das hypothecas e cancellamento das transcripções e inscripções.

Art. 11. Determina que se extingue a hypotheca por cada um dos modos declarados em cada um dos seus cinco primeiros paragraphos; isto é: 1.º pela extincção da obrigação principal; 2.º pela destruição da cousa hypothecada, salva a disposição do art. 2.º § 3.º; 3.º pela renuncia do credor; 4.º pela remissão; 5.º pela sentença passada em cousa julgada.

Nos paragraphos 6.º e seguintes determina.

No 6.º Que a extincção das hypothecas só começa á ter effeito depois de averbada no competente registro, e só poderá ser attendida em juizo á vista da certidão do averbamento.

No 7.º Que, se o credor não se apresentar na época do pagamento para receber a divida hypothecaria, o devedor liberta-se pelo deposito judicial da importancia da mesma divida e juros vencidos, sendo por conta do credor as despesas do deposito, que se fará com a clausula de ser levantado pela pessoa quemá de Direito pertencer <sup>3</sup>.

Termina este ultimo § 7.º por este modo — A prescripção da hypotheca não póde ser independente e diversa da prescripção da obrigação principal <sup>4</sup>.

Art. 12. Determina que o cancellamento tem logar por convenção das partes, e sentença dos Juizes, e dos Tribunaes <sup>5</sup>.

<sup>1</sup> Veja-se o citado regulamento arts. 305 até 308 inclusive.

<sup>2</sup> Veja-se o citado regulamento art. 304.

<sup>3</sup> Veja-se o citado regulamento arts. 252 e 243.

<sup>4</sup> Veja-se o citado regulamento arts. 254 e 255.

<sup>5</sup> Veja-se o citado regulamento tit. I, cap. VIII.

## TITULO VI.

**Das cessões e subrogações.**

Art. 13. Determina que o cessionario do credito hypothecario, ou a pessoa validamente subrogada no mesmo credito, exercerá sobre o immovel os mesmos direitos, que competem ao cedente ou sobrogante, e tem o direito de fazer inscrever á margem da inscripção principal a cessão ou subrogação. E accrescenta que as cessões so podem ser feitas por escriptura publica, ou por termo judicial.

Nos seus varios paragraphos determina :

No 1.º Que constituida a hypotheca conforme o art. 4.º § 6.º, ou cedida conforme este artigo, pódem as sociedades, especialmente autorizadas pelo governo, emittir sobre ella, com o nome de letras hypothecarias, titulos de devidas transmissiveis e pagaveis pelo modo determinado nos paragraphos seguintes.

No 2.º Que as letras hypothecarias são nominativas, ou ao portador.

No 3.º Que as letras nominativas são transmissiveis por endosso, cujo effeito será sómente o da cessão civil.

No 4.º Que o valor das letras hypothecarias nunca será inferior a 100\$000 reis.

No 5.º Que os empréstimos hypothecarios não pódem exceder á metade do valor dos predios ruraes, e a tres quartos dos immoveis urbanos.

No 6.º Que a emissão das letras hypothecarias não poderá exceder a importancia da divida ainda não amortisada, nem o decuplo do capital social realisado.

No 7.º Que os empréstimos hypothecarios são pagaveis por annuidades calculadas de modo, que a amortisação total se realise em dez annos pelo menos, e em trinta no maximo.

No 8.º Que a annuidade comprehende o juro estipulado, a quota da amortisação, e a porcentagem da administração.

No. 9.º Que nos estatutos das sociedades, os quaes serão sujeitos á approvação do Governo, se determinará a circumscriptão territorial de cada sociedade, o modo da avaliação da propriedade, a tarifa para o calculo da amortisa-

ção, e percentagem da administração; o modo e condições dos pagamentos antecipados; o intervallo entre o pagamento das annuidades e o dos juros das letras hypothecarias; a constituição do fundo de reserva, os casos da dissolução voluntaria da sociedade, e a forma e condições da liquidação; o modo da emissão, e da amortisação das letras hypothecarias, e o da annullação das letras remidas.

No 10. Que a falta de pagamento da annuidade autorisa a sociedade para exigir não só esse pagamentos mas tambem o de toda a divida ainda não amortisada.

No 11. Que os emprestimos hypothecarios são feitos em dinheiro, ou em letras hypothecarias.

No 12. Que o capital das sociedades, e as letras hypothecarias, ou a sua transferencia, são isentas do sello proporcional, assim como tambem a arrematação e a adjudicação dos immoveis para pagamento da sociedade.

No 13. Que o portador da letra hypothecaria só tem accção contra a sociedade.

No 14. Que as sociedades, de que trata esta Lei, não são sujeitas á fallencia commercial: que verificada a insolvabilidade a requerimento do Procurador Fiscal do Thesouro publico, ou das Thesourorias, aos quaes os credores devem participar a falta de pagamento, o Juiz do Civel do domicilio, procedendo ás diligencias necessarias, decretará a liquidação forçada da sociedade, havendo deste despacho agravo de petição; e que, decretada a liquidação forçada, será o estabelecimento confiado á uma administração provisoria, composta de tres portadores de letras hypothecarias, e de dous accionistas nomeados pelo Juiz.

No 15. Que o Juiz convocará os portadores de letras hypothecarias, para nomearem no prazo de quinze dias uma administração, que tome conta do estabelecimento para sua liquidação definitiva.

No 16. Que estas sociedades, além da operação fundamental dos emprestimos por longo prazo, pagaveis por annuidades, pódem:

1.º Fazer emprestimos sobre hypothecas á curto prazo com ou sem amortisação.

2.º Receber depositos em conta corrente de capitaes com ou sem juros, empregando estes capitaes, por prazo que

não exceda á noventa dias, em empréstimos garantidos por letras hypothecarias e por apolices da Divida Publica, ou na compra e desconto de bilhetes do Thesouro.

Determina mais este paragrapho, que estes depositos só pódem ser retirados com previo aviso de sessenta dias, e não excederão a importancia do capital realisado.

§ No 17. Que a letra hypothecaria prefere á qualquer titulo de divida chirographaria, ou privilegiada.

No 18. Que o governo, pelo Ministerio da Fazenda, dará regulamento especial para execução desta parte da presente Lei.

## TITULO VII.

### Das acções hypothecarias.

Art. 14. Determina que aos credores de hypothecas convencionaes inscriptas e celebradas depois desta Lei compete o seguinte: isto é; o sequestro do immovel, como preparatorio da acção; conciliação posterior ao sequestro; a acção de dez dias, cujo processo e execução serão regulados pelo decreto n. 737 de 25 de Novembro de 1850; e o fôro civil.

Nos seus quatro paragraphos determina o seguinte:

No 1.º Que os immoveis hypothecados pódem ser arrematados, ou adjudicados, qualquer que seja o seu valor, e a importancia da divida.

No 2.º Que fica derogado o privilegio das fabricas de assucar e mineração, do qual trata a Lei de 30 de Agosto de 1833.

No 3.º Que os bens especialmente só pódem ser executados pelos credores das hypothecas geraes anteriores depois de executidos os outros bens do devedor commum.

No 4.º Que as custas judiciaes serão reduzidas a dous terços das quantias fixadas pelo regulamento actual.

## TITULO VIII.

**Disposições transitórias.**

Art. 15. Autorisa o governo para determinar a forma e o prazo, dentro do qual, sob pena de não valerem contra terceiros, devem as partes: 1.º inscrever e especialisar as hypothecas geraes sobre bens futuros: 2.º inscrever as hypothecas privilegiadas conforme a legislação actual, e celebradas antes desta Lei, as quaes ficão em vigor até a sua solução <sup>1</sup>.

## TITULO XVII.

**Do contracto emphyteutico, o outros, e de algumas cousas mais.**

## § 570. NOÇÃO DE EMPHYTEUSE.

*Emphyteuse* (aforamento, ou empraçamento) é o contracto, pelo qual o pleno senhor de um predio concede a outra pessoa o dominio util d'elle perpetuamente, ou por tempo determinado, com reserva do dominio directo, e com o encargo de uma certa pensão annual, e de outros onus reas, que são da essencia do mesmo contracto (§ 572).

Nelle portanto o complexo dos differentes direitos, que se comprehendem no dominio pleno, decompõe-se por assim dizer, ficando uma parte no antigo senhor, como o direito de exigir a pensão annual, o direito de laudemio, a consolidação, etc., chamados *direitos dominicaes*, ou *dominio directo*; e passando a outra parte para o outro contractante, a qual consiste principalmente na faculdade de cultivar, e beneficiar o predio (se são terras incultas, como ordinariamente acontece), e de tirar d'elle qualquer outra utilidade; assim como tambem no poder legal de defender, e recobrar a sua posse, no caso em que alguem tente turbar-lh'a, ou della o tenha esbulhado.

<sup>1</sup> Veja o citado regulamento, tit. V.— *Disposições transitórias.*

O primeiro chama-se *senhor directo*, ou simplesmente *senhor*, ou *senhorio*; e o segundo chama-se *senhor, util, emphyteuta, foreiro, ou caseiro*.

Tomada *subjectivamente* significa o dominio util, ou direito do emphyteuta; e tomada *objectivamente* significa os mesmos bens, que fazem o objecto do contracto. Neste ultimo sentido toma-se a nossa palavra *prazo*; Mell. liv. 3, tit. 11, § 1, nota. O titulo originario da sua instituição designa-se ordinariamente pela palavra *invisidura*, deduzida dos feudos.

### § 571. DA ORIGEM DELLA.

A origem da emphyteuse, no sentido em que é tomada em cada um dos tres Codigos das Ordenações, e Leis posteriores de nossos maiores, e principalmente no que respeita a prestação do canon, ou fôro, ao laudemio, renovação, caducidade, commisso, direito de *protimeseos*, ou *preferencia, etc.*, deriva do Direito Romano; porquanto, ainda que o uso della deva naturalmente ser muito mais antigo entre os Portuguezes, comtudo é incontestavel que as referidas particularidades passarão, com poucas excepções ou modificações, do Direito Justiniano para os Titulos 78, 79, e 80 do 4.º livro das Ordenações Affonsinas, e destes para os Titulos 63, 64, e 65 do Codigo Manoelino, do qual passarão para o Philippino no Titulos 36, 37, 38, 39, e e 40 do mesmo livro 4.º

### § 572. DO QUE É NATURAL, E ESSENCIAL NA EMPHITHEUSE.

Antes de tudo convém saber que ha certas cousas, que são da essencia, e outras, que são da natureza da emphyteuse. São da sua essencia, e naturalmente se seguem da sua definição, os seguintes requisitos:

1.º Que o bem emphyteutico é indisivel; Ord. liv. 4, tit. 36, § *ibi*. — *E porquanto o fôro não ha de ser partido entre muitos*, — e tit. 96, § 23.

2.º Que deve ser de raiz, ou immovel; tit. 37, in pr. *ibi*. — *herdade, vinha, casa, olival, ou outra possessão de fôro*.

3.º Que o emphyteuta, ou foreiro não é senhor pleno, mas somente senhor util; e por esse nome é designado a

cada passo assim nas Leis Romanas, como nas Leis do paiz.

4.º Que o senhor util paga uma certa pensão, ou fôro annual em reconhecimento do senhorio directo (e nisso principalmente o contracto de aforamento se distingue dos outro contractos, em que ha prestações quasi semelhantes).

5.º Que no caso, em que o seu objecto é casa, ou chãos para se fazer, o fôro deve consistir em dinheiro, ou aves; cit. Ord. tit. 40.

6.º Que a total destruição da cousa sem dolo, nem culpa do foreiro pertence ao senhorio; § 3, Inst. *de locat. et conduct.*

7.º Que não se póde alienar o objecto, ou cousa emphyteutica sem sciencia, e consentimento do senhor directo, a quem no caso de venda, ou permutação compete o direito de prelação, e nos outros casos, comprehendido o de não querer preferir tanto por tanto, o direito de embargar a alheação, se o acquirente não for pessoa tão capaz de pagar o fôro, em bemfeitorisar o predio, como o actual foreiro; tit. 38, in princip. § 1.

8.º A escriptura publica na emphyteuse ecclesiastica; Ord. liv. 4, tit. 19 pr.

São porém da natureza da emphyteuse as seguintes condições:

1.ª Que o senhor util, que deixa de pagar o fôro por tres annos continuos, ou pelo tempo determinado pelo contracto de aforamento, perde o seu direito para o senhorio, ainda que depois lhe offereça, e este lhe receba as pensões devidas, salvo se expressamente o relevar do commisso, em assim cahio; tit. 39 in princip., e § 1. <sup>1</sup>

2.ª O laudemio, ou quarentena.

3.ª As bemfeitorias.

4.ª A escriptura publica na emphyteuse civil; porque na ecclesiastica é essencial.

<sup>1</sup> O Sr. Mello Freire incluiu o commisso na classe das cousas essenciaes da emphyteuse; mas, se o senhorio póde relevar delle o emphyteuta, e, fazendo-o, o direito deste continúa a existir, como dantes, parece-nos incontestável, que o commisso deve entrar na classe das cousas naturaes da emphyteuse; e por isso ahi o incluímos em primeiro lugar.

5.º O modo, qualidade, e tempo do pagamento da pensão.

6.ª O perigo, que succeder accidentalmente na cousa emphytheutica; porquanto cada uma destas cousas pôde ser alterada por mutuo consenso das partes contractantes com auctoridade do senhorio; cit. tit. 38, § ult. Valasc. de jur. emphyteut. Quæst. 1.ª n. 19, e Quæst. 4.ª. <sup>1</sup> No parographo ultimo deste Título notaremos o que ha de especial na emphytheuse ecclesiastica.

### § 573. DIVISÃO DA EMPHYTEUSE.

A emphyteuse divide-se principalmente em *civil*, ou *secular e ecclesiastica*. É *civil*, ou *secular*, quando a propriedade, que faz o objecto della, pertence a pessoa, ou Corporação secular; e é *ecclesiastica*, quando pertence a alguma Igreja, ou Corporação religiosa; Ord. liv. 4, tit. 39, §§ 1 e 2, Novell. 7, cap. 3, e Novell. 120 cap. 6, Covarruv. cap. 18.

Uma e outra é, ou *perpetua*, ou *temporaria*; cit. Ord. in princip., e liv. 2, tit. 1, § 6, cit. Novell. 120, cap. 6, § 1, e

<sup>1</sup> A natureza da emphyteuse depende mais dos pactos accrescentados ao contracto emphyteutico, do que da denominação do mesmo contracto; porquanto taes pactos, uma vez que não offendão, nem destruíam a essencia da emphyteuse, como succederia se se pactuasse que o emphyteuta não pagaria fôro, ou pensão, ou que não deixaria de o pagar, aindaque a cousa viesse a perecer inteiramente, ou que não seria obrigado a requerer o consentimento do senhorio para a alheação do seu direito, etc., não opera extrinsecamente, como nos outros contractos, mas constituem a propria natureza da emphyteuse, como se vê no § 3, da Inst. de locat. et conduct., onde Zenão dá á emphyteuse, distincta da locação, uma natureza propria, formada pelos pactos dos contractantes: *Et si quidem aliquid pactum fuerit, hoc ita obtinere, ac si natura talis esset contractus*.

Taes pactos pois, como constitutivos da natureza da emphyteuse, quando não offendem a sua essencia, quér versem sobre o perigo da cousa, quér sobre a perda, ou conservação do direito, quér sobre a successão, ou restricção desta ao primogenito, á terceira geração, aos filhos e herdeiros, etc., quér sobre quaesquer outros artigos, sao válidos e obrigatorios; LL. 1, 2, e 3, C. de jur. emphyt,

<sup>2</sup> É da natureza, mas não da essencia da emphyteuse o ser perpetua; e dahi vem que, quando é concedida simplesmente sem nenhuma declaração a respeito do tempo, presume-se perpetua; e sempre se entende ser tal, quando se usa do vocabulo *fateosim*, ou *fatiota*, pelo qual é designada não só nas antigas invistiduras, senão tambem no Alvará de 3 de Novembro de 1757.

Ella porém pôde ser temporaria, segundo as citadas Ordenações, e Lei de

Alvará do doze de Maio de 1769; *hereditaria*, ou *familiar*; Ord. liv. 4, tit. 36, § 7, e tit. 79, §§ 23 e 24; ou, finalmente de *nomeação*; cit. Ord. tit. 36, e tit. 37; e esta subdivide-se em *emphyteuse de nomeação livre*, ou *de nomeação restricta aos herdeiros*, ou *a membros da familia do emphyteuta*; cit. Ord. tit. 36 § 7, e tit. 37, pr. e § 6, e cit. Alvará de 12 de Maio de 1769.

Tambem se subdivide em cada uma das referidas especies em *antiga*, e tal se diz aquella, em que alguem succedeo a seus pais; e *nova*, e tal é aquella, que principiou no actual *emphyteuta*. O contracto porém é quem dá a lei a cada uma das referidas especies, e dahi vem que a *emphyteuse*, que originariamente foi simples, perpetua, ou hereditaria, algumas vezes se torna de *nomeação*, temporaria, ou familiar, por effeito de um novo contracto; Ord. liv. 4, tit. 38, § ult. Exceptua-se todavia a *emphyteuse ecclesiastica*, a qual vindo a dar-se a consolidação, ha de continuar sem alteração na sua anterior e primordial natureza, e sempre com os mesmos fóros, e laudemios; cit. Lei de 12 de Maio de 1769.

#### § 574. DAS COUSAS, QUE PODEM, E DAS QUE NÃO PODEM SER OBJECTO DA EMPHYTHEUSE.

A *emphyteuse* não póde ser constituída senão em bens immoveis, ou de raiz, susceptiveis de melhoramento, e cujo dominio util se possa transferir, ficando o dominio directo na pessoa, que *emphyteuticou* os ditos bens (§ 570).

12 de Maio de 1799, se isso for do agrado das partes, comprehendendo hoje a que é temporaria, pelo menos, tres vidas, ou gerações, alterados nessa parte pela citada Lei os Titulos 38 e 39 da Ord. do liv. 4, emquanto permittião que podesse ser constituída pelo tempo da vida do acceitante, e até só por dez annos.

A *hereditaria*, v. gr., a que é concedida a Ticio, e aos seus herdeiros, e successores, ou é *pura*, e tal se diz a que só requer no successor a qualidade do herdeiro; ou é *mixta*, e tal se reputa a que além da qualidade de herdeiro requer a de varão, ou outra semelhante.

A *familiar* tambem ou é *pura*, tal como a que é concedida á Ticio, e á sua familia; ou é *mixta*, tal como a que chama certos individuos da familia; v. g., os filhos varões e legitimos

Finalmente a de *nomeação*, a qual ordinariamente é concedida por tres vidas, ou gerações, é aquella, em que foi dada ao *emphyteuta* a faculdade de nomear successor, ou por acto entre vivos, ou por disposição *mortis causa*; Ord. liv. 4, tit. 37, in princ. e § 1; e essa faculdade ou é livre, e

Póde-se portanto emprazar, ou emphyteuticar predios rusticos, ou urbanos, cultivados, ou incultos, ou proprios para edificação, contanto que sejam aforados por pensão menor, do que aquella, por que taes bens se costumão arrendar, aliás é locação, e não emphyteuse; Ord. liv. 4, tit. 37, e tit. 38 in princ., e Lei de 4 de Julho de 1776.

Na emphyteuse constituida em casas, ou chãos para se fazerem, a pensão não póde consistir senão em dinheiro, ou aves; Ord. liv. 4, tit. 40, e Man. tit. 75, § ultimo. Valasco na Questão 20. n. 6, dá como razão desta disposição, que aos habitantes das Cidades é mais facil e mais commodo pagar em dinheiro, do que em fructos.

Tambem podem ser objecto de emphyteuse :

1.º Cousas adherentes ao solo, sem que este seja comprehendido nella, como, v. gr., edificios feitos de madeira, e arvores plantadas em solo alheio, emquanto permanecerem nelle; Cocc. Disp. 41, de *emphyt.* vol 1, cap. 3, n. 3

2.º Moinhos movidos por agua, ou pelo vento; porque estes entrão na classe dos bens immoveis, por terem alicerces na terra, e não poderem facilmente ser mudados de um para outro lugar, além de serem de longa duração; Cocc. supra, ns. 6, 7, 8, 9, e 10; Valasc. Quest. 12, n. 9.

Não podem porém ser objecto de emphyteuse :

i.º Os redditos annuaes, como tensus, pensões, fóros, ou tributos devidos perpetuamente, ou por mais de dez annos<sup>1</sup>;

então a emphyteuse se diz de *livre nomeação*, como quando ao emphyteuta é dado o poder de nomear por successor quem lhe aprouver; ou é *restricta*, como quando a emphyteuta deve nomear individuo da familia e entao o emphyteuse se diz *familiar de nomeação*; ou quando a nomeação deve recahir em herdeiro do nomeante, e então a emphyteuse se diz *hereditaria de nomeação*. Ord. cit. §. 6.

Toda a emphyteuse porém, que não é pura hereditaria, chama-se de *pacto e providencia*, porque em todas as demais especies além daquella, os pactuantes providencião para se não observar nella a successão hereditaria, a qual sem isso se entenderia ter sido adoptada por elles. Velasco, Quest. 40 in fin., expõe outras divisões, cujas formulas mais frequentadas entre nós explica na Questão 4.ª n. 8., e tambem Pinheir. de *emphyteusi*. Disp. 1, sect. 3, §§ 1 e 2.

<sup>1</sup> Ainda que taes redditos annuos entrem na classe dos bens immoveis para certos fins juridicos, como, v. gr. para não poderem ser alienados pelo marido sem consentimento da mulher, segundo a Ord. liv. 3, tit. 47, pr. e § ult.; contudo, isso não passa de uma pura ficção de direito; pois que taes cousas não são em sua essencia senão direitos a certas prestações annuaes, e

porquanto, ainda que entrem na classe dos bens immoveis, segundo a Ord. liv. 3, tit. 47, in princ., e § ult., comtudo não são susceptíveis de melhoramento; Valasc. Questão 12, ns. 5 e 6 (Almeid. e Sous. Tract. do *direito emphyteutico*, p. 1, § 43, e outros pensão o contrario; mas parecos que com menos razão).

2.º Os direitos, e acções, ainda que reaes; porque constituem uma especie de bens distinctos dos moveis, e immoveis; e por isso mesmo lhes é applicavel o que havemos de dizer na nota 242; exceptua-se porém o objecto da acção real tornado litigioso, se é bem immovel; Valasc. supra ns. 10 e 12.

3.º Sem expressa licença do Governo <sup>1</sup>, os bens de Cappellas, Hospitaes, Irmandades, e Municipaes; Ord. liv. 1, tit. 62, §§ 45 e seguintes, tit. 68, § 17, liv. 2, tit. 35, liv. 4, tit. 41, Alvará de 23 de Julho de 1776, e de 27 de Novembro de 1804, § 10, Lei do 1.º de Outubro de 1828, art. 42, e Lei de 9 de Dezembro de 1830, harmonisadas com a Lei de 12 de Agosto de 1834, citada na nota *infra*, Molin. de primog. lib. 1, cap. 21, n. 31, Pheb. Decis. 6.

como taes não são susceptíveis de melhoramentos materiaes; principal fim da emphyteuse.

Não procede portanto, a nosso ver, a razão da opinião contraria « que na emphyteuticação de predios cultivados, e de casas cessa o fim — *ut meliores fiant* — », porquanto não concebemos predio algum, que não possa com o andar dos tempos receber melhoramentos.

Tambem não procede o outro argumento — « que o emphyteuta desses redditos annuos toma a seu cargo a cobrança delles em proveito seu, e do senhorio, a quem paga uma somma certa, inalteravel, e exigivel, aindaque menor, do que a somma dos mesmos redditos — »; porquanto não ha nisso verdadeira emphyteuticação, ou empraçamento, mas um contracto inteiramente distincto; pois que outros são os direitos e obrigações, assim do emphyteuta, como do senhorio (§§ 537 e 539). A isso accresce que a Lei de 4 de Julho de 1776, em que se fundão os que assim pensão, em nada favorece a sua opinião (Lobão, *Tr. do dir. emphyt.* §§ 42, 43, e 44).

<sup>1</sup> Na Côte e seu Município a licença é pedida ao Governo Geral, e nas Provincias ao respectivo Governo Provincial; Lei de 12 de Agosto de 1834, art. 1, in fin., e art. 10, §§ 3, 4, 5, 6, e 10, e Lei de 3 de Outubro do mesmo anno, art. 5, § 3.

§ 575. QUEM PÓDE CONSTITUIR, E QUEM PÓDE ADQUIRIR  
EMPHYTEUSE.

Só podem constituir emphyteuse os que tem a livre administração dos seus bens, e o pleno dominio do predio, em que pretendem constituil-a; e só podem adquiril-a aquelles, a quem alguma Lei especial não o prohibir. Entrão na classe daquelles, a quem Leis especiaes prohibem adquiril-a, os seguintes :

1.º As Corporoções de mão morta; Ord. liv. 2, tit. 18, § 1, Lei de 4 de Julho de 1768, e de 9 de Setembro de 1769.

2.º Os Magistrados temporarios, e seus Officiaes dentro dos limites da sua jurisdicção; Ord. liv. 4, tit. 15, Man. tit. 38, e Affons. tit. 61, ampliada aos Magistrados Perpetuos pela Extravagante de 10 de Janeiro de 1678, e em geral, quanto a terrenos de marinha, a todos os Empregados Publicos, que em razão de seus officios tem de intervir directamente em aforamentos de terrenos desse genero; Ordem n. 82 de 22 de Julho de 1842, e n.º 156 de 4 de Dezembro de 1848.

3.º Os Vereadores, a respeito de emphyteuses de Municipalidades, e os administradores, e Mesarios, á respeito de emphyteuses de Igrejas, Mosteiros, Confrarias, e Estabelecimentos de Caridade; cit. Alvará de 6 de Dezembro de 1603, e de 23 de Julho de 1776, § 1.

4.º Os pobres, e as almas, que como pessoas incertas não offerecem segurança ao senhorio a respeito do pagamento da pensão; Valasc. Consult. 193, n. 6, e Pinheir. *de emphy.* Disp. 6, sect. 3, n. 39.

§ 576. DO MODO COMO É CONSTITUIDA, E DO MODO  
DE SER PROVADA.

A concessão de emphyteuse pode ser feita, ou em testamento, ou por pactos entre vivos; Ord. liv. 4, tit. 37. Neste sentido a emphyteuse é um contracto consensual, em que um cede, e outro acceita o dominio util de algum bem immovel para sempre, ou pelo menos por tres vidas (cit. Alvará de 3 de Novembro de 1757), ficando o con-

cessionario obrigado á pagar annualmente ao concedente, e á seus herdeiros, ou successores uma certa pensão em reconhecimento do direito senhorial ; § 3, da *Inst. de locat.* L. 1, C. *de jur. emphyt.*, e cit. Alvará de 3 de Novembro de 1757.

Assim pois, o contracto emphyteutico, da mesma sorte que os mais contractos consensuaes, é perfeito e acabado pela concordia das vontades, que o formão, sufficientemente manifestadas; e dahi se segue, que a escriptura não é da essencia da emphyteuse, e só se requer para prova della <sup>1</sup>; exceptua-se contudo a emphyteuse ecclesiastica, segundo a *Ord. liv. 4, tit. 19 in princ.*

É constituida em testamento, quando alguém, que póde testar, lega á outrem o dominio util de algum bem immovel com o onus da pensão annual por elle determinada; o que sem duvida alguma é permittido aos que podem testar, emquanto subsistirem as Leis testamentarias vigentes no Imperio: como porém este legado contém, além de outros onus, o da pensão annual, á cuja prestação ninguem póde ser obrigado contra sua vontade, depende da vontade do legatario acceital-o, ou repudial-o (§ 429).

#### § 557. DOS PRINCIPAES DIREITOS DO EMPHYTEUTA, E DO SENHOR DIRECTO.

Os principaes direitos do emphyteuta, e do senhor directo, conhecem-se facilmente pelo que temos dito até aqui. Primeiramente: como o emphyteuta é senhor util da cousa, ou herdade, que traz de fôro, e a possue natural e civilmente, porque a detém com o animo de a ter como propria, e com exclusão de qualquer outra pessoa; *Valasc. Quest. 88, n. 6*; segue-se dahi:

1.º Que lhe pertencem todos os fructos, e rendimentos della; § 3, da *Inst. de locat.*

2.º Que a póde reivindicar de qualquer possuidor,

<sup>1</sup> A emphyteuse é um contracto do Direito das Gentes, e tal ficou sendo depois de Zenão; a escriptura pois não é da essencia della; e se o contrario é determinado a respeito da emphyteuse ecclesiastica, isso tem sua razão na frequente mudança dos Economos, e Administradores dos bens da Igreja; *L. 14, §. ult. C. de Sacros. Eccles.*, e *Novell. 120, cap. 6, §§ 2 e 7.*

aindaque seja o directo senhor della ; L. ult. *Si ager vectigal*.

3.º Que a póde defender por meio dos interdictos, e acções possessórias ; L. 1, § 1, *Si ager vectigal*, e L. 1, *de superficieb*.

4.º Que a póde subemphyteuticar á outro com consentimento do senhor directo : Valasc. Quest. 13, ns. 9, e seguintes.

5.º Que, findo o tempo da sua concessão, quando é temporaria, tem direito á renovação della (§§ 602 e 603).

6.º Que póde nomear successor a ella ; Ord. liv. 4, tit. 37.

7.º Que póde transmittil-a á quaesquer herdeiros, ou descendentes, segundo for a natureza della ; cit. Ord. tit. 36, § 7, e tit. 37, § 6.

8.º Que é obrigado á pagar as collectas, e tributos impostos por occasião della ; L. 2, *C. de jur. emphyt*.

9.º Que não póde repetir as bemfeitorias, que fizer, porque as faz em cousa propria, e para seu proprio proveito ; cit. L. 2, e Novell. 120, cap. 8 (§ 687).

10. Que lhe pertence todo o damno particular, que não destróe inteiramente a cousa, e com maioria de razão o que sobrevém ás bemfeitorias feitas nella ; L. 1, in fin., e L. 2, *C. de jur. emphyt.*, e § 3, da *Inst. de locat*.

Ao senhorio porém, em razão do dominio directo, compete o direito de approvar a alienação da cousa emphyteutica, o da opção, protimeseos ou preferencia, o do canon, e laudemio, e o da consolidação por virtude de commisãso, ou de devolução ; Ord. liv. 4, tit. 38, e tit. 39.

### § 578. DO CANON EMPHYTEUTICO.

Como o canon, ou fôro, é pago em reconhecimento do senhorio directo, e se presume imposto no estado inculto do predio ; e como, por outro lado, pertence á essencia da emphyteuse (§§ 572 e 573), e é um onus real, que se prende ao predio aforado ; dahi vem :

1.º Que deve ser modico, porque não é constituido em compensação dos fructos, que o foreiro póde tirar do predio, melhorando-o : mas em reconhecimento do direito senho-

rial; e até porque segundo a Lei de 4 de Julho de 1776 o favor da agricultura assim o pede, e porque assim mesmo ha proveito para os senhores directos, que conservavão incultos os seus predios.

2.º Que o senhorio póde demandar as pensões, que o foreiro estiver devendo, ou que seu antecessor deixou de pagar, por meio da acção *hypothecaria*, a qual a Lei de 20 de Junho de 1774, § 38, concede geralmente aos senhores de predios rusticos, e urbanos na palavra — *para haverem dos seus rendeiros, inquilinos, ou emphyteutas as pensões, alugueres, e fôros, e para preferirem neste caso pela sua tacita e legal hypotheca a outros credores, posto que a tenham geral ou especial mais antiga*; — Lob. *exec.* § 553, Liz. Teix. liv. 3, tit. 11, § 13, Coelh. da Roch. § 639, n. 6, Cod. Comm. art. 877. <sup>1</sup>

3.º Que as esterilidades, seccas, incursões de inimigos, e outros semelhantes casos fortuitos, que ás vezes damnificão, ou tolhem a producção, mas que não destróem inteiramente a substancia do predio, não dispensão o foreiro da obrigação de pagar o fôro; salvo se lhe tolherem todos os fructos, ou se elle preferir dar ao senhorio os fructos, que houver, tirada para si a semente; arg. da Ord. liv. 4, tit. 27, pr., e § 1, e L. 1, Cod. *de jur. emphyt.*

#### § 579. CONTINUAÇÃO DA MESMA MATERIA.

Dahi vem tambem: 4.º que, nos prazos ecclesiasticos, o senhorio não póde augmentar a pensão, nem o laudemio

<sup>1</sup> O Sr. Senador Mello Freire (liv. 3, tit. 11, § 13), tendo em consideração que a citada Lei de 4 de Julho de 1768, tinha estabelecido o privilegio da *hypotheca tacita* em favor da *emphyteuse ecclesiastica*, e que, sendo os privilegios *stricti juris*, essa excepção firmava a regra em contrario a respeito da *emphyteuse civil*; infere dahi que a cit. Lei de 20 de Junho de 1774 (na parte, em que falla dos *emphyteutas*) deve-se entender a respeito da excepção; e coherente com esse seu modo de pensar, embora confesse que a dita Lei parece estabelecer geralmente a *hypotheca tacita* — *quæ tacitam hypothecam generaliter constituere videtur*; — conclue, relativamente á *emphyteuse civil*:

1.º Que não compete ao senhorio contra o *emphyteuta* a acção *hypothecaria*, mas a *emphyteuticaria*.

2.º Que o successor do foreiro anterior não é responsavel pelos fôros, que estou devendo. Nós porém entendemos com os autores acima citados que a citada Lei, tão clara como é, não dá logar a admittir-se a opinião do distincto Jurisconsulto Portuguez.

por occasião da renovação do prazo ; porquanto esta não é outra cousa senão o mesmo primeiro aforamento renovado entre o senhorio, e o mais proximo parente do ultimo foreiro em ultima vida, em observancia da Lei, que nesse caso justamente prohibe tal augmento, por ser injusto que o senhorio se locuplete com o prejuizo daquelle, ou daquelles, cujos maiores melhorarão o predio emphyteutico com o producto do suor do seu rosto ; Lei de 4 de Julho de 1768, e Alvará de 12 de Maio de 1760 (§ 603 n. 8) ; nos prazos seculares porém bem póde o senhorio augmentar a pensão, e laudemio, segundo for justo, e honesto, á arbitrio de louvados ; comtanto que isso não se faça com respeito ao augmento de valor, que haja tido o prazo em consequencia das bemfeitorias feitas nelle pelos antecessores daquelle, em quem o prazo deve ser renovado ; mas por alguma outra razão, como, v. gr., porque os predios de igual natureza tem geralmente augmentado em valor ; Lobão, *Tr. do dir. emphyt.* §§ 1174 e seguintes.

5.º Que no caso de destruição das obras, ou do edificio, existentes no predio ao tempo do contracto, o foreiro póde resilir do mesmo contracto, na falta de abate no fôro, proporcionado á destruição das obras, ou do edificio ; Cod. da Pr. art. 765 e 766 ; se o fôro porém pouco ou nada differe da renda, como succede ordinariamente nos aforamentos de predios já cultivados, ou melhorados, então, como taes aforamentos são equiparados á locação por muitos annos, ou vidas, sem outra differença, que não seja a de serem os colonos dessa nova especie obrigados aos direitos dominicaes estipulados nos seus respectivos contractos (cit. Lei de 4 de Julho), a equidade pede não só alguma redução no fôro, proporcionada a ruina, que o predio tiver soffrido, mas tambem que o senhorio supporte em taes casos uma parte das collectas e tributos, á que o predio estiver sujeito ; Lobão supra, § 748.

#### § 580. DO CONSENTIMENTO DO SENHOR DIRECTO NA ALIENAÇÃO NECESSARIA DA EMPHYTEUSE.

Tambem é da essencia da emphyteuse o não poder ser alienada sem sciencia, e consentimento do senhor directo (§§ 572, n. 7.º, e 577 in fin.) ; isto é, não poder ser vendida, permutada, dada em pagamento, doada, ou dada em

dote, subemphyteuticada, nem hypothecada; exceptuada, relativamente a hypotheca, a emphyteuse hereditaria, e os fructos de qualquer outra durante a vida do emphyteuta; Ord. liv. 4, tit. 38, in princ., e L. ult. C. de jur. emphyt.

O consentimento porém do senhor directo não é arbitrario, e absoluto, mas regulado pelos principios da justiça, de sorte, que no caso de venda, permuta, ou dação *in solutum*, não pôde impedir a alienação da emphyteuse, senão dando dentro de trinta dias o preço, que o comprador, ou a cousa, que o permutante offerece ao emphyteuta, ou pagando a divida, que o emphyteuta quer pagar por meio da alienação da emphyteuse; Ord. cit. in princ. vers.— *E este requerimento*— e cit. L. ult.; e nos demais casos deve dar justa razão da denegação do consentimento, mostrando que o emphyteuta, que se lhe quer dar, não lhe offerece a a mesma segurança, que o actual emphyteuta.

Nesse sentido o consentimento do senhor directo é necessario não só na alienação voluntaria, senão tambem na alienação necessaria, ou judicial, feita por execução movida contra o emphyteuta; a mesma Ordenação no logar citado, e liv. 3, tit. 93, § ult.

Não é porém necessario o consentimento do senhor directo (nem do emphyteuta) no caso de desappropriação exigida por necessidade, ou utilidade publica, uma vez que um e outro sejam prévia e cabalmente indemnizados; Const. art. 179, § 22, e Lei de 9 de Setembro de 1826.

Por exemplo, para a construcção de novas estradas podem-se tomar as porções dos terrenos aforados, que para isso forem necessarias, depositando-se o preço da indemnisação arbitrada por louvados; Alv. de 13 de Dezembro de 1788, § 11; e cit. Lei de 9 de Setembro de 1626; sob a mesma condição podem ser adjudicados para a construcção de edificios publicos, para rocios, praças, e passeios publicos, e alinhamento, e regularidade das ruas das Cidades, os chãos de particulares, e Corporações, foreiros, ou não foreiros, como se fez para a reedificação de Lisboa depois do grande terremoto, que a destruiu, por virtude do Alvará de 23 de Fevereiro de 1771. Valasc. Consult. 113, Cabed. p. 1, Decis. 103, n. 4, Gam. Decis. 242.

## § 581. DA ALIENAÇÃO VOLUNTARIA.

Se o emphyteuta aliena a cousa aforada sem consentimento do senhor directo, <sup>1</sup> incorre em commisso, cujo effeito é ser nulla a alienação, e elle perder todo o seu direito, que se devolve ao senhor directo, o qual, se antes o quizer, pôde demandar o emphyteuta, para que haja a cousa ao seu poder, e lhe pague o fôro conforme o contracto; Ord. liv. 4, tit. 38, § 1, e L. ult. C. *de jur. emphyt.*

Isso porém se entende, segundo a letra, e espirito da citada Ordenação, da alienação, pela qual a cousa aforada, ou o direito emphyteutico é realmente traspassado em outra pessoa, como succede pela venda, permuta, dação em pagamento, doação, ou dação em dote, subemphyteuticação, e apenhamento perpetuo (par. grapho antecedente).

Póde portanto sem consentimento do senhor directo locar cousa aforada, e sujeita-la á hypotheca do usufructo, e a qualquer outro onus de servidão real por pouco tempo, ou por toda a duração da sua vida, se no correr della não cahir em commisso; porquanto, ainda que esta doutrina não seja geralmente seguida, é comtudo de summa evidencia que nenhum prejuizo vem dahi: nem ao senhor directo; porque, acabada a emphyteuse por qualquer modo, pôde devolver-se para elle livremente a cousa aforada; e nem tambem aos successores, pois que recebem a cousa livre de

<sup>1</sup> Quando se diz que a emphyteuse não pôde ser alienada sem consentimento do senhor directo, intende-se que não se pôde fazer a alienação, sem que primeiro seja denunciada ao senhor direito para que elle possa usar, se quizer, do direito, que lhe compete de preferir tanto por tanto, ou obstar á alienação, se o acquirente for pessoa, que por poderosa, ou pobre torne arriscado, ou difficil o pagamento da pensão, e pouco seguro o melhoramento do predio; porquanto, se, feita a referida denuncia, o senhor directo não declarar dentro de trinta dias, que quer a cousa tanto por tanto, ou se, declarando que a quer, não pagar o preço dentro dos mesmos trinta dias, ou enfim, se não a querendo, não oppozer legitima razão de recusa do emphyteuta, que o actual lhe quer dar em seu lugar, a alienação pôde ser feita sem seu expresso consentimento, bastando então o consentimento tacito, que se presume do seu facto de não satisfazer ao que em tal caso é obrigado; Ord. liv. 4, tit. 38, in princ.; e L. ult. C. *de jur. emphyt.* (§ 580).

O emphyteuta porém, que effectuar a alienação fundada somente no referido consentimento tacito, precedido de denunciação extrajudicial, arrisca-se ao commisso acima declarado, se o senhor directo fallecer, ou negar a denunciação. Para evitar pois esse risco, é boa cautella usar da denunciação judicial, na falta de consentimento expresso dado por escripto.

taes onus, visto que estes só forão impostos pela duração da vida do defuncto; Barbos. ao cap. *Potuit. 4.º de locat.*, Brit. *ibid.* § 2, n. 9, Caepol. *de servit.* lib. 1, cap. 14.

Pelo contrario, não só nos ultimos tempos, mas já nos antigos a praxe geral adoptou o principio de não poder o emphyteuta sem consentimento do senhor directo instituir vinculo de capella, ou morgado em bens do prazo, ainda que este seja perpetuo, e hereditario; porque, como taes vinculos tornarião inalienavel a cousa aforada, o resultado seria ficar o senhor directo perpetuamente privado dos laudemios; Pinheir. *de emphyt.* p. 2, Disp. 4, Sect. 7 e 8 (paragrapho antecedente). Esta doutrina porém é hoje inutil entre nós, visto que está geralmente prohibido o estabelecimento de morgados, capellas, e quasquer outros vinculos de qualquer denominação, administrados por individuos das familias dos instituidores; Lei de 6 de Outubro de 1835.

Se o senhor directo consentio na alienação em favor de certa pessoa, dahi não se segue que o emphyteuta lhe possa substituir outra; no caso porém, em que lhe concedeo licença geral, póde o emphyteuta transferir o seu direitos em quem bem lhe aprouver, comtanto que não seja menos idoneo, que elle mesmo, porque não póde em caso nenhum tornar peor a condição do senhor directo; Cald. *de emphyt. extinct.* cap. 13, n. 37; e assim se deve intender a Ord. liv. 4, tit. 38, no fim do principio *ibi* — *o foreiro o poderá vender a quem quizer* (paragrapho antecedente).

### § 582. DO DIREITO DE OPÇÃO, EM GERAL.

É da essencia da emphyteuse, que no caso, em que o emphyteuta queira alienar por qualquer modo oneroso a cousa emphyteutica, compete ao senhor directo o direito de opção, ou preferencia (§§ 272 e 577). Dahi pois se segue que o emphyteuta, querendo subemphyteuticar, vender, permutar, dar em pagamento, ou obrigar a cousa aforada, deve-lhe declarar não só o nome da outra parte contractante, mas tambem o preço, quantia da divida <sup>1</sup> ou a cousa.

<sup>1</sup> O Sr. Mello Freire, concordando com Barbos. no cap. *Potuit. 4, de locat.* n. 11, Cald. *de emphyt. extinct.* cap. 13, n. 34, e Valasc. *Quest. 8. ns. 10 e*

que se lhe offerece em troca, para que elle possa deliberar se lhe convém usar do seu direito de preferencia, ou acceitar o novo emphyteuta, e receber o laudemio; Ord. liv. 4, tit. 38, in princ., e liv. 3, tit. 93, § 3, vers. fin. — *Será porém o senhorio requerido... se os quer tanto por tanto.* Quanto porém a emphyteuse hereditaria bem a pôde obrigar independentemente do consentimento do senhorio (§ 580).

Querendo porém doar, ou dar em dote a cousa, deve declarar-lhe isso mesmo, e o nome da pessoa, para poder recusar-a, se tiver legitima razão para o fazer; sendo que é este no presente caso o unico direito, que compete ao senhorio; (cit. tit. 38, in princ. ibi — *e todavia lh'o fará saber, para ver se tem algum legitimo embargo*). Se o senhorio oppõe legitimo embargo, não resta ao emphyteuta, senão o direito de vender, ou permutar a cousa, para doar, ou dar em dote á mesma pessoa o preço da venda, ou qualquer outra cousa comprada com elle, ou enfim a que lhe foi dada em troca da emphyteuse.

#### § 583. DO DIREITO DE OPÇÃO COM RELAÇÃO A TROCA DA EMPHYTEUSE, EM CASOS DE AFFEIÇÃO.

Quanto á troca da emphyteuse, significada no citado tit. 38, pelo vocabulo *escaimbar*, intende o Sr. Mello Freire com outros Jurisconsultos, tambem de grande nota, que não tem logar nella o direito de preferencia, quando na cousa, que é offerecida em troca ao emphyteuta, pôde cair affeição.

Respeitando porém altamente a sua auctoridade, nós não vemos como se possa sem offensa da Lei negar ao senhor directo o direito de preferir tanto por tanto, que a Lei lhe concede tanto neste, como em qualquer outro caso de alienação onerosa da cousa emphyteutica, em que elle possa

11, ensina na nota, a que esta corresponde, que o emphyteuta tambem incorre em commisso, quando, para prejudicar ao senhorio nos laudemios, ou no direito de preferencia, occulta o verdadeiro preço da cousa.

Nós tambem não podemos abraçar esta doutrina, porque a perda de direitos é uma verdadeira pena, e as penas são *stricti juris*, e como taes, não se podem estender a casos diversos daquelles, que o Legislador previo. Portanto só concedemos ao senhorio no caso de que se trata, o direito de exigir do emphyteuta a competente indemnisação do prejuizo, que lhe este causou com o seu dolo mau.

satisfazer por igual modo aos interesses do emphyteuta, como muito bem pondera Brito sobre o cap. *Potuit. de local.* § 5, n. 30.

E com effeito : se na hypothese, de que se trata, o senhor directo poder haver por compra, ou por outro modo legitimo a cousa offerecida em troca ao emphyteuta, com que direito e justiça se lhe recusará o poder de a adquirir, e de a dar ao emphyteuta em troca do seu direito emphyteutico ? Não é indifferente para o emphyteuta receber a mesma cousa da mão do permutante originario, ou da mão do senhor directo ? Por sem duvida que é, e o mesmo Sr. Mello Freire o reconhece na nota ao paragrapho, a que este corresponde, nas palavras — *æquum est, ut dominus præferatur, cæteris paribus, hoc est, quando jus emphyteuticæ salvum manet, isque nullum inde patitur præjudicium.*

E de mais ; se no caso de troca, da mesma sorte, que no de venda, e no de dação em pagamento, o senhor directo tem direito ao laudemio (§ 582), porque o citado tit. 38, in princ. só lh'o nega na alienação benefica (Dig. Portug. tom. 3, arts. 958 e 963) ; como se pôde sem incoherencia negar-se-lhe o direito de opção ? Por certo isso não é possível, juridica e moralmente fallando (§ 584, nota).

No caso porém, em que a affeição do outro permutante sobre a cousa emphyteutica foi causa determinativa da sua vontade de tal sorte, que não quer alienar a sua propria cousa senão em troca da cousa emphyteutica, então, se o mesmo permutante é pessoa capaz de pagar livremente o fôro ao senhorio, é nossa opinião que deve cessar no senhorio o direito de preferencia ; porquanto só lhe compete, quando dêr ao emphyteuta o preço, ou cousa, que lhe dão pela cousa emphyteutica ; e não o fazendo, não pôde embargar a venda, ou troca no caso, em que a emphyteuse é vendida, ou permutada á pessoa capaz de pagar livremente o fôro ; cit. Ord. liv. 4, tit. 38, in princ. ibi — *e querendo-a o senhorio por o tanto, havel-a-ha, e não outrem* ; e vers. — *E não querendo* — ibi — *então deve ser vendida á pessoa, que livremente pague o fôro ao senhorio.*

#### § 584. DO LAUDEMIO, E EM QUE CASOS É DEVIDO.

O laudemio, entre nós, consiste na quarentena, ou dois e meio por cento do preço, porque o prazo é vendido, ou do

valor, em que é estimado no caso de permuta, se outra maior, ou menor quantia não foi estipulada no contracto emphyteutico; Ord. liv. 4, tit. 38 in princ. ibi — *e pagará ao senhorio a quarentena, ou o conleúdo em seu contracto.* — Elle é devido ao senhorio como em compensação do *consentimento prestado á alienação do prazo, ou da abstenção do uso do seu direito de prelação, voluntaria, ou forçada.*

Consequentemente é devido em todos os casos de alienação onerosa da emphyteuse, em que o senhorio se abstém de usar do seu direito de prelação, seja porque não quer, seja porque não pôde, como succede nos seguintes casos:

1.º No caso da venda, assim voluntaria, como necessaria; Ord. liv. 4, tit. 38, in princ. tit. 96, § 23, vers. — *E não se acordando,* — e liv. 3, tit. 93, § ult. in fin.

2.º No caso de dação em pagamento, a qual equival á venda voluntaria; Dig. Portug. tom. 3, art. 958.

3.º No caso de permuta por qualquer cousa, quer seja fungivel, ou não fungivel. <sup>1</sup>

4.º No caso da venda, ou permuta do prazo á pessoa estranha, quando os co-herdeiros não se podem acordar em que o haja um delles, satisfazendo este a cada um dos outros o seu direito quinhão; Ord. liv. 4, tit. 36, § 1, vers. — *E não se acordando nisto,* — e tit. 96, § 23, vers. — *E não se acordando.*

<sup>1</sup> O Sr. Mello Freire, no paragrapho a que este corresponde, ensina que não é devido laudemio no caso, em que o prazo é permutado por cousa não-fungivel, em que pôde cahir afeição. Essa doutrina parece-nos contraria assim á Ord. liv. 4, tit. 38 in princ. vers. — *E não querendo,* — como no Alvará de 20 de Agosto de 1774, § 2, nas palavras — *Mando que..... os emphyteutas, ou subemphyteutas dos mesmos prazos apresentem juntamente..... e o conhecimento em fórma original de que se metteo no Cofre da mesma junta á importancia do laudemio, corresponde ao valor do prazo vendido ou permutado:* — porquanto, não tendo o Legisfador restringido a generalidade da significação das palavras — *laudemio correspondente ao valor do prazo..... permutado* — á respeito dos prazos permutados por cousas fungiveis em que cahir afeição, é manifesto que não se pôde fazer tal restricção.

Nem obsta que o referido Alvará trata especialmente dos prazos foreiros á Universidade de Coimbra; porquanto a sua razão de decidir, que se deve laudemio pela permuta de taes prazos, sem differença de serem permutados por cousas fungiveis, ou não fungiveis, é universal, e está em harmonia com a Ord. liv. 4, tit. 38, in princ.

A isso accresse, que a razão, em que se fundão os fautores da referida distincção (isto é, que o direito de preferença não pôde ter logar na permuta do prazo por cousas não-fungiveis, em que cahir afeição, e por isso

5.º No caso da venda *habita fide de pretio*, a qual é logo perfeita, e de todo completa, e traspassada o dominio na pessoa do comprador por virtude do Alvará de 4 de Setembro de 1810, que nesta parte revogou a Ord. liv. 4, tit. 5, § 2.

Exceptua-se porém o caso de desappropriação por necessidade, ou utilidade publica, no qual o senhorio, e o emphyteuta são previamente indemnizados do seu respectivo interesse por meio da somma, em que for arbitrado o valor do prazo, ou da parte d'elle desapropriada, calculado não só pelo intrinseco d'elle, mas tambem segundo a relação de sua localidade, e do interesse, que d'elle tira um, e outro, e fixado por arbitros nomeados pelo Procurador da Fazenda Publica, e pelo senhorio, e emphyteuta; pertencendo ao senhorio una quota parte da somma arbitrada igual á somma de tres laudemios sobre a pensão de vinte annos, e ao emphyteuta a restante parte da mesma somma arbitrada; Constit. art. 179, § 22, e Lei de 9 de Setembro de 1826, combinada com o Decreto de 6 de Maio de 1769.

### § 585. EM QUE CASOS NÃO É DEVIDO.

Pelo contrario não é devido laudemio nos seguintes casos :

1.º No de doação, ou dação do prazo em dote; Ord. liv. 4, tit. 38, in princ. vers. — *E no caso.*

2.º No caso da resolução da venda por virtude do pacto *de retrovendendo* (§ 690); porquanto não é uma nova venda, mas desfazimento da primeira; a qual ficou suspensa por

tambem não pôde ter logar nella o laudemio) não é sempre verdadeira (§ 583) e que no caso unico, em que ella é verdadeira, que é aquelle, em que a afeição do dono da cousa emphyteutica foi a principal cousa determinativa da sua vontade (cit. § 583), essa razão não é sufficiente, para que o senhorio seja privado do laudemio, o qual lhe é devido em reconhecimento do seu direito senhorial, e compensação da abstenção do uso do seu direito, quando na alienação onerosa da emphyteuse se abstém de usar do seu direito de prelação, seja *porque não quer*, seja *porque não pôde* por qualquer razão ou causa; doutrina esta, para que achamos apoio na Ord. liv. 4, tit. 38, in princ. ibi. — *E não querendo o senhorio declarar logo se a quer tanto por tanto, será esperado trinta dias do dia que for requerido: os quaes passados, e não declaranda se a quer, então a poderá vender, ou escamibar, sem mais esperar pela resposta do preço; e pagará ao senhorio a quarentena, ou o conteúdo no contracto.*

virtude do referido pacto, e da qual o senhorio já houve o competente laudemio; exceptua-se porém o caso de resolução da venda depois do lapso do tempo certo fixado para ella, porque então é uma nova venda.

3.º No caso da nomeação da emphyteuse á quem por direito pertence, na fôrma da invistidura; pois não ha ahí verdadeira alienação, mas successão propria dessa especie de emphyteuse; nem se requer nesse caso consentimento do senhorio, pois já foi dado na invistidura.

4.º No caso da divisão da emphyteuse por estimação, e encabeçamento della em um dos co-herdeiros, na fôrma da Ord. liv. 4, tit. 96, § 23; porquanto não ha ahí alienação, mas successão accommodada á essencia da emphyteuse (§§ 572 e 580).

5.º No caso da alienação, em que o senhorio preferio ficar com a cousa; porquanto e dado em compensação da abstenção do uso do seu direito de prelação (paragrapho antecedente), a qual abstenção não se dá neste caso, e por isso não lhe é devido o laudemio; Ord. liv. 4, tit. 38, in princ. vers. — *E declarando*.

6.º No caso da venda condicional, enquanto não se realisar a condição; porquanto a consummação daquella depende do evento desta.

7.º No da venda pura, enquanto o preço não for pago, porque antes disso a venda não é perfeita e acabada, embora a cousa fosse entregue; Ord. liv. 4, tit. 5, § 1, e tit. 7, in princ. § 1; salvo, se o vendedor se houve por pago, ou deu espaço ao comprador, para pagar o preço (paragrapho antecedente, n. 5.º).

8.º No caso de locação do prazo, aindaque por longo tempo, no da dação delle, em usufructo, no da servidão imposta nelle, e no da hypotheca; porque em nenhum destes casos se dá verdadeira alienação, e porque é só desta que se deve laudemio. Veja-se Pinheir. *de emphyt.* Disp. 4, sect. 4 e seguintes, Barbos. á Ord. lib. 4, tit. 38, n. 51.

#### § 586. A EMPHYTEUSE É INDIVISIVEL.

A emphyteuse considerada em si mesma, ou na qualidade de bem immovel, sem relação ao direito, e interesse do se-

nhorio, é naturalmente divisível, porque nesse sentido nada impede que seja dividida por glébas, ou geiras entre muitos emphyteutas.

Considerada porém em relação ás disposições de Direito, fundadas não só no interesse do senhorio, senão também no proveito da agricultura em geral, e no socego, e paz dos emphyteutas pela diminuição das demandas, ella é indivisível (§ 572 n. 1.º); e é nesse sentido que se diz que é da sua natureza o ser indivisível; Ord. liv. 4, tit. 36, § 1, ibi. — *E porquanto o fóro não ha de ser partido entre muitos, por se não confundir a pensão delles, — tit. 96, § 23, ibi. — E porque os taes bens segundo a natureza dos fóros não se hão partir, e hão de andar em uma só pessoa, — e Lei de 9 de Julho de 1773, nas palavras do preambulo — por uma parte faltarem para a agricultura todos os muitos terrenos, que se achão pejados e impedidos com os muros, vallados, caminhos, e atravessadouros, que fazem infructiferos não só os logares que occupão, mas também as outras consideraveis porções dos terrenos, que a elles são contiguos: por outra parte multiplicarem-se as servidões, usos e demarcações dos mesmos insignificantes predios, innumeraveis rixas, e pleitos, que perturbão o socego, e diminuem com querellas, vistorias e custas a substancia dos povos; — e §§ 14 e 25. Veja-se também o Alvará de 6 de Março de 1669.*

Dahi se segue pois, que os prazos perpetuos e hereditarios (§§ 588 e seguintes) só se partem por estimação, encabeçando-se em um dos herdeiros, e pagando este á cada um dos outros o seu respectivo quinhão; cit. Ord. tit. 96, § 23, Valasc. Consult. 53. O citado Alv. de 6 de Março de 1669 reprovou, quanto ao futuro; todo o costume contrario á indivisibilidade dos prazos.

### § 587. DAS BEMFEITORIAS.

As bemfeitorias feitas no prazo seguem o mesmo prazo; e por isso o emphyteuta não as póde alienar sem consentimento do senhorio; porque lhe cabe a respeito dellas, o mesmo direito de prelação, que á respeito do mesmo prazo; Lei ult. C. de jur. emphyt.

Isso porém se intende das bemfeitorias intrinsecas, ou inherentes ao predio emprazado, v. gr., uma casa, lagar, ou moinho feito dentro do mesmo predio; não porém das

extrinsicas, e independentes do predio, como v. gr., pastos, ou terras contiguas compradas pelo emphyteuta, ou qualquer edificio construido na visinhança; porquanto estas são do seu pleno e exclusivo dominio; e portanto as póde alienar livremente; Almeid. e Sous. *Trac. do direito emphyteutico*, p. 3, § 586.

Como ninguem se deve locupletar com o prejuizo alheio, justamente se distinguem entre as bemfeitorias intrinsicas algumas, que o senhorio deve satisfazer, quando se lhe devolve o prazo por effeito de commissio, ou por serem findas as vidas, ou o tempo, por que elle foi concedido; e taes são as extraordinarias, e avultadas, que augmentando o valor do prazo, e tendo uma utilidade perpetua, ou de longa duração, o emphyteuta não era obrigado fazer nem por força da propria natureza da emphyteuse, isto é, *ex necessitate juris*, nem por força de condição especial posta no contracto emphyteutico (Ord. liv. 4, tit. 97, § 22, vers. — *E assi lhe será contado.* — § 597).

Ha porém outras, que o senhorio não é obrigado satisfazer no referido caso, e taes são as pequenas, ordinarias, ou modicas, e as que o emphyteuta era obrigado fazer, ou *ex necessitate juris*, ou por força de condição especial expressa no contracto emphyteutico; cit. Ord. e § vers. — *E isto não se entenderá,* — Valasc. Quest. 25, Pinheir. de emphyt. Disp. 3. Veja-se tambem Almeid. e Sous. *Tract. do direito emphyteutico* p. 3, §§ 578 e seguintes, e p. 5, §§ 1117 e seguintes.

#### § 588. COMO SE SUCCEDE NA EMPHYTEUSE HEREDITARIA PURA.

A successão emphyteutica differe segundo a diversidade dos prazos. O prazo hereditario puro, isto é, o prazo, em que somente se requer no successor delle a qualidade de herdeiro ou successor do foreiro, tal como o que é constituido em favor de Ticio, e seus herdeiros, e successores (§ 573 e sua nota), é deferido por direito hereditario aos herdeiros escriptos, ou legitimos; e adquire-se da mesma sorte, que a herança, cuja natureza segue, ou por testamento, ou abintestado. E dahi vem:

1.º Que neste prazo somente succedem-os que são effectivamente herdeiros do emphyteuta defuncto; e consequen-

temente não succedem o herdeiro, que legalmente foi desherdado, nem aquelle, que se absteve da herança, ou que a repudiou.

2.º Que os herdeiros testamentarios preferem aos legitimos não necessarios, porque esta mesma ordem se guarda na successão da herança.

3.º Que o emphyteuta póde dispor do prazo hereditario com o mesmo direito, com que póde dispor dos seus outros bens hereditarios, salvos os direitos senhoriaes.

4.º Que os seus herdeiros legitimos podem annullar o seu testamento, se por elle forão injustamente preteridos, desherdados, ou lesados a respeito do prazo, com o mesmo direito, e pelo mesmo modo, porque o podem fazer nos mesmos casos a respeito dos bens, em que o pai tinha o pleno dominio.

#### § 589. CONTINUAÇÃO DA MESMA MATERIA.

Dahi vem tambem: 5.º que, fallecendo o emphyteuta sem testamento, ou com testamento nullo, a successão do prazo defere-se primeiramente aos seus descendentes, varões, e femeas sem nenhuma differença, encabeçando-o na quelle d'entre elles, em que todos, ou a mór parte concordarem; Ord. liv. 4, tit. 96, § 23: na falta destes aos ascendentes mais chegados em grau; depois dos ascendentes aos collateraes até o decimo grau: e depois deste ao conjuge sobrevivente; Ord. liv. 4, tit. 36, § 7:

Nestes termos o filho legitimo, ou natural, ou o legitimado, succede no prazo hereditario a seu pai, ou mãe, fallecidos abintestado com o mesmo direito, e pelo mesmo modo, porque succede nos outros bens hereditarios (§§ 438, 441, 448, e seguintes): e da mesma sorte succede o netto por direito de representação (§ 439), o qual sem duvida o Legislador teve em vista na Ord. liv. tit. 96, § 23, nas palavras — *segundo forem herdeiros* — (Valasc. de jur. emphyt. Quest. 50, n. 5, e Cald. de nominat. Quest. 17, n. 13).

Nem a isso obsta a Ord. liv. 4, tit. 36, §§ 2 e 4, emquanto rejeita o direito de representação na successão da emphyteuse com relação ao netto, e preferê a este o filho natural, ainda que seu pai fosse Cavalleiro: porquanto deve-se intender isso restrictamente no prazo familiar, e de nomeação quando o pai morre sem nomear successor, pois

que é dessa especie que ahi se trata, e não da emphyteuse hereditaria, porque desta só se falla remissivamente no § 7.

Os ascendentes, e collateraes succedem tambem por sua ordem; e assim tem aqui applicação o que dissemos nos §§ 454, 458, e seguintes; Almeid. e Sous. supra p. 3, §§ 417 e 518.

Não ficando ao conjuge predefuncto a intestado algum parente collateral até o decimo grau, succede-lhe o conjuge sobrevivente da mesma sorte, que nos bens, em que o defuncto tinha pleno dominio, como dissemos no § 460.

Finalmente, se ao emphyteuta fallecido abintestado tambem não ficou mulher, se erá varão, ou marido, se era femea, nem Relegioso Professo secularizado, seu parente (§ 459, n.º 2.º), então o prazo se devolve ao senhorio, por se terem findado as pessoas attendidas na successão, como são os parentes successiveis, o conjuge, e os estranhos instituidos em testamento; e nunca o Fisco; doutrina esta, que é confirmada pela Ord. liv. 5, tit 6, §-18, nas palavras finaes — *E não havendo descendente, ou ascendente capaz, tornará ao senhorio donde procedeo*, — e § 19. *per totum*.

#### § 590. COMO SE SUCCEDER NA EMPHYTEUSE HEREDITARIA MIXTA.

Como a emphyteuse hereditaria mixta requer no successor alguma outra qualidade além da de herdeiro do emphyteuta, como, v. gr., a de varão, descendente, ou outra semelhante (§ 573, nota); é manifesto que só succede nella o que tiver essa qualidade exigida além da de herdeiro. Dahi se segue:

1.º Que na emphyteuse concédida a Ticio, e seus herdeiros descendentes, ou simplesmente a Ticio, e seus filhos, o que importa a mesma cousa, segundo a Ord. liv. 4, tit. 37, § 6; somente succedem os que reúnem as duas qualidades, de effectivos herdeiros, e descendentes do defuncto emphyteuta; e assim, se este, tendo somente um descendente (filho, netto, bisnetto, etc., varão, ou femea), o desherdou com legitima causa, a emphyteuse se devolve ao senhorio.

2.º Que na emphyteuse concedida a Ticio, e a seus filhos, e parentes herdeiros, só succedem depois dos descendentes os parentes do emphyteuta defuncto, que forem

com effeito seus herdeiros, e não os outros, nem estranhos instituídos <sup>1</sup>.

3.º Que na emphyteuse concedida a Ticio, e a seus herdeiros descendentes varões não succedem as fêmeas descendentes do emphyteuta defuncto; e assim, na falta de herdeiro, que reúna a qualidade de descendente do defuncto á de varão, a emphyteuse se devolve ao senhorio.

Não ha porém falta de herdeiro varão descendente do emphyteuta, quando, não existindo algum filho varão do emphyteuta, existe contudo algum seu netto, nascido de seu filho já fallecido; porquanto este netto reúne todas as condições exigidas para lhe succeder nesta especie de emphyteuse; porque, pelo direito de representação (§ 439) elle entra no lugar do seu pai fallecido, em que se dava o direito de succeder na mesma emphyteuse por ser herdeiro, e descendente do emphyteuta, e ser ao mesmo tempo varão; pois que nesta especie tem lugar o direito de representação pela mesma razão, por que mostramos no paragrapho antecedente ter elle lugar na emphyteuse hereditaria simples, a qual accresce a auctoridade de Almeida e Sousa, supra, p. 3, § 518.

Outro tanto porém não succede á respeito do netto descendente do emphyteuta defuncto por sexo feminino; porquanto, se sua mãe é viva, elle não póde ser herdeiro do emphyteuta seu avô materno; e, se é morta, elle a representa a respeito do direito, que nella se dava de succeder a seu pai nos bens allodiaes, ou livres, que elle possuia: mas

<sup>1</sup> Tem-se disputado, se, succedendo que um emphyteuta institúa um estranho na emphyteuse hereditaria mixta de familiar (qual, v. gr., a que é concedida a Ticio, e a seus filhos, e parentes herdeiros), tendo elle, se não descendentes, ao menos outros parentes, a emphyteuse se deve deferir ao herdeiro instituído, ou ao parente mais proximo do emphyteuta; ou se deve devolver-se ao senhorio. Cada uma d'essas tres hypothesses tem seus sectarios e defensores; parece-nos porém mais segura, e mais conforme com a vontade do emphyteuta (que pela formula, que empregou, mostrou claramente querer que a emphyteuse não passasse a pessoas estranhas a familia do emphyteuta, mas se conservasse nella, emquanto não se extinguisse, ou o emphyteuta não incorresse em commissão), a opinião, que a defere ao parente mais chegado do emphyteuta defuncto até o quarto grau, contados conforme o Direito Canonico, segundo a Lei de 9 de Setembro de 1769, § 26, e que é seguida pelo Sr. Mello Freire, e outros por elle citados; e tanto mais, que, por um lado, a successão legitima é mais favorecida pelas nossas leis, do que a testamentaria; e por outro lado, o senhorio é obrigado a renovar a emphyteuse, quando esta se extingue sem culpa do emphyteuta *naquelle que nella succederia, se não tivesse extinguido* (§§ 602 e 603).

não a representa, nem pôde representar a respeito do direito de succeder ao pai della na emphyteuse de que se trata, porque tal direito não se dava nella mesma. O Sr. Mello Freire, concordando com Valasco na Questão 41, n. 5, ensina o contrario; as suas razões porém não tem podido convencer-nos.

§ 591. COMO SE PARTE A EMPHYTEUSE HEREDITARIA SIMPLES, E A HEREDITARIA MIXTA, DISSOLVIDO O MATRIMONIO.

Os conjugues casados por carta de metade são meeiros não só na emphyteuse hereditaria simples, ou pura, mas também na hereditaria mixta, quér elles houvessem uma, ou outra na constancia do matrimonio, quér um delles a tivesse já, quando casou com o outro; só com a differença, que no primeiro caso a emphyteuse (quér hereditaria simples, quér hereditaria mixta) parte-se por estimação entre os herdeiros do conjugue defuncto, legitimos, ou testamentarios, e o conjugue sobrevivente, encabeçando-se neste, a quem incumbe pagar áquelles a estimação, a cada um seu quinhão legitimo, e a pensão ao senhorio; e no segundo caso parte-se do mesmo modo, por estimação, entre o conjugue sobrevivente, e os herdeiros do defuncto, encabeçando-se em um destes, se o conjugue defuncto era quem a tinha ao tempo, que casarão, e incumbindo neste caso ao herdeiro, em quem foi encabeçada a emphyteuse, pagar a estimação ao conjugue sobrevivente e aos outros co-herdeiros, a cada um seu legitimo quinhão, e a pensão ao senhorio; Ord. liv. 4, tit. 96, § 24, Almeid. e Sôus. supra §§ 517, 518 e 524.

Neste ultimo caso, se os herdeiros do conjugue defuncto até seis mezes da morte deste não concordarem em um d'entre si, em quem o prazo fique encabeçado com os referidos encargos, ou não o venderem de accordo com o conjugue sobrevivente, requerendo primeiro o senhorio, se o quer tanto por tanto; fica devoluto ao senhorio, se o elle quizer; Ord. cit., no § 23.

Vendido o prazo, ou preferindo o senhorio tanto por tanto, o qual deve pagar o tanto dentro de trinta dias contados daquelle, em que foi requerido (Ord. liv. 4, tit. 38 in princ.), parte-se o preço, pertencendo metade ao conjugue sobrevivente, e sobpartindo-se a outra metade entre os herdeiros do

defuncto, segundo forem herdeiros, isto é, *in capita*, e *in stirpes*, se uns delles forem herdeiros por direito proprio, e outros por direito de representação (§ 439); cit. Ord. tit. 96, § 23. A mesma cousa se observa entre os herdeiros somente, se o emphyteuta falleceo no estado de solteiro, ou viuuo, partindo-se então a estimação somente entre elles mesmos; cit. Ord. e §.

§ 592. UMA E OUTRA SÃO SUJEITAS Á COLLAÇÃO,  
E ÁS DIVIDAS.

A emphyteuse hereditaria simples, e a hereditaria mixta fazem parte do matrimonio, ou herança do emphyteuta defuncto; e assim, se elle em sua vida doou, ou deu em dote uma, ou outra á algum seu filho, ou filha, netto, ou netta, uma e outra deve vir á collação por morte do emphyteuta doador, salvo se dotado, ou dotada não quizer entrar á herança, e refizer aos outros herdeiros toda sua legitima, no caso, que a doação exceda a legitima do dotado, e a terça de seu pai, mãe, avô, ou avó, ou de ambos, se ambos lhe fizerão a doação, e ésta foi insinuada; Ord. liv. 4, tit. 97, in princ., e §§ 3, 17, 20, e 21, Assento de 21 de Julho de 1797, Almeid. e Sous. supra § 525; porquanto, se não foi insinuada, deve refazer todas as legitimas com a parte della, que exceder a taxa legal, até onde ella é válida independentemente de insinuação (§§ 466, 439, 470, e 484). Pela mesma razão tanto uma, como outra é sujeita juntamente com os demais bens da herança ás dividas do emphyteuta defuncto, salvos sempre os direitos do senhorio; Almeid. e Sous. supra § 518.

§ 593. COMO SE SUCCEDE NA EMPHYTEUSE  
FAMILIAR PURA.

A emphyteuse familiar pura, ou simples, tal como a que é concedida a Ticio, e á sua familia, ou a Ticio, e seus filhos, não faz parte da herança do emphyteuta; e por isso não requer precisamente no successor a qualidade de herdeiro; porque não é deferida por virtude do direito hereditario, mas por virtude do direito do sangue, e da investidura (§ 595, n. 10.º). Dahi vem:

1.º Que pôde succeder nella por nomeação feita em testa-

mento, ou por acto entre vivos um, ou outro dos que são da familia do emphyteuta primitivo, mas nunca um estranho; Ord. liv. 4, tit. 37, § 6.

2.º Que na falta de nomeação succede nella abintestado, primeiramente o filho legitimo mais velho d'entre os varões, e na falta de filho legitimo, varão, a filha legitima mais velha; e na falta destes o filho, ou filha natural, porque também estes são da familia, se forão reconhecidos pelo pai, no caso, em que o prazo pertence á este; Ord. liv. 4, tit. 36, §§ 2, 3, e 4, tit. 87, § 6, e Decreto de 2 de Setembro de 1847, Almeid. e Sous. supra p. 2, § 181.

3.º Que o netto, ou netta não succede em caso nenhum enquanto houver filho, ou filha, legitimos, ou naturaes reconhecidos pelo pai; porque nesta especie de emphyteuse não tem logar a successão por direito de representação; cit. Ord. tit. 36, § 2; e nem mesmo quando o unico filho, ou filha, que houver, tenha sido desherdado com legitima causa; porquanto a desherdação não lhe tira o direito de succeder abintestado nesta emphyteuse, o qual lhe pertence não por effeito do direito hereditario, mas por effeito do direito do sangue, e da vontade do instituidor do prazo, na fórmula da investidura, mediante a qual recebe o prazo não do foreiro, mas do senhor directo, segundo a Provisão de 17 de Agosto de 1801; e nem emfim quando repudia a herança, quanto aos outros bens do emphyteuta defuncto; porque nesta especie de emphyteuse não se requer no successor a qualidade de herdeiro, mas somente a de parente do emphyteuta defuncto.

4.º Que na falta de descendentes no primeiro grau succedem os do segundo e assim por diante preferindo sempre no mesmo grau o sexo masculino ao feminino, e no mesmo sexo o mais velho ao mais moço; cit. Ord. § 2.

#### § 594. CONTINUAÇÃO DA MATERIA DO PARAGRAPHO ANTECEDENTE.

Dahi vem também: 5.º que não se imputa na legitima do filho, ou filha, que succede nella por morte do pai, ou mãe, que a tinha, salvo o preço della, se foi comprada pelo emphyteuta defuncto, antes de casar, ou na constancia do matrimonio; Ord. liv. 4, tit. 97, §§ 22 e 24, ou o valor

das bemfeitorias extraordinarias, e avultadas, que o mesmo emphyteuta fez nella ; cit. Ord. § 22 vers.— *E assi lhe serd contado.*

6.º Que se o pai, ou mãe, á quem o emphyteuse pertencia, a deu em sua vida a algum de seus filhos, ou filhas, sem reserva do usufructo, esse filho, ou filha, por morte do pai, ou mãe doadora deve trazer á collação, ou a emphyteuse, ou o que ella valia ao tempo, que lhe foi dada, ainda mesmo no caso, em que o emphyteuta doador a tivesse adquirido por titulo benefico, ou lucrativo; porquanto, aindaque a emphyteuse, de que nos occupamos, não faça parte da herança do emphyteuta defuncto, comtudo a fruição dos proveitos della durante a sua vida estava entre os seus bens; e assim, a doação della por acto entre vivos, sem reserva do usufructo para o doador durante a sua vida, evidentemente prejudicou aos outros seus filhos; Ord. liv. 4, tit. 97, § 22 vers.— *Querendo Nós,*— e Provisão de 17 de Agosto de 1801; e se o pai, ou mãe, que a deu, era a derradeira vida, o donatario traz á collação a estimação della; cit. § 22 vers.— *E se o pai;* — Valasc. *de partit.* cap. 13, n. 126, Pinheir. *de emphyt.* p. 2, Disp. 5, sect. 2, § 3, n. 31: feita porém uma vez a imputação do preço, ou valor da emphyteuse, ou das bemfeitorias na porção legitima do filho, ou filha, á quem ella foi doada, ou indemnizados por outro modo os interessados, a emphyteuse não torna mais á collação por morte do outro conjuge; Ord. liv. 4, tit. 97, § 23, Cabed. p. 2, Decis. 3, n. 7.

7.º Que o successor não é obrigado ás dividas do seu antecessor; porque esta especie de emphyteuse está fóra da herança do defuncto emphyteuta; salvo, quanto ao preço, se elle a tinha comprado, ou quanto ao valor das bemfeitorias, se nella tinha feito algumas de subido valor, e permanentes; exceptuão-se tambem as pensões que o defuncto emphyteuta deixasse de pagar ao senhorio; porque este tem a respeito dellas hypotheca tacita e legal no predio aforado (§ 578, n. 2º).

#### § 595. CONTINUAÇÃO DA MESMA MATERIA.

Dahi vem finalmente : 8.º Que na falta de descendentes succedem pelo mesmo modo, e ordem, e com o mesmo direito

os ascendentes paternos, ou maternos do emphyteuta defuncto segundo a emphyteuse lhes veio pelo lado paterno, ou materno; Ord. liv. 4, tit. 36, § 4, a qual se deve intender com attenção ao direito do sangue do instituidor, de sorte que se a emphyteuse veio ao emphyteuta defuncto por parte de sua mãe, e de seu pai, e seu avô materno são vivos ao tempo da sua morte, a seu avô materno, e não a seu pai, deve passar a emphyteuse.

9.º Que na falta de ascendentes succedem pelo mesmo modo, e ordem os parentes collateraes do emphyteuta defuncto até o quarto grau inclusivamente, contado segundo o Direito Canonico; Lei de 9 de Setembro de 1769, § 26, a qual, abrogando a Ord. liv. 4, tit. 36, § 2, na parte, em que manda, que, fallecendo o foreiro sem nomear alguma pessoa ao fôro, e sem herdeiro descendente, ou ascendente, fique o fôro devoluto ao senhorio, extendeo a successão abintestado na emphyteuse familiar aos parentes transversaes até o referido grau.

10.º Que o conjuge sobrevivente, e os herdeiros, e credores do conjuge defuncto, á quem a emphyteuse pertencia, nenhum direito tem contra o seu successor por motivo da mesma emphyteuse; porquanto ella não faz parte da herança do defuncto; como já dissemos, e é deferida por força da investidura; Ord. liv. 4, tit. 96, § 24, vers. — *Porém* : — exceptúa-se contudo o caso, além dos referidos no paragrapho antecedente sob ns. 5.º e 6.º, em que o conjuge defuncto a tivesse obrigado ao conjuge sobrevivente; Ord. liv. 4, tit. 95, § 1 in fin.

11.º Que a emphyteuse familiar concedida ao marido para si, e para sua mulher, e um filho nascido d'entre ambos, qual o que fallecer por derradeiro nomear, é adquirida para ambos *in solidum* e *pro indiviso*, e assim por morte de um dos conjuges fica no outro na sua integridade, sem que mais alguém tenha nella algum direito; e do mesmo modo por morte deste passa ao filho, ou filha, ou netto, ou netta, que lhe aprouver nomear na falta de filhos, uma vez que esse filho, ou filha, netto, ou netta descenda de ambos os senhores uteis solidarios; Ord. liv. 4, tit. 37, § 6, *Cald. de nominat. Quæst.* 19, n.º 84 e 85.

12.º Que a Fazenda Nacional nunca succede na emphyteuse familiar, assim como não succeda na hereditaria, segundo dissemos no § 588, in fin.

## § 596. COMO SE SUCCEDA NA FAMILIAR MIXTA.

Na successão do prazo familiar mixto requer-se de mais, do que na successão do familiar simples, que concorra no successor a qualidade accrescentada na primordial instituição. Assim, no prazo concedido a *Ticio*, e *seus descendentes varões*, as fêmeas descendentes do emphyteuta são excluidas da successão testamentaria, e abintestado, mas não o são os varões descendentes dellas, porque também são descendentes do emphyteuta; Ord. liv. 4, tit. 36, §§ 2, 3, e 4.

Da mesma sorte no prazo concedido a *Ticio*, e ao *primogenito de seus filhos*, são excluidos os demais. Reputa-se porém por primogenito o mais velho d'entre os filhos varões vivos ao tempo da morte do emphyteuta, e na falta de filhos varões a mais velha das filhas; e assim dahi por diante a respeito dos nettos, e mais descendentes; porque nesta especie de prazo não tem logar a successão por direito de representação; Ord. liv. 4, tit. 36, § 2, e tit. 37, § 6.

## § 597. COMO SE SUCCEDA NA EMPHYTEUSE DE NOMEAÇÃO, E QUEM PÓDE NOMEAR PARA ELLA.

Chama-se emphyteuse *de nomeação* aquella, que é dada com a faculdade de nomear, e é principalmente nisso que ella differe da familiar, e da hereditaria.

A faculdade de nomear póde ser concedida por acta entre vivos, e por testamento; Ord. liv. 4, tit. 37, § ult.; e póde ser livre, o restricta aos herdeiros do emphyteuta, ou a sua familia (§ 573); e então concorda com a hereditaria, ou com a familiar; e assim, em cada um destes dous casos deve-se-lhe applicar o que dissemos nos §§ 588 e seguintes.

Podem nomear todos aquelles, a quem essa faculdade é concedida pela instituição primordial, ou por novo pacto, que posteriormente se lhe accrescentasse, ou mesmo por testamento; cit. Ord. liv. 4, tit. 37, § ult. Não póde porém o marido nomear sem a mulher, se esta lhe sobrevive, para o prazo, que lhe foi concedido para si, e para sua mulher, e um filho, que d'entre ambos nascesse; porque a nomeação, nesta especie de prazo, não concordando ambos, só pertence ao que fallecer por derradeiro; Ord. liv. 4, tit. 37, § 6.

Pelo contrario o marido póde nomear para aquelle, que já tinha, quando casou, ou que adquirio para si na cons-

tancia do matrimonio ; porque dispõe do que só a si pertence e para tempo, em que, acabada a communhão por effeito de sua morte, está extinto o direito do outro conjuge a participação do usufructo; Ord. liv. 4, tit. 37, in princ., tit. 96, § 24, vers — *Porém* — e tit. 97, § ult. O mesmo pôde fazer a mulher á respeito do prazo, que já tinha quando casou, ou que adquirio para si durante o matrimonio.

Não pôde porém o marido sem a mulher, nem a mulher sem o marido traspassar em sua vida a emphyteuse por titulo de dote, ou doação, feita ao que nomear para ella sem reserva do usufructo para si, enquanto viver ; porque nesse caso prejudica ao outro conjuge, que tem direito a participação do usufructo, enquanto perdurar o matrimonio ; Ord. liv. 4, tit. 48, § 8, e Provisão de 17 de Agosto de 1801. Os Religiosos professos não secularisados, e os condemnados por sentença ao banimento, ou ao ultimo supplicio não podem nomear (§ 334, n.º 2.º) ; mas a emphyteuse se defere a seus parentes mais proximos, descendentes, ou collateraes até o quarto grau inclusivamente, contando o segundo o Direito Canonico (§ 595, e Lei ali citada de 9 de Setembro de 1769, § 26), logo que a profissão tem logar, ou que a sentença condemnatoria se torna irrevogavel ; porquanto não é exacto o que alguns costumão dizer ; isto é, que a nomeação consiste mais no facto, do que no direito ; porquanto, quando recae em filha, ou netta, havendo filhos, ou nettos varões, ou em filho, ou filha mais moça, havendo filhos, ou filhas mais velhas, transfere a emphyteuse em quem ella não recahiria por Direito, se tal nomeação não tivesse existido ; porque então recahiria no filho mais velho, ainda que mais moço a respeito das filhas ; e na falta de filhos na filha mais velha, e não na mais moça ; Ord. liv. 4, tit. 36, § 2, vers. — *E onde houver filho.*

#### § 599. DAS PESSOAS, QUE PODEM SER NOMEADAS A EMPHYTEUSE.

Podem ser nomeados ao prazo todos os que não são especialmente prohibidos. Podem pois ser nomeados ao prazo concedido com livre poder de nomear, isto é, concedido á alguém para si, e para quem lhe aprouver nomear antes, ou ao tempo da morte. (Ord. liv. 4, tit. 37, pr.,) os seguintes :

1.º Não só os filhos legítimos, legitimados, adoptivos, e naturaes, senão também os espúrios; porquanto a Ord. liv. 4, tit. 36, § 4, só lhes prohibe succeder na emphyteuse abintestado, mas não por nomeação feita pelo pai entre vivos, ou por testamento; Cald. *de nominat.* Quæst. 19, n. 65, e *de potestat. eligend.* cap. 13, ns. 3 e 4.

2.º E até mesmo os estranhos (Ord. liv. 4, tit. 36, pr. e § 1.º) comtanto que não lhes seja prohibido por alguma lei especial (§ 575):

3.º Os Clerigos, aindaque o nomeante também seja Clerigo; Lei de 19 de Novembro de 1821, que vem na tabella, que acompanha a Lei de 20 de Outubro de 1823.

4.º O marido pela mulher, que se casou com elle na idade quinquagenaria, se não tinha filhos, nem outros descendentes nascidos de outro matrimonio: Ord. liv. 4, tit. 105; e a mulher pelo marido, que na dita idade casou com ella, aindaque tivesse filhos de outro matrimonio; porque a citada Ordenação, sendo restricta á mulher quinquagenaria, que tinha filhos, não se póde estender nem á quinquagenaria, que não os tinha, nem ao homem quinquagenario, de que não falla, e a respeito de quem não se verifica a razão da sua disposição (*a fraqueza do entender das mulheres viúvas*), declarada na mesma Ord. tit. 107, Cabed. Decis. 114, Pheb. p. 1, Decis. 93.

Quanto porém á emphyteuse de nomeação restricta aos herdeiros, só podem ser nomeados á ella os que são herdeiros do emphyteuta, assim como podem ser nomeados á familiar os que são da familia. E assim, na emphyteuse concedida *a Ticio e a um seu filho*, póde ser nomeada uma filha, aindaque haja filhos varões, mas não póde ser nomeado netto, nem netta, senão na falta absoluta de filhos; Ord. liv. 4, tit. 37, § 6.

Entre os filhos prefere aquelle, que o emphyteuta tiver nomeado, quér seja legítimo, do primeiro, ou do segundo matrimonio, quér seja natural reconhecido pelo pai por escriptura publica antes que casasse, ou por testamento na falta de filhos-legítimos; porquanto, como todos são, não só filhos por natureza, mas também herdeiros do emphyteuta, muito bem póde este preferir aquelle, que mais lhe agradar; Ord. liv. 4, tit. 36, §§ 2, e 4, tit. 37, § 6, e Decreto de 2 de Setembro de 1847.

Exceptuão-se porém o mesmo filho natural assim reco-

nhecido, e os filhos do segundo matrimonio na emphyteuse concedida ao pai antes que casasse a primeira vez, ou durante o primeiro matrimonio para si, para sua mulher, e para um filho, que d'entre ambos nascesse; Ord. liv. 4, tit. 37, § 6, e tit. 97, § 22; e da mesma sorte na emphyteuse comprada durante o primeiro matrimonio contrahido por carta de metade; Ord. liv. 4, tit. 97, § 22, vers. — *salvo, se fosse comprado.*

O filho adoptivo não é filho por natureza, e portanto não pôde ser nomeado á emphyteuse familiar, quer simples, quer mixta.

Na familiar mixta, em que além da qualidade de membro da familia do emphyteuta primitivo se requer qualquer outra, como a de varão, de legitimo, etc., só pôde ser nomeado quem a tiver. <sup>1</sup>

<sup>1</sup> Se o emphyteuta fallece sem ter nomeado pessoa alguma a emphyteuse, esta defere-se abintestado:

1.º Aos seus descendentes legitimos, e na falta destes aos naturaes, preferindo sempre o mais chegado em grau ao mais remoto; no mesmo grau o sexo masculino ao feminino, e no mesmo sexo o mais velho ao mais moço, regeitado o direito de representação (§ 595, ns. 2.º, 3.º, e 4.º).

2.º Aos ascendentes na falta de descendentes, conforme a dita prerogativa do grau e linha (§ 595 n. 9.º).

3.º Aos parentes transversaes até o quarto grau inclusivamente contado segundo o Direito Canonico; cit. § 565 n. 9. Só porém se intende que o emphyteuta falleceo intestado, e sem ter nomeado successor a emphyteusa, quando concorrem as seguintes circumstancias:

1.ª Quando não nomeou successor nem entre vivos, nem por testamento valido.

2.ª Quando não traspassou em sua vida a emphyteuse em alguma pessoa por titulo geral de dote, ou de doação; porquanto, se falleceo com testamento valido, o herdeiro instituido intende-se nomeado a emphyteuse, aindaque não fosse expressamente nomeado a ella no testamento; Ord. liv. 4, tit. 36 no fim do princ. e § 1, e da mesma sorte intende-se nomeado aquelle, em quem o emphyteuta traspassou em sua vida a emphyteuse por titulo de dote ou por outro qualquer com consentimento do senhorio: Ord. liv. 4, tit. 37, § 1, e tit. 38, in princ. vers. — *E no caso.*

Neste ultimo caso porém a doação, ou dote deve ser insinuado, se o emphyteuta não reservou para si o usufructo durante a sua vida; Assento de 21 de Julho de 1783, Decreto de 21 de Fevereiro de 1801, e Provisão de 17 de Agosto desse mesmo anno. Quanto á nomeação esta pôde ser feita sem prévia sciencia do senhorio, nem lhe é devido laudemio; pois é feita por virtude da invistidura (§ 583). Deve porém ser feita puramente sem nenhuma condição, nem sujeição a novos encargos, nem as dividás do nomeante, salvas as excepções referidas no § 596, ns. 5 e 6.

§ 601. QUANDO PODE SER REVOGADA A NOMEAÇÃO.

Se na instituição primordial foi dado ao foreiro o poder de nomear alguma pessoa antes de sua morte, ou ao tempo della, em cada um destes casos pôde fazer quantas nomeações lhe aprouvêr até o tempo de sua morte, e pela derradeira ficão revogadas as anteriores; Ord. liv. 4, tit. 37 in princ. Exceptúa-se porém o caso, em que o foreiro traspassar em sua vida em outra pessoa a cousa aforada por titulo de dote, ou por outro qualquer; porque então, aindaque elle reserve para si o usufructo durante a sua vida, a pessoa, em quem a cousa aforada foi assim traspassada, tem adquirido direito sobre ella, e consequentemente está extincto o direito de nomear, que até então o foreiro tinha; cit. Ord. § 1.

Pelo contrario, se no contracto primordial só foi dado ao foreiro o poder de nomear sem se fazer expressa referencia ao caso de morte, ou ao tempo della, a primeira nomeação não pode mais ser revogada, e se o for, a revogação é nulla; porque pela primeira é adquirido direito ao nomeado, aindaque della não seja sabedor; cit. Ord. § 2.

Havendo porém nomeação feita por escriptura publica no caso, em que o emphyteuta pode revogar as nomeações anteriores, não se pode provar por testemunhas que a nomeação feita pela dita escriptura foi revogada por outra nomeação posterior, salvo, se esta foi feita por testamento feito por palavra ao tempo da morte com as testemunhas, que as Ordenações requerem; cit. Ord. § 3.

Da mesma sorte no caso, em que o emphyteuta só pode nomear uma vez, a nomeação feita em testamento segue a natureza, e a sorte deste; e consequentemente é revogada, se o testamento o for pelo testador, que o fez, e pode então o testador fazer outra como lhe aprouvêr; e é tida por nenhuma no caso, em que o testamento seja declarado nullo por sentença; cit. Ord. § 4.

Todavia não prejudica á nomeação, assim como não prejudica aos legados comprehendidos na terça do testador a nullidade do testamento por causa de deshêrdação, ou preterição; Ord. liv. 4, tit. 82, § 1, Authent. *Ex. causa, C. de liber. præterit.*

## § 602. DA RENOVAÇÃO DA EMPHYTEUSE.

A emphyteuse deve ser renovada, quando vem a extinguir-se sem culpa do emphyteuta por serem findas as vidas, ou gerações, por que foi concedido ou por outra causa, que não se lhe possa attribuir a culpa.

Chama-se *renovação* a repetida concessão do direito emphyteutico extincto. Ella pois não é um novo beneficio, mas a continuação, ou prorogação do antigo; e tem por fundamento a regra de Direito Natural, e Civil, que não soffre que alguém se locuplete com prejuizo de outrem. E dahi vem que o senhorio é obrigado a renovar a emphyteuse extincta sem culpa do emphyteuta:

1.º Ainda no caso, em que não houve pacto expresso a esse respeito; Valasc. *de jur. emphyt.*, Quest. 33, n. 17, e Consult. 157, e Pereir. Decis. 31, n. 4, e Decis. 128; porquanto a equidade não tolera que perca sem culpa sua a emphyteuse aquelle, cujos maiores a bemfeitorisarão á sua custa.

2.º Ainda mesmo no caso, em que houve pacto especial, pelo qual se acautelou que haveria renovação; porquanto a equidade, e o favor publico da agricultura reprovão um tal pacto; Cald. *de renovat.* Quæst. 8, n. 19, e Quæst. 2, n. 21, e Valasc. Consult. 123, n. 13.

3.º Aindaque a emphyteuse não esteja melhorada; porquanto basta que não esteja deteriorada; Cald. supra, e Valesc. Consult. 201, n. 4.

4.º Que o direito de renovação comprehende-se nos bens do emphyteuta, e portanto pôde ser legado; Valasc. Consult. 157, e Pereir. Decis. 128.

## § 603. CONTINUAÇÃO DA MATERIA DO PARAGRAPHO ANTECEDENTE.

Dahi vem tambem: 5.º Que o senhorio pôde ser constrangido á fazer a renovação, ou por officio do Juiz, se ha orphãos interessados nella, ou por acção pessoal, cuja formula é indicada por Cabed. *de renovat.* Quæst. 29.

6.º Que o successor de emphyteuta, a quem compete a renovação, pôde metter-se na posse da emphyteuse logo que o emphyteuta fallece, ou reivindicall-a, se se achar na posse de outrem; Valasc. Consult. 156, e Per. Decis. 128.

7.º Que é costume e praxe antiga pedir-se a renovação dentro de um anno contado do dia, em que se extinguiu a emphyteuse; Valasc. Quæst. 39; salvo se houver legitimo impedimento; *de emphyt.* Disp. 7, sect. 3.

8.º Que deve ser feita (quanto aos prazos pertencentes a Igrejas, Ordens, e Mosteiros) conforme a invistidura, com as mesmas clausulas, e condições, e com a mesma pensão, cujo augmento é prohibido pela lei de 4 de Julho de 1768, Alvará de 22 de Maio de 1769 (§ 579 n.º 4.º, e § 607).

9.º Que o senhorio não póde exigir premio algum pela renovação; Ord. liv. 4, tit. 41.

10.º Que somente é devida a renovação áquelles, que podião succeder na emphyteuse, e se ella se não tivesse extinguido; Cald. *de renovat.* Quæst. 9. ns. 13 e 19, e Pereir. Decis. 128; e assim, na emphyteuse hereditaria o direito da renovação compete aos hereditarios legitimos, ou escriptos do ultimo emphyteuta, e na familiar aos seus mais proximos parentes conforme a prerogativa do grau, linha, sexo, e idade; Ord. liv. 4, tit. 33, §§ 2 e 4, e Lei de 9 de Setembro de 1769, § 26. Se o direito de renovação porém foi legado a um delles, este deve preferir aos outros; Pinheir. *supra* sect. 53. <sup>1</sup>

#### § 604. DOS MODOS, PORQUE SE EXTINGUE A EMPHYTEUSE SEM CULPA DO EMPHYTEUTÂ.

Muitos são os modos, porque se extingue a emphyteuse sem culpa do emphyteuta, e taes são principalmente os seguintes:

<sup>1</sup> Como hoje a emphyteuse concedida a *Ticio e seus descendentes*, ou a *Ticio, sua mulher, e um filho*, qual nomear o que delles fallecer por derradeiro, não caduca pela falta de descendentes, mas deffere-se aos ascendentes, e na falta destes aos collateraes até ao quarto grau inclusivamente (§ 595, n.º 9.º); segue-se que a estes independentemente da nomeação compete tambem o direito de nomeação; cit. Lei de 9 de Setembro de 1769, § 27.

Isso porém se intênde da renovação, que é devida por Direito, quando a emphyteuse se extingue sem culpa do possuidor; porquanto se ella se extingue por vontade, ou por culpa delle, como, v. g., por commisso, devolução, cessão, prescripção, e outros semelhantes modos, então depende inteiramente da vontade do senhorio concedel-a, ou denegal-a; e delle depende tambem nesse caso concedel-a com novas condições e augmento de pensão, se assiu lhe aprouvér; salvo, se for Corporação de mão morta, como acima se disse, sob n.º 8.º; Pinheir. *de emphyt.* Disp. 7, sect. 5.

1.º Pela destruição da cousa aforada por causa, que não dependeo do possuidor ; § 3, da *Inst. de locat.*; porquanto, como o direito emphyteutico está inherente ao corpo do objecto d'elle, perecendo este, necessariamente se extingue aquelle; princ. da *Inst. de usufruct.*

2.º Pela cessão, ou renuncia em favor do senhorio, se a emphyteuse for de tal natureza, que possa ser renunciada sem prejuizo dos possuidores, e o senhorio aceitar a renuncia; porquanto contra sua vontade não póde o emphyteuta demittir a emphyteuse.

3.º Pela prescripção, quér em favor do senhorio, quér em favor do emphyteuta: em favor do senhorio, como, v. gr., no caso, em que este possuiu em boa fé como bem allodial o predio aforado, e o primeiro não reclamou o seu direito antes de se completar a prescripção; e em favor do foreiro, se este em boa fé não pagou a pensão por todo o termo fatal; e o senhorio não usou do seu direito; *Cocc. Disp.* 7, cap. 6, n. 12.

4.º Pela extincção da gerações, ou vidas, porque foi concedida; porque, findas ellas, devolve-se ao senhorio; *Ord. liv. 2, tit. 1, § 6*, o qual todavia é obrigado a renovar-a (paragrapho antecedente).

5.º Pela consolidação, ou devolução especial por causa de caducidade, a qual se verifica no caso de não ficar parente algum até o decimo grau, quanto a emphyteuse hereditaria, e familiar perpetua; e até o quarto grau da linha collateral, contado segundo o *Direito Canonico*, quanto a familiar temporaria; *Lei de 9 de Setembro de 1769*.

A de livre nomeação caduca no caso, em que o que tinha direito de nomear successor morre intestado sem fazer a respeito della nomeação expressa, nem tacita, e sem deixar descendente, ascendente, nem collateral até o dito quarto grau inclusivamente; *cit. Lei de 9 de Setembro*.

#### § 605. DOS MODOS, PORQUE SE EXTINGUE A EMPHYTEUSE POR CULPA DO EMPHYTEUTA.

A emphyteuse extingue-se por culpa do emphyteuta :

1.º Por commisso, deixando de pagar a pensão por tres annos continuos: *Ord. liv. 4, tit. 39, in princ.*; nem o releva do commisso, em que assim cahio, o offerecimento, e

recebimento das pensões devidas, se o senhorio expressamente não o relevar d'elle; cit. Ord. § 1; requer-se porém sentença de Juiz competente, que julgue o emphyteuta incurso em commisso; arg. do Assento de 20 de Julho de 1780.

2.º Pela notavel deterioração da cousa aforada por effeito de dolo, ou culpa lata do emphyteuta; Novell. 120, cap. 8.º

3.º Pela alienação da emphyteuse sem consentimento do senhorio; Ord. liv. 4, tit. 38, in princ. O commisso porém costuma ser desculpado no emphyteuta por qualquer causa, que mostre não ter elle obrado com dolo; Gam. Decis. 242, n. 13, e Decis. 268 n. 2, e Valasc. Consult. 11, n. 44.

#### § 603. PARTICULARIDADES DA EMPHYTEUSE ECCLESIASTICA.

Como seja certo que na instituição de um prazo dá-se uma especie de alienação, porque se aliena o dominio util, dahi vem que a emphyteuse ecclesiastica não póde ser constituida sem as solemnidades canonicas; LL. 14 e 17, C. de Sacros. Eccles. cap. 5, Authent. de reb. eccles. alien. vel non. Isso porém só se intende a respeito da emphyteuse que se quer constituir de novo, mas não para a continuação ou renovação das antigas, que se devolverão á Igreja; Extravag. Ambiciosæ, de reb. eccles. non alien.

Assim constituida a emphyteuse, perde-se por commisso, se o emphyteuta deixa de pagar a pensão por dous annos continuos; cap. ult. de locat., e Ord. liv. 4, tit. 39, § ult.; e nisso se distingue da secular, ou civil, na qual só se incorre em commisso pela falta de pagamento da pensão por tres annos continuos (paragrapho antecedente); póde porém o emphyteuta purgar a mora, pagando as pensões devidas antes que seja citado, e ainda depois de citado, comtantoque seja antes de ser a lide contestada; cit. Ord. § ult., e Novell. 7, cap. 3, § 2, e cap. fin. de locat.

Requer-se nella escriptura publica não só para prova, se não também como cousa da substancia do contracto; cit. Novell. 7, in princ., Novell. 120, cap. 5, e Ord. liv. 4, tit. 19, no fim do princ.

§ 607. OUTRAS PARTICULARIDADES DA EMPHYTEUSE  
ECCLESIASTICA.

Antigamente a emphyteuse ecclesiastica não se extendia além dos filhos, e nettos, segundo a cit. Novell. 7, cap. 3, cap. *Potuit.* 4, *de locat.*, e Ord. liv. 4, tit. 39, §ult. in fin., onde manda guardar neste caso o Direito Canonico: hoje porém pôde ser perpetua, como a secular; Novell. 120, cap. 6, § 1, e Lei de 9 de Setembro de 1769, § 26. Também lhe são applicaveis a Lei de 4 de Julho de 1768, e o Alvará de 12 de Maio de 1769, que determinarão :

1.º Que se devia proscrever do fôro a opinião daquelles, que ensinavão que a Igreja podia adquirir e reter perpetuamente as emphyteuses, que lhe revertião por titulo de commisso, devolução, opção, ou consolidação; porquanto era contraria ás Leis da amortisação, e principalmente ao Alvará de 30 de Julho de 1611.

2.º Que os bens consolidados, ficando válidas as consolidações anteriores, fossem dados em emphyteuse pelas Igrejas, e Corporações de mão morta, dentro de um anno com os mesmos fóros, e laudemios, com que antecedente os tinham aforado.

3.º Que dahi em diante não pudessem as Igrejas, nem as ditas Corporações de mão morta reter por mais de anno e dia prazo algum, que por qualquer causa viesse a devolver-se-lhes.

Hoje pois não tem mais vigor entre nós a Ord.-liv. 1, tit. 62, § 48, e liv. 2, tit. 1, § 6, e outras, que parecia concederem ás Corporações ecclesiasticas o poder de reterem, e possuirem *in perpetuum* os prazos, que se lhes devolvião por titulo de opção, prelação, caducidade, ou commisso. <sup>1</sup>

<sup>1</sup> Como as Corporações de mão morta não possam reter em si bens immoveis, além dos adquiridos até 1611, por mais de anno e dia, tem-se duvidado se as mesmas Corporações podem possuir *padrões de juros reues*, ou titulos de divida nacional com vencimento de juros pagos pelo Thezouro Publico.

Aindaque taes padrões sejam considerados como bens de raiz pela Ord. liv. 3, tit. 47, alguns Doutores tem seguido que as referidas Corporações os podem possuir segundo as Leis; porque as que respeitão á amortisação versão sobre verdadeiros immoveis, e não sobre os que somente o são por pura ficção.

O Sr. Melho Freire porém mais acertadamente reprovã tal doutrina, não

## TITULO XVIII.

## Das prescripções.

## § 608. NOÇÃO DE PRESCRIPÇÃO, E SUAS ESPECIES.

A palavra *prescripção* toma-se, umas vezes como um meio juridico de adquirir, e outras vezes como um meio juridico de extinguir assim direitos, e obrigações, como as acções, que lhes andão annexas. Quando se toma no primeiro sentido, confunde-se com o *usucapião*,<sup>1</sup> e então chama-se *prescripção acquisitiva*; assim como se chama *prescripção extinctiva*, quando se toma no segundo sentido.

Uma e outra porém existem simultaneamente; porque ao mesmo tempo que um adquire um direito por virtude da posse nunca interrompida do objecto d'elle por todo o tempo determinado pela lei, de necessidade esse mesmo direito é extincto, e perdido para aquelle, á quem elle pertencêra até então, o qual não pôde justamente queixar-se senão da sua negligencia, e omissão em o reclamar, e fazer valer durante o lapso do tempo, que para esse fim lhe era concedido por lei.<sup>2</sup>

só porque o factio mui frequente de terem taes Corporações impetrado dis pensas (das quaes elle cita muitos exemplos), para possuírem os titulos, de que fallamos, ou por successão, ou por compra, faz suppôr Lei prohibitiva; senão também porque esta existe realmente no Alvará de 31 de Janeiro de 1775, § 3. Porquanto, concedendo á Misericórdia de Lisboa, e Hospitaes della a faculdade de poderem haver bens, que sem licença do Soberano não podião possuir por mais tempo, do que o determinado na Lei do Reino, refere como taes em primeiro logar *padrões de juro em qualquer dos Almozarifados, e Alfandegas*.

Taes titulos pois estão expressamente considerados na Lei como bens immoveis que as Corporações de mão morta não podem possuir sem licença do Soberano, e hoje do Poder Legislativa; Constit. art. 15, § 8. Acresce que a Provisão de 14 de Maio de 1700 já lhes dava a mesma natureza, declarando não poder certa Irmandade possuir um padrão, que lhe tinha sido deixado, e que por is-o estava devotuto ao dominio da Corôa.

<sup>1</sup> O *usucapião* exprime a ideia de adquirir o dominio das cousas corporaes por effeito da mansa posse e uso dellas pelo tempo marcado por lei para se poder adquirir por esse modo: a *prescripção* porém, significando isso mesmo, comprehende também na sua significação, e a extinção de direitos, obrigações, e acções por effeito do mesmo lapso de tempo.

<sup>2</sup> Em Jurisprudencia a *prescripção* encerra sempre em sua significação a idéa da aquisição de um direito para uma pessoa, e a idéa de extinção desse mesmo direito para outra. Della portanto resulta proveito

## § 609. DO FUNDAMENTO DA PRESCRIÇÃO.

O fundamento da prescrição é a presumpção legal de estar satisfeita, ou pelo menos remittida a obrigação, e de estar extincto o direito, que não se fez valer dentro de um longo espaço de tempo.

Os legisladores de todas as nações cultas tem admittido essa presumpção por consideração da immensa vantagem da certeza, e segurança da propriedade, e da diminuição das demandas, sempre fataes á sociedade, e sempre ruinosas para as partes.<sup>1</sup>

Todavia, como este modo de adquirir se desvia do principio do Direito Natural, pelo qual a propriedade de um não póde sem o seu consentimento passar para outro, as leis, estabelecendo as prescrições, não annullão a obrigação natural do prescribente, que tem della sciencia propria; porque á tanto não chega o poder dos legisladores humanos. Dahi vem:

1.º Que a prescrição não aproveita ao possuidor de má fé; Ord. liv. 5, tit. 3, § 1, e tit. 79, princ.

2.º Que o Juiz não a póde applicar, sem que o interessado a tenha allegado; Siv. á Ord. liv. 3, tit. 50, pr. n. 38; Cod. Civ. Fr. art. 2223.

3.º Que o devedor não se póde fundar nella para repetir aquillo, que pagou voluntariamente, porque esse seu facto importa reconhecimento da divida; citado Cod. art. 2233.

4.º Que não se póde renunciar anticipadamente; cit. Cod. art. 2220.

para quem adquire o direito, ou para quem se extingue a obrigação, em que estava a respeito de outro, e perda para aquelle, a quem esse direito pertencia, e para quem ficou extincto por esse modo.

<sup>1</sup> Alguns considerão injusto o usucapião, porque (dizem elles) aquelle, que uma vez se tornou proprietario de uma cousa, é sempre proprietario della, emquanto nao a transmittir a outro por acto de sua livre vontade; e assim nao é isento do crime de furto aquelle, que se arroga o dominio della pelo simples facto de a ter possuido por um certo numero de annos sem opposição de seu verdadeiro dono. Esta illação é verdadeira a respeito do possuidor de má fé; ella porém é falsa a respeito do possuidor de boa fé. Ora, como entre nós o possuidor de má fé não prescreve em tempo nenhum (cit. Ord. liv. 4, tit. 3, e tit. 79); é visto que não ha injustiça nenhuma na prescrição assim regulada.

A prova da má fé do possuidor, a qual depois do lapso de tempo incumbe ao verdadeiro proprietario, sem duvida é sempre difficil, e muitas vezes

§ 610. DOS REQUISITOS GERAES DA PRESCRIPÇÃO: E I. EMQUANTO AO SEU OBJECTO.

I. São requisitos essencial para a prescripção :

1.º Que, na acquisitiva, as cousas corporaes, que formão o seu objecto, não estejam fóra do commercio, como o estão, v. gr., as cousas sagradas, e os direitos e bens nacionaes de tal sorte ligados ao dominio publico, que não podem sahir delle sem mudarem de natureza (§§ 257, 259, 262, e 263).

2.º Que, na extinctiva, os direitos, e obrigações, e as acções, que lhes correspondem, sejam capazes de prescreverem, isto é, que não haja lei, que prohiba a sua extincção por effeito do lapso do tempo; como succede, v. gr., a respeito da obrigação de desfazer o balcão, ou passadiço feito sobre a rua; Ord liv. 1, tit. 68, § 32; a respeito da acção para extinguir o atravessadouro, Lei de 19 de Julho de 1773, § 12; e a respeito da acção para dividir a cousa commum, e outras semelhantes.

§ 611. II. EMQUANTO AO SEU COMEÇO.

II. Como a prescripção extinctiva extingue um direito, e a acção, que lhe corresponde, em consequencia da omissão da parte do sujeito delle em o fazer valer (§ 608); dahi vem que, para que ella possa aproveitar ao prescribente, e essencial:

1.º Que a acção fosse exequivel.

impossivel; isso porém não é razão bastante para se recusar a prescripção acquisitiva, ou usucapião. Seja o proprietario mais diligente; e se o não Poder ser, queixe-se da sua sorte; pois que o bem geral da sociedade não deve ser sacrificado indefinidamente ao bem individual; e tanto mais o não deve ser, que o usucapião acha apoio não só na recta razão, mas tambem na Sagrada Escriptura.

Na Sagrada Escriptura, porque achamos nelle que Jephtho se defendera a si, e a nação hebraica, contra os Ammonitas com a prescripção; Jud. XI. 26, nas palavras — *quum jam ducentos annos habitaverit Israel in Hesbon et villis ejus*; — e na recta razão, porque, esta nos diz, que, tendo Deos creado as cousas para utilidade dos homens, devem ceder ao occupante aquellas, que são achadas sem dono, e que não são reivindicados por este dentro de um periodo assás longo para se poder presumir com segurança, que as tem abandonado; sendo que sem isso a propriedade seria sempre incerta e vacillante, e as demandas seriam infinitas; §§ 46 e 47. Instit. de rer. divis., L. 1, D. de usucap., e L. 5, pro suo.

2.º Que aquelle, a quem ella competia, não estivesse razoavelmente impedido.

No primeiro caso a prescripção não corre, emquanto não chegar o tempo da exequibilidade da acção; é assim que nas obrigações *ex die*, ou *sub conditione*, a prescripção não corre emquanto não chegar o dia, ou não se verificar a condição; L. 7, § 4, Cod. *de præscript. trig. ann.*; é também assim, que na acção de evicção não corre a prescripção, emquanto a cousa não for evicta; Cod. Civ. Fr. art. 2257; e que na acção pignoratícia para pedir o penhor a prescripção não corre, emquanto a divida não for paga; L. 9, § 1. D. *de pignor. act.*

No segundo caso a prescripção não corre, emquanto durar o impedimento; é assim que a prescripção não corre contra os impuberes, emquanto durar a sua impuberdade<sup>1</sup>; nem contra os ausentes por serviço do Estado, emquanto durar a ausencia por esse motivo; nem finalmente emquanto a administração da Justiça estiver impedida, como no caso de peste, ou guerra; Ord. liv. 4, tit. 79, § 3, Cod. da Sard. art. 3886.

É também assim, que não corre, nem contra os filhos-familias, emquanto estiverem sujeitos ao poder paterno, a respeito das acções, que lhes competirem contra seus pais, ou contra terceiros a respeito dos bens invalidamente alienados por seus pais; Ord. liv. 3, tit. 9, § 3, e L. 1, § 2, Cod. *de ann. except.*; nem contra os conjuges, durante o matrimonio, a respeito das acções, que podião competir entre um e outro, ou á mulher contra terceiros, nos casos de reflectir a responsabilidade sobre o marido; Cod. Civ. Fr. arts. 2255 e 2256. Se o impedimento sobreveio durante o curso da prescripção, suspende-a temporariamente emquanto durar.

<sup>1</sup> Como nas menores puberes já se reconhece bastante capacidade para estarem a Juizo assistidos dos seus tutores, ou curadores (§§ 203, e 213); a prescripção trintennaria corre contra elles, assim contra os interdictos, ficando-lhes salvo o direito de restituição; Ord. Liv. 3, tit. 41, § 4 e 6, e liv. 4, tit. 79, § 2.

## § 612. III. EMQUANTO A SUA CONTINUAÇÃO.

III. O lapso do tempo da prescrição deve ser *continuo*, ou *não interrompido*. A interrupção (*usurpatio*) pode ser *civil*, ou *natural*.

A primeira tem lugar, quando o possuidor foi citado válida e explicitamente sobre o objecto disputado, aindaque sómento o fosse no Juizo Conciliatorio; Cod. Civ. Fr. art. 2243, e Ord. liv. 4, tit. 79, § 1, combinado com o art. 453, n. 2, do Cod. Comm. Brasil., e art. 38 do Decreto n. 737 de 25 de Novembro de 1850.

A segunda porém dá-se :

1.º Quando o possuidor, na prescrição acquisitiva, foi desapossado da causa, quer o fosse pelo proprietario, quer por um terceiro, se dentro de anno e dia não requireo a restituição; L. 5, D. *de usucap.*, e L. 17, D. *de acquir. vel amitt. poss.* Se a requireo, e a final a obteve, conta-se todo o tempo, que durou o litigio; Domat. *Loix civ.* liv. 3, tit. 7, *sect.* 5, art. 18.

2.º Quando o possuidor reconheceo o direito do antigo proprietario; ou quando, na extinctiva, o devedor reconheceo o direito do credor, quer expressamente, quer por factos, como, v. gr., pagando o aluguel, ou renda, pedindo espera, renovando o titulo, pagando juros, etc.; Cod. Civ. Fr. art. 2248, Cod. Comm. Brasil. art. 453, n. 1.

O tempo anterior á interrupção fica todo perdido para a prescrição, a qual, neste segundo caso, torna a correr de novo; cit. Ord. § 1., e nisto a interrupção differe da *suspensão*, da qual fallamos na paragrapho antecedente *in fin.* <sup>1</sup>

<sup>1</sup> Aindaque o possuidor a titulo de dominio não interrompe, nem perde a posse civil pelo facto de transferir a outro a posse natural, como quando, v. gr., aluga ou arrenda a cousa; comtudo, se por este, o outro semelhante modo a transferio ao antigo proprietario, contra o qual a quer prescrever, este, sem duvida adquire a posse civil; porque o verdadeiro proprietario não pôde possuir em nome de outro; L. 21, D. *de usucap.*, Pothier, *de la prescrip.* n. 41.

## § 613. IV. EMQUANTO Á BOA FÉ.

Para aproveitar a prescrição é necessario a boa fé, da parte do prescribente (§ 609, n. 1.º). A boa fé, na prescrição acquisitiva, consiste na persuasão, em que está o possuidor, de que a coisa possuída é propriedade sua; na extintiva porém consiste na persuasão, em que está o devedor de que não deve.

Em uma e outra requer-se portanto a boa fé da parte do prescribente; e requer-se não só no principio, mas por todo o tempo necessario para prescrever; Ord. liv. 4, tit. 3, § 1, tit. 79, pr. e cap. fin. Auth. *de prescripto*.<sup>1</sup>

Se no curso da prescrição a coisa, ou a divida passou a differentes pessoas, conta-se o tempo da posse de uns e outros, se houve em todos boa fé; e portanto, se o actual é de má fé, não lhe aproveita a boa fé do antepossuidor; *vice versa*, se o antepossuidor foi de má fé, o tempo da sua posse não aproveita ao possuidor actual de boa fé, para quem a prescrição só começa a correr desde o começo da sua posse; L. 43, D. *de usucap.*, Lobão Fascic. tom. 1, Diss. 4.<sup>a</sup>, § 69.

A boa fé presume-se, quando são passado trinta annos de posse; á parte adversa portanto incumbe a prova em contrario; Mello liv. 3, tit. 4, § 9, Stryk. Us Mod. liv. 41, tit. 3, § 2.

<sup>1</sup> Por Direito Romano (L. 43, § 1. D. *de acquir. rer. dom.*) bastava a boa fé, no principio do curso de prescrição, de sorte que, aindaque depois em algum tempo do curso della o possuidor viesse a ser sabedor de que a coisa não lhe pertencia, assim mesmo continuava o curso da prescrição. O Cod. Civ. Fr. art. 2269, adoptou nesta parte o Direito Romano; a nossa Ord. porém preferio a disposição do Direito Canonico no cap. fin. Auth. *de prescript*. Vej. Lobão, cit. Diss. 4.<sup>a</sup> *sobre a boa e a má fé das prescrições*.

Entre nós portanto é necessaria a boa fé em todo o tempo da posse, para prescrever, isto é, para se dar boa fé no possuidor, para prescrever por effeito della, é necessaria a constante persuasão de que a coisa lhe pertence; entretantoque na posse, pura usar dos interdictos, ou para fazer seus os fructos, basta a persuasão de que lhe pertence a posse da coisa, como, v. gr., no usufructuario.

Ordinariamente decide-se da boa, ou má fé do possuidor, conforme a justiça, ou injustiça do titulo (§ 614): pôde porém acontecer que seja de má fé o possuidor por justo titulo, como v. gr., se elle sabia, que a coisa não era de quem lha deu ou vendeo; e *vice versa* pôde dar se boa fé no possuidor por titulo injusto, como v. gr., naquelle, que errou de facto, comprando inscientemente á quem não era dono; L. 27. D. *de contr. empt*.

§ 614. DOS REQUISITOS ESPECIAES DA PRESCRIPÇÃO ACQUISITIVA:  
E I. DA POSSE TITULADA.

I. O mais essencial requisito da prescripção acquisitiva consiste na posse, ou quasi-posse, fundada em justo titulo, e boa fé; exceptuada a prescripção trintennaria, na qual basta a boa fé; Ord. liv. 4, tit. 3, § 1 vers. — *E vindo*.

Intende-se aqui por *titulo* a origem, e fundamento da acquisição, ou, segundo se diz em Direito Romano, a *causa dos direitos* (§ 296, nota); como são, v. gr., os contractos, a successão, a filiação, etc.<sup>1</sup>; e divide-se em *oneroso e benefico*, *gratuito ou lucrativo*, segundo o direito foi obtido por uma retribuição equivalenté, como na venda ou troca; ou sem retribuição alguma, como na doação.

Além disso diz-se *universal*, ou *singular*, segundo se refere a um todo de cousas, e direitos, como a herança, ou á um direito, ou cousa singular, como a locação de um predio rustico, ou urbano, etc.

Finalmente diz-se *revogavel*, ou *resoluvél*, e *irrevogavel*, ou *irresoluvél*, segundo se pode, ou não pode revogar, ou desfazer.

Para o titulo ser justo é necessario :

1.º Que seja verdadeiro; porque quem possui por titulo falso, aindaque suppondo-o verdadeiro, não pode prescrever; § 11, Inst. *de usucap*.

2.º Que seja legal; L. 27, D. *de usucap.*, Pothier, *de la prescription*, n. 28.

3.º Que seja habil para transferir a propriedade, ou pelo menos algum dos direitos reaes comprehendidos nella; L. 24, Cod. *de rei vind*.

Portanto é necessario que o possuidor tenha a posse ci-

<sup>1</sup> Quando aqui se falla do titulo, não se entende do titulo proveniente do verdadeiro senhor da cousa, que transferio por si mesmo a propriedade della; porque neste caso o possuidor não precisa de soccorrer-se á prescripção; para defender o seu dominio, e posse, é bastante exhibir o instrumento do contracto, se o tem; mas entende-se do titulo proveniente a *non-dominio*, o qual verdadeiramente não transfere a propriedade, porque não a tem; mas põe o possuidor de boa fé em estado de poder prescrever; assim, aquelle que vende um bem alheio não transfere a propriedade delle; mas aquelle que em boa fé lho comprou tem titulo habil para o prescrever, se permanecer a sua boa fé pelo tempo para isso necessario.

vil, aindaque a exerça por outrem; porque não pode prescrever o possuidor imperfeito, que possui em nome de outro, como, v. gr., o locatario; L. 13, D. *de usucap.* e L. 1, Cod. *comm. de usucap.* O titulo do começo da posse presume-se continuar, emquanto não se provar alterado; e portanto, se elle era habil para transferir a propriedade, assim continúa, e procede a prescripção; e *vice-versa*, se era em nome de outrem; Cod. Civ. Fr. arts. 2230, e 2231.<sup>1</sup>

O justo titulo não se presume; e portanto incumbe ao possuidor exhibil-o, excepto na prescripção trintennaria; Mell. liv. 3, tit. 4, § 6, Vej. o liv. 41 do Dig. tit. 3, até 10, onde se trata dos differentes titulos justos da prescripção (§§ 281 e seguintes).

## § 615. II. DA POSSE JUSTA.

II. Além da boa fé, e justo titulo (§§ 613 e 614), requer-se tambem que a posse seja *justa*, isto é, que não seja offensiva de direito de terceiro, ou, o que importa a mesma cousa, que fosse adquirida por modo conforme a direito, e com causa legitima (§ 285).

É portanto injusta, e por isso mesmo inhabil para prescrever, não só a posse violenta, ou tomada por meio da força contra a vontade do verdadeiro senhor da cousa, mas tambem a posse clandestina, e ainda mesmo a posse *precaria*, ou fundada em mera licença, ou mera tolerancia da parte do proprietario (cit. § 285), L. 4, §§ 25 e 26, e L. 31, § 4, D. *de usucap.*, e Cod. Civ. Fr. arts. 2228 e seguintes. Esta posse viciosa pode portanto ser opposta contra a prescripção, ainda quando o titulo da aquisição pareça legitimo.

<sup>1</sup> O possuidor pôde ter adquirido a posse, ou a titulo de proprietario, isto é, com o animo, e fim de adquirir a propriedade (§ 275), ou sem esse animo e fim (a *titulo precario*), como o colono, o usufructuario, e outros semelhantes possuidores imperfeitos, cuja posse não lhe aproveita para prescreverem, mas pôde aproveitar aos outros, que continuarem em boa fé a posse civil; porquanto a respeito destes verifica-se a regra — *neminem sibi ipsi causam possessionis mutare posse* — L. 3, § 19, D. *de acquir. vel amitt. poss.*, Cod. Civ. Fr. art. 2240. Assim, aquelle que obteve a cousa, v. gr., por locação, não pôde prescrevê-la, aindaque a possua por mais de trinta annos, porque lhe obsta sempre a sua má fé; mas os seus successores, se estão em boa fé, sem duvida nenhuma a prescrevem, a contar o curso da prescripção desde o começo da sua posse; Cod. Civ. Fr. arts. 2237, e 2239, Pothier, *de la prescript.*

### § 616. DO TEMPO DA POSSE NA PRESCRIÇÃO ORDINARIA.

Além da boa fé, justo titulo, e justa posse (§§ 613, 614, e 615); tambem se requer que a posse dure *sem interrupção* (Ord. liv. 4, tit. 79, § 1), por todo o espaço do tempo determinado pelas leis, o qual varia segundo as differentes especies de bens, e varias outras circumstancias.

Em regra, o tempo da posse, necessario para a prescripção acquisitiva de bens moveis, é de tres annos <sup>1</sup>, e para a dos immoveis, o de trinta annos (§ 617); sendo que nesta dispença-se o titulo (por se presumir algumas vezes perdido por tão longa diuturnidade), contanto que haja boa fé da parte do possuidor; Ord. liv. 4, tit. 3, § 1 vers. — *E vindo.*

### § 617. DA PRESCRIÇÃO DE TRINTA ANNOS, E PRIMEIRAMENTE DA PRESCRIÇÃO DA COUSA HYPOTHECADA.

A cousa, que o devedor hypothecára ao seu credor, prescrevia por dez annos entre presentes, e por vinte entre ausentes, segundo as diversas circumstancias previstas pela Ord. liv. 4, tit. 3, § 1, uma vez que houvesse titulo, e boa fé da parte do possuidor.

Como porém, depois que se estabeleceo o registro geral das hypothecas (§ 564 e seguintes), não é mais possivel,

<sup>1</sup> O Cod. Civ. Fr. art. 2279, adoptou a respeito da prescripção dos moveis a regra — *A posse equivale ao titulo de aquisição*, — adoptada tambem pelo Codigo da Hollanda, art. 214; excepto nas cousas perdidas, ou furtadas, nas quaes tem logar a prescripção triennial. Dahi conclue Delvincourt, *Cours de Cod. Civ.* tom. 2, liv. 3 tit. 6, chap. 3, que para adquirir moveis, excepto naquelles dous casos, basta o simples facto da posse; isto é, que o possuidor de um movel é de tal maneira reputado proprietario delle, que ninguem lh'o pôde reivindicar (salvo nos ditos dous casos), dando como razão justificativa:

1.º A conveniencia da repetida circulação de taes bens.

2.º A circumstancia de não serem ordinariamente firmados por escripto os contractos sobre estes bens.

3.º Os embaraços do commercio, se os acquirintes, para evitarem a evicção, tivessem de averiguar, se os alienantes erão, ou não erão legittimos proprietarios delles. Troplong, *Droit Civ. expliq.*, no commentario ao cit. art. 2279, exceptúa o caso, em que o possuidor esteja ligado ao proprietario por obrigação pessoal relativa ao movel, de que se trata, proveniente do contracto, ou quasi-contracto, delicto, ou quasi-delicto; porque então não se pôde defender com a simples posse; mas com a prescripção de tres annos.

juridicamente fallando, que um bem immovel hypothecado passe ao dominio e posse de um terceiro com boa fé da parte deste; pois que, se não sabe se tal bem está, ou não hypothecado a outro, pelo menos lhe é possível, e elle é obrigado tirar-se desse estado de duvida, visto que foi para isso mesmo que o dito registro geral foi instituido; é consequente que a dita especie de prescripção da causa obrigada, ou hypothecada não tem mais logar, por ser hoje facilmente vencível a ignorancia de facto, que antigamente era causa occasional da fé da acquirente.

Quanto á prescripção ordinaria de trinta annos, na qual não é essencial o titulo, uma vez que haja boa fé da parte do possuidor (§ 616), ella tem logar, em geral, a respeito de todas as cousas, direitos, obrigações, e acções, resultantes de contractos, ou quasi-contractos, delictos, ou quasi-delictos, ou disposições testamentarias; Ord. liv. 4, tit. 79, pr., Liv. 3, Cod. *de præscript. trig. vel quadrag. annor.*

Tambem tem logar em cada um dos seguintes casos :

1.º A respeito dos bens de menores, e dos adventicios do filho, que estava debaixo do patrio poder; L. ult. Cod. *Quib. ex. caus. maior. in integr. restit.*, L. 3, Cod. *Qui. non objic. long. temp. præscript.*, Novell. 22, cap. 24.

2.º A respeito das cousas, que por virtude de contracto, ou de disposição testamentaria é vedado alhear; L. 2, Cod. *de usucap. pro empt.*, L. fin. § 3, Cod. *Comm. de legat.*

5.º A respeito das cousas tiradas á seu dono por violencia, ou ameaças, quando tem permanecido sempre em poder do espoliador; Strik. *Us. Mod.* liv. 4, tit. 2, § 4.

4.º A respeito, da lesão enormissima, assim como tambem a respeito do supplemento da legitima, na parte em que algum dos herdeiros necessarios foi defraudado nella; Ord. liv. 4, tit. 13, § ult. in fin., Mor. *de exec.* liv. 6, cap. 14, n. 17, L. 30, L. 34, L. 36, Cod. *de inoff. testam.* (§ 484).

5.º A respeito das acções mixtas de pessoas, e reaes, como as que os Romanos significarão pelos vocabulos *Familix eriscundæ*, *Communi dividundo*, e *Finitum regundorum*; L. 7, Cod. *de pet. hæred.*, L. 1, § 1, Cod. *de ann. except.*, L. 3, pr. Cod. *de præscript. trig. vel quadrag. annor.*

## § 618. DA PRESCRIÇÃO DE QUARENTA, E DE CEM ANNOS.

Não prescrevem senão pela posse de quarenta annos :

1.º As dividas activas da Fazenda, e quaesquer dos bens nacionaes capazes de alienação; Ord. da Fazenda cap. 210, L. 4, § 1, Cod. de *præscript. trig. vel quadrad. annor.* Quanto porém aos bens nacionaes inalienaveis, e aos poderes, jurisdicção, e direitos essencialmente connexos com a soberania nacional, esses não prescrevem em tempo nenhum; Ord. liv. 2, tit. 45, pr. in fin., e §§ 8, 10, 55, e 56.

2.º Quaesquer dos bens provinciaes, e municipaes capazes de alienação; L. fin. Cod. de *fund. patrim.*

3.º Quaesquer dos bens de Igrejas, Confrarias e Mosteiros capazes de alienação; Auth. *Quas action.* Cod. de *sacros. eccles.*

Quanto a prescripção de cem annos, o Direito Patrio não faz menção della, <sup>1</sup> senão :

1.º Com relação á aquisição do direito de obrigar no sentido do costume constantemente observado por todo esse espaço de tempo, uma vez que concorrão os mais requisitos determinados pela Lei de 18 de Agosto de 1769.

2.º Com relação ao poder de desobrigar de pagar o que se contém no Foral, se por o dito tempo immemorial estava em posse de se não pagar; Ord. liv. 1, tit. 62, § 51, liv. 2, tit. 27, § 1, Lei de 3 de Agosto de 1770, § 4.

<sup>1</sup> Os interpretes do Direito Romano mencionão a *prescripção immemorial*, isto é, a prova da propriedade em virtude de uma posse tão antiga, que excede a memoria dos homens, a qual se pôde dar a respeito de cousas imprescriptiveis pelas leis, mas cuja aquisição é possível por privilegio.

Ella portanto é mais um meio de provar a propriedade, do que modo de adquirir; Corrêa Telles, Digest. Portug. 1, art. 1377, Mello e Lobão, liv. 3, tit. 4, § 7, apontão alguns exemplos, que pouco uso podem ter hoje. Conforme a Ord. liv. 2, tit. 27, § 1, extingue-se a obrigação contida em lei foral pelo facto da posse immemorial de se não pagar; não se pôde porém adquirir por meio della o direito de exigir alguma cousa; que não esteja expressamente contida na mesma lei foral; e isso, já porque a interpretação deve ser feita em favor da liberdade, e já porque aquelle, que tem em seu poder o instrumento censitico, tem perpetuamente contra si a sua má fé: cit. Ord. § 3.

§ 619. DOS REQUISITOS ESPECIAES DA PRESCRIÇÃO  
EXTINCTIVA.

Na prescrição extinctiva não se exige, além da boa fé, e dos mais requisitos apontados nos paragraphos precedentes relativamente á acquisitiva, os quaes lhe são communs, senão o lapso de trinta annos, contados desde quando o devedor devia cumprir a obrigação; Ord. liv. 4, tit. 79<sup>1</sup>; excepto :

1.º As dividas ao Estado, ou Thesouro Nacional, as quaes só prescrevem por quarenta annos; Ord. da Fazenda, cap. 210.

2.º Nos casos, em que por lei especial se estabelece praso mais breve, ou mais longo.

§ 620. DAS PRESCRIÇÕES ANOMALAS.

Ha muitas prescrições, que não se podem reduzir á uma ordem, e regra certa, e que por isso se chamão *anomalas*, ou *extraordinarias*. Não fallando das que são estabelecidas pelas leis criminaes, e commerciaes, e pelas que regulão a ordem do processo, indicaremos aqui somente as que respeitão ao nosso assumpto.

Nesta classe prescrevem :

I. Por um mez, a accção para engeitar animal comprado, ou obtido por troca, no caso de ter doença occulta, ou graves vicios do animo, como, v. gr., espantar-se, impinar-se, ou rebellar-se sem causa, se não forão declarados pelo vendedor ao comprador; Ord. liv. 4, tit. 17, §§ 8, 9, e 10.

<sup>1</sup> A cit. Ord. liv. 4, tit. 79, estabelece esta regra para a extincção das obrigações provenientes de contractos, ou quasi-contractos; os interpretes porém a tem ampliado não só as obrigações, que em Direito Romano se chamão *pessoaes*, fundadas no *jus ad rem*, e as *mixtas*, como a *de partilha*, *communis dividundo*, *finium regundorum*, *nullidade de testamento*, etc. (Mell. liv. 3, tit. 4, § 2); mas tambem a outras quaesquer, que se devão em virtude de contracto, ou quasi-contracto, delicto, ou quasi-delicto, ainda que sejam fundadas no *jus in re*, como v. gr., a obrigação do *emphyteuta*, o damno causado com a pratica de acto criminoso, etc.

É porém facil de entender, que as obrigações *reaes*, que não partem de contracto, seguem os termos da prescrição acquisitiva; porquanto se um terceiro adquire por meio da posse a propriedade do objecto prescriptivo, é claro que se extingue ao mesmo tempo a obrigação em que esse terceiro podia estar para com o antigo proprietario relativamente a esse mesmo objecto.

Tambem prescreve por um mez a accção para engeitar coisa inanimada, movel, ou immovel, por vicios, ou faltas desconhecidas ao comprador; cit. Ord. § 10.

II. Por sessenta dias, ou dois mezes:

1.º A excepção *non numerata pecuniæ*; Ord. liv. 4, tit. 51.

2.º A insinuação das doações; Lei de 22 de Setembro de 1828, art. 2, § 1.

3.º O usufructo, que compete ao pai sobre os bens adventicios do filho, que está sob seu poder, e o direito de succeder aos filhos, ou nettos o pai, ou mãe, avô, ou avó, que, enviuvando, e ficando ao conjuge defuncto filhos, ou nettos, que lhe devão succeder, e entre os quaes haja algum de menor idade, não fizer inventario dentro desse espaço contado do dia da morte do outro conjuge; Ord. liv. 1, tit. 88, § 8.

III. Por tres mezes:

1.º As soldadas dos criados, que servem por certa paga mensal; Ord. liv. 4, tit. 32, § 1.

2.º Os salarios dos Escrivães, Procuradores, contados do dia, em que o feito for findo; Ord. liv. 1, tit. 79, § 18, e tit. 92, § 18.

IV. Por seis mezes:

1.º A accção para engeitar escravo, que tinha, ou o vicio de fugitivo, ou tal enfermidade, que tolhe ao comprador servir-se delle; ou que tinha commettido crime de pena capital, de que ainda não estava livre; ou que já tinha tentado suicidar-se, se o vendedor, sabendo-o, não o manifestou ao comprador; ou que, emfim, não tem, sequer em mediano grau, as qualidades, ou habilidades, que o vendedor affirmou ter; Ord. liv. 4, tit. 17, pr., e §§ 2, 3, e 4.

2.º O dominio util, ou direito emphyteutico dos successores do prazo, se este não foi encabeçado em um delles, ou aliás vendido com consentimento do senhorio dentro desse espaço contado do dia da morte do foreiro; Ord. liv. 4, tit. 96, § 23.-

## § 621. CONTINUAÇÃO DA MESMA MATERIA.

Além disso prescrevem :

V. Por um anno :

1.º A acção para pedir o que o escravo menos valer em consequencia de vicio do animo, que o vendedor calou, não sendo o de fugitivo; Ord. liv. 4, tit. 17, § 2 (§ 695 in fin.).

2.º A acção para pedir emenda, ou reparação de lesão na sexta parte; Ord. liv. 3, tit. 17, § 5, e liv. 4, tit. 96, § 19.

VI. Por anno e dia;

1.º Os interdictos *de damno infecto*, e *Quod vi, aut Clam.*; Ord. liv. 3; tit. 48, pr.

2.º O fôro da situação da cousa; Ord. liv. 3, tit. 11, §§ 5 e 6.

VII. Por tres annos, — as soldadas dos criados, que servem por certa paga annual, não correndo todavia a prescripção para os menores, emquanto não completarem a idade legitima; Ord. liv. 4, tit. 32, pr.

VIII. Por quatro annos :

1.º A acção que compete a mulher, ou a seus herdeiros descendentes, para reivindicar os bens, que o marido deu, vendeu, ou obrigou a sua concubina, ou que esta lhe furtou, ou roubou; contado o dito espaço do dia da separação do matrimonio por morte de um dos dois, ou por outra causa; Ord. liv. 4, tit. 66.

2.º A restituição *in integrum*, contado o dito espaço do dia, em que o menor completou o idade legitima; Ord. liv. 3, tit. 41, §§ 4, e 6

IX. Por cinco annos :

1.º Qualquer dos commissos, porque o foreiro pôde perder o seu direito; Lobão, *Tr. do dir. emphyt.* § 801.

2.º A querella de testamento inofficioso; L. 8, § ult. D. *de inoff. testam.*

X. Por dez annos :

1.º A acção para reclamar de terceiro possuidor, ainda que de boa fé, a cousa tirada violentamente a seu dono por aquelle, de quem elle a houve; Brunneman a L. 3, Cod. *de his, quæ vi metusve caus.*

2.º Os bens immoveis possuidos por terceiro com justo titulo, e boa fé, se o verdadeiro dono delles sabia que erão seus, e que o seu possuidor de má fé os alheára ; e todavia, sendo elle, e o possuidor de boa fé presentes na mesma comarca, não os demandou á este durante o dito espaço de dez annos, incluídos nelle os de ausencia na razão de dois destes por um de presença ; pr. Inst. *de usucap.*, Novell. 119, cap. 7, Cod. Civ. Fr. arts. 2226 e 2265 <sup>1</sup>.

#### XI. Por quinze annos ;

1.º A obrigação dos testamenteiros de darem contas dos bens moveis dos testadores, e dos seus rendimentos ; Ord. liv. 1, tit. 62, §§ 8 e 22.

2.º A acção para se haver reparação de lesão enorme ; Ord. liv. 4, tit. 13, § 5.

XII. Por vinte e cinco annos, — a obrigação dos herdeiros, e testamenteiros de darem contas da execução dos testamentos, relativamente aos bens immoveis dos testadores, e seus rendimentos ; cit. Ord. tit. 62, §§ 8 e 22.

<sup>1</sup> Por esta Novella, no capitulo citado, a dita prescripção ordinaria por dez annos entre presentes, e por vinte entre ausentes, nao tem logar senao no caso, em que o verdadeiro proprietario é sabedor de que a cousa é sua, e de que o possuidor de má fé a alheou, e apesar disso não a reivindicou dentro do referido termo legal ; porquanto no caso de ignorancia de uma, ou de outra dessas duas circumstancias, só tem logar a prescripção trintennaria ; o que tambem se acha indicado na Auth. *Mala fidei*, Cod. *de præscript. long. temp.*

Por esta maneira a dita prescripção de dez annos entre presentes, e vinte entre ausentes ficou sujeita a tamanhas difficuldades (como são o provar o prescribente de boa fé que o reivindicante era sabedor da cada uma das duas referidas circumstancias), que raras vezes se poderá implorar com esperanza de bom resultado ; e então só aproveita a de trinta annos.

## DAS OBRIGAÇÕES

### LIVRO III.

#### Das obrigações, pactos, convenções, quasi-contractos e modos de dissolver as obrigações.

##### TITULO I.

###### Das obrigações.

###### § 622. RAZÃO DE ORDEM.

Tendo tractado no livro I do Direito com relação ás pessoas, e no Livro II do Direito com relação ás cousas, temos de tractar neste livro III, em outros tantos Titulos :

- 1.º Das obrigações hypotheticas :
- 2.º Das cousas essenciaes aos contractos, em geral ; e em particular, da sua forma, prova, garantias, penas conventionaes e interpretação.
- 3.º Das condições acrescentadas aos contractos, e ás disposições de ultima vontade.
- 4.º Dos pactos.
- 5.º Das convenções principaes e accessorias, beneficas e onerosas.
- 6.º Dos quasi-contractos.
- 7.º Dos modos de dissolver as obrigações.

###### § 623. DEFINIÇÃO DE OBRIGAÇÃO.

Como o nosso proposito é tractar somente das obrigações hypotheticas, nascidas de facto licito, ou illicito, de quem nascem para outrem direitos tambem hypotheticos, chamados *in rem*, ou *in re*, segundo affectão immediatamente a

pessoa, que é o sujeito da obrigação, que lhes corresponde, ou a coisa, que forma o seu objecto (*Introd. § XXVI, n. 3.º*, combinado com o § 629), os quaes, para sua garantia, e efficacia, são acompanhados dos meios juridicos de os fazer valer em Juizo, á que se deo em Direito o nome de *acções*; podemos definir a obrigação, toma-la nesse sentido; *um vinculo juridico, que nos liga de modo, que nos põe na necessidade moral de fazer, ou deixar de fazer alguma coisa segundo as Leis da nossa Cidade*; ou por outra: *é um laço de direito, que existe entre duas pessoas determinadas e em virtude do qual uma dellas tem direito de exigir da outra, que lhe dê, lhe faça, ou lhe preste alguma coisa.*

#### § 624. PRIMEIRA DIVISÃO DA OBRIGAÇÃO.

A obrigação, no sentido do dever juridico resultante de facto humano, póde nascer não só de contracto, e quasi-contracto, e de delicto, e quasi-delicto, mas tambem de pacto, e nua convenção, e de *varias figuras de causas*, como diz Gaio na L. 1, D. *de obligat. et action*. E esta é a primeira e principal divisão de obrigação no sentido de dever juridico derivado de facto humano licito, ou illicito.

#### § 625. SEGUNDA DIVISÃO DA OBRIGAÇÃO.

A divisão, que o Direito Romano faz da obrigação em *puramente natural, puramente civil, e mixta*, não se accomoda ás nossas leis, e costumes, no rigor do sentido desse Direito; porquanto a obrigação puramente natural é entre nós inteiramente destituida de effeito juridico civil; tal é, v. gr., a obrigação do filho-familias a respeito do dinheiro, que tomou por emprestimo; Ord. liv. 5, tit. 50, § 2; e a obrigação puramente civil é illidida po excepção perpetua; e portanto é ociosa, como muito discretamente pondera Paulo na L. 112, D. *de reg. jur.* — *Nihil interest, ipso jure quis actionem non habeat, an per exceptionem infirmetur.*

A *mixta*, como se funda em um, e outro vinculo, isto é, no Direito Civil, justamente tem efficacia no nosso fôro.

Mais simples era sem duvida a divisão da obrigação em *perfeita*, tal como a que liga uma das partes contractantes de sorte, que compete á outra o direito de a demandar em Juizo, para que lhe dê, pague, ou faça o que em rigor de

direito está obrigada a dar-lhe, pagar-lhe, ou fazer-lhe; e *imperfeita*, tal como a que só liga em consciencia, sem dar a outra parte o referido direito; Thomas, in *notaad tit. D. de obligat. et action* <sup>1</sup>.

### § 626. EXEMPLOS DE OBRIGAÇÕES PURAMENTE NATURAES.

Quando se diz que as obrigações puramente naturaes são destituídas de todo o effeito juridico, falla-se das obrigações, que não sahem dos limites de mera officiosidade, ou honestidade, ou para cuja efficacia o Direito Civil denega acção por alguma razão especial, como, v. gr., a respeito da obrigação do filho-familias, que tomou dinheiro emprestado; e taes são:

1.º A obrigação do mesmo filho-familias, a quem alguém emprestou dinheiro, e a obrigação da mulher, que ficou por fiadora de alguém; Ord. liv. 4, tit. 50, § 2, e tit. 61, in princ.

2. A obrigação contrahida pelo pupillo, que intende o que faz, ou pelo prodigo privado da administração dos seus bens, sem auctoridade de seu tutor, ou curador; Ord. liv. 1, tit. 88, § 28, liv. 3, tit. 42, § 2, e liv. 4, tit. 103, § 6.

3.º As obrigações accessorias accrescentadas á convenção reprovada por Direito; Ord. liv. 4, tit. 48, § 1.

As demais obrigações meramente naturaes tem quasi os mesmos effeitos, que as mixtas, ou perfeitas, com exclusão somente da acção, ou meio juridico de exigir em Juizo a effectividade dellas: Vinn. *ad tit. de obligat.* n. 4, Heinec. *ad Pand.* p. 6, § 381, not. Ellas portanto ligão em consciencia, ou inteiramente; não ligão porém externamente, isto é, no fôro externo, ou civil.

<sup>1</sup> A obrigação puramente natural, ou imperfeita, pertencem todos os officios de humanidade, e principalmente a obrigação do filho-familias, que tomou dinheiro emprestado, a qual não produz acção civil, segundo a Ord. liv. 4, tit. 50, § 2, e a obrigação antidotal, isto é, a gratidão para com o benefeitor, a qual também não a produz, nem por Direito Romano, nem por Direito Patrio; Puffendorf, *de jur. nat. et gent.* lib. 3, cap. 3, § 17, e Cicer. *de offic.* lib. 2, § 18.

## § 627. ENTRE NÓS TODA A OBRIGAÇÃO É CIVIL.

A outra divisão das obrigações em *Civis* e *Pretorias*, não tem uso nenhum entre nós; porque todas as obrigações, a que corresponde em outro individuo o direito de exigir em Juizo a effectividade dellas, derivão entre nós do Direito Civil, e portanto são *civis* <sup>1</sup>.

## § 628. DAS OBRIGAÇÕES, QUE DERIVÃO DOS CONTRACTOS.

Toda a convenção, que duas, ou mais pessoas fazem entre si de dar, fazer, ou não fazer alguma cousa, é um *contracto*; e este, ou é *principal* ou *accessorio*: o *contracto principal* porém, ou é *bilateral*, se produz obrigações, e direitos para cada uma das partes; ou é *unilateral*, se produz sómente direitos para uma, e obrigações para a outra. O primeiro também se denomina *oneroso*, e o segundo *benefico*, ou *gratuito*.

## § 629. DAS OBRIGAÇÕES PESSOAES, REAES, E NEGATIVAS.

Dizem-se *obrigações pessoaes* aquellas, que ligão certa pessoa sem respeito á posse de alguma cousa, como, v. gr., a obrigação de fazer, ou de não fazer alguma cousa. Póde porém ser objecto de um direito pessoal (*jus ad rem* ou *in rem*) certa e determinada cousa, que outro nos deve fazer, ou entregar.

Pelo contrario, dizem-se *obrigações reaes* as que estão connexas com a posse de uma cousa, como, v. gr., a obrigação de pagar a decima urbana, ou predial; L. 7, § 2, e L. 52, D. *de usufr.* Da mesma fórma, dizem-se *direitos reaes* (*jus in re*) aquelles, que tem por objecto uma certa cousa, sem respeito á pessoa, que a possui, como, v. gr., o direito de servidão predial; L. 12, Cod. *Commum. præd.*

<sup>1</sup> A referida divisão das obrigações em *Civis* e *Pretorias*, consta do § 1 da *Inst. de obligat.* Ella porém não tem uso algum pratico, já desde o tempo de Justiniano, que converteo em *civis* as obrigações pretorias, emquanto as incluiu no *Codigo*; porquanto no mesmo § cit. se chamão *civis* as obrigações, que são constituídas pelas Leis, ou que são approvadas pelo Direito Civil. Os nossos Magistrados pois, não podem constituir direitos, obrigações, nem Leis.

Uma vez transferidas sem outras pessoas as cousas, á cuja posse estão connexas obrigações reaes, transferidas são tambem estas, ainda que o possuidor, ou o credor não haja consentido; Ord. liv. 4, tit. 3, pr., e L. 4, D. *de serv. rust.*, L. 2, Cod. *de præd. et. omn. reb. navic.* Pelo contrario, o devedor de obrigação pessoal, ainda que a transfira em outra pessoa, não se livra, se o credor não consentio; L. 5, Cod. *de obligat. et a t.*

Em regra, todos os direitos pessoaes, ou reaes pódem ser cedidos, e transferidos á outro, exceptuados aquelles, que são concedidos á pessoas designadas para os exercerem pessoalmente; do que temos exemplo na Ord. liv. 1, tit. 96, e tit. 97; e aquelles, que são inherentes á pessoa, que tenha uma certa qualidade, como, v. gr., os direitos de advogado.

A cedencia, ou renuncia, que alguem faz do seu direito, deve ser clara, e indubitavel; porque é cousa, que não se presume; L. 25, pr. D. *de probat. et præ.*

Se o direito de quem deo era resolvel, não obsta á sua resolução o ter sido transferido; L. 31, D. *de pignor. et hypoth.*; porquanto a convenção de duas pessoas não póde offender o direito de terceiro.

Finalmente, dizem-se *obrigações negativas* aquellas que nos impõem a necessidade moral e juridica de nos abstermos de todos os actos, que tendão a empecer, ou prejudicar a quem quer que seja no livre exercicio, e pleno gozo de seus direitos (§ 5).

### § 630. DAS OBRIGAÇÕES MODAES, E CAUSAES.

Uma obrigação, ou um direito é *modal*, quando tem por origem e fundamento a promessa, ou doação de uma cousa para certo e determinado fim, que se ha de cumprir de futuro. E é *causal*, quando o que dá, ou promette uma cousa toma por motivo desse seu acto um factio verdadeiro, ou supposto acontecido antes.

No caso de ser duvidoso, se as palavras do promittente importão condição, ou modo, reputão-se *condicionaes*, se manifestão vontade de dar depois que se tenha verificado o evento: é reputão-se *modaes*, se se mostrar que quiz dar logo, e que o evento se seguisse depois.

Quando do implemento do modo resulta proveito a quem deo, ou a um terceiro, o modo deve ser precisamente

§. 635. DAS OBRIGAÇÕES PRINCIPAES, E ACCESSORIAS.

Diz-se *obrigação principal* aquella, que primeiro começou a existir, e que subsiste por si mesma independentemente de outra; e diz-se *obrigação accessoria* aquella, que não existe sem a principal, á qual accresce para garantia, e segurança do cumprimento della; e que por isso mesmo extingue-se quando se extingue a principal, e é nulla quando a principal for nulla; Ord. liv. 4, tit. 48, § 1, tit. 50, § 2, e tit. 67, § 8. E assim, que ás obrigações resultantes de contractos, e outras podem-se dar fiadores e abonadores, penhores, ou hypothecas, etc.

Diz-se *fiador*, aquelle, que se obriga por outra pessoa a dar, ou fazer alguma cousa, á que esta se obrigou.

O menor, e o maior, que tiver curador, como interdicto da administração dos seus bens, não se obriga validamente por fiança sem auctoridade, ou consentimento do seu curador; e ainda, intervindo este, poderá pedir o beneficio da restituição até quatro annos, contados do tempo da emancipação, ou do levantamento da interdicção; §. 9, Inst. de *mut. stip.*, e Ord. liv. 4, tit. 61, § 7.

As mulheres não podem ser fiadoras, nem tomar sobre si obrigações alheias; cit. Ord. pr. A mulher, porém, que é herdeira do devedor fallecido, póde renovar em si a obrigação deste, se aceitou a herança; cit. Ord. § 4. E póde também obligar-se a pagar ao seu fiador o que elle, como tal, tiver pagado por ella; cit. Ord. § 4, verb. — *ella depois se obrigasse.*

A mulher, que affiançou alguém, vindo a ser herdeira deste, antes de paga a divida, fica obrigada á divida, não como fiadora, mas como herdeira do devedor; cit. Ord. § 5. No caso porém, em que, depois da fiança, recebeu do devedor a quantidade, ou cousa, por que o affiançára, fica obrigada, como se legalmente o houvesse affiançado; cit. Ord. § 6.

Também fica obrigada, se ficou por fiadora de dote, que outro prometteo para casamento, ou de resgate para captivo; ou se, para enganar o credor, se vistio de homem; ou se, fingindo-se herdeira do devedor, tomou sobre si a divida nessa qualidade; cit. Ord. §§ 1, 2, e 3.

A fiança indeterminada da obrigação principal, ou capital, comprehende também os juros; L. 52, § 21, e L. 56, § 2, D. de *fidejuss.*

Aquelle, que affiançou alguem, sem este o saber, reputa-se gestor do seu negocio; aquelle porém, que o fez a rogo do devedor, reputa-se seu mandatario, e como tal compete-lhe a acção de mandato; L. 4, pr. D. *eod.*, e L. 60, D. *de reg. jur.*

Não se reputa fiador aquelle, que em boa fé recommenidou outro, affirmando sua probidade, ou solvabilidade; L. 12, § 12, D. *mandat.*; mas, se houve dolo na recommendação, ou asseveração, é responsavel pelo damno causado; L. 47, D. *de reg. jur.*

Fallecido o fiador, o devedor é obrigado a dar novo fiador idoneo, ou pagar a divida, embora não esteja vencida; salvo se antes quizer dar penhores bastantes; L. 10, § 1. D. *qui satisd. cog.*

Quando um rendeiro, ou arrematante de rendas publicas dá fiança á segurança dellas, elle e o fiador devem declarar os bens que obrigão, e estes devem ser avaliados por peritos, para se evitarem as fraudes; Ord. da Faz. caps. 166 e 167.

O marido, que affiança outra pessoa, sem outorga de sua mulher, não obriga a meação della; se a fiança porém versou sobre rendas publicas, obriga sua mulher a respeito de todos os bens moveis do seu casal; e se o proprio marido tomou para si rendas publicas, ou particulares, e deo seus á fiança, os bens de ambos, moveis, e immoveis, ficão obrigados; salvo, se no contracto dotal outra cousa foi contractada; Ord. liv. 4, tit. 60.

### § 636. DAS OBRIGAÇÕES NASCIDAS DE FACTO DAMNOSO.

Aquelle, que de proposito, ou por culpa lata ou leve causou damno a outrem em sua pessoa, ou bens, é obrigado civilmente a prestar-lhe completa indemnisação; Cod. Crim. arts. 21 e 22, e Lei de 3 de Dezembro de 1841, art. 68.

Nem o isempta dessa obrigação a circumstancia de ter sido o damno involuntario, ou casual, se o acto, que o causou era contrario a alguma Lei prohibitiva, ou mesmo se, sendo licito, não foi praticado com attenção ordinaria; ou se, devende, e podendo o damno ser previsto, e acautelado, não o foi como cumpria; argum. da Ord. liv. 4, tit. 53, § 3, e L. 29 in princ. D. *ad leg. Aquil.*

Se o damno foi causado por muitos, e não poder deter-

mínar a porção que pertence a cada um, cada um responde por todos, e todos por cada um; L. 51, § 1, D. *ad Leg Aquil.*

Quanto ao damno causado por impuberes, ou menores de doze, ou quatorze annos, em que já se dá algum uso de razão, e discernimento, todos convêm em que deve ser indemnizado a custa de seus bens, se os tiverem; § 18, da Inst. *de obligat. quæ ex delict.*, Vinn. ao § 1, da Inst. *ex duob réis. n. 2.*

Não pensão porém todos do mesmo modo a respeito do damno causado por menores de sete annos, e por furiosos, e loucos de todo o genero, no caso, em que elle não poder ser imputado a culpa, ou negligencia da pessoa, que os tinha sob sua guarda; porquanto querem uns que neste caso se considere como caso fortuito, que não admite indemnisação; e neste sentido legislarão a L. 5, § 2, D. *ad Leg. Aquil.* e L. 12, D. *ad Leg. Corn. de sicar.*, Cod. Civ. Fr. art. 1384 e Cod. da Pruss. p. 1, arts. 42 e 57.

Outros porém pensão que é mais razoavel que elles satisfação por meio dos bens, se os tiverem, o damno, que causarão á terceiro, ainda que sem conhecimento do mal, e directa intenção de o praticarem; do que forçar o terceiro a supportal-o, como se fôra effeito de um verdadeiro caso fortuito. O nosso Codigo Criminal, art. 11, e a Lei de 3 de Dezembro de 1841, art. 68, derão a preferencia á esta última opinião.

#### § 637. DAS OBRIGAÇÕES NASCIDAS DO FACTO DA POSSE DA COUSA ALHEIA COM BOA FÉ.

O possuidor de boa fé faz seus os fructos, e rendas, que percebeo da cousa alheia até o ponto, em que foi constituido em má fé; § 35, da Inst. *de rer. divis.*; e portanto só é obrigado a restituir a cousa com os fructos, e rendas, que percebeo desse tempo por diante, e com a somma dos encargos reaes della, se deixou de os satisfazer durante o tempo que a possuio; Voet. *ad Pand. L. 41, tit. 1, n. 12.*

Se fez porém na mesma cousa bemfeitorias necessarias, ou proveitosas, póde pedir indemnisação do valor addicional, que ellas lhe accresentarão, devendo comtudo compensar os fructos, que dellas colheo: Ord. liv. 3, tit. 86, § 5, e liv. 4, tit. 48, § 7, e L. 48, D. *de reivind.*

Por identidade de razão, se tambem houver deteriorações,

deve abster a estimação das bemfeitorias; Mend. p. 2, liv. 3, cap. 21, n. 104, e Mor. de execut. liv. 6, cap. 9, n. 119.

Além disso, não lhe querendo o dono pagar as bemfeitorias de recreio, é-lhe licito arrancal-as, se o poder fazer sem damno, ou detrimento da cousa; L. 38. D. de reivind.

§ 638. DAS OBRIGAÇÕES NASCIDAS DO FACTO DA POSSE DA COUSA ALHEIA COM MÁ FÉ.

Pelo contrario, o possuidor de má fé, além da restituição da cousa, é obrigado não só a restituir os fructos, e rendas, que percebeo durante a injusta posse, mas ainda as que podia ter percebido, e que não percebeo por negligencia, e deleixo; L. 33, D., e L. 5, Cod. de reivind.

Devem porém ser-lhe descontadas as despesas necessarias para a cultura, e amanho das terras, e colheita dos fructos, da mesma sorte que as bemfeitorias necessarias e a somma dos encargos reaes da cousa, que elle tiver pagado. L. 36, § 5, D. de hæred. pet., e L. 5. Cod. de reivind.

Quanto ás bemfeitorias proveitosas, e ás de mero recreio, não lhe compete, senão o direito de as arrancar, se o poder fazer sem detrimento da cousa, salvo se o dono espontaneamente lhe quizer dar a estimação dellas.

Além disso é obrigado a indemnisar o dono da cousa a respeito das deteriorações, que nella houver, ainda que estas provenha de culpa levissimo; L. 13, D. de reivind.; e se a cousa pereceo, ainda que fosse por caso fortuito, é obrigado a pagar-lhe o valor della, a menos que não prove que ella teria perecido do mesmo modo no poder do dono; L. 15, § 3, D. de reivind.

Nenhum caso fortuito porém o livra da referida obrigação, se elle obteve a posse por furto, ou por esbulho; L. 20, D. de conflict. furt., L. 19, D. de vi et vi arm., argum. da Ord. liv. 4, tit. 58, pr., e § 1.

Existindo a cousa, não póde retel-a, em cada um destes casos, a pretexto de pagamento das bemfeitorias necessarias; França a Mend. liv. 3, cap. 21, n. 340.

Da mesma sorte não póde pedir a retenção da cousa a pretexto de pagamento das ditas bemfeitorias, no caso, em que os fructos, e rendas, que elle é obrigado pagar, equivalhão, ou excedão o valor das bemfeitorias; Peg. de interd. cap. 11, n. 856, e Almeid. e Sous. Tract. das exec. § 231, nem

tambem no caso, em que o dono deposita o valor dellas; Almeida, cit. *Tract.* § 133.

## TITULO II.

**Das cousas essenciaes aos contractos, em geral : e em particular, da sua fórma, prova, garantias, penas convencionaes e interpretação.**

### § 639. DAS COUSAS ESSENCIAS AOS CONTRACTOS, EM GERAL.

São essenciaes ao contractos, em geral, para sua validade os seguintes requisitos :

1.º Que as partes contractantes sejam capazes de contractar ; Ord. liv. 1, tit. 88, §§ 27 e 28, e liv. 3, tit. 42, §§ 1 e 2.

2.º Que intervenha livre consentimento de uma, e outra parte ; Ord. liv. 4, tit. 5, § 1, ibi — tanto que a compra e venda for acabada por consentimento das partes.

3.º Que seja licito o objecto do contracto ; Cod. Civ. Fr. art. 1108, e Ord. liv. 4, tit. 70, § 3.

4.º Que se observem as formulas estabelecidas pela Lei, quando ella comminar penã de nullidade contra a preterição dellas, como, v. gr., as formalidades dos esponsaes estabelecidas pela Lei de 6 de Outubro de 1784.

Subintende-se porém, ainda que não tenha sido expressamente estipulado, tudo aquillo, que for da natureza do contracto ajustado entre as partes ; e não assim o que for da sua essencia, se não foi expressamente estipulado entre as partes, que bem o podem fazer, contanto que não alterem a substancia, ou essencia do mesmo contracto. Não se subintendem porém os accidentes, ou cousas accidentaes dos contractos ; Pothier, *Tr. des oblig.* 1, p. cap. 1, ns. 5, e seguintes.

### § 640. DAS PESSOAS CAPAZES, E INCAPAZES DE CONTRACTAR.

Podem ser partes em um contracto, não só pessoas singulares, mas tambem Corporações licitas, legalmente representadas ; L. 7, § 1, *D. quod cuj. universit. nom.*

Para os negocios de Corporações devem ser convocados

todos os membros dellas, que tiveram direito de voto. Basta porém que compareção duas terças partes delles, para se poder tractar de qualquer dos seus negocios ; L. 2, § 3, D. *de decret. ab ord. fac.* ; e tem-se por valioso o que se venceo pela maioria dos votos, exceptuados os casos especiaes, em que se exigir maior numero : L. 17, § fin. D. *de recept. qui arbitr. recep.*, L. 19, D. *ad municip.*

São incapazes de todo e qualquer contracto os menores de sete annos, os furiosos, e os mentecaptos ; §§ 8, e 10, *Inst. de inut. stip.*, L. 5, e L. 40, D. *de reg. jur.* ; exceptuão-se os foriosos, que tiverem lucidas intervallos, *emquanto estiveram em seu sizo e entendimento* ; Ord. liv. 4, tit. 103, § 3.

Os maiores de sete annos porém, assim como os prodigos privados da administração dos seus bens, podem estipular qualquer contracto, que lhes seja vantajoso ; mas não se obrigação validamente, sem que intervenha a auctoridade de seus tutores, ou curadores ; L. 28, D. *de pact.*, D. 41, D. *de cond. ind.*, e L. 6, D. *de verb. oblig.*, e cit. Ord. §§ 3, e 6.

Se o menor, depois de emancipado, ratifica expressa, ou tacitamente o contracto, que fez na menoridade, então o contracto fica válido, e obrigatorio ; L. 1, e L. 2, *Cod. Si maj. fac. rat. hab.*

A mulher casada não pode fazer contracto algum sem auctoridade de seu marido, exceptuados os casos especiaes providenciados nas Leis ; *Per. Decis. 77. n. 3, Mor. de exec. Liv. 2, cap. 20. n. 119, e §§ 123 até 127 inclusive deste Compendio.* A ninguem porém compete senão ao marido, annullar o contracto feito pela mulher sem auctoridade de seu marido ; *Cod. Civ. Fr. art. 1125.*

Aquelle que contractou com menor, ou prodigo, sabendo, ou tendo razão de saber, que o era, não pode allegar a falta da intervenção da auctoridade do tutor, ou curador, para o fim de se annullar o contracto, que fez com elle ; L. 6, *Cod. de legib.*, e argum. da cit. Ord. § 6, *ibi.* — E além disso, se o dito prodigo por virtude de taes contractos alguma cousa receber, não poderá mais por ella ser demandado.

## § 641. DO CONSENTIMENTO.

Para a existencia de um contracto ou pacto é essencial o livre e expresso consentimento de ambas as partes ; L. 55, D. *de obligat. et act.* Ouando porém depois do expresso consentimento de uma das partes a outra praticou actos externos, que licitamente não podia praticar, se não tivesse consentido, esse seu tacito consentimento manifestado por seus ditos actos externos é sufficiente ; L. 5, D. *rem rat. hab.*, e L. 4, D. *pro socio*.

É nullo o consentimento de cada uma das partes nos seguintes casos :

1.º Se foi extorquido por força, ou ameaças de perda da vida, saude, honra, ou liberdade; L. 4, e L. 7, Cod. *de his quæ vi metusve caus. gest. sunt*.

2.º Se interveio erro sobre a substancia da cousa, que fez o objecto do contracto, como, v. gr., se me vendeo alquime por ouro; L. 57, D. *de obligat. et act.*, e L. 116, § 2, D. *de regul. jur.*

3.º Se interveio erro acerca da pessoa, quando pelas circumstancias concurrentes se manifestar que o contracto não teria sido feito, se o erro fôra conhecido, como, v. gr., se contractei com um prodigo privado da administração dos seus bens, ignorando essa circumstancia; Pothier, *Tr. des obligat.* p 1, cap. 1, ns. 18 e 19.

4.º No contracto feito com pessoa retida em carcere privado; Ord. liv. 4, tit. 75, in princ.

5.º No contracto feito com o que está preso em cadeia publica por aquelle, que requireo a sua prisão, se não lhe foi dada auctoridade para o fazer pelo Juiz, que o mandou prender, ou que dever conhecer do seu feito; cit. Ord. in princ. verso. — e sendo preso.

6.º Quando uma das partes empregou dolosamente artes, e enganos, que a outra não teria consentido no contracto, se os conhecêra; L. 1, § 1, D. *de dol. mal.*, Pothier, sup. n. 29<sup>1</sup>.

<sup>1</sup> Se o dolo, artes ou enganos forão obra de terceiro, ignorada por ambas as partes, então o contracto é valido, e só resta á parte enganada o direito de demandar o enganador por perdas, e interesses; Cardos. verb.—*Contractus*— n. 10, Pothier, *Trait. des oblig.*

7.º Quando uma das partes, com enganos e malicias, fez que a outra se lhe obrigasse em mais, do que na verdade lhe devia; Ord. liv. 3, tit. 34, § 1.<sup>o</sup>

8.º Quando, em contracto bilateral, uma das partes foi enganada, aindaque sem dolo da outra, em muito mais de metade do justo valor do objecto do contracto; Ord. liv. 4, tit. 13, in princ. e § 10, in fin., e L. 5, Cod. de dol. mal.

9.º Na renuncia da acção de lesão enorme; sendo que aindaque a parte lesada diga que faz doação do que a causa mais valer, ou se possa provar que ella sabia o verdadeiro preço da cousa, assim mesmo pôde usar da referida acção; cit. Ord. § 9.

10.º Nos contractos simulados, que as partes realmente não querião contrahir, como, v. gr., se uma dellas hypothecou simuladamente á outra todos os seus bens para o fim de defraudar os seus credores; Ord. liv. 4, tit. 71.<sup>o</sup>

### § 642. DO OBJECTO DO CONTRACTO.

O objecto do contracto deve ser cousa licita, possível, e que esteja em commercio; L. 28, D. de pact. É portanto nullo.

1.º O contracto, que tem por objecto uma cousa, que já não existe, ou que nunca poderá existir; § 1. Inst. de inutil. stip., L. 31, D. de reg. jur.

2.º O contracto, que tende á pôr em circulação alguma

<sup>1</sup> Neste caso, se a parte, que com engano fez a outra obrigar-se-lhe por escriptura publica, ou perante testemunhas em mais, do que na verdade lhe devia demandar esta por tal obrigação assim enganosamente contrahida, e a parte assim enganada lhe provar o engano, esta é absolvida assim do que verdadeiramente lhe devia, como do mais, que pelo engano foi acrescentado; cit. Ord.

<sup>2</sup> Se o contracto foi simulado por defraudar os credores, uma das partes perde a estimação do objecto do contracto, e a outra perde o equivalente; sendo a terça parte para as pessoas, em cujo prejuizo foi feita a simulação, e a restante terça parte para quem a accusou; cit. Ord. in princ.

E se a simulação não foi feita em prejuizo de pessoa alguma, mas somente em fraude de alguma Lei, ou Ordenação, metade das referidas penas é para quem a accusar, e a outra para a Fazenda Nacional; cit. Ord. in princ. vers. — E se não for feita.

E porém perdoada a pena á parte que denunciou a simulação; mas se a não provar, é responsavel á outra parte pela injuria; cit. Ord. § 1.

cousa, que não está em commercio, como, v. gr., as cousas sagradas; § 2. Inst. *eod.*

3.º O contracto sobre cousa torpe, ou contraria aos bons costumes; porque reputa-se moralmente impossivel; L. 26, e L. 123, D. *de verb. obligat.*

4.º O contracto, porque alguém promettesse á outro sob certa pena de o fazer herdeiro em parte, ou em todo, ou lhe fizesse doação entre vivos de todos seus bens moveis, e immoveis, direitos, e acções, havidos, e por haver, não reservando delles para si cousa alguma; Ord. liv. 4, tit. 70, § 3.

5.º O contracto sobre herança de pessoa viva, pelo qual um herdeiro desta transfira o seu herdeiro hereditario em pessoa, que não era herdeiro della; cit. Ord. § 3, Cod. Civ. Fr. art. 1130.

Além disso, o objecto do contracto deve ser cousa certa, e determinada na sua especie, e quantidade; L. 94, D. *de verb. obligat.* É porém válido o contracto, quando a incerteza da quantidade da cousa poder ser determinada por arbitradores; Ord. liv. 4, tit. 1, Cod. da Pr. p. tit. 5, art. 72. Pelo contrario, é nullo o contracto, quando a determinação da cousa, ou da sua quantidade é deixada ao arbitrio do promittente, ou do promissario; cit. Ord. vers. — *E portanto* — e L. 108, § 1, D. *de verb. obligat.*

Aquelle, que promete, que um terceiro dará, ou fará certa cousa, é obrigado como seu principal pagador; Cod. Civ. Fr. 1120.

Nos contractos beneficios feitos puramente, e sem encargo algum da parte do donatario, a acceitação do Tabellião é sufficiente para lhe adquirir o direito, ainda antes de haver o donatario manifestado a sua vontade; Ord. liv. 4, tit. 37, § 2, e tit. 63, pr.

### § 643. DAS FORMALIDADES DOS CONTRACTOS.

Quando a lei não tem determinado fôrma alguma para um, ou outro contracto, é elle valido, qualquer que seja o modo, ou fôrma, por que for feito, uma vez que intervenhão os essenciaes delle.

Nos contractos feitos por Brasileiros fóra do Brasil sobre bens moveis, devem-se guardar as fôrmas estabelecidas

pelas leis do paiz, onde o contracto for feito; Ord. liv. 3, tit. 59, § 1, *ibi*. — e nos contractos feitos fóra. — Versando porém sobre bens de raiz sitos no territorio do Brasil, devem conter as fórmulas estabelecidas pelas leis, por que o Brasil se rege; cit. § 1. *ibi*. — feitas em nossos Reinos.

Em regra, a escriptura publica não é da substancia do contracto: exceptuão-se porém aquelles contractos, em que a Lei determina o contrario, como, v. gr., nos casos abaixo declarados.

I. Quando as partes, ao concordarem no contracto, convierão em fazer escriptura d'elle, embora fosse elle tal, que podia ser provado por testemunhas, o contracto não é perfeito, e acabado, emquanto a escriptura não for feita, e assignada por ellas, e duas testemunhas; Ord. liv. 4, tit. 19, § 1. Póde portanto qualquer das partes arrepender-se antes da consummação deste acto, assim no caso, em que a escriptura publica é da substancia do contracto (*cit. Ord. pr.*), como naquella, em que, não o sendo, contudo ambas as partes, ou mesmo uma só dellas declarou expressamente ser sua vontade, que o contracto se fizesse por escriptura publica, posto que não dissesse expressamente, que de outro maneira não valeria; *cit. Ord. § 1.*

II. Além disso, a escriptura publica é da substancia dos contractos nos seguintes casos:

1.º Nas doações, que devem ser insinuadas; Ord. liv. 4, tit. 19, pr. (§ 155).

2.º Nos aforamentos de bens ecclesiasticos; *cit. Ord. princ.*

3.º Nos contractos esponsalicios; Lei de 6 de Outubro de 1784, § 1.

4.º Nos contractos hypothecarios, salva a excepção da Lei de 20 de Junho de 1774, § 33 (§ 539).

5.º Nos contractos de compra e venda de bens moveis, cujo valor exceder a tres mil cruzados; Alvará de 30 de Outubro de 1793, que ampliou, relativamente ao Brasil, a Ord. liv. 3, tit. 59.

6.º Nos contractos de compra e venda de bens de raiz, cujo valor exceder a duzentos mil réis; Lei n. 840 de 15 de Setembro de 1855, art. 11.

## § 644. DA PROVA DOS CONTRACTOS.

Todo aquelle, que allega a seu favor algum direito nascido de contracto, deve provar a existencia do mesmo contracto; porque todo o contracto é um facto, e todo o facto deve ser provado por quem o allega.

Não se póde provar senão por escriptura publico cada um dos contractos referidos no paragrapho antecedente; nem tambem os distractos, quando o contracto, postoque de quantia inferior a taxa legal, foi comtudo feito por escriptura publica; Ord. liv. 3, tit. 59, §§ 3 e 15.

Equivalem porém a escriptura publica:

1.º Os escriptos particulares de cada uma das pessoas designadas na cit. Ord. § 15 (para prova somente de suas dividas pessoaes, segundo foi declarado pela Lei de 20 de Junho de 1774, § 33).

2.º Os escriptos particulares de cada uma das mesmas pessoas, revistidos das formalidades prescriptas pela citada Lei, § 83, quando versarem sobre hypotheca.

3.º Os autos, e termos judiciaes escriptos pelo Escrivão da causa, e assignados pela parte, e duas testemunhas: Ord. liv. 1, tit. 24, §§ 9 e 21.

4.º Os conhecimentos, ou recibos de siza, e de quaesquer outros impostos, contribuições, ou fóros; cit. Ord. liv. 3, tit. 59, § 18.

5.º Os assentos de baptismos, casamentos e obitos, feitos pelos Parochos, ou, quanto aos obitos, pelos administradores de Cemiterios publicos; Ord. liv. 3 tit. 25, e liv 4, tit 38, § 4.

Podem-se porém provar por escriptura privado, ou por testemunhas:

1.º As trocas, e quaesquer outros contractos onerosos, que não sendo nenhum dos referidos no paragrapho antecedente, versarem, ou sobre bens de raiz, cujo valor não exceda a oitocentos mil réis, ou sobre bens moveis, cujo valor não excêda a tres mil cruzados; Alvará de 30 de Outubro de 1793.

2.º Os contractos entre pai, ou mae, e filho, ou filha; entre sogra, e genro, ou nora; entre padrastra, ou madrastra e enteado, ou enteada; entre irmãos, ou cunhados; entre

sobrinhos, e tios, irmãos do pai, ou mãe; e entre primos co-irmãos, de qualquer sexo; Ord. liv. 3, tit. 59, § 11.

A quitação da dívida, escripta e assignada pelo credor nas costas da escriptura, estando esta actualmente na mão do devedor, tambem equivale a escriptura de distracto, ou desobriga, segundo o estylo; Lobão a Mello liv. 1, tit. 8, § 8, n. 30 e seguintes; porquanto, em regra, os assentos, que o credor faz no dorso, ou na margem do titulo do credito, que estava em seu poder, sendo significativos de desobriga do devedor, fazem plena prova contra o mesmo credor; Pothier, *Tr. des obligat.* 3, p. n. 726.

A prova litteral, quando é necessaria para prova do contracto, deve ser feita, não só pela propria parte, ou seus herdeiros, mas tambem por qualquer terceiro, que allegue tal contracto; Assento 1.º de 5 de Dezembro de 1770. tomado sobre a interpretação da Ord. liv. 3, tit. 20, § 23, e tit. 59.

A perda da prova litteral por incendio, ou outro caso fortuito, póde-se provar por testemunhas; e se estas forem discretas, e declararem o theor do contracto, haver-se-ha como reformada por virtude de seus testemunhos; Ord. liv. 3, tit. 60, § 6, Lobão. *Acc. Summ.* § 25, Pothier, *Tr. des obligat.* 3, p. n. 781.

### § 645. DAS GARANTIAS DOS CONTRACTOS.

Nos contractos onerosos, é obrigada cada uma das partes, quando por alguma Lei, ou pacto especial não é determinado o contrario, a garantir á outra o seguinte :

1.º O livre e pacifico uso da cousa; que lhe cede, conforme a natureza, e fim do contracto; Cod. da Pr. 1, p. tit. 5, art. 313. E se a cousa não se presta ao tal uso, em consequencia de vicios occultos, que já tinha, é obrigada a indemnisal-a; não porém assim, se o defeito procedeo de caso fortuito, depois da entrega da cousa á parte, que a recebeo, ou de culpa desta; L. 15, § 8, L. 27, § 1, e L. 33, D. *Local.*, L. 56, § 3, D. *de evict.*, Cod. da Pr. 1, p. tit. 5, arts. 321 e 322.

2.º As qualidades, (ao menos em grau mediano), que no contracto declarou, que a causa tinha; Ord. liv. 4, tit. 17, §§ 4 e 9, L. 18, § 4, D. *de Aedil. edicto*, L. 43, pr. D. *de contr. empt.*

3.º As qualidades, que costumão ter as cousas da mesma natureza, e especie, se o transferente não manifestou a falta dellas na occasião do contracto; L. 43, § 1, D. *ead.*, L. 6, D. *de evict.*, e cit. Ord. liv. 4, tit. 17, §§ 1, 2, e 3.

4.º A quantidade do preço, que a causa menos valer por causa de encargos gravosos, que as cousas d'aquella natureza e especie não costumão ter, e que não forão manifestadas pelo transferente na occasião do contracto; L. 61, D. *de Aodil. edict.*

5.º O gozo da cousa contra terceiro, que pretenda tiral-a judicialmente ao possuidor por falta de direito da parte, que lh'a cedeo; L. 1, D. *de evict.*, e Ord. liv. 3, tit. 44, pr.

#### § 646. DAS PENAS CONVENCIONAES.

Um contracto é como Lei entre as partes, que o outorgão, e seus herdeiros. Ellas podem portanto ajuntar-lhe penas civéis contra aquella d'entre ambas, que não cumprir a obrigação, á que se sujeitou, comtantoque todavia sejam licitas, e honestas, ou não reprovadas por direito; L. 23, D. *de reg. jur.*, e Ord. liv. 4, tit. 70, pr., e §§ 3 e 4.

É porém nulla a pena convencional em cada um dos seguintes casos:

1.º No caso de ser pecuniaria, é nulla na parte, em que exceder o valor da obrigação principal; cit. Ord. pr.

2.º No caso, em que a obrigação principal for nulla; mas a nullidade da pena não induz nullidade da obrigação; Ord. liv. 4, tit. 48, § 1, e tit. 70, § 3.

3.º Assim a pena accrescentada á promessa de instituir herdeiro certa pessoa, e a pena accrescentada ao contracto sobre herança de pessoa viva, para que seja herdeiro desta a parte contractante, que o não era; como também a doação entre vivos de todos os moveis, e immoveis, direitos e accções do doador, havidos, e por haver, sem reservar delles para si cousa alguma; cit. Ord. liv. 4, tit. 70, § 3.

4.º A pena de prisão, ou outra corporal, a que o devedor da obrigação se sujeite, se não a cumprir, em caso, em que as leis não imponhão tal pena pela falta de cumprimento de obrigações dessa ordem; Cod. da Pr. l. p. tit. 5, art. 297, Cod. Civ. Fr. art. 2063.

O cumprimento da pena convencional porém não exime da obrigação de cumprir o contracto, quando neste se declarou, que, paga a pena, todavia o contracto será firme (L. 16, D. *de transact.*); ou quando pelas circumstancias se manifeste que a pena fôra estipulada pelos prejuizos da demora, e não por indemnisação total do interesse do credor; Pothier, Tr. *des obligat.* 2, p. cap. 5, n. 345.

A pena pôde ser demandada summariamente, quando é liquida, e a mesma escriptura, ou outro instrumento prova a mora do devedor, pela qual incorreo na mesma pena; Mor. *de Execut.* Liv. 2, cap. 14, n. 2.

### § 647. DA INTERPRETAÇÃO DOS CONTRACTOS.

Em todo o contracto, ou obrigação, que delle nascesse, deve-se attender seriamente á intenção, que as partes tiverão, com preferencia ao sentido litteral das palavras, em que o contracto foi concebido, quando a intenção for claramente conhecida; L. 219, D. *de verb. signif.*, e Or. liv. 1, tit. 62, § 53, in fin.

As palavras do contracto, que se prestarem a diversos sentidos, devem ser entendidas naquelle, que mais se harmonisar com a intenção das partes contractantes, e com a natureza do contracto; L. 67 D. *de reg. jur.* Uma, ou outra palavra ambigua, ou escura deve ser entendida segundo o uso do lugar, onde o contracto foi feito; L. 34, D. *cod.*, e L. 50, § 3, D. *de legat.* 1.º

As clausulas de um contracto, comparadas as antecedentes com as consequentes, ajudam muitas vezes a interpretação de umas e outras; L. 125, D. *de verb. signif.*, L. 50, § fin. D. *de legat.* 1.º

As clausulas que são do costume, subintendem-se estipuladas, quando são precisas para a validade do contracto, ou quando são da natureza delle; Cod. Civ. Fr. art. 1160.

Se uma clausula se presta a diversos sentidos, em um dos quaes não pôde ter effeito, intende-se naquelle, em que o pôde ter; L. 80, D. *de verb. obligat.*, L. 12, D. *de reb. dub.*, L. 3, D. *de testam. mil.*

Nã duvida, um acto, ou contracto interpreta-se á favor da parte obrigada; porque toda a obrigação é uma restricção á liberdade, e portanto não se presume, mas deve ser provada; L. 38, D. *de pact.*

Se no contracto se expressou um caso, para explicar a obrigação, não se deve entender que as partes quizerão restringil-a á elle só, quando ella é por direito extensiva á outros ; L. 56, D. *mandat*, e L. 81 D. *reg. jur.*

### TITULO III.

#### **Das condições accrescentadas aos contractos, e ás disposições de ultima vontade.**

##### § 648. DAS DIFFERENTES ESPECIES DE CONDIÇÕES.

As condições, que mais frequentemente se costumão ajuntar aos contractos, e disposições de ultima vontade, dividem-se em *suspensivas*, *resolutivas*, *potestativas*, *casuaes*, *mixtas*, *negativas*, *impossiveis*, *irrisorias*, *intelligiveis*, e *inuteis*.

##### § 649. DAS CONDIÇÕES SUSPENSIVAS.

Dizem-se *condições suspensivas* aquellas, de cujo acontecimento depende a effectividade, e exercicio do direito do credor da obrigação. Antes pois da verificação de tal condição não póde o credor exercitar o seu direito ; póde porém praticar todos os actos licitos, que tenderem a conservar o seu direito eventual ; L. 129. D. *de verb. obligat.*, Pothier, Tr. *des obligat.* p. 2, n. 222.

Se o devedor da cousa impede dolosamente a verificação da condição, esta se ha por preenclida, como se realmente o fôra ; L. 58, § 7, D. *cod.*, L. 161, § 2, D. *de reg. jur.*

Se foi fixado tempo, dentro do qual deveria ser cumprida a condição, passado elle, sem que o fosse, julga-se não cumprida, e extinto o direito eventual ; L. 20, § 6, D. *de stat. lib.* E julga-se não verificada, quando chega a haver certeza de que já não é possivel verificar-se ; L. 10, e L. 115, § 1, D. *de verb. obligat.*, L. 16, § 6, D. *de fidejuss.*

Se não foi marcado tempo para o implemento da condição, pode-se pedir o que foi promettido a todo o tempo, que ella verifique ; L. fin. D. *de cond. et dem.*

O implemento da condição suspensiva tem effeito retroactivo ao dia da celebração do contracto ; L. 42, pr. D. *de obligat.*, L. 78, D. *de verb. obligat.*, L. 18, D. *de reg. jur.*

O herdeiro condicional portanto, se a condição (suspensiva) vem a verificar-se, é reputado herdeiro desde a morte do testador; L. 26, D. *de cond. inst.* Todavia o herdeiro não é responsável ao legatario, nem o fiduciario ao fideicommissario pelos rendimentos do legado, nem do fideicommisso, percebidos até o tempo do implemento da condição; L. 32, § 1, D. *de legat. 1.º*, L. un. § 7, Cod. *de caduc. tollend.*, L. 63, §§ 5 e 6, D. *ad Sen. Cons. Trebel.*

Se por morte do testador o herdeiro condicional se acha na posse da herança, pôde retel-a dando caução de a restituir com seus rendimentos liquidos, se a condição não se verificar; L. 12, D. *qui satisd. cog.* Por igualdade de razão, o herdeiro condicional pôde exigir do possuidor da herança caução de lh'a entregar logo que a condição se verifique.

Se o objecto da obrigação é uma coisa em especie, e esta pereção, sem culpa do devedor, antes de se verificar a condição, fica extincta a obrigação; Ord. liv. 4, tit. 8, § 1., L. 34, D. *Fam. ercisc.*, L. 10, § 5, D. *de jur. dot.* Pelo contrario, se pereção por culpa do devedor, ou depois de constituido em mora a respeito da entrega della, depois de verificada a condição suspensiva, é obrigado a indemnisar o credor; L. 3, D. *de contr. empt.*, L. 2, § 4, D. *pro empt.* E se a coisa se deteriorou sem culpa sua, satisfaz, entregando tal qual se acha; cit. Ord. § 2, L. 8, pr. D. *de peric. et, comm. rei vend.*

### § 650. DA CONDIÇÃO RESOLUTIVA.

Diz-se *condição resolutive* aquella, cujo acontecimento resolve, ou extingue o direito adquirido, ou a obrigação contrahida. Enquanto pois não se verifica tal condição, o acto, ou contracto reputa-se puro como se não a houvera; e assim, a perda, ou damno da coisa, antes de se verificar a condição, corre por conta daquelle, que estava senhor della; L. 2, § 1, D. *de in diem addict.*, L. 20, § 1, D. *de præscript. verb.*

Quando esta condição é posta a favor de uma parte, não opera a resolução do contracto, se essa parte não quer que elle se resolva; L. 3, D. *de leg. commiss.*, Ord. liv. 4, tit. 5, § 3. Tambem não se resolve o contracto, quando, dependendo esta condição da vontade de um terceiro, for provado, que uma das partes o induzio com dolo, para o vir resolver;

L. 4. § 5, D. *de in diem addict.*, Cod. da Pruss. l, p. tit. 4, art. 119.

Nos contractos bilateraes sempre se subintende a condição resolutive, que uma das partes poderá requerer a resolução da sua obrigação, e se outra não se prestar a cumprir a sua; L. 21. Cod. *de pact.* Brussel, Tr. *de condit.* Liv. 4, tit. 1, n. 2. Neste caso porém, o contracto não se resolve *ipso jure*: deve intervir sentença, com citação da outra parte, e comminação de se haver a obrigação por desfeita; Cod. Civ. Fr. art. 1184.

### § 651. DA CONDIÇÃO POTESTATIVA, CASUAL, E MIXTA.

Diz-se *condição potestativa* aquella, cujo acontecimento depende somente da vontade da pessoa interessada. Diz-se *condição casual* aquella, cujo acontecimento depende do acaso, ou da vontade de um terceiro: e diz-se *condição mixta* (de potestativa, e casual) aquella cujo acontecimento depende em parte do interessado, e em parte do acaso.

A condição casual posta em testamento, tem-se por cumprida, uma vez realisado o acontecimento della, quer se realisasse em vida do testador, quer depois da morte delle; L. 2, D. *de cond. et dem.* A potestativa porém, assim como tambem a mixta, deve verificar-se depois da morte do testador, e o facto deve ser tal, que se possa reiterar; L. 11, D. *eod.* Não sendo o facto reiteravel, como, v. gr., a condição — *se casar*, — e tendo casado em vida do testador, tem-se por cumprida a condição; L. 10, D. *de cond. et dem.*, L. 7, Cod. *de inst. et subst.*

As condições mixtas, que dependem da vontade de um terceiro, como, v. gr., a condição — *se casar com Maria*, — tem-se por cumpridas, quando o interessado se offerece a cumprir a condição, e o terceiro não quer annuir pela sua parte; LL. 3, 24, e 31, D. *de cond. et dem.*, L. 3, D. *de cond. inst.*, e L. 3, Cod. *de cond. insert.* A mesma cousa se observa, quando o terceiro não póde annuir, por ter fallecido; L. 8, § 7., e L. 24, D. *de cond. inst.*, L. 54, §§ 1, e 2, D. *de legat.* 1.º O contrario decide a L. 31, D. *de cond. et dem.* Tem-se por cumprida a condição mixta, quando não se póde cumprir por culpa do memo testador; Guerreir. Tr. 1, Liv. 3, cap. 10, n. 139.

Se o testador porém foi causa innocente de não póder ser

cumprida a condição, então julga-se não cumprida; Durand, *de cond. imposs.* p. 3, cap. 7, n. 50.

Se o terceiro não pôde aceitar o que o testador lhe manda dar, por ser ausente, o herdeira satisfaz, depositando-o; L. 7, Cod. *de pact. int. imp.* Se o legatario, presente, porém, rejeita o legado deixado com a condição de dar um tanto a terceiro, o herdeiro é obrigado a dar a este esse tanto; L. un § 4, Cod. *de caduc. tollend.*

O terceiro beneficiado pela condição pôde requerer ao Juiz, que assigne tempo á pessoa obrigada ao cumprimento della, para que a cumpra; L. 23, § 1, D. *de hæred. instit.*

Se o herdeiro testamentario não quer adir a herança, os direitos, e obrigações, que o testamento lhe conferia, são devolvidos ao substituto, se o ha, e. não o havendo, aos herdeiros *ab intestato*; Novell. 1, cap. 1, § 1., argum. da Ord. liv. 4, tit. 82, pr. Se tal herdeiro porém é ao mesmo tempo herdeiro *ab intestato*, e com malicia não quer usar do testamento, para se subtrahir ás obrigações, que elle lhe impõe, pôde ser demandado, como herdeiro testamentario, para que a cumpra até onde chegar a herança, ou até onde chegar a terça do testador, no caso de ser seu herdeiro necessario; L. 1, § 9, e 10, D. *Si quis ommiss. caus. testam.*, cit. Ord.

#### § 652. DA CONDIÇÃO NEGATIVA, IMPOSSIVEL, IRRISORIA, ININTELLIGIVEL, E INUTIL.

Diz-se *condição negativa* aquella, que consiste em prescrever a abstenção de fazer alguma certa cousa, como, v. gr., a condição — *se não casar*. — No caso de uma tal condição pois, o credor pôde entrar logo no exercicio do seu direito, dando caução de restituir, no caso de transgressão da dita condição; L. 7, D. *de cond. et dem.*

Diz-se *condição impossivel* aquella, que excede as forças da natureza, ou que é opposta á Lei, ou aos bons costumes. Quando uma tal condição é posta em disposição de ultima vontade, tem-se por não escripta, sem que por isso fique viciada, ou nullificada a disposição; LL. 6, 15, e 27, D. *cond. inst.*, L. 101, § 1, D. *de legat.* 1.º

Quando porém é posta em contracto, nullifica-o; L. 1. §§ 9, e 11, D. *de obligat.*, L. 35, § 1, D. *de verb. obligat.* Tem-se porém como puro, ou simples, o contracto, que é

ajustado com a condição de não fazer coisa physicamente impossível, por ser inteiramente inutil semelhante condição; LL. 7, e 8, D. *de verb. obligat.*

A *condição irrisoria*, e a *condição inintelligivel* equivallem á condição impossível, e portanto seguem a sorte desta, LL. 14, e 16, D. *de cond. instit.* A *condição inutil* porém, uma vez conhecida evidentemente a sua inutilidade, dispensa-se, como se não existisse; Cod. da Pr. l, p. tit. 4, art. 134.

## TITULO IV.

### Dos Pactos.

#### § 653. O QUE SEJA PACTO.

Chama-se *pacto* o acto, pelo qual duas, ou mais pessoas declarão uma á outra o seu consentimento sobre alguma cousa, que faz o objecto do mesmo pacto, e de que resultão para cada uma das partes pactuantes direitos e obrigações, ou somente direitos para uma, e obrigações para a outra; L. 1, § 2, D. *de pact.*

Como hoje a distincção entre pactos, e contractos não é mais que nominal, essa definição pôde-se applicar tanto ao nuõ pacto, e simples convença, como ao contracto. Por Direito Romano intende-se por *pacto* restrictamente dito a convenção sem nome, e causa, distinguindo-se nisso do *contracto*, o qual conforme o mesmo Direito sempre tem nome, e causa.

#### § 654. REGRA GERAL SOBRE A DOCTRINA DOS PACTOS.

A respeito da doutrina dos pactos sancionada pelo Direito Romano devemos ter sempre diante dos olhos esta regra. — *No que pertence á doutrina dos pactos, e obrigações é excellente, e tem uso entre nós tudo quanto os Romanos derivarão do Direito Natural, e do Direito das Gentes; não tem porem uso algum entre nós tudo quanto só foi proprio delles, ou que elles derivarão das subtilizas, em que erão ferteis, e que não convém aos nossos usos, e costumes; Thomas, nota ad tit. D. de pactis.*

§ 655. CONSECTARIOS DA REGRA *supra*.

Da regra estabelecida no parographo antecedente segue-se, que segundo o Direito Romano, que nessa parte está de accordo com os nossos usos, e costumes, só podem contrahir pactos, que válidos sejam, e que os obriguem civilmente, os individuos, nacionaes, ou estrangeiros, capazes de consentir, isto é, que sejam *sui juris*, de idade legitima, e de firme e são juizo.

Segue-se, além disso, que não podem obrigar-se validamente por meio de pactos os impuberes, furiosos, inentecaptos, e prodigos, privados por sentença de Juiz competente da administração dos seus bens; Ord. liv. 1, tit. 88, liv. 3, tit. 41, e tit. 42, e liv. 4, tit. 103; e nem tambem mulher casada, sem auctoridade de seu marido; Ord. liv. 4, tit. 48, § 2, *ibi* — *havendo auctoridade do marido* (§ 640); os menores porém, e os prodigos obrigão-se validamente intervindo o consentimento de seu pai, tutor, ou curador; e intervindo tambem a auctoridade do respectivo juiz de Orphãos, quando se tractar de obrigar, ou alienar bens delles, de assoldadar suas pessoas, de seu casamento, e de outros negocios de igual importancia; cit. Ord. liv. 1, tit. 88, liv. 3, tit. 41, e tit. 42, e liv. 4, tit. 102 (§ 640).

Segue-se, finalmente, que são nullos por falta de livre consentimento os pactos extorquidos por dolo, violencia, ou medo; que são nullos por falta de verdadeiro consentimento aquelles, em que houve erro substancial á respeito do seu objecto; e que são nullos por falta de justo consentimento, ou por falta de poder juridico aquelles, que são contrarios ás Leis escriptas, ou aos bons costumes, e outros sememelhantes, que os Romanos derivarão do Direito Natural, e como taes convém á todas as nações (§ 641). Veja-se nas Pandectas o titulo *de pactis*.

## § 656. OUTROS CONSECTARIOS DA MESMA REGRA.

Segue-se tambem da mesma regra :

1.º Que todos os pactos contrahidos livremente e com animo deliberado tem a mesma força de obrigar que os Romanos attribuião ás suas estipulações, e contractos feitos com as maiores solemnidades.

2.º Que hoje nasce de todo o pacto acção, e excepção.

3.º Que não ha hoje differença entre pactos, e contractos.

4.º Nem entre pactos *nuos*, e *não-nuos*, ou *vestidos*, *legitimos*, *pretorios*, e *acrescentados* aos contractos *de boa fé*, ou *de direito estricto*; *in continenti*, ou *com intervallo*.

5.º Que hoje todos os contractos são consensuaes; e assim, a sua divisão em contractos *reaes*, *litteraes*, *consensuales*, *nominados* e *innominados*, de que a Direito Romano se occupa com grande apparatus, não tem uso algum entre nós, visto que as obrigações pacticias só nascem do consentimento das partes contractantes<sup>1</sup>.

#### § 657. CONTINUAÇÃO DA MESMA MATERIA.

Segue-se mais da mesma regra.

6.º Que a acção *ex pacto* não se concede, emquanto o auctor não mostrar que tem interesse em que o pacto seja cumprido; porquanto, cessando o interesse, tem logar a arrependimento em todo o contracto, pelo justo principio de que a excepção de falta de interesse (*Tua non interest*) repelle todo o auctor.

7.º Que hoje não ha logar para arrependimento, nem nos pactos, nem nos contractos *innominados*; porquanto aquelle, que prometteo dar, ou fazer alguma cousa, é obrigado a cumprir a promessa, se esta foi acceita.

8.º Que o pacto *de non petendo* feito com o devedor não só produz excepção, mas extingue a obrigação *ipso jure*.

9.º Que póde um terceiro adquirir obrigação para outro com dependencia da ratificação da parte deste; não pode porém um terceiro com a sua promessa obrigar outro ao cumprimento do que prometteo em nome deste sem seu previo mandato, ou procuração, ou ao menos ratificação posterior, segundo a regra — *Naturatis enim simul et civilis ratio suavit, alienam conditionem meliorem quidem etiam ignoratis et inviti nos facere posse*; Gaio L. 39, D. de negot. gest. Vejam-se outros consecretarios em Stryk, *Us. mod. ad tit. de pact.*,

<sup>1</sup> Devemos porém notar que, aindaque os pactos de *mutuando*, e de *commodando* produzão acção, esta comtudo não é a chamada *ex mutuo*, e *ex commodato*; porquanto os referidos pactos são diversos dos de mutuo, e de commodato; porém é a acção chamada *ex pacto*, ou *ex commissio*.

e no *Tract. de cautel. contract. sect. 3, cap. 5*, e Thomas, nota ao mesmo titulo da *Inst. de obligat.*

§ 658. O QUE PROMETTEO ALGUM FACTO DESOBRIGA-SE  
PRESTANDO O INTERESSE.

A força e efficacia do pacto não se deve estender a tal ponto, que se pretenda que aquelle, que prometteo fazer alguma cousa, seja precisamente obrigado a fazer a mesma cousa em especie; porquanto, ainda que os escriptores de Direito Civil Romano, e de Direito Natural discordem a esse respeito, sem duvida é mais equitativa a opinião daquelles, que sustentão que o promissor desobriga-se, neste caso especial, prestando ao promissario o justo e legitimo interesse (§ 634). Veja-se a L. 13, § 1, D. *de re judic.*, e L. 114, D. *de verbor. obligat.*, Stryk, *Us. mod. tit. de pact. n. 10*, Thomas, *Diss. sing. — An qui factum promittit, liberatur, præstando id, quod interest, — e in Posit.*, Huber, *de verbor. obligat.*

§ 659. O PACTO DOS CREDORES, QUE REMITTEM PARTE  
DA DIVIDA, NÃO OBRIGA OS DISSENSIENTES.

Como um terceiro não pode com suas promessas obrigar outro ao cumprimento do que prometteo em nome deste sem seu expresso mandato, ou procuração (§ 657, sob n. 9), por igual razão o pacto dos credores, que remittem a divida, ou parte della ao devedor *commum*, não obriga os demais credores, aos quaes, ainda que sejam todos solidarios, fica sempre salvo o seu direito; porquanto só se considerão mandatarios uns dos outros no que interessa a todos, não porém no que lhes prejudica; *Cod. Civ. Fr. art. 1197*, e *Alvará de 14 de Março de 1780*, pelo qual foi revogado o *Decreto de 4 de Abril de 1777*, e a *Ord. liv. 3, tit. 78, § 8*, deduzida da L. 7, § 19, e da L. 8, D. *de pact.*, pelas quaes o pacto da maior parte, que remittia a divida solidaria, tambem obrigava a menor parte.

O contrario porém foi adoptado no *Codigo Commercial do Imperio*, arts. 844, 847, e 852, segundo os quaes a *concordata* concedida por um numero tal de credores, que represente pelo menos a maioria destes em numero, e dous terços no valor de todos os credores sujeitos aos effeitos da *concordata*, obriga os credores dissidentes, exceptuados unica-

mente os do dominio (art. 874), os privilegiados (art. 876), e os hypothecarios (art. 879).

§ 660. DISTINÇÃO ENTRE OS AJUSTES *de contrahendo*  
E OS PACTOS, E CONTRACTOS.

Os ajustes *de contrahendo* são cousa distincta dos pactos, e contractos; porquanto aquelles consistem na lucta, que se estabelece entre as partes contractantes até chegarem a um mutuo accordo sobre as condições do contracto, e assim é visto que não ha pacto, ou contracto, ou por outra, que não ha consenso de dous em um mesmo objecto, ou em um mesmo sentido, emquanto as partes contractantes tractão de chegar a um accordo a respeito de alguma cousa, isto é, emquanto estão em ajustes.

Pertence portanto aos puros ajustes a promessa vaga, e indefinida, feita não deliberadamente, mas por gracejo; L. 19, § 3, D. *de Aedilit. Edict.*

§ 661. DO CONSTITUTO.

O pacto *simplex*, e o pacto *geminado*, isto é, o pacto pelo qual alguém promette cumprir uma obrigação, á que já uma vez se sujeitára, tem ambos a mesma fôrça e efficacia; porquanto desde que ha livre promessa, e acceitação, é logo perfeito e acabado o pacto; e portanto não pôde a reiteração da promessa e da acceitação accrescentar-lhe alguma nova fôrça.

Isso posto, é de pura e clara intuição, que o *constituto*, isto é, o pacto, pelo qual alguém reitera a promessa de pagar o que já deve, é inteiramente inutil, porquanto na divida propria não ha necessidade alguma de promessa reiterada; pois que a promessa *simplex*, sendo livre e conscienciosa, e uma vez acceita, produz obrigação perfeita; quanto porém á promessa de pagar divida alheia, o *constituito* é reputado como verdadeiro fiador: Schilt. Exerc. *ad Pand.* §§ 70 e seguintes, e Thomas, not. *ad tit. de pecun. constit.*

§ 662. O QUE SEJA TRANSACÇÃO.

O pacto, pelo qual se decide alguma cousa duvidosa, dando-se, retendo-se, ou promettendo-se alguma outra cousa; ou por outra, o pacto, pelo qual duas ou mais

peçoas decidem por meio de concessões reciprocas algum direito duvidoso, sobre que litigão, ou receião litigio, chama-se *transacção*; e distingue-se dos demais pactos, em que estes versão sobre cousa certa; L. 1, D. *de transact.*, e Ord. liv. 3, tit. 78, § 1, ibi — *se dous litigassem sobre uma cousa, fizessem transacção sobre essa demanda.*

Nella portanto é essencial a reciprocidade de concessões, renunciando cada uma das partes uma utilidade maior incerta por uma utilidade menor, mas certa.

### § 663. NA TRANSACÇÃO HA PACTO.

Os costumes de quasi todas as nações confundem os direitos dos pactos, e transacções, sem que por isso deixe de haver, em regra, uma certa differença entre pacto e transacção; porquanto, ainda que toda a transacção é pacto, nem todo o pacto é transacção. Assim, póde-se não só pactuar, mas também transigir a respeito de cousa certa; Groeneweg. *de legib. abrogat.* ad tit. D. *de transact.* in fin.

Deve-se portanto applicar ao pacto de transacção tudo que temos dito a respeito dos demais pactos, e contractos. Veja-se o § 737.

### § 664. DAS PESSOAS QUE PODEM TRANSIGIR, E SOBRE QUE COUSAS.

Podem transigir todos aquelles, que podem consentir, e que tem a livre administração dos seus bens; exceptuão-se:

1.º O Procurador, salvo se o for com livre e geral administração, e se evidente utilidade persuadir a transacção; ou se tiver procuração especial para isso mesmo, L. 12, e L. 13, § 1, D. *de pact.*, e L. 60, D. *de procurat.*

2.º Os Procuradores publicos; L. 13 D. *de transact.*, e Ord. liv. 1, tit. 66, § 22, e Dispos. Provisor. art. 6.

3.º O Testamenteiro, o Tutor, e o Curador: Ord. liv. 3, tit. 41, § 8, L. 4, Cod. *de præd. et al. reb. minor.*, e Disp. Provisor. art. 6.

4.º O pai em nome do filho pubere sem consento deste; L. fin. §§ 3 e 4, Cod. *de bon. quæ liber.*

Póde-se transigir sobre todas as cousas, sobre que se

póde pactuar honestamente, ainda que sejam letigiosas; § 662. (Tabor. ad Barbos. *axiom.* lib. 18, cap. 25, *axiom.* 14); e nem é necessario que o negocio, ou o objecto da transação seja incerto em relação ao direito; porquanto é bastante que o successo seja duvidoso, ou difficil por qual outra causa; Thomas, ad tit. *de transact.*

§ 665. SE SE PÓDE TRANSIGIR SOBRE A COUSA JULGADA, SOBRE COUSAS DEIXADAS EM TESTAMENTO, E SOBRE ALIMENTOS.

Ainda que a coisa julgada se tem por verdade, muito bem se póde transigir sobre ella; porquanto ainda na execução se podem levantar questões sobre sua validade; Ord. liv. 3, tit. 52, § 3, e tit. 87, §§ 1, 2, e 3; Stryk. *Us. mod.* lib. 2, tit. 15; e até póde acontecer que a mesma execução venha a ser burlada por fraudulentos artificios do executado, iguaes aos previstos pela Ord. liv. 3, tit. 86, §§ 13 e 16; e por ahi já se vê que a transacção sobre a coisa julgada póde algumas vezes ser util á mesma parte vencedora.

Pela mesma razão se póde transigir sobre cousas deixadas em testamento; L. 3, § 1, L. 6, D. *de transact.*, e L. fin. Cod. *de reb. cred.*; e sobre alimentos preteritos; não porém sobre os que se hão de vencer de futuro, sem intervenção da competente auctoridade judicial, para prevenir-se que o alimentario não prefira o pouco presente ao muito de futuro; L. 8, D. e L. 8, Cod. *de transact.*; Sam. Coccej, *jur. controuv.* lib. 2, tit. 15, Quæst. 5, Schilt. Dissert. sing., e Gundling. Disserte sing., e Dissert. — *Singularia de transactionibus*, §§ 20 e seguintes.

§ 666. E SOBRE CRIMES COMMETTIDOS.

Como é livre a cada um transigir sobre o que lhe pertence (§§ 664 e 665), dahi vem que os particulares offendidos por crimes commettidos por outrem, podem transigir a respeito das obrigações, e damnos resultantes dos mesmos crimes; isto é, podem remittir o seu direito, quér gratuitamente, quér por alguma somma a titulo de indemnisação.

Dous são os effeitos desta transação:

1.º Que o offendido não póde mais accusar, ou proseguir

na accusação contra o offensor; e que consequentemente o crime fica extinto, se for da natureza daquelles, em que não tem logar a acção popular, ou procedimento official da Justiça; não porém assim no caso contrario, no qual sempre fica salvo á Justiça a vindicta publica; Cod. Crim. art. 67, e Cod. do Proc. Crim. art. 37, § 1, e art. 74, *per totum*.

2.º Que o offendido, uma vez indemnizado nos precisos termos da transacção, não póde mais demandar em Juizo o seu interesse, ou satisfação do damno, que foi causado com o delicto (Cod. Crim. art. 21, e Lei de 3 de Dezembro de 1841, art. 68); porquanto a transacção tem fôrça de cousa julgada, e é um meio legitimo de extinguir as acções; Ord. liv. 3, tit. 20, § 15, e tit. 50.

### § 667. E SOBRE ADULTERIO.

Tambem se póde transigir sobre o crime de adulterio, uma vez que o marido, que o perdo, não o faça por dinheiro, ou qualquer outro semelhante interesse; porquanto a honestidade dos costumes tem por cousa vil e torpe perdoar tão abominavel crime por motivo de lucro; Dig. Port. tom. 1, art. 1234, Ord. liv. 4, tit 70, § 3. A L. 18, C. *de transact.*, declarando válida a transacção sobre todo e qualquer crime capital, exceptúa o de adulterio.

### § 668. EFEITOS DA TRANSACÇÃO.

Entre os varios effeitos da transacção os seguintes são os principaes:

1.º Que só admite a interpretação restrictiva; e portanto não se póde extender a cousas diversas daquellas, sobre que ella versou, nem a pessoas, que não intervierão nella, exceptuados os herdeiros e successores das partes contractantes; Ord. liv. 3, tit. 81, § 2 (§ 323).

2.º Que se rescinde por causa de lesão enorme, como qualquer outro contracto; Ord. liv. 4, tit. 13, § 6. Pinel. ad Leg. 2, C. *de reseindid. vendid.* cap. 4, n. 15; porquanto, ainda que elle verse sobre cousa duvidosa, e por isso pareça não admittir lesão, comtudo resolvida a duvida, póde pelo evento manifestar-se a lesão, e então o lesado deve ser soccorrido.

3.º Que também se rescinde por instrumento achado de novo; porquanto não se estende ao que não foi cogitado; Stryk. *Us. mod.* tit. *de pact.* § ult., e Ord. liv. 3, tit. 52, § 3.

4.º Que os que transigem espontânea e livremente não podem appellar, nem resilir da transacção; Ord. liv. 3, tit. 78, § 1, vers. — *Póde-se pôr exemplo.*

O fiador porém que pela transacção não foi expressamente desobrigado, e que não foi ouvido nella, pode defender-se com todas as excepções, que competião ao devedor, e com a da transacção; Ord. liv. 3, tit. 81, § 2, Cod. da Pr. p. 1, tit. 16, arts. 446 e 447, e da Austr. art. 1390 (§ 737).

## TITULO V.

### Das convenções beneficás.

#### § 669. O QUE SEJÃO CONVENÇÕES BENEFICAS, E SUAS ESPECIES.

As convenções, como já dissemos no § 628, dividem-se naturalmente em *principaes* e *accessorias*; e as principaes subdividem-se em *beneficas*, ou *unilateraes*, e *onerosas*, ou *bilateraes*; e estas ou versão sobre cousa certa, como, v. gr., o predio urbano A, o predio rustico B, etc., ou sobre lucro incerto, como succede nas convenções aleatorias.

Chamão-se *beneficas* ou *unilateraes* aquellas, pelas quaes um dos pactuantes promette dar, ou fazer gratuitamente ao outro alguma cousa; e taes são a *doação*, o *commodato*, o *mutuo*, o *deposito*, o *precario*, e o *mandato*.

#### § 670. REGRAS RELATIVAS AOS CONTRACTOS BENEFICOS.

Aos contractos beneficós são applicaveis as seguintes regras deduzidas das notas de Thomasio ao titulo da *Instituta quib. mod. re contrahit. obligat.*

1.ª Que não se requer nelles igualdade, como nos onerosos, porque, pelo contrario deixarião de ser beneficós.

2.ª Que o prometter, e o dar depende, no principio, da vontade de cada um; mas, depois de acceita a promessa de

dar, o dar torna-se uma necessidade juridica, um dever perfeito; e assim, o beneficio livremente promettido, e espontaneamente realisado conserva o nome, e o effeito de beneficio: pelo contrario, o que só foi preenchido por virtude de acção judicial movida pelo promissario contra o promittente perde o seu nome, e natureza, e o promissario fica desligado do vinculo de gratidão, que aliás o ligaria.

3.º Que o beneficio não deve ser damnoso nem á quem o faz, nem á quem o recebe; e dahi vem que a respeito do bemfeitor presume-se exceptuado o caso de necessidade, ou indigencia superveniente, de que não cogitou ao tempo da promessa; e que o acceitante póde repetir o damno, que recebeu por dolo, ou culpa lata do bemfeitor, e as despesas, ou bemfeitorias extraordinarias, que segundo a natureza da convenção não tem obrigação de supportar.

4.º Que não se dá beneficio contra a vontade de quem o recusa; e dahi vem que, se alguem tractar negocio meu contra minha expressa prohibição, não poderá demandar-me, fundado na regra antecedente, se eu depois da gestão não a tiver ratificado.

### § 671. DAS DOAÇÕES.

A doação, a qual é a principal das convenções beneficis, define-se *uma liberalidade feita sem alheia coacção*; L. 15, § 2, e L. 29, D. de donat.; e distingue-se em *doação feita por acto entre vivos e per causa da morte*. Feita por palavra perante testemunhas, ou firmada por escriptura privada, ou publica, é igualmente válida; deve porém ser feita por escriptura publica, e insinuada, se exceder a somma declarada na Ord. liv. 4, tit. 62, triplicada pelo Alvará de 16 de Setembro de 1814, Lei de 25 de Janeiro de 1775, e Assento de 21 de Julho de 1797 (§ 155). Exceptuão-se:

1.º As doações feitas pelo Imperador; cit. Lei de 25 de Janeiro de 1775.

2.º Os dotes ou doações feitas por conta da legitima do dotado, que não a excederem, e as nomeações de prazos com translação de todo o direito, e reserva do usufructo; cit. Assento de 21 de Julho de 1797, Decreto de 21 de Fevereiro, e Provisão de 17 de Agosto de 1801.

3.º As doações *causa mortis*; L. 4, C. de donat. caus.

*mort.*, e Resolução de 10 de Outubro de 1835; é porém mister que sejam solemnizadas perante cinco testemunhas, e que estas assignem a escriptura; Almeid. e Sous. Addicções a Mello liv. 2, tit. 10, 4 4, n. 25; porquanto são disposições de ultima vontade, e confundem-se com os legados, dos quaes só differem em que nellas é necessaria a acceitação do donatario; L. 38, D. *de mort. caus. donat.*

### § 672. DA REVOGAÇÃO DAS DOAÇÕES.

A doação, uma vez feita, não se revoga temerariamente; contudo as Leis concedem por equidade a revogação della por legitima causa de ingratição, ou por falta de implemento do modo, condição, ou clausula promettida; Ord. liv. 4, tit. 63.

A faculdade porém de revogar a doação por causa de ingratição só é concedida ao proprio doador, e não aos seus herdeiros; cit. Ord. § 8.

Tambem se revogam pela pobreza superveniente; Schilt. Exercit. 43, n. 23, ad tit. *de donat.*; porquanto segundo a terceira regra transcripta no § 670, o beneficio não deve ser damnoso a ninguem.

É porém revogada *ipso jure* pela superveniencia de filhos assim a doação feita pelo marido a mulher, ou *vice versa*, em tempo, em que não tinha filho algum; Ord. liv. 4, tit. 65, in princ. (§ 186, conclusão 2.<sup>a</sup>), como o que foi feita por estranho solteiro, ou casado em tempo, em que nenhum filho tinha, se foi de todos, ou da maior parte dos seus bens, os quaes certamente elle não teria doado, se cogitasse que viria a ter filhos; devendo-se intender assim a cit. Ord.; L. 8, Cod. *de revocand. donat.*, Portug. *de donat.* lib. 1, Prælud. II n. 23, Mons. d'Olivier, *Réforme des lois civiles*, p. 1, n. 74, e Digest. Portug. tom. 3, art. 141.

### § 673. DO COMMODATO.

O *commodato* (outra convenção benefica) é significado no Direito Patrio pelo vocabulo *emprestido*, e hoje *emprestimo*, no qual tambem se comprehende o *muiuo*; Ord. liv. 4, tit. 50, e tit. 53; ainda que as mesmas Ordenações o distinguem deste, como era de razão, quanto á natureza do seu

objecto, e aos direitos e obrigações resultantes de cada um delles.

O commodato pois é o contracto, pelo qual alguém concede a outro por tempo determinado, e gratuitamente o uso de alguma cousa não-fungivel (v. gr., de uma casa), a qual, findo o tempo, o commodatario é obrigado entregar na mesma especie, e no mesmo estado, em que a recebeu, ou, no caso contrario, prestar indemnisação das deteriorações, que nascerão de culpa sua, leve, ou levissima; porquanto incumbe-lhe empregar na guarda, e conservação da cousa, cujo uso lhe foi concedido gratuitamente, o mesmo cuidado, vigilancia e zelo, que um bom e diligente pai de familia costuma empregar na guarda, e conservação de seus bens; L. 3, § 1, e L. 10, pr. D. *Commod. vel contr.*, e Ord. liv. 4, tit. 53, § 2.

O commodatario pois não adquire o dominio, nem a posse, mas somente o uso da causa; cit. Ord. tit. 53. in pr., e § 1, e LL. 8 e 9. D. *eod.*

#### § 674. EM QUE O COMMODATO DIFFERE DO MUTUO, PRECARIO, E LOCAÇÃO-CONDUÇÃO.

O commodato differe do mutuo (§ 675) em que o objecto deste é cousa fungivel (como, v. gr., dinheiro, pão, vinho, azite, etc.), a qual, por isso mesmo que se consome, e desaparece com o uso, que della se faz, entra no dominio do mutuuario, e deve ser restituída não na mesma especie, como succede no commodato, mas no mesmo genero, comtanto que seja da mesma qualidade, e na mesma quantidade.

Differe do *precario* (§ 676) em que neste o tempo do uso não é definido, mas fica dependente do arbitrio do concedente, que póde, se quizer, exigir a entrega da cousa depois de passados dez dias; Ord. liv. 4, tit. 50, § 1; e differe da *locação-condução* (§ 695) em que nesta o uso não é concedido gratuitamente, mas por certa pensão, aluguel ou renda; cit. Ord. tit. 53 in princ., e § 1, deduzida do Direito Romano (D. *Commod. vel contr.*), que nesta materia é approvado quasi inteiramente pelas nossas Leis, e costumes.

Em regra, o commodato, assim como o mutuo (§ 675), é convenção benefica (§ 673) mas tambem póde ser onerosa ou bilateral.

## § 675. Do MUTUO.

O *mutuo* só differe do *commodato* (§ 673) em que o seu objecto é cousa fungivel, que se costuma contar, pesar, ou medir, com dinheiro, pão, vinho, ou azeite, etc.; Ord. liv. 4. tit. 53, § 1; e entra no dominio do mutuuario, sem o que não estaria no poder deste gozar da vantagem do mutuo, consistente no consumo do seu objecto; e por isso mesmo deve ser restituído, não na mesma especie, como succede no *commodato* (cit. § 673), mas no mesmo genero, na mesma qualidade, e na mesma quantidade; cit. Ord. id princ., e § 1.

Este contracto, em regra, é benefico; mas nada impede que se estipule um premio como compensação do uso, e do perigo da restitução do objecto; e no caso de demora esse premio é devido, aindaque não fosse expressamente estipulado; sendo que então é correspondente a seis por cento ao anno do valor do objecto do mutuo, como foi determinado com relação ao mutuo pecuniario, ou emprestimo de dinheiro pela Lei de 24 de Outubro de 1832, a qual concedeo tambem ás partes contractantes convencionarem o premio do dinheiro, de qualquer especie, que bem lhes parecer; ampliando assim os Alvarás de 17 de Janeiro, e de 6 de Agosto de 1757.

Esta convenção porém não póde ser provada, senão por escriptura publica, ou particular, segundo a citada Lei. Quanto a emprestimo de dinheiro feito a filho-familias, veja-se o que dissemos no § 51, e sua primeira nota.

Em regra esta convenção é benefica; mas tambem póde ser onerosa, ou bilateral (§ 674, in fin.)

## § 676. Do DEPOSITO.

No Direito Patrio não ha titulo algum especial a respeito do *deposito*; faz-se porém menção d'elle em muitos logares da nossa legislação, e observa-se entre nós o que a respeito d'elle estatue o Direito das Gentes, e o Civil dos Romanos (D. liv. 16, tit. 3, e Cod. liv. 4, tit. 34).

Intende-se por *deposito* a tradição de alguma cousa a um terceiro, para que a guarde até que lhe seja pedida, ou mandado que a entregue; Ord. liv. 4, tit. 49, § 1, e L. 1, pr. D. *Deposit.*

O depositario pois não tem o dominio, nem a posse da cousa, e nem mesmo o uso della, como o tem o commodatario, tendo pelo contrario o dever de a guardar com o mesmo cuidado, e vigilancia, com o mais prudente e cauteloso pai de familia costuma guardar as suas cousas.

Elle pois não pôde usar do objecto do deposito, nem conceder a outrem o uso delle; salvo, no deposito convencional, por expresso consentimento do dono; Ord. liv. 4, tit. 40, § 5, *ibi.* — *ou usasse della sem vontade expressa do senhor*; — e se recusa entregal-o por nove dias contados daquelle. em que lhe é pedido pelo dono, no deposito convencional, ou mandado pelo Juizo que o entregue, no deposito judicial, é preso até que da cadêa o entregue; cit. Ord. liv. 4, tit. 49, § 1, e tit. 76, § 5, a qual é applicavel tanto ao deposito convencional, como ao judicial.

Ao deposito judicial referem-se as Ordenações liv. 1, tit. 62, § 26, liv. 2, tit. 52, § 7, liv. 3, tit. 86, §§ 3 e 5, e algumas outras, e especialmente o Aviso de 5 de Março de 1849.

Chamão-se *depositarios publicos* aquelles que são constituídos por Lei, e por auctoridade publica, e *depositarios particulares*, ou *convencionaes* os que são constituídos por convenção celebrada entre o dono do objecto, e o que se constitue depositario delle.

Em regra, o deposito convencional é gratuito; incumbe porém ao depositante o dever de satisfazer ao depositario as despesas necessarias feitas com a guarda e conservação do objecto do deposito. Aos depositarios publicos, ou judiciaes é concedido um por cento pela guarda de dinheiro, e moveis incorruptiveis, e dous por cento, sendo corruptiveis; Alvará de 21 de Maio de 1751, cap. 5, § 1, e de 25 de Agosto de 1774 § 16.

### § 677. DO PRECARIO.

Por *precario* (outra convenção benefica) intende-se todo o genero de liberalidade temporaria a respeito do uso de alguma cousa, cuja duração fica dependente da vontade do concedente, depois de passados dez dias; Ord. liv. 4, tit. 50, § 1.

Aquelle pois, que recebe alguma cousa por virtude desta convenção, não adquire o dominio, nem a posse della, mas

sómente o seu uso; e este mesmo é incerto, e revogavel a arbitrio do concedente; e nisso se distingue do commodado e do mutuo, nos quaes o uso do seu objecto é concedido por tempo determinado, e, em regra, não se revoga nem um, nem outro, a não ser no caso imprevisto de urgente necessidade do concedente (§ 672, in fin).

A Ord. liv. 4., tit. 53, in princ. faz menção delle nas palavras — *E se foss'... para uso não certo, seria outra especie de contracto*, — e tambem o tit. 54, § 3, nas palavras — *a empréstou... emquanto lhe aprouver*. —

### § 677. DO MANDADO.

Chama-se *mandato* o contracto benefico, pelo qual alguém commette a outro, e este se encarrega de fazer alguma cousa, ou gerir algum negocio em nome daquelle, e gratuitamente.

Divide-se em *judicial*, e *extrajudicial*; e um e outro subdivide-se em *especial*, e *geral*. O extrajudicial porém tambem se subdivide em *civil*, e *ccmmercial*, ou *mercantil*. Aqui só tratamos do civil, deixando á Cadeira de Direito Commercial a explicação do mandato mercantil, e á de Practica do Processo a do mandato judicioai.

O mandato civil é *especial*, quando o mandante commette á alguém a gestão de algum negocio em especie, como, v. gr., a compra, ou venda de certo numero de cavallos, e é *geral*, quando lhe commette a gestão de muitos negocios em geral, como, v. gr., a administração de todos os predios urbanos, e rusticos, escravos, e gados, que possui em certo lugar.

Em regra, o mandato civil, especial, ou geral, é gratuito; isto porém não impede, que em muitos casos especiaes se estipule uma retribuição, segundo a qualidade do trabalho da parte do mandatario e do proveito da parte do mandante

O mandatario, acceitando o mandato, contrahe a obrigação de o executar com todo o cuidado, diligencia, fidelidade, e zelo, e de responder pelo abuso desses seus deveres; e o mandante a de ratificar tudo quanto foi feito em seu nome pelo mandatario dentro dos limites do mandato, e de indemnisar o mandatario das despezas, que este fez ás suas expensas com a execução do mandato, até onde forem justas e razoaveis.

Não ha no Direito Civil Patrio titulo algum especial, que tenha por objecto definir o mandato civil, e os direitos e obrigações dos mandantes, e dos mandatarios; observa-se porém entre nós o que a esse respeito se acha determinado pelo Direito Romano, isto é, na Instit. liv. 3, tit. 26, no Dig. liv. 17, tit. 1, e no Cod. liv. 4, tit. 35, por ser deduzido do Direito das Gentes, e conformê com a boa razão.

### § 679. DO SEQUESTRO.

Chama-se *sequestro* o deposito de cousa litigiosa, ou de quaesquer outros bens, de que outrem é senhor, ou simplesmente possuidor ou detentor, para segurança dos mesmos bens ou de algum direito de outrem, ou para algum outro fim determinado por lei.

Elle é *voluntario*, quando os litigantes voluntariamente depositão a cousa em mão de um terceiro, para que este a entregue ao que vier a ser vencedor; e é *necessario*, ou *judicial*, quando a cousa é depositada por mandado, e auctoridade do Juizo.

Regularmente é prohibido; L. un. C. de *prohib. sequestra.*; e não se concede senão por causa justa, como, v. gr., suspeita de fuga, ou de extravio, ou dissipação da cousa, ou temor de que os litigantes recorram ás armas, ou finalmente, quando um delles não segura o direito do outro com caução fidejussoria, ou pignoraticia, bastante para o caso; Ord. liv. 3 tit. 31.

Por Direito Patrio só se concede nos seguintes casos:

1.º Em pena de algum acto prohibido por lei, ou de falta de cumprimento de algum dever legal, como no caso da Ord. liv. 2, tit. 13, in princ. vers. — *E tendo* —

2.º Por falta de caução á causa movel demandada em Juizo, quando o réo não tem bens de raiz, que valhão tanto como ella; Ord. liv. 5, tit. 31, in princ.; ou ao pagamento da divida, porque é movida a acção pessoal, se o réo é suspeito de fuga, por não possuir bens de raiz, nem moveis que valhão tanto como a quantia, ou quantia de demandada; cit. Ord. § 3; exceptua-se porém o caso, em que o autor approvou a pessoa do réo, fazendo com elle o contrato, d'onde deriva a demanda, que lhe move, em

tempo, em que o réo não tinha bens de raiz nem fazenda movel se disso o auctor era sabedor; cit. Ord. § 5<sup>1</sup>.

3.º Por temor de que as partes venhão á pelejas, e arruidos; Ord. liv. 4 tit. 95. § 2.

4.º Pelas duvidas allegadas contra a partilha pelo que está em posse da herança; Ord. liv. 4 tit. 96 § 12.

5.º Por falta de caução do vencedor á cousa movel, ou aos fructos da de raiz, em que foi feita condemnação, quando o réo vencido vem com embargos á execução; Ord. liv. 3 tit. 86, § 15, e tit. 87 in princ.

#### § 680. REGRAS DA SATISFAÇÃO DO DAMNO NOS CONTRACTOS BENEFICOS.

Tem aqui seu logar natural a doutrina da satisfação do damno nos contractos beneficos, e especialmente no commodato, a qual os Doutores tambem costumão tractar nos seus commentarios ao Tit. D. *Commodat*. Conio o damno póde ter logar por dolo, por culpa, ou por acaso; dão-se por isso as seguintes regras:

1.ª *A cousa perece por conta de seu dono*; Ord. liv. 4, tit. 50, in princ., e tit. 53, § 12, in fin<sup>2</sup>.

2.ª *O dolo deve ser reparado em todo o contracto, e é nullo o pacto, em que se estipula o contrario, pelo menos nessa parte*; L. 23. D. de reg. jur.

3.ª *O acuso, ou successo fortuito, que não se pôde prevenir, é supportado pelo dono da cousa, excepto se o contrario foi expressamente estipulado, ou se a outra parte está em mora*; cit. Ord. tit. 53, §§ 3 e 4.

4.ª *Nos contractos, em que um dos contractantes só tem proveito, e o outro só tem incommodos, ou desproveito, como*

<sup>1</sup> Assim pois a cit. Ord. liv. 3. tit. 31. §§ 2, 3, e 5, só admittio no referido caso exceptuado a prohibição do sequestro por causa da divida pecuniaria nascida de contracto, imposta pela cit. Lei. un. Cod. de prohib. sequestr. *specan*.

<sup>2</sup> Os citados titulos 50 e 53 do 4.º livro das Ordenações Filippinas são singulares; porquanto não se acha nos Codigos anteriores titulo algum especial, que tracte do mutuo, e do commodato. Elles pois forão deduzidos do Direito Romano, assim como tambem o foi a divisão da culpa em *lata*, ou *larga*, *leve*, e *levissima*, ou a doutrina da satisfação do damno, a qual a Ord. liv. 4, tit. 53 estabelece de conformidade com a qualidade da culpa.

*succede em todas as convenções beneficicas, o primeiro é responsavel pela culpa leve, e levissima, e o segundo somente pela culpa lata; cit. Ord. § 3. O commodatario pois é responsavel tambem pela culpa levissima.*

## TITULO VI

### Das convenções onerosas.

#### § 681. O QUE SEJÃO CONVENÇÕES ONEROSAS.

Chamam-se *convenções onerosas* aquellas de que resultão direitos e obrigações para ambas as partes contractantes, taes como a *permutação*, os contractos chamados innominados, a *cômpra e venda*, a *locação-conducção*, a *sociedade*, a *emphyteuse*, e outros muitos (§ 628).

#### § 682. DA PERMUTAÇÃO, E DOS CONTRACTOS INNOMINADOS.

A *permutação* é o mais antigo contracto commercial, e o mais usado entre as nações, emquanto não foi inventado um preço eminente, capaz de se accomodar ao valor de cada uma das outras cousas, segundo observa Plinio, Hist Nat. lib, 33, cap. 1, e Paulo á L. 1, D. *de contrah. empt.*

Ainda depois da invenção da moeda não tem deixado de ser frequente a permutação, a qual só differe da compra e venda em que nesta trocão-se cousas por dinheiro, e na permutação trocão-se cousas por cousas.

Nada pois ha aqui a dividir, senão que na permutação pura, assim como em qualquer outro contracto, a obrigação torna-se perfeita só pelo simples consenso; e portanto, depois que elle foi uma vez convenientemente manifestado, e acceito por cada uma das partes contractantes pura e simplesmente, não tem mais lugar o arrendimento; salvo, se houver arrhas, perdendo-as a parte, que as deo, ou restituindo-as, e mais outro tanto a que as recebeo, se for esta a que se arrendeo; arg. da Ord. liv. 4, tit. 2, pr.

O mesmo se diz a respeito dos contractos innominados *do ut des, do ut facias, facio ut des, facio ut facias*. Dahi se segue que não se observa entre nós o que dizer os Imperadores na L. 3, C. *de rer. permut.* ibi. — *Ex placito permutacionis, nullã re sequuta, constat menini actionem competere.*—

Portanto, se uma das partes contractantes der, ou se offerer a dar o que permittete á outra, tem acção para exigir, que esta lhe entregue a cousa, que prometteo, se ainda a tiver em seu poder; e, não a tendo, póde exigir o interesse, que lhe pertencer, assim em razão do ganho, como em razão da perda; cit. Ord. liv. 5, tit. 2, pr.

### § 683. DA VENDA, E SUA ESSENCIA.

A Ord. liv. 4, tracta prolixamente do contracto de venda desde o tit. 1 até o tit. 21, onde quasi foi compilado o Direito Romano na Inst. liv. 3, tit. 23, D. liv. 18, tit. 1, e tit. 5, e Cod. liv. 4, tit. 36, tit. 45, etc.

A essencia da venda consiste no mutuo consenno, cousa certa, e capaz de alienação, e preço certo, justo, e consistente em dinheiro; cit. Ord. liv. 4, tit. 2, in princ., Man., tit. 24, e Affons. tit. 35, e tit. 36.

Quanto á venda de bens de raiz, allodiaes, ou foreiros, e á venda de escravos ladinos, tambem se requer especialmente o pagamento da siza, a respeito daquelles, e o de meia siza a respeito destes, sob pena de poder a todo tempo cada uma das partes, ou seus herdeiros, desfazer a venda; sendo, que, por outro lado, o comprador, e o vendedor ficão sujeitos a serem multados, em igual parte, no valor do bem de raiz, ou do escravo, metade para o denunciante, se o houver, e outra metade para a Fazenda; Alvará de 3 de Junho de 1809, §§ 8 e 9, Ordens n.º 106 de 3 de Outubro de 1844, e n.º 251 de 19 de Novembro de 1853.

A siza dos bens de raiz foi reduzida a seis por cento pela Lei de 28 de Outubro de 1848 art. 9.º § 22.

Quanto aos aforamentos, estes, ainda que importão, da parte do senhorios, que os concedem, uma especie de alienação do dominio util da cousa aforada, são comtudo, assim como os encabeçamentos mencionados na Ord. liv. 4, tit. 96, § 23, cousa diversa e distincta da venda dos bens foreiros, feita pelo senhor util com consentimento do senhorio, expresso ou presumido; e por isso os aforamentos e encabeçamentos não são sujeitos ao imposto da siza; e sim ao sello proporcional, calculado sobre a somma dos respectivos fóros de vinte annos; Ordem n.º 70 de 26 de Agosto de 1844, e Regulamento de 10 de Julho de 1850, art. 8.º, ao passo que a venda dos bens foreiros paga siza, como acima se disse.

Podem-se ajuntar á venda, em geral, todos os pactos honestos, e conformes a Direito ; Ord. liv. 4, tit. 4, in princ.

§ 684. CONSEQUENCIAS NATURAES DA ESSENCIA  
DA VENDA.

Primeiramente: como o consenso é da essencia deste contracto (paragrapho antecedente), segue-se dahi:

1.º Que ninguem póde ser constrangido a vender alguma das cousas, que possúe ; Ord. liv. 4, tit. 11, Man. tit. 25, e Affons. tit. 37 ; exceptua-se porém o caso de necessidade, ou utilidade publica, Constit. art. 179, § 22, e Lei de 9 de Setembro de 1826, e Decreto n.º 358 de 12 de Julho de 1845.

2.º Que basta o consenso dos proprios contrahentes ; porquanto na mesma venda de bens hereditarios, ou de avoengos não se requer mais o consentimento dos consanguineos do vendedor ; Ord. liv. 4, tit 11, no fim do princ.

3.º Que todos os que podem consentir, e dispôr livremente dos seus bens, podem vender a quem quizerem, e comprar a quem lhe quizer, e poder vender, e pelo melhor preço que poderem, não havendo Lei especial, que lh'o vede em um, eu outro caso especial ; cit. Ord, §§ 1 e seguintes.

É por excepção a esta regra geral, que o pai, e avó não póde fazer venda alguma, nem troca desigual a seu filho, ou netto, ou outro descendente, sem consentimento dos outros descendentes seus herdeiros, ou licença do Governo ; Ord. liv. 4, tit. 12, e Man. tit. 28 ; e que os Clerigos não podem comprar para revender ; Ord. liv. 4, tit. 16, Man. tit. 32, e Affons. tit. 47.

Em segundo lugar ; como o objecto da venda deve ser coisa certa, e capaz de alienação (paragrapho antecedente) é consequente que não são objecto de venda as cousas cuja alienação é prohibida por Lei especial, taes como as cousas sagradas, as cousas litigiosas, e as demais especificadas no § 530. Exceptua-se as cousas litigiosas declaradas na Ord. liv. 4, tit. 10, § ult.

Finalmente, em terceiro e ultimo lugar, como o preço da venda deve ser certo, justo, e consistente em dinheiro (paragrapho antecedente), segue-se :

1.º Que é nulla a venda feita por preço incerto, v. gr.: o que o comprador quizer dar; Ord. liv. 4, tit. 1, § 1; a determinação do preço porém pode ser commettido a um terceiro, e uma vez definido por este, a venda é válida; mas neste caso pode socorrer-se ao Juiz a parte, que for descontente do arbitramento; cit. Ord. § 1, vers. — *Porém*; — salvo, se as partes convencionarão o contrario; Const. art. 160.

2.º Que se pode desfazer pelo principio de lesão enorme a venda, em que o vendedor, ou o comprador for lesado em mais de metade do justo preço da cousa; Ord. liv. 4, tit. 13, in princ.

§ 685. SE A TRADIÇÃO DA COUSA, E DO PREÇO É DA ESSENCIA DA VENDA.

Não são pois da essencia deste contracto para sua perfeição, e validade nem a tradição da cousa, nem a do preço; Ord. liv. 4, tit. 2, pr.

Todavia, aindaque assim seja, e aindaque consequentemente o vendedor seja obrigado a entregar ao comprador a causa vendida, por effeito do simples mutuo consenso, elle retém o dominio da mesma cousa até o momento da tradição della; cit. Ord. tit. 7, in princ. Man. tit. 28, e Affons. tit. 42; e por isso mesmo não cabe ao comprador contra o vendedor, que não lhe entregou a causa, a acção de reivindicção; e só lhe cabe a acção *ex empto*, para que lh'a entregue, se ainda estiver no seu dominio, e posse. Igualmente o retém no caso, em que, tendo-a entregado ao comprador, sem delle receber o preço, que esperava receber, segundo a fórma do contracto, recobrou depois a posse della, em cujo caso póde vendel-a a outro; cit. Ord. tit. 7, § 1; não porém assim se deo espaço ao comprador para pagar o preço, e lhe entregou a causa, révo-gada nessa parte a cit. Ord. tit. 5, § 2, pelo Alvará de 4 de Setembro de 1810.

Como pois o vendedor retém o dominio da causa vendida emquanto não a entrega; segue-se dahi, que, se a tornar a vender, e a entregar ao segundo comprador, recebendo delle o preço, este segundo comprador fica sendo verdadeiro senhor da causa, não competindo ao primeiro, senão o direito de demandar o vendedor, para que lhe torne o

dinheiro, que lhe pagou por a compra da dita causa com seu interesse, e de o accusar, se quizer, pelo crime de estellionato; cit. Ord. tit. 7, § 2, e Cod. crim. art. 264, n. 2.

§ 686. SE A ESCRIPTURA, E AS ARRHAS SÃO DA ESSENCIA DA VENDA.

A escriptura só é da essencia da venda, assim como de qualquer outra convenção, no caso, em que as partes contractantes expressamente convencionarão fazer escriptura, e que de outra maneira não valesse o contracto; e naquelle em que a escriptura se requer *por forma*, como na emphyteuse ecclesiastica, e nos contractos, que devem ser insinuados; assim como tambem naquelles que, segundo Direito, não podem ser provados senão por escriptura publica; Ord. liv. 3, tit. 59, liv. 4, tit. 19, in princ., e § 1, tit. 62, in princ., Man. tit. 36, e Affons. tit. 57, Alvará de 16 de Setembro de 1814, e de 30 de Outubro de 1793, Lei n. 840, de 15 de Setembro de 1855, art. 11, e Liv. 17, C. de *fide instrum.*, Huber. ad tit. *de contrah. empt.* n. 2, e Vinn. ad *princip. Inst. de empt.* n. 3 (§§ 155 e 671).

Em cada um desses casos pois cada qual das partes contractantes pôde arrepender-se até que a escriptura seja feita; cit. Ord. tit. 19, in princ., salva a excepção do § 2, desta mesma Ord. ibi. — *se a parte confessar que a convença foi entre elles affirmada, será constrangida a fazer della escriptura.*

As arrhas, que algumas vezes se accrescentão á venda, não pertencem á essencia della; porquanto bem pôde ella existir, e de feito existe no maior numero dos casos, independentemente das arrhas; e assim, tanto que o comprador, e o vendedor são accordados na compra e venda de alguma cousa certa por certo preço, e sem nenhuma outra condição, logo esse contracto é perfeito, e acabado, e não se pôde mais alguma das partes arrepender sem consentimento da outra; Ord. liv. 4, tit. 2, in princ.

Se as arrhas porém forão dadas em signal, e segurança do contracto, qualquer das partes pôde-se arrepender; mas então, o comprador, que deo as arrhas, se é elle o arrependido, perde-as para o vendedor; e este, se é elle o que se affasta do contracto, restitue as arrhas ao comprador com mais outro tanto; cit. Ord. § 1.

Pelo contrario, se as arrhas forão dadas em signal e começo de paga, ou simplesmente em parte da paga, nenhuma das partes pôde mais sahir do contracto sem consentimento da outra, ainda que queira perder o dinheiro, que deo, ou restituir o que recebeo com mais outro tanto; cit. Ord. § 3, Egid. ad Leg. *Ex hoc jure* 5, cap. 8, n. 90.

### § 687. DE OUTROS PACTOS ACCRESENTADOS Á COMPRA E VENDA.

Como se pôde accrescentar á compra e venda qualquer pacto honesto, e conforme ao Direito (§ 528); segue-se dahi que são válidos :

1.º O pacto *de retrovendendo*, pelo qual as partes estipularão, que, tornando o vendedor o preço ao comprador até certo tempo, ou quando quizesse, lhe fosse tornada a cousa; Ord. liv. 4. tit. 4, in princ.

2.º O pacto *addictionis in diem*, pelo qual as partes concordarão em que a cousa ficasse vendida a quem até certo tempo offerecesse maior preço; porquanto um tal pacto é honesto, e como tal é geralmente approved pela cit. Ord.

3.º O pacto da *lei commissoria*, isto é, que a venda seja nenhuma, se o comprador não pagar o preço até certo dia; cit. Ord. tit. 5, § 3; em cujo caso, dada a falta de pagamento do preço, depende da escolha do vendedor desfazer a venda, ou demandar o preço; cit. Ord. e § vers. — *Mas se passado o dia da paga.*

4.º O pacto *protimeseos*, pelo qual o vendedor acautela que, se o comprador quizer em algum tempo vender a cousa, elle vendedor seja preferido tanto por tanto; L. 75, D. *de contrah. empt.*; este pacto tambem é valido em favor de terceiro; Ord. liv. 4, tit. 11, § 2; por virtude da Lei tambem prefere na compra o senhorio directo, e por virtude do testamento prefere aquelle, que o testador tiver declarado; cit. Ord. §§ 1 e 3.

5.º O pacto chamado *constituto*, pelo qual o vendedor de um predio contracta com o comprador ficar nelle como conductor, ou locatario, em cujo caso o dominio do predio é transferido na pessoa do comprador pela ficção da tradição *brevi manu*; L. 75, D. *de contrah. empt.*, Boehmer, ao mesmo tit. in fin.

## § 688. DO PERIGO E PROVEITO DA COUSA VENDIDA.

Quando a venda é pura, ou sem condição alguma, e as partes contractantes não determinão expressamente a qual dellas pertencerá o perigo, que sobrevier naturalmente á coisa vendida antes da sua tradição ao comprador, é este quem o supporta ; porquanto, ainda que o vendedor retém o dominio da coisa até a sua tradição, segundo a Ord. liv. 4, tit. 7, § 2; comtudo, como desde que as partes concordarão sobre a compra e venda de coisa certa, e sobre seu preço, o contracto é de todo perfeito, e acabado, e incumbe ao comprador pagar o preço ao vendedor, e a este entregar-lhe a coisa ; segue-se naturalmente de tudo isso, que, se o comprador não paga o preço, fica desde logo constituido em mora, torna-se devedor da especie, a qual, se perecer, perece por isso mesmo por sua conta ; Ord. liv. 4, tit. 8, pr., e § 4, L. 17, D. *de peric. et comm. rei vendit.*, e L. 35, § 4, D. *de contrah. empt.*

Exceptua-se porém o caso, em que a coisa vendida foi depois desapropriada por necessidade, ou utilidade publica antes de ser entregue ao comprador ; porque neste caso todo o perigo pertence ao vendedor, o qual, se já tinha recebido o preço, deve restituil-o ao comprador ; cit. Ord. § 4.

Pelo contrario, se a venda foi condicional, então o perigo corre por conta do vendedor, de sorte que, se a coisa perecer antes de se cumprir a condição, perece por conta delle ; cit. Ord. § 1.

Exceptua-se porém, quanto ao damnifcamento parcial, que sobreveio á coisa, pendente a condição, por que este, se depois se cumprio a condição, pertence ao comprador ; não porém assim o que sobreveio á coisa depois de cumprida a condição, sendo o vendedor em mora a respeito da tradição da coisa ao comprador ; cit. Ord. § 2.

Exceptúa-se tambem, em todo o caso, a damnificação proveniente de vicios, que já existião ao tempo da venda, se erão visiveis, ou se, sendo invisiveis, erão ignorados pelo vendedor ; Ord. liv. 4, tit. 17, § 3, in fin.

Tambem pertence ao comprador o perigo, que sobrevier á coisa depois de se haver elle mesmo constituido em mora de a receber ; cit. Ord. liv. 4, tit. 8, § 7. Em todo caso porém, em que foi determinado entre as partes qual dellas responderá pelo perigo, cumpre-se o que entre ellas foi accordado ; cit. Ord. § 8.

Quanto ao lucro, ou proveito, é de pura intuição, que pertence áquelle dos dous, a quem pertencer o perigo. A cit. Ord. liv. 4, tit. 8, foi deduzida do cit. Tit. do D. *De peric. et commod. rei vendit.*; — e portanto a essa sua fonte se deve recorrer nos casos duvidosos.

### § 689. DA ANULLAÇÃO DOS CONTRACTOS E DA RESCISÃO DA VENDA.

Os contractos, que desde sua origem laborão em alguma das nullidades referidas nos §§ 642 e seguintes, annullão-se a todo o tempo, uma vez que o seu objecto ainda não haja prescrevido (§ 617). Os contractos porém, que, considerados em si mesmos, não laborão em nullidade, podem-se rescindir, ou desfazer em certos casos, quando para isso se der alguma justa causa.

Assim, póde-se rescindir a venda :

1.<sup>a</sup> Por mutuo dissenso em tempo, em que o negocio ainda esta *re integra*: isto é, antes da tradição da cousa, e entrega do preço; Ord. liv. 4, tit. 2, § 3, *ibi.* — *sem consentimento da outra parte*; — porquanto depois desses actos a venda está de todo perfeita e acabada, e então só póde ter logar, por effeito de mutuo consenso, uma outra venda.

2.<sup>a</sup> Por dissenso de um só dos contrahentes, se o contracto ainda não é perfeito e acabado, por lhe faltar alguma solemnidade; salvo, se a outra parte confessar o contracto; Ord. liv. 4, tit. 19.

3.<sup>a</sup> Por lesão enorme, isto é, superior a metade do justo preço, em cujo caso incumbe áquella das duas partes, a quem a lesão é proveitosa, ou desfazer a venda, ou emendar a lesão; Ord. liv. 4, tit. 13, *in pr.*, e § 1, deduzida da L. 2, *C. de rescind. vendit.*

### § 690. CONTINUAÇÃO DA MESMA MATERIA.

A cit. Ord. liv. 4, tit. 13, estatuiu algumas cousas contrarias á razão do Direito Romano, taes como :

1.<sup>o</sup> Que todos os contractos onerosos, sem se exceptuar a mesma transacção, podem-se rescindir pelo principio de lesão enorme, § 6.

2.º Que se póde rescindir por esse principio ainda mesmo no caso, em que a lesão fosse conhecida, e o lesado dissesse que fazia doação da maioria, que a cousa mais valesse; § 9.

3.º Que não se póde renunciar o beneficio dessa Lei; cit. § 9.

4.º Que a acção pelo principio de lesão enorme prescreve por quinze annos; § 5.

5.º Finalmente que a lesão enormissima annulla o contracto; e então não se dá a escolha; mas deve ser a cousa precisamente restituída com todos os fructos desde o tempo da venda; § ult. vers. — *E se o engano*, — o qual foi accrescentado pelos Filippistas contra a razão do Direito Romano, e Patrio anterior; Egid. á L. *Ex hoc jure* 5, p. 1, cap. 9, ns. 107 e seguintes.

Os compiladores porém não declarão ahi, nem até hoje alguma outra Lei Patria tem declarado precisamente qual seja a lesão *enormissima*. Intende-se pelas noções que temos de *lesão enorme*, que é aquella, em que uma das partes é prejudicada em muito mais de metade do justo preço: mas convinha muito que se fixasse um termo certo; v. gr., que toda a lesão em mais de metade até uma decima parte mais seria *lesão enorme*, e toda a lesão que excedesse a metade é mais um decimo, e dahi para cima seria *lesão enormissima*.

A lesão enorme dá-se: a respeito do vendedor, quando este vende, v. gr., por menos de cinco mil réis o que na estimação geral valia a esse tempo dez mil réis; e a respeito do comprador, quando este compra, v. gr., por mais de quinze mil réis o que a esse tempo valia dez mil réis; cit. Ord. liv. 4, tit. 13.

#### § 691. DA REDHIBIÇÃO, E ABATIMENTO DO PREÇO.

Tambem se póde rescindir a venda por motivo de doença, vícios, ou defeitos encobertos, existentes no objecto della já ao tempo, em que foi contractada; como, v. gr., nos seguintes casos:

1.º Por vicio de animo, como, v. gr., se o escravo é fugitivo, ou se a besta se espanta, impina, ou rebella sem causa; Ord. liv. 4, tit. 17, §§ 2 e 8.

2.º Se o escravo, ou besta tinha doença encuberta, de tal qualidade, que lhe impede o serviço; cit. Ord. §§ 1 e 2.

3.º Se o escravo, ou besta não tem, nem ainda em mediano grau as qualidades, ou prendas, que o vendedor afirmou ter; cit. Ord. § 4.

4.º Se o escravo tinha commettido algum delicto, pelo qual mereça pena de morte, e ainda não era livre delle por sentença; ou se tinha tentado matar-se a si mesmo; e o vendedor não manifestou ao comprador nem uma, nem outra cousa, sendo della sabedor; cit. Ord. § 3.

5.º Se a cousa inanimada tinha vicio, faltas, ou defeitos encobertos, v. g., se um livro comprado foi achado com falta de alguma folha, se a peça de panno é inferior á amostra, se o predio tem servidão passiva muito onerosa; cit. Ord. § 10, Domat. L. 1, tit. 2, sect. 11, art. 4.

6.º Se houve erro sobre a substancia da cousa, ainda que ambas as partes estivessem em boa fé; como, v. gr., se foi vendido alquime, ou latão em conta de ouro, ou estanho em conta de prata; L. 14, D. *de contract. empt.*

#### § 602. CONTINUAÇÃO DA MESMA MATERIA.

Em regra o vendedor não é obrigado a manifestar os vicios, e achaques da cousa, se são patentes; porém, se não manifesta os occultos, tendo sciencia d'elles, obra com dolo; e neste caso, se o vicio ou achaque não é leve deve restituir o preço, perdas, e interesses; devendo, pelo contrario, restituir somente o preço, e as despezas, que o comprador fez com a cousa quando não obrou com dolo; L. 45, D. *de contrahend. empt.*, L. 13, D. *de act. empt.*, e L. 1, C. *de ædilit. act.*

Em cada um dos casos referidos no paragrapho antecedente são concedidos seis mezes ao comprador para engeitar o escravo (cit. Ord. liv. 4, tit. 17, in princ. e § 3), e um mez para engeitar a besta, e qualquer cousa inanimada (cit. Ord. §§ 7 e 8).

Se o escravo, que o comprador pôde engeitar por doente, ou fugitivo, fallecer, ou fugir dentro do referido tempo, o comprador pôde pedir que o vendedor lhe torne o preço que lhe deu por elle, e a siza que pagou, provando que falleceo da doença que tinha em poder do vendedor, ou que

em poder do vendedor tinha o vicio de fugitivo ; cit. Ord. §§ 5 e 6.

Da mesma sorte, se o animal, que podia ser engeitado, morrer de doença anterior á compra, ignorada pelo comprador ao tempo d'esta, póde o comprador exigir que o vendedor lhe torne o preço que lhe deu por elle ; L. 31, § 11, e L. 38, § D. *de ædilit. edict.*

Em todos os casos, em que o comprador póde engeitar a cousa, pode pedir em logar disso abatimento no preço por causa do achaque, ou defeito, que a cousa tem, ou mesmo pedir a alternativa ; L. 25, § 5, D. *de except. rei judic.*

A acção de pedir abatimento no preço póde ser intentada dentro de um anno (cit. Ord. §. 2, in fin.), e tem logar da mesma sorte, que a acção redhibitoria, não só a respeito das cousas havidas por compra, mas tambem a respeito das que forão havidas por troca, ou escaimbo, ou dadas em pagamento, ou por qualquer outro titulo, em que se tras-passe o senhorio, exceptuada somente a doação ; cit. Ord. § 9.

#### § 694. DAS OBRIGAÇÕES DO VENDEDOR.

A primeira e principal obrigação do vendedor é entregar ao comprador a cousa vendida, não podendo eximir-se dessa obrigação, ainda que se offereça a pagar-lhe o interesse, e podendo ser constrangido judicialmente a entregar-lh'a, se ainda tiver em seu poder ; Ord. liv. 4, tit. 2, in princ., Huber *ad Pand.* L. 19, tit. 1, n. 5. Não sendo possível a entrega, póde ser constrangido a indemnizar todo o interesse ao comprador assim em respeito ao ganho, como em respeito á perda ; cit. Ord. liv. 4, tit. 2, in fin. princip., e tit. 97, § 3, e L. 21, § 3, D. *de act. empt.*

E tambem obrigado a entregar os accessorios da cousa vendida, e seus respectivos titulos ; L. 11, § 2, L. 13, § 10, e L. 27, D. *eod.* ; e não os entregando juntamente com a cousa vendida, e seus accessorios, o comprador póde requerer a dissolução do contracto ; L. 38, § 11, D. *de ædilit. edit.*

Tudo isso porém se entende no caso, em que o comprador pagou, ou depositou o preço, e no da venda *habita fide*

*preno*; L. 22, D. *de hæred. vel. act. vend.*, e Alvará de 4 de Setembro de 1810.

Emquanto o comprador não está em mora em aceitar a effectiva entrega da cousa, corre ao vendedor a obrigação de responder pelo desvio, e damno della proveniente de culpa lata, ou leve; L. 35, § 4, D. *de contr. empt.*; no caso contrario porém só responde pelo damno proveniente de dolo; L. 17, D. *de per. et com. rei vend.* (§ 691).

A segunda obrigação é prestar evicção ao comprador, e seus successores, em quanto a cousa não prescrever; Ord. liv. 3 tit. 45. L. 60, e L. 74. §. 1. D. *de evict.*

#### § 694. DAS OBRIGAÇÕES DO COMPRADOR.

A principal obrigação do comprador é pagar o preço no lugar da entrega da cousa, salvo se expressamente se obrigou á pagar em outro lugar, porque então deve pagar neste; Ord. liv. 4, tit. 5, § 1.

Se a cousa vendida, e entregue ao comprador é de raiz, e o comprador não pagou o preço, o vendedor pôde-o demandar pelo preço, e pela valia dos fructos, ou rendimentos, que recebeu, ou podia receber da dita raiz depois que foi ella entregue; Ord. liv. 4, tit. 67, § 3, L. 5, C, *de act. empt.*

Se o vendedor ao tempo do contracto deo espaço ao comprador para lhe pagar o preço, e o comprador não pagou antes de expirar o praso, sem duvida o vendedor pôde logo demandal-o para que pague, mas não tem mais accção para o constranger a tornar-lhe a cousa, posto que elle ainda a tenha em seu poder; porque nessa parte está revogada a Ord. liv. 4, tit. 5, § 2, pelo Alvará de 4 de Setembro de 1810.

Finalmente, o comprador, se não aceitou logo a effectiva entrega da cousa, porque não quiz, é obrigado pelos gastos feitos pelo vencedor na guarda, e conservação della.

#### § 695. DA LOCAÇÃO-CONDUCCÃO.

*Locação-conduccão* (outra convenção onerosa) é o contrato, pelo qual alguém concede a outrem o uso de alguma cousa propria immovel, ou de serviços pessoaes por certa pensão, ou paga, e por tempo determinado, como succede

ordinariamente nas locações de predios rusticos, ou indeterminado, como succede quasi sempre nas locações de predios urbanos.

Ella não requer solemnidade alguma, e da mesma sorte, que a compra e venda, torna-se perfeita pelo simples mutuo consenso das partes contractantes.

A paga tambem deve ser certa, e justa, e consistente em dinheiro; pôde contudo ser consistente em certa quantidade de fructos, quando a cousa locada for capaz de os produzir; Ord. liv. 4, tit. 45, §§ 2 e 3:

#### § 696. DOS DIREITOS, E OBRIGAÇÕES DO LOCADOR DE PREDIOS RUSTICOS, E URBANOS.

Competem ao locador de predios rusticos, e urbanos os seguintes direitos;

1.º Determinar o tempo da duração da locação, a quantidade da renda, ou aluguer, e o tempo certo do seu pagamento.

2.º Despejar o rendeiro, ou inquilino, ainda antes de ter findado o arrendamento, se a renda, ou aluguer não lhe for pago no tempo devido (L. 3, Cod. *locat.* Ord liv. 4, tit. 24, princ.), ou se o rendeiro, ou inquilino fizer máu uso da cousa, damnificando-a, ou usando della para fins, que não lhe forão concedidos, como, v. gr., usar das mattas de um Engenho para dar, ou vender em forma de lenha, carvão, estacas, ou madeira; cit. Ord. princ.

3.º Fazer embargo, ou arresto nos trastes da casa, ou nos fructos pendentes do predio rural arrendado, no caso de não lhe ter sido pago o aluguer, ou renda; *Mor. de Exec.* liv. 1, cap. 4, § 1, n. 6.

4.º Despejar o inquilino, antes de findo o tempo do aluguer, se, querendo renovar, ou reparar a casa, não o poder fazer convenientemente, morando nella o inquilino; ou, se lhe vier a ser necessaria para morar nella, ou elle mesmo, ou filho, ou filha, irmão, ou irmã; cit. Ord. princ.

5.º Exigir indemnisação das damnificações da cousa provenientes de culposo, ou doloso abuso do uso della, quer fossem feitas pelo inquilino, ou rendeiro, quer por algum de seus familiares, ou sublocador; L. 30, § 2, L. 28, D. *locat.*, L. 11, § 2, Cod. *ead.*, Cod. da Pruss. l. p. tit. 6, art. 63, tit. 21, art. 517, Cod. Civ. Fr. arts. 1729 e 1735.

Competem porém ao locador as seguintes obrigações :

1.<sup>a</sup> Entregar a coisa ao inquilino, colono, ou rendeiro em estado de servir ao uso, a que é destinada, sob pena de indemnização de perdas e interesses ; salvo, se, sendo visível o seu estado, assim mesmo foi aceita sem nenhuma reclamação ; L. 15, pr., e §§ 1 e 8, L. 24. § 4, L. 33, D. *locat.*, Cod. Civ. Fr. art. 1719.

2.<sup>a</sup> Fazer as reparações necessarias para o locatario poder fazer uso da coisa ; sendo que, se depois de requerido não as fizer, o locatario as póde fazer á custa do aluguer, ou renda, ou aliás resilir do contracto ; L. 15, § 1, L. 19, § 2, L. 25, § 2, L. 55, § 1, e L. 61, D. *eod.*

3.<sup>a</sup> Indemnizar ao locatario perdas, e interesses, no caso, em que, alienando a coisa antes de findo o tempo da locação, não lhe reservou expressamente o seu direito, e por isso veio depois elle locatario á ser expellido pelo novo senhor antes de findar a locação ; arg. da Ord. liv. 4, tit. 9, pr., L. 9, e L. 35, D. *locat.*

4.<sup>a</sup> Avisar ao inquilino (no caso de aluguer de casa por um, ou mais annos), trinta dias antes de findar o contracto, para que lhes entregue a casa logo que findar o tempo do contracto ; sendo, que, se o não fizer, intende-se renovado o contracto, uma vez que o inquilino, findo o tempo, continue a morar na casa ; Ord. liv. 4, tit. 23, §§ 1 e 2.

#### § 697. DOS DIREITOS DO CONDUCTOR, OU LOCATARIO.

Ao inquilino, colono ou rendeiro competem os seguintes direitos :

1.<sup>o</sup> Demandar o locador por perdas, e interesses, se elle não lhe entregou a coisa no tempo, em que l'ho devia entregar ; ou se o embarçou no justo uso della ; ou se não removeo, podendo, o embarço, que outro lhe oppoz ; L. 24, e L. 35, D. *locat.*

2.<sup>o</sup> Requerer remissão da totalidade da renda do anno, em que por effeito de secca, ou outro successo de força maior perdeo todos os fructos do predio rural arrendado ; ou do aluguer da casa correspondente ao tempo, que não póde habital-a, por effeito de invasão de inimigos, ou peste, Ord. liv. 4, tit. 27, pr.

3.º Optar entre o pagamento da renda e a entrega dos poucos fructos, que dado algum dos referidos successos, conseguiu colher; podendo, quando preferir entregar os fructos ao locador, tirar para si as sementes; Ord. § 1. Cessa porém, em cada um destes dous ultimos casos o direito á remissão, ou opção, se nos annos antecedentes do mesmo arrendamento houver uberidade não costumada, ou se houver igual uberidade nos annos seguintes, de sorte que compense a perda; ou se, emfim, a perda do anno estéril não chegar a metade do producto regular do predio rural arrendado; cit. Ord. § 1, L. 15, § 4, D. *locat.*, Cod. Civ. Fr., art. 1770, Lobão *D ss. sobre a remissão dos colonos*, § 50.

4.º Requerer abatimento na renda, proporcionado ás circumstancias, ou resilir do contracto, no caso em que o predio urbano, ou rustico arrendado foi destruido, ou esterelizado em parte, sem culpa sua; L. 33, D. *eod.*, Cod. Civ. Fr. art. 1722.

5.º Resilir do contracto, quando não podêr usar da cousa com segurança por effeito de guerra superveniente, peste, imminente ruina da casa, ou outra semelhante cousa, pagando todavia a renda, ou aluguer vencido; L. 13, § 7, L. 27, § 1, D. *eod.*, Silv. á Ord. liv. 4, tit. 24, pr. n. 73. Exceptua-se porém o caso, em que se obrigou aos successos fortuitos; arg. da L. 9, § 2, D. *eod.*

6.º Reter a casa, depois de findo o contracto, até ser pago das bemfeitorias, que fez nella com approvação do senhorio; Ord. liv. 4, tit. 54, § 1, e Assento de 23 de Julho de 1811; e reter o predio rustico até ser pago das bemfeitorias necessarias, e proveitosas, que fez nelle, ainda que as fizesse sem expresso consentimento do senhorio, uma vez, que este não lh'as prohibisse, ou não protestasse, em tempo, de não responder por ellas; cit. Ord. § 1.

7.º Repetir do locador a decima predial, ou fóros que lhe forão exigidos, no caso, em que não se obrigou expressamente a pagal-os; Regim de 9 de Maio de 1654, tit. 3, §§ 12 e 17, Valasc. *de jur. emphyt.* p. 17, n. 27, Mor. *de Exec.* liv. 6, cap. 13, n. 72.

8.º Poder sublocar, independentemente de consentimento do locador, se essa faculdade não lhe foi expressamente vedada pelo contracto; L. 6, Cod. *locat.*

9.º Poder usar da acção de força, não só contra terceiros,

mas tambem contra o mesmo senhorio, que o esbulhar, ou turbar no uso da cousa, durante o tempo da locação, e demandar-lhe a devida indemnisação; Silv. á Ord. liv. 3, tit. 48, *ad rubr.* n. 25.

### § 698. DAS OBRIGAÇÕES DO CONDUCTOR, OU LOCATARIO.

Ao inquilino, colono, ou rendeiro competem as seguintes obrigações:

1.<sup>a</sup> Indemnizar ao locador todo o prejuizo, que lhe causar com o abuso do uso da sua cousa, damnificando-a, quer a damnificação seja feita por elle mesmo, quer por alguns de seus familiares, ou sublocatarios; L. 30, § 2, L. 28, *Cod. locat.*, L. 11, § 2, *D. eod.*, *Cod. da Pruss.* 1, p. tit. 6, art. 63, tit. 21, art. 617, *Cod. Civ. Fr.* art. 1729 e 1735.

2.<sup>a</sup> Manifestar ao locador os actos de usurpação de alguma parte do predio rustico, que outro tente fazer, ou fizesse, sob pena de responder pelo damno, cuja indemnisação o dono poder haver do espoliador; L. 11, § 2, *D. eod.*, *Cod. Civ. Fr.* art. 1768.

3.<sup>a</sup> Pagar a renda ou aluguer no tempo ajustado; sendo, que se o não fizer, póde ser expellido, ou constrangido a pagar os juros da mora, se a renda, ou aluguer consistir em dinheiro; L. 3, L. 17, *Cod. locat.* L. 54. pr. *D. eod.* *Ord. liv.* 4, tit. 24, pr., *Silv. ibid.* n. 22.

4.<sup>a</sup> Indemnizar o locador das perdas, e interesses resultantes do facto de desamparar a casa, ou deixar o campo, ou herdade sem cultura, sem justa causa, que a isso o obrigasse; L. 42, § 2, L. 55, § 2, *cod.*

5.<sup>a</sup> Entregar a causa ao locador, e além disso pagar-lhe a verdadeira estimacão della, se, depois de requerido por elle, recusa, depois de findo o tempo do arrendamento, de lh'a entregar, mettendo o feito em Juizo, e perseverando na contumacia até ser condemnado a entregal-a por sentença definitiva; *Ord. liv.* 4, tit. 54, pr., e tit. 58, pr.

6.<sup>a</sup> Entregar o predio em tão bom estado de cultura, e conservação das mattas, e bemfeitorias, como aquelle, em que recebeu tudo isso; *Cod. Civ. Fr.* arts. 1777 e 1778.

7.<sup>a</sup> Não poder recusar a entrega da cousa, depois de findo o tempo do arrendamento, com dizer, que ella é sua,

nem algum terceiro poder embargar a entrega della a titulo de ser sua; se for cousa movel, e o locador suspeito de fuga; cit. Ord. §§ 3 e 4.

8.ª Não poder reter a casa, depois de findo o tempo do contracto, a titulo de bemfeitorias, que fez nella sem approvaçõ, ou consentimento do senhorio; Assento de 23 de Julho de 1811.

Cabe aqui notar de passagem, com relação assim ao commodato (§ 673), como ao mutuo (§ 675), que, nos casos, em que um, e outro são onerosos, ou bilateraes, como a locação-conducção, e as demais convenções, de que se trata neste titulo, o primeiro toma o nome de *aluguer*, e o segundo o de *emprestimo a juro*, ou *a premio*.

§ 699. DA RENOVAÇÃO TACITA DA LOCAÇÃO, E DA OBRIGAÇÃO DO LOCADOR FINDO O TEMPO DELLA.

A locação renova-se tacitamente nos seguintes casos :

1.º Se, findo o tempo, o locatario retém a cousa com conhecimento, e tacita acquiescencia do senhorio; L. 16, C. *de locat.*

2.º Se tacitamente acquiesceo á denunciação do senhorio, não dando resposta até tres dias; Ord. liv. 4, tit. 23, in princ.

Findo o tempo da locação, é obrigado a entregar a cousa ao senhorio, sem poder retel-a contra a vontade deste com dizer que é sua, ou que lhe pertence por Direito por algum titulo; Ord. liv. 4, tit. 54, § 3, e Man. tit. 59, e Affons. tit. 75; e menos ainda por motivo de divida, que não descenda da mesma locação; Coccej. *jur. controuv.* ad tit. *locat. quest.* 40. Exceptua-se porém do caso de locação de casa por tempo certo, se trinta dias antes que elle findasse o senhorio não requireo o inquilino que lh'a entregasse, findo o tempo della; cit. Ord. tit. 23, §§ e 2; exceptua-se em segundo logar no caso de bemfeitorias necessarias, ou proveitosas feitas em predio rustico pelo locatario; Ord. liv. 4, tit. 54, § 1; menos porém as que o inquilino fez na casa, se não provar *in continenti* que as fez com consentimento do senhorio; cit Assento de 23 de Julho de 1811.

A locação por dez, ou mais annos não differe mais da locação ordinaria; Alvará de 3 de Novembro de 1757.

Quanto á locação de serviços, já dissemos quanto basta nos §§ 20 e seguintes.

### § 700. DA SOCIEDADE.

*Sociedade* (outra convenção onerosa, cujo fim é o ganho) é, em sentido restricto, o contracto, que duas ou mais pessoas fazem entre si, ajuntando todos os seus bens, ou parte delles para melhor negocio, e maior ganho. No primeiro caso é *universal do todos os bens*, e no segundo é *particular*; Ord. liv. 4, tit. 44, in princ. e §§ 1 e 2,

Tambem muitas vezes acontece que um, ou mais individuos contractão contribuir para o fim desta sociedade somente com a sua industria, ou serviços; cit. Ord. § 9.

Se pelo contrario não foi determinada a parte do ganho, ou perda, que haverá cada um dos socios, intende-se que cada um haverá igual parte assim no ganho, como na perda, não em proporção *arithmeticamente*, mas *geometricamente*, isto é, em proporção do valor dos bens, ou dos serviços industriaes, com que cada um concorre para a consecução do fim social; cit. Ord. §§ 9 e 10.

Por isso mesmo é nulla a sociedade *leonina* em que se estipulou, que todo o ganho pertencerá a um, e a perda ao outro; cit. Ord. § 9, in fin.

Em geral a sociedade dissolve-se:

1.º Pelo lapso do tempo, por que foi contractada; Cit. Ord. § 8.

2.º Pela renuncia, não sendo intempestiva, nem dolosa; cit. Ord. §§ 5, 6, e 7.

3.º Pela morte de um dos socios, excepto, se o seu objecto for alguma renda da Fazenda Nacional, porque então passa aos herdeiros do defunto; cit. Ord. in princ. Pheb. p. 2, Decis. 198, Valasc. Consult. 63, Alex. Caet. Gom. Dissert. 9, á Ord. liv. 4, tit. 44, in princ. <sup>1</sup>

<sup>1</sup> A cit. Ord. liv. 4, tit. 44, é singular, e foi deduzida em parte do tit. de Dig. *pro socio*. O colono parciario, que cultiva herdade alheia por certa quota parte dos seus fructos, como metade, o terço, o quarto, e por tempo certo de dez annos para baixo, é mais socio do que locatario, ou rendeiro; e por isso convém a este contracto o que em geral se diz da *parceria*, que significa tanto como *sociedade* na Ord. liv. 4, tit. 45, Man. tit. 60, e Affous. tit. 66; Valasco *de jur. emphyt. Quæst.* 30.

## § 701. DOS CONTRACTOS ALEATORIOS.

As convenções principaes, cujo lucro, e prestações são incertas, ou contingentes pertencem todas aos contractos aleatorios, como *seguro, jogo, aposta, venda da esperança, e de causas futuras, etc.* Todas estas convenções são válidas não versando sobre cousas torpes, não intervindo dolo, nem sendo prohibidas por alguma Lei especial.

## § 702 DOS JOGOS ALEATORIOS.

Os *jogos aleatorios*, ou *mixtos*, em que domina mais o azar, do que a arte, e engenho humano, ainda que não pareçam oppor-se ao Direito Natural, são todavia prohibidos pelo Direito Romano no tit. do D. e do Cod. *de aleatorib.* Entre nós forão prohibidos pela Ord. liv. 5, tit. 82, Man. tit. 48, e Affons. tit. 40, e tit. 41; e pelo art. 281 do Cod. Crim. ficou pertencendo ás Camaras Municipaes prohibil-os por meio de suas Posturas.

## § 703. DAS APOSTAS E LOTERIAS.

As *apostas*, ainda que sejam toleradas pelas Leis Romanas (L. 3, D. *de aleatorib.*), contém azar, e costumão da mesma sorte, que o jogo, arruinar as fortunas dos que as fazem; e por isso sabiamente forão prohibidas pela cit. Ord. liv. 5, tit. 82.

O mesmo devemos dizer a respeito das *loterias* particulares ou publicas, e das *panellas da fortuna*, e outras artes, com que os velhacos costumão extorquir o dinheiro dos inexpertos.

São infinitas as Leis, assim da Assembléa Geral, como das Assembléas Provinciaes, que tem criado loterias; é porém forçoso confessar que também são infinitas as familias pobres, cuja sorte ellas tem aggravado mais, e infinita é tambem a immoralidade, que ellas fomentão.

## § 704. DA COMPRA DA ESPERANÇA, E DE COUSA FUTURA.

A compra e venda de *cousa futura*, ainda que aleatoria, é em si mesma, em regra, licita, e honesta; e igual

mente é licita, e honesta a venda da *esperança*, como quando o pescador vende o lanço da rede, em cujo caso o comprador lhe é obrigado por todo o preço ajustado entre ambos, ainda que a rede não traga peixes nenhuns, assim como elle mesmo é obrigado á entregar ao comprador tudo quanto a rede trouxer, ainda que seja muito superior ao que elle esperava; L. 8, § 1, D. *contr. empt.* Exceptúa-se porém a compra da herança de pessoa viva; Ord. liv. 4, tit. 70, § 3.

## TITULO VII.

### Das convenções accessorias.

#### § 705. O QUE SEJÃO CONVENÇÕES ACCESSORIAS, E FIADORES.

Intende-se por *convenções accessorias* aquellas, que se acrescentão á convenções principaes para garantia, e segurança do cumprimento destas (§ 635), taes como o *penhor*, a *hypotheca*, e as *fianças*.

Do penhor, e *hypotheca* já tratamos nos Titulos XIII e XIV do Livro II; e assim, só nos resta tractar das *fianças*.

Chama-se *fiador* aquelle, que accresce a obrigação alheia para maior segurança do cumprimento della.

Quando intervém simultaneamente muitos fiadores, sem declararem expressamente a somma, por que cada um se obriga, todos ficão obrigados *in solidum* pela totalidade da divida; e por tanto póde ser demandado pela totalidade della aquelles delles, que mais agradar ao credor: Ord. liv. 4, tit. 59, § ult., e Man. tit. 46 in princ.

Não lhes compete pois o beneficio de *divisão* (§ 632), inventado por Adriano, e approvado por El-Rei D. Affonso III, por Lei especial, que foi compilada na Ord. Affon. liv. 4, tit. 54.

#### § 706. DO BENEFICIO DE ORDEM E EXCUSSÃO.

Compete porém aos fiadores assim por Direito Romano, como por Direito Patrio o beneficio de *ordem e excussão*, por virtude do qual não podem ser demandados, sem que pri-

meiro o principal devedor seja accionado, e executado em seus bens assim moveis, como de raiz; Ord. liv. 4, tit. 3, in princ., e tit. 59 in princ.; e isso, aindaque o credor seja a Fazenda Nacional; Ord. liv. 2, tit. 52, § 4.

Todavia este beneficio cessa nos seguintes casos:

1º Se o fiador não se valer delle antes da contestação da lide; porquanto é uma especie de excepção dilatoria, e como tal não se admite depois de contestada a lide; Ord. liv. 3, tit. 49, § 2.

2º Se o principal devedor fôr ausente da Villa, e seu Termo, onde fôr morador, em cujo caso póde o fiador requerer espaço para o ir buscar, e, trazendo-o deve então a demanda ser feita contra este; cit. Ord. in princ.

3º Se o principal devedor fôr tão pobre, que não possa pagar a divida; cit. Ord. § in princ.

4º Se negou ser fiador; cit. Ord. § 1.

5º Se expressamente renunciou o dito beneficio; Ord. liv. 4, tit. 59, § 2.

6º Se se obrigou como fiador e principal pagador ou simplesmente com principal pagador; cit. Ord. § 3.

7º Se se obrigou por devedor apenas naturalmente obrigado, como pupillo; Coccej. *jur. controuv.* ad tit. de *fidejussorib. Quæst. 2.*

8º Se, sendo dous, ou mais os fiadores, estes não declararão expressamente a parte da divida, por que cada um se obrigava; cit. Ord. § ult. (paragrapho antecedente).

Póde todavia o fiador, qualquer que seja o modo, por que se obrigou, nomear os bens do devedor, e fazer execução nelles á expensas suas, exceptuando o 7º caso, Peg. tom. 12, á Ord. liv. 2, tit. 52, § 9, ns. 18 e seguintes, e Barbos. á Ord. liv. 4, tit. 59 in princ. n. 3.

### § 707. DO BENEFICIO DA CESSÃO DAS ACCÕES.

Compete porém ao fiador, que pagou a condemnação em parte, ou em todo o beneficio de *cessão das accções*, que consiste em serem transpassados nelle todos os direitos, e accções, que pertencião ao credor contra o devedor, e os demais fiadores, para haver daquelle, ou destes o que por elles tiver pago com todas as custas, perdas, e interesses; porquanto,

aindaque possa demandar o devedor pela acção de mandato, ou de gestão de negocios, e para usar contra os con-fiadores da mesma acção de gestão de negocios, porque em verdade tractou negocio, que tambem lhes pertencia; é todavia mais proficuo pedir as ditas acções, as quaes o credor, á quem elle pagou, é obrigado ceder-lhe, aindaque elle haja renunciado esse beneficio; Groeneweg. *de legib. abrogat.*, ad L. 11, C. *de fidejussorib.*

E póde pedir a dita cessão antes, e depois de pagar; opi-nião, que tem prevalecido no fôro, proposta a sentença de Modestino na L. 76, D. *de solut.*; Stryk. *Us mod.* ad tit. *de fidejussorib.* § 27.

É porém certo que o fiador antes de pagar não póde de-demandar para ser desonerado da obrigação, senão quando o devedor fôr em mora de pagar, ou dissipar os seus bens, segundo a sentença de Marcello na Lei 38, § 1, D. *man-dati*, e dos Imperadores na L. 10, Cod. *eod.*

Este direito está em uso no nosso fôro; Cald. *de empt.* cap. 33, n. 123, Barbos. á cit. Ord. ns. 10 e seguintes. Hering. *de fidejussorib.* cap. 25, n. 36, e cap. 30.

### § 708. DO BENEFICÍO DE VELLEIANO.

Tambem é certo que compete ás mulheres, que se obrigão por dividas alheias, o beneficio do Senatusconsulto Velleia-no, Ord. liv. 4, tit. 61, Man. tit. 12, e Affons. tit. 18.

Elle porém cessa nos seguintes casos:

1.º A respeito da mulher, que se obrigou por quantia promettida por outrem para a liberdade de algum escravo, ou por dote promettido; cit. Ord. §§ 1 e 2; salvo, se foi o marido o afiançado, porque neste caso aproveita-lhe o benefi-cio pela consideração da influencia, que ordinariamente os maridos exercem no animo de suas mulheres; Authent. *Si qua mulier.* Cod. *Senatuscons. Velleian.*

2.º A respeito da mulher, que enganosamente afiançou outrem com animo de defraudar o credor; cit. Ord. § 3.

3.º Se se obrigou por cousa, que a ella pertencia, se afiançou o seu fiador, se recebeu todo o valor da fiança, ou se depois veio a ser herdeira do afiançado; cit. Ord. §§ 4, 5, e 6; porquanto nenhuma lesão, ou prejuizo póde soffrer em cada um destes casos, e, pelo contrario, sem estas

excepções ser-lhe-hia licito locupletar-se com o prejuizo alheio.

4.º Finalmente, se ella é commerciante, sem distincção de ser a fiança relativa a cousas do seu commercio, ou a cousas estranhas a elle; Assento de 2 de Dezembro de 1791.

É comtudo especial, e contrario á razão do Direito Romano o que dispõe a cit. Ord. nos §§ 9 e 10, isto é:

1.º Que é nulla a renuncia, que a mulher fizer deste beneficio assim em Juizo, como fóra d'elle, ainda que diga que é certificada da sua fôrça; exceptúa-se porém o caso, em que é encarregada da tutoria de seus filhos, ou nettos, porque neste a renuncia é válida e obrigatoria; cit. Ord. § 9.

2.º Que lhe aproveita o dito beneficio, ainda que ella tenha reiterado a obrigação depois de dous annos; cit. Ord. § 10.

3.º Ainda que tenha recebido parte do preço, ou qualquer outra cousa pela fiança; cit. Ord. § 10, Lauterbach, ad tit. D. *Senatuscons. Velleian.* n. 25, e Boehmer. *Exercit. De efficaci mulierum intercessione* cap. 2, ns. 11 e 12.

### § 709. DOS CO-RÉOS DEBENDI.

Distinguem-se dos fiadores propriamente ditos os *co-reos debendi*, isto é, os que se obrigão por divida alheia como fiadores e principaes pagadores, ou simplesmente como principaes pagadores, ou principaes devedores, e os que se obrigão simultaneamente como fiadores do mesmo devedor, sem declararem a parte da divida, por que se obriga cada um (Ord. liv. 4, tit. 59, §§ 3 e 4); assim como tambem os co-réos de algum delicto a respeito da satisfação do damno causado por elle, e outros semelhantes.

Esta obrigação co-real, de que resulta para cada um dos sujeitos della o dever de pagar *in solidum* ao respectivo credor, e para este o direito co-relativo de exigir *in solidum* o pagamento da divida daquelle d'entre todos, que mais lhe agradar (cit. Ord. §§ 3 e 4), não requer entre nós solemnidade alguma de palavras, e contrahe-se por simples pacto.

Tambem não é necessario, quando dous ou mais fiadores querem obrigar-se pelo mesmo devedor sem nenhuma limi-

tação, ou *in solidum*, que o declarem expressamente no acto, ou termo da fiança; porquanto isso se intende sempre que elles não declararão a quota parte da divida, por que se obriga cada um, segundo determina a cit. Ord. § ult., sem embargo de por direito *commum* (Novell. 99, cap. 1) o contrario ser determinado (§ 632).

Dahi vem que qualquer dos co-réos *debendi*, que for demandado pela totalidade da divida, não póde valer-se do *beneficio da divisão* (cit. Ord. § ult.); dahi vem também que aquelle dos con-credores, que não forem socios, ou cujo direito creditorio não procede de causa onerosa, que receber a totalidade da divida, não é obrigado a dar aos outros porção alguma do que recebeo; Perez ad tit. Cod. *do duob. reis* n. 15.

É assim que, se um testador legar, por exemplo, um conto de réis á Casa de Misericordia de Olinda, ou do Rio de Janeiro, e o legado for pago á primeira, a segunda não póde pedir a esta alguma parte della; assim como não a poderia pedir a primeira, se fosse pago á segunda; L. 12, *D. ad leg. falcid.*

Dahi vem, finalmente, quanto aos co-réos *debendi*, cuja obrigação não procede de causa onerosa, que aquelle d'entre elles, que pagou a totalidade da divida não tem acção para repetir de cada um dos outros a porção que lhe corresponderia em rateio geral.

Todavia a praxe forense tem-lhes concedido a dita acção, quando o contrario não foi expressamente estipulado entre elles, segundo attestão insignes Jurisconsultos; e nesse sentido legislarão o Cod. da Pruss. p. 1, tit. 5, §§ 444 e seguintes, e o da Austr. art. 896.

O nosso Codigo Commercial concedeo-a como regra absoluta reclamada pelos interesses commerciaes; porquanto sem ella difficultrar-se-hião sobremodo as fianças em transacções commerciaes, com grave detrimento do commercio, o qual é tanto mais vantajoso assim para os que o exercem, como para os consumidores em geral, quanto maior é o numero de suas operações exercitados por meio do credito.

§ 710. DO QUE PEDE A OUTRO QUE EMPRESTA A UM TERCEIRO ALGUMA SOMMA DE DINHEIRO.

O que pede a outro, que empreste a um terceiro alguma somma de dinheiro, reputa-se como mandante; e então o recebedor do dinheiro fica obrigado *ex mutuo*, e o que pedio fica obrigado *ex vi mandati* para com o prestador; e nisso principalmente esse mandante differe do fiador.

Differe porém além disso em que a obrigação do fiador é accessoria, e a do mandante do emprestimo é principal, porque nasce do mandato, que é contracto principal.

Esta obrigação porém só nasce do verdadeiro mandato, porquanto a simples recommendação, ou o simples conselho não é obrigatorio; L. 12, § 12, D. *mandat.*, § 6, Inst. *cod.*, e L. 47, D. *de reg. jur.*

§ 711. QUANDO O PREPONENTE É OBRIGADO PELO CONTRACTO DO PREPOSTO.

Aquelle, que prepoz um terceiro a alguma negociação publica, é obrigado pelos contractos feitos com terceiros por seu preposto, dentro dos limites da proposição.

Esta obrigação, cujo fundamento é a proposição (§ 719), tambem é accessoria; porquanto a principal respeita ao contracto celebrado entre o preponente, e o preposto; Vinn. ao § 2, da Inst. *Quod cum eo n. 1.*

Todavia ella é diversa da obrigação do fiador, e do mandante; porquanto é contrahida para utilidade do preponente; e não do devedor principal.

## TITULO VIII.

### Dos quasi-contractos.

§ 712. O QUE SEJA OBRIGAÇÃO *ex quasi-contractu.*

Não é só do mutuo consensu expresso que nascem obrigações hypotheticas, ou convencionaes. Ellas tambem nascem do mutuo consensu presumido, ou ficto; isto é, do quasi-contracto, que a Lei presume do facto da gestão de

negocio alheio, exercido sem sciencia, e sem mandato de seu dono, e por motivo de utilidade, ou de necessidade do mesmo negocio (paragrapho seguinte).

Induz-se o consenso das seguintes regras, as quaes são consentaneas com a equidade :

1.ª Que ninguem se deve locupletar com o prejuizo alheio.

2.ª Que o beneficio não deve ser damnoso a quem o faz.

3.ª Que ninguem deve tirar proveito do seu dolo.

4.ª Que quem quer os antecedentes, deve querer os consequentes.

5.ª Que todos approvão o que lhes traz utilidade <sup>1</sup>.

### § 713. DA GESTÃO DE NEGOCIOS.

A primeira e principal especie de quasi-tracto é a *gestão de negocios*. Aquelle pois, que tractou utilmente negocio de pessoa ausente, ou presente, mas que o ignorava, e que tal cousa não lhe pedio, obrigou-se tacitamente, por esse facto, a dar contas do negocio, que assim tractou sem ser rogado, áquelle a quem elle pertence; e este é obrigado a satisfazer-lhe as despezas necessarias, ou proveitosas, que fez com o dito negocio; Ord. liv. 3, tit. 6, § 4, LL. 2 e 23, D. *de negot. gest.*

Dahi pois nasce para cada um a obrigação, e acção, que os Jurisconsultos chamão *principal*, ou *directa*, e *contraria*, resultantes não de verdadeiro consenso, ou tracto, porque ahi não o houve, mas de quasi-tracto, ou consenso presumido, em vista da utilidade, que dahi vem ao senhor do negocio; cit. Ord. liv. 3, tit. 6, e L. 1. D. *eod.*

Se o gestor se encarregou do negocio por necessidade do mesmo negocio, isto é, para que não percesse, então só é responsavel pelo dolo, e culpa lata; L. 3, § 9, D. *reol.* : se foi porém por simples utilidade, responde tambem pela

<sup>1</sup> Na Ord. liv. 3, tit. 6, § 4, temos varios exemplos de quasi-tractos nas palavras — *E bem assim o que na Côte fizer algum quasi-tracto, tratando negocio em nome de outrem, assim como o Tutor, Curador, Procurador, Feitor, ou por outra qualquer maneira negociador.*

Ha porém outros muitos quasi-tractos; porquanto tantos forem os casos a que se poderem applicar as referidas regras, outra tantas vezes nascera delles a obrigação *ex quasi-tractu*, a qual Gaio diz que nasce por um certo direito proprio de varias figuras de cousas; L. 1, D. *De obligat. et action.*

culpa leve, e levissima ; § 1, *Inst. de oblig. quæ quasi ex contr.*

O dono do negocio incapaz de obrigações, como o impubere, ou o mentecapto, não deixa por isso de ser obrigado por seus bens á justa indemnisação do gestor ; porquanto a ninguem é licito locupletar-se com o alheio contra a intenção e vontade de seu dono ; L. 3, §§ 4 e 5, *D. eod.*, e *Cod. Civ. Fr. art. 1372.*

#### § 714. DO JUÍZO DA TUTORIA, E CURADORIA EM RAZÃO DO QUASI-CONTRACTO.

A tutoria, e curadoria contém uma certa gestão de negocios ; porquanto o Tutor, e Curador tractão negocios alheios sem mandato de seu dono, isto é, sem mandato do seu tutelado, ou curado.

Desse quasi-tracto pois, queremos dizer, do facto licito da administração dos bens do pupillo, ou do menor, e do furioso, ou mentecapto nasce para o seu Tutor, ou Curador a obrigação de dar conta da administração, e para o pupillo, e menor, ou mentecapto a obrigação de lhes prestarem indemnidade ; *Ord. liv. 4, tit. 102, § 8, e § 2, da Inst. de obligat. quæ quasi ex contract. nascunt.*

#### § 715. DA PREPOSIÇÃO.

Tambem contém uma certa gestão de negocio o facto do preposto á alguma negociação marítima, ou terrestre, praticado em nome e proveito do preponente, e comprehendido dentro dos limites da preposição ; porquanto ha entre aquelle, que tractou com o preposto, e entre o preponente um quasi-tracto, que é a origem e fundamento da *acção exercitoria*, ou *institoria*, segundo o negocio é marítimo, ou terrestre ; *Coccej. jur. controuv. ad tit. de instit. action. quæst. 3, (§ 51, n.º 2.º e § 713) 1.*

<sup>1</sup> A preposição é uma especie de mandato, o qual, uma vez accedido, constitúe um verdadeiro tracto entre o preponente e o preposto ; e dahi resulta que tudo que este tractar com terceiros em nome do preponente, e dentro dos limites da preposição obriga o mesmo preponente ; e neste caso dá-se um quasi-tracto entre o preponente, e os terceiros, cujo fundamento é a preposição, da qual nasce a obrigação do preponente para com os mesmos terceiros, embora elles não tractasse directamente com estes ; *Stryk. Us mod. ad tit. D. de exercit. action.*, e *ad tit. de instit.* é § 2, *Inst. Quod cum eo.*

## § 716. DA LEI RHODIA.

Funda-se em summa equidade o cap. *De jactu* da Lei Rhodia ; e por isso justamente se inclúe entre os quasi-contractos, ou obrigações nascidas da Lei, ou das *varias figuras de cousas*.

Por elle se termina, que o prejuizo, que viera um ou muitos do alijamento das suas mercadorias ao mar, para salvar a embarcação, seja rateado entre elles, e os mais, cujas mercadorias forão salvas á custa do alijamento das suas ; L. 1, *de Leg. Rhod.*

Os interpretes costumão extendel-o a outros casos, e damnos semelhantes, como aquelle, em que é demolida a casa proxima ao incendio, para que este não se extenda ás que se lhe seguem ; e certamente essa ampliação se deve admitir, se as Leis não tiverem definido outro meio de indemnisação para aquelle, cuja casa é demolida por esse motivo ; Schilt. *Exercit.* 27, ad tit. *de Leg. Rhod.* § 29.

Deve-se porém notar que as fazendas alijadas ao mar não deixão de pertencer a seus donos, porque o alijamento, sendo um acto extorquido pela necessidade, não manifesta intenção de as abandonar ao primeiro occupante. Se ellas pois arribarem ás nossas praias, ou forem tiradas do mar por algum outro modo, não cedem á Fazenda Publica, nem ao occupante, o qual só tem direito, como *gestor de negocio*, a ser indemnizado do trabalho, e despezas, que fez para as salvar ; Ord. liv. 2, tit. 32, pr.

## § 717. DA ADIÇÃO DA HERANÇA.

Do facto da adição da herança tambem resulta um quasi-contratto ; porquanto o herdeiro, adindo a herança, como que parece contractar com os legatarios, e credores, e obligar-se a satisfazer os legados, e dividas do defuncto ; § 5, *Inst. de obligat. quæ quasi ex contract.* (§§ 320, e 323), e isso ainda mesmo além das forças da herança, se não se valêo do beneficio do inventario (§§ 324, e 325).

## §. 718. DA VISINHANÇA DOS PREDIOS RUSTIDOS, E DA ADMINISTRAÇÃO DA HERANÇA, E DOS BENS COMMUNS.

Do facto da aquisição do dominio de um predio rus-

tico contiguo a outro, que já tem dono, resulta um quasi contracto, de que nasce para cada um dos senhores confinantes a obrigação de consentir, que o outro separe o seu predio do predio delle por meio de marcos, ou cercas divisorias, e de respeitar taes limites, uma vez legitimamente constituídos; e dessa obrigação reciproca nasce para cada um a acção chamada *Finium regundorum*; e até a acção criminal, se um, ou outro dos senhores confinantes mudar os marcos pará se appropriar de uma parte do predio do outro; Egid. á L. *Ex hoc jure* p. 1, cap. 15, n. 6., Vinn. Select. L. 1, cap. 34, Valasc. *De partit.* cap. 11, n. 15, Cód. Crim. art. 267.

Semelhantemente, do facto da administração da herança, e de bens communs resultão outros tantos quasi-contractos, de que nascem as acções *Familiæ erciscundæ*, ou de divisão de herança, e *communi dividundo*, ou de divisão de bens communs; §§ 3 e 4 da Inst. *De obligat. quæ quasi ex contract.* (§§ 474 e segg.).

#### § 719. DO FACTO DE DAR POUSADA AOS VIANDANTES.

Do facto dos estalajadeiros de recolherem os viandantes em suas estalagens, ou hospedarias por dinheiro, resulta um quasi-contracto, donde nasce para aquelles a obrigação de responderem ainda pela culpa leve, de que provier algum damno ás pessoas, ou bens dos seus hospedes; porquanto só pelo facto de os recolherem em sua hospedaria tornão-se depositarios, e guardas, sendo por isso mesmo que a Ord. liv. 5, tit. 64, justamente obrigava os estalajadeiros a pagar aos que recebessem em suas estalagens todo o furto, e damno, que nellas soffressem; a mesma cousa se entende a respeito do nauta, e do estabulario, LL. 5 e 5, D. *naut. caup. vel stab.*

Chama-se *Actio de receptis* o remedio juridico, que compete aos viandantes contre o estalajadeiro, no caso de terem soffrido algum damno em suas pessoas, ou bens, que por algum modo se possa imputar a dolo, ou á culpa lata, ou leve do mesmo estalajadeiro, o qual no caso de furto, pagando-o ao viandante, que o soffrêo, fica *ipso jure* subrogado no direito, e acção deste contra o ladrão, que o fez; L. 1, § 3, e L. 6, § 4, D. eod., Peg. for. cap. 3, n. 290, Harpprecht ad. § 3, Inst. *de obligat., quæ ex quasi contract.*

## § 720. DAS REPETIÇÕES.

Aos quasi-contractos referem-se tambem principalmente as *repetições*, que os Romanos chamavão *Conditiones*; porquanto fundão-se na equidade natural.

Aquelle pois, que por erro de facto, ou ignorancia de direito pagou o que nem civil, nem naturalmente devia, pode repetil-o do accitante com toda a causa; porquanto ninguém se deve locupletar com o alheio, com detrimento ou injuria de seu dono; L. 206, D. *de reg. jur.* Vinn. *Quaest. Select.* liv. 1, cap. 47, Domat. liv. 1, tit. 18, sect. 1, art. 14, LL. 8 e 9, D. *de jur. et fact. ignor.*

Aquelle porém, que pagou o que só devia naturalmente, por ignorar a Lei civil, que nesse caso o desobrigava de pagar, não pode repetir o que pagou, salvo por via de restituição, se gosar desse privilegio; Vinn. *supr.*, Domat. *supr.* art. 17, L. 9, § 5, L. 10, D. *ad Senat. Cons. Maced.*

A ignorancia de facto, em regra, é bastante para annular a obrigação, ou para se repetir o que indevidamente se pagou; porquanto exclúe o consentimento de quem se obrigou, ou pagou; L. 8, e L. 9 D. *de jur. et fact. ignor.*

§ 721. DAS REPETIÇÕES *ob causam dati cosa non sequuta, E ob turpem causam.*

Tambem nasce da mesma fonte :

1.º O direito de repetir o que se dêo para certo fim, ou por certa causa, proveitosa a quem dêo, ou a terceiro, e que não se seguio; porquanto, como, no hypothese figurada, o doador só teve em vista o seu proveito, ou o proveito de terceiro; e como ninguém se deve locupletar com o prejuizo alheio, nem appropriar-se do que outrem lhe dêo para fim certo, e naturalmente possivel, e de que esperava tirar proveito, para si, ou para terceiro; é manifesto que o doador, na referida hypothese, pode reivindicar o que dêo, ou o terceiro demandar o seu interesse, L. 92, D. *de cond. et dem.*, L. 2, C. *de his quæ sub mod.*

Pelo contrario, não se pode repetir o que se dêo para fim, ou por causa só proveitosa ao donatario, v. gr., para se ordenar (§651); salvo se se accrescentou a condição, que não valeria a doação se não se ordenasse; L. 71, D. *de cond.*

*et dem.*, L. 13, § 7, D. *de donat. int. vir et uxor*, Boehmer, ad Pand. L. 35, tit 1, n. 18, Voet eod. tit. n. 12.

Se o modo da consecução do fim vem a tornar-se impossível sem culpa do donatario, pode-se promover por outro modo, que licito e possível seja; L. 1, C. *de legat.*, e L. 10, C. *de cond. ob causam dat.* (§ 651).

2.º Póde-se repetir o que se dêo, *por causa torpe*, se não houvesse torpeza da parte de quem dêo, mas da parte de quem recebêo, como, v. gr., no caso, em que Pedro dêo a Paulo certa quantia de dinheiro para que não matasse a Sancho, ou para que lhe restituísse alguma cousa, que lhe tivesse furtado; L. 1, § 2, e L. 2, D. *de cond. ob turp. caus.*, e L. 6, Cod. *eod.*

Pelo contrario, se a torpeza esteve da parte do doador, como no caso, em que este dêo para fim torpe, o doador não pode repetir o que dêo, ainda que o donatario não cumprisse o que prometteo; porque não merece ser ouvido o que allega a sua torpeza; L. 8, D., L. 2, e L. 5, Cod. *de cond. ob turp. caus.*

## § 772. DA EVICÇÃO, E DOS CASOS, EM QUE ELLA NÃO TEM LOGAR.

Aquelle, a quem outro traspassou o dominio e posse de alguma cousa por titulo oneroso, tem direito de exigir do que lha traspassou, ou de seus herdeiros, no caso de lhe ser tirada por sentença em razão de ter outro provado ser sua, que lhe componha a cousa vencida com seus accessorios, isto é, que lhe dê o maior valor, que a cousa vencida tiver com os seus accessorios, ou lhe torne o preço que por ella recebêo com seu interesse, ainda que tal condição não fosse expressamente declarada no contracto; porquanto sempre se subentende, se o comprador ignorava que a cousa era alheia (Ord. liv. 3, tit. 45, § 5,); e dessa sorte a obrigação de prestar evicção resulta de quasi-contracto.

Aquelle porém, em quem a cousa foi traspassada por titulo oneroso, não tem direito á evicção nas seguintes casos :

1.º Se sabia que a cousa não era de quem lha traspassou; Ord. liv. 3, tit. 45, cit. § 5.

2.º Se, sendo-lhe demandada a cousa por meio de acção

civil, ou crime civilmente intentada, não denunciou a demanda áquelle de quem houve a mesma cousa, até a demanda ser contestada; cit. Ord. tit. 44, in princip., e tit. 45, in princip. e §§ 1 e 2.

3.º Se, denunciada a demanda áquelle de quem houve a cousa, e não apparecendo elle a defender-se, não defendêo elle mesmo a cousa fiel e verdadeiramente, como devia, até a instancia da appellação; cit. Ord. tit. 45, in princ. e §§ 2 e 3.

4.º Se foi privado da cousa, não por virtude de sentença, mas por esbulho, furto, ou caso fortuito; cit. Ord. tit. 45, § 4.

No caso porém, em que aquelle, a quem a cousa foi tirada por sentença, a houve por arrematação judicial em execução de algum credor do possuidor della, e este não tem a esse tempo com que o indemnise, incumbe então ao dito credor exequente tornar-lhe o preço da arrematação; L. 1, e L. 2, Cod. *credit. evict. ping. non. deb.*, e L. 74, § 1, D. *de evict.*, Mor. *de execut.* liv. 6, cap. 13, n. 68., Guerreir. *Quaest. for.* 95, n. 16.

#### § 723. DO EFEITO DA DENUNCIÇÃO DA DEMANDA, E EM QUE DIFFERE DA NOMEAÇÃO.

O effeito da denunciação da demanda é que o denunciado póde assistir o réo demandado, e ajudal-o, e defendel-o na causa, no foro do mesmo réo; cit. Ord. tit. 45, § ult.

Não póde porém contra vontade do autor principal tomar sobre si a demanda com tenção de innovar, e tolher a primeira acção do autor; salvo como Procurador em cousa sua propria, prestando penhores, ou fiadores para segurança da execução da cousa julgada; cit. Ord. §§ 6 e 7.; o que assim mesmo, se limita no caso, em que o autor principal diga, e razoadamente mostre que o réo principal é homem mais fiel, e mais verdadeiro, e que portanto lhe vem melhor ter a demanda com elle; cit. Ord. § 8., Cabed. p. 2, Decis. 97, § 13.

Deve-se distinguir a denunciação da nomeação propriamente dita. *Denunciação* a demanda aquelles, que possuem em nome proprio a cousa demandada; e por isso *louvão* o

autor, de quem tiverão causa; isto é, chamão-no a juizo, denunciando-lhe a demanda, para que os venha assistir, e instruir a causa com as necessarias allegações, e provas.

*Nomêão* porêm aquelles, que retêm a cousa em nome de outro, e por titulo, ou causa inhabil para lhes transferir o dominio della, como os colonos, os inquilinos, os procuradores, etc.; porquanto estes nomeando o autor, affastão de si a demanda, transferem-na para o autor nomeado, e são absolvidos da instancia.

O autor nomeado porêm deve ser demandado, não no foro do nomeante, mas no seu proprio, pois se tracta de negocio, que só a elle pertence, e não tambem ao nomeante; cit. Ord. § 10, Reinos. Observat, 18, n. 8, Mend. Prax liv. 3, cap. 5, Lauterbach, *ad tit. de evict.* §§ 28, e 34.

#### § 724. REGRAS GERAES RELATIVAS Á EVICÇÃO.

A respeito da evicção, a que é obrigado aquelle que traspassou a outro por titulo oneroso o dominio, e posse da cousa, por que este é demandado (§ 722), ha a observar as seguintes regras:

1.<sup>a</sup> Que no caso em que o réo houve de muitos a cousa, que lhe demandão, ou em que são muitos os herdeiros d aquelle, de quem a houve, e que é fallecido, a todo deve ser denunciada a demanda; aliás o réo demandado só terá acção de evicção contra aquelle, que fez citar, pela sua respectiva parte; L. 62, § 1, D. *de evict.* e L. 85, § 5, D. *de verb. obligat.*

2.<sup>a</sup> Que, se um dos chamados á autoria quer defender a causa, e os outros não querem, prevalece o voto do primeiro; e este, sendo vencedor, pôde haver dos outros as respectivas partes da despesa, que fez com a causa commum; L. 3, § 9, D. *de judic. solv.*

3.<sup>a</sup> Que, se o vendedor da cousa estiver fóra do territorio do Imperio, não se concede tempo ao comprador para o citar pessoalmente para que venha defender a causa; mas o comprador a deve defender come podér fiel e verdadeiramente até a instancia da appellação, ficando salvo o direito do ausente contra a sentença; Ord. liv. 3, tit. 45, *in princip.* e § 1.

4. Que o comprador, defendendo a causa, pôde allegar

todas as excepções do vendedor, e *vice versa* o vendedor as do comprador; L. 28, Cod. *de evict.* Gusman. *de evict.* Quaest. 6, n. 36.

5.<sup>a</sup> Que o comprador pôde demandar a sua indemnisação no mesmo Juizo, onde foi condemnado a entregar a coisa; L. 39, in princip. D. *de evict.* Gusman. supr. n. 44.

6.<sup>a</sup> Que o Tutor, Curador ou Procurador que vendêo os bens alheios em nome do dono deiles, não é obrigado á evicção, saivo se pessoalmente se obrigou a responder por ella; L. 67. D. *de Procurat.*, e L. 66, § fin. D. *de evict.*

7.<sup>a</sup> Que, se a coisa demandada perecêo antes da sentença, não pôde o comprador intentar a accção de evicção contra o vendedor; L. 26, Cod. *de evict.*

#### § 725. CONTINUAÇÃO DAS REGRAS GERAES RELATIVAS A EVICÇÃO.

Além das regras relativas á evicção indicadas no paragrapho antecedente ha mais as seguintes:

8.<sup>a</sup> Que o comprador, a quem a coisa foi tirada por sentença, e que observou fiel e verdadeiramente a 1.<sup>a</sup> e 3.<sup>a</sup> das regras precedentes, pôde exigir do vendedor não só o preço, que lhe dêo, e as demais despesas que fez para adquirir a coisa, como siza, sello, etc., mas tambem os gastos da demanda, que o terceiro lhe movêo, e a importancia dos rendimentos da coisa vencida a contar do dia, em que elle foi obrigado a pagal-os ao autor vencedor; e pôde tambem pedir, em logar do preço, que lhe componha a coisa vencida com seu interesse, isto é, que lhe dê o maior valor, que a causa vencida tiver; L. 70, D. *de evict.*, L. 18, D. *de usur.* Ord. liv. 3, tit. 45, § 3 (§ 722).

9.<sup>a</sup> Que o comprador vencido deve exigir do terceiro reivindicante as bemfeitorias necessarias, ou proveitosas, que tiver feito na coisa, e pôde exigir do vendedor a indemnisação das de recreio; L. 9, Cod. *de evict.*

10.<sup>a</sup> Que, ainda que sómente uma parte da coisa fosse vencida ao comprador, como, v. gr., se sómente lhe foi tirado o usufructo, ou se o predio era gravado por servidão, que o vendedor não lhe declarou, o comprador não só pôde exigir indemnisação do seu interesse (L. 46, in prin-

cip. e § 1, D. *de evict.*); mas tambem, se com a privação do usufructo, ou com o onus da servidão se achar tão gravado, que não lhe faça conta o predio comprado, póde, além de sua indemnisação, encampar a cousa ao vendedor, e desfazer o contracto; Silv. á Ord. liv. 3. tit. 84, § 2, n. 13, Cod. Civ. Fran. arts. 1636 e 1638.

11.<sup>a</sup> Que, se o comprador demandado se compromettêo em arbitros, e por sentença destes foi condemnado a entregar a cousa, não tem o regresso da evicção contra o vendedor; arg. da Ord. liv. 3, tit. 45, § 3, e L. 56, § 1, D. *de evict.*

12.<sup>a</sup> Que, ainda que o comprador não chamou á autoria o vendedor, perca o direito de evicção; póde comtudo, com a cedencia da acção do terceiro, que o demandou, intentar esta mesma acção contra o vendedor, para haver delle o preço, se se mostrar que elle não podia vender a cousa; Stryk. *Us mod.* L. 21, tit. 2, § 23, e arg. do Cod. Civ. Franc. art. 1640.

13.<sup>a</sup> Que, se o comprador é demandado por acção hypothecaria, e o direito hypothecario veio já do vendedor, este deve tambem ser chamado á autoria, e será responsavel pela evicção; L. 22, Cod. *de evict.*

## TITULO IX.

### **Dos modos de dissolver as obrigações, e primeiramente da solução.**

#### § 726. O QUE SEJA SOLUÇÃO.

Dissolvem-se as obrigações por muitos modos, entre os quaes o principal é a *solução*, que abrange em geral toda a especie de paga, ou quitação (L. 176, D. *de verb. significat.*), e que em especie toma-se pela *verdadeira e natural prestação do que se deve, quer seja dinheiro, quer outra qualquer cousa, ou até mesmo algum facta*, como se infere da cit. L. ibi — *Solvere dicimus eum, qui fecit quod facere promisit.*

Devemos pois investigar quem paga, e a quem se paga validamente; que cousa, e que quantidade se deve pagar; e qual o modo, tempo, e logar em que o pagamento se deve fazer.

Quanto aos modos de dissolver as obrigações definidos pelo Direito Romano, é bastante dizer de passagem, que elles são concentaneos com a recta razão, exceptuadas as cousas, que respeitão ás solemnidades das palavras, e que com essa excepção convém a todos os povos.

### § 727. QUEM PAGA, E A QUEM SE PAGA VALIDAMENTE.

Paga validamente o proprio devedor, quer o faça por si mesmo, quer por intermedio de Procurador munido de mandato geral, ou especial, LL. 56, e 87, D. *de solut.* Tambem paga validamente qualquer outra pessoa, que paga pelo devedor sem elle o saber, e até mesmo contra a vontade d'elle, porquanto, uma vez paga a divida em nome do devedor por quem quer que seja, dá-se sempre desobriga; LL. 17, 23, 40 e 53, D. *eod.*

Os pupillos, os menores, e os furiosos não podem pagar sem auctoridade de seus Tutores, ou Curadores, porque não tem a livre administração dos seus bens; § ult. da Inst. *quib. alien. licet. vel non* (§§ 203, 208, 212 e 216); pagando porém, certamente desobrigão-se, e só é nulla tal paga, se involver alienação de bens de raiz; L. 14, § 8, D. *eod.*

Quanto a pessoa, a quem se paga, só se opera a desobriga, quando se paga ao mesmo credor, ou a quem elle mandou nomeadamente, como Procurador especial constituido para isso, ou Procurador geral, a quem foi commetida a administração de todas as cousas; porquanto na palavra *administração* entende-se comprehendido o poder de receber dinheiro.

Tambem se paga seguramente, quando se paga áquelle que só por essa causa foi accrescentado ao contracto, como quando o credor estipulou, v. gr., que se pagasse a si, ou a Ticio; § 4, da Inst. *de inutilib. stipulat.*

Dahi se segue que não se desobriga o devedor, que pagou ao credor do seu credor o que devia a este (como pensão alguns, e com elles o Sr. Mello Freire); e que só póde pedir-lhe a desobriga, ou quitação, se provar que obrou em utilidade, ou proveito d'elle; L. 12, Cod. *de solut.*, L. 6, D. *de dol. mal. except.* e L. 36, D. *de negot. gest.*; sendo que isso mesmo não aproveitará ao devedor solvente, se o seu credor provar, pela sua parte, que lhe veio do seu acto prejuizo superior ao proveito, como, v. gr., no caso, em que

tinha compensação a oppôr ao seu credor, e não pode mais haver deste o pagamento da sua divida activa, por não ter o seu devedor bens bastantes para isso.

§ 728. O QUE, QUANTO, EM QUE LOGAR, E EM QUE TEMPO SE DEVE PAGAR.

O devedor é obrigado a pagar a mesma cousa, ou especie, que deve, e não outra diversa; salvo convindo o credor; princ. da Inst. *quib. mod. tollit. obligat.*

Todavia desobriga-se, prestando a intimação das cousas nos seguintes casos :

1.º Quando a cousa perecêo.

2.º Quando a cousa não está no seu poder, nem a pode obter por modo algum, ou só com grande incommodo, ou com dispendio superior ao justo valor da mesma cousa; Perez *ad tit. de solut.* n. 8.

Da mesma sorte, nas obrigações, que consistem em fazer algum serviço, ou obra, o devedor desobriga-se prestando o interesse; Lauterbach *ad tit. de verbor. obligat.* n. 39 (§ 634).

Quanto ás cousas fungiveis, desobriga-se, pagando no genero *outra tanta quantidade* dellas, sendo da mesma qualidade; Ord. liv. 4, tit. 50, in princip. (§§ 672 e 675).

Toda a divida porém deve ser paga em sua *totalidade*; e não por parcellas; L. 9, Cod. *de solut.* Vinn. princip. da Inst. *quib. mod. tollit. obligat.* n. 4; e no *logar* convencionado; L. 9, D. *de eo. quod. cert. loc.*; excepto se houver justa causa para dever ser paga em outro, como se não se poder ir com segurança ao logar, onde se convencionou pagar, por causa de guerra, peste, ou outro semelhante motivo; Brunnem. *ad L. 8, Cod. de solut.*

Finalmente deve ser paga no *tempo* e no *dia* accordado entre as partes, e, se não foi expressamente determinado o tempo, pode ser exigida a paga ao fim de dez dias; Ord. liv. 4, tit. 50, § 1.

§ 729. TAMBEM SE DISSOLVEM AS OBRIGAÇÕES: I. PELA  
CONSIGNAÇÃO JUDICIAL.

I. Reputa-se por solução o *offerecimento*, e *consignação judicial*, que consistem em o devedor depositar em juizo o objecto da divida com citação do credor para o levantar, querendo, quando, querendo pagar-lhe a divida, elle não a quer acceitar; L. 19. Cod. *de usur.*, Ord. liv. 4, tit. 6.

O effeito deste deposito é desobrigar o devedor offerente, e transferir logo para o credor o perigo da cousa, ou dinheiro depositado; L. 9, Cod. *de solut.*

§ 730. II. PELA CONFUSÃO.

II. Dissolve-se a obrigação pela *confusão*, quando as qualidades de credor, e devedor vem a reunir-se no mesmo sujeito, como quando, v. gr., o credor se tornou herdeiro do devedor, ou *vice versa*; L. 95, § 2, D. *de solut.*

O herdeiro porém, pode evitar a confusão, fazendo inventario judicial da herança com citação dos credores do defuncto; L. 6, D. *de separat.*, Valasc. Consult. 52, n. 43.

O seu proprio interesse exige da sua pessoa esse prudente procedimento:

1.º Para evitar o pagamento do sello da herança relativamente á importancia da sua divida activa, no caso de não ser herdeiro necessario do defuncto (§ 327, n. 3.º).

2.º Para preferir aos demais credores do defuncto, no caso de não serem bastantes os bens deste, e de dever elle preferir por virtude do seu titulo (§§ 557 e segg).

3.º Para evitar que não venha a ser constrangido a pagar dividas do defuncto além das forças da herança deste (§ 325).

O fiador da obrigação tambem fica livre pela confusão; porém, se o fiador vier a ser herdeiro do credor, bem pode demandar a divida ao devedor, que elle affiançou; porquanto nesse caso a divida do affiançado comprehende-se na herança do credor defuncto; L. 21, §3, D. *de fidej.*

Se o fiador tiver pago a divida antes do credor ser herdeiro do devedor, pôde repetir do credor o que lhe pagou; porquanto o credor como herdeiro do devedor, ficou subrogado no dever deste para com o fiador; L. 71, D. *de fidej.*

Se o credor vem a ser herdeiro de um de seus co-devedores solidarios, pode demandar os outros co-réos, feito abatimento da parte, que ao defundo pertencia pagar; Pothier, *Traité des obligat.* p. 3, n. 609, Cod. Civ. Franç. art. 1301.

Se o acto, ou contracto, que opera a confusão, for resolvel, os direitos, e obrigações anteriores ficão suspensos; enquanto durar a confusão: v. gr., comprei ao meu foreiro o seu dominio utildebaixo da condição de lh'o tornar, se elle me tornar o preço até dez annos; neste caso os direitos e obrigações do meu foreiro para comigo, e *vice versa*, ficão suspensos durante a condição; mas recobráo sua força, se ella se realisa; L. 2, §§ 18 e 19, D. *de hered, vel act. vend.* Cod. da Pruss. p. 1, tit. 16, art. 479.

Os direitos reaes tambem se extinguem pela confusão; v. gr., se o senhorio do prazo vier a ser herdeiro do emphyteuta, ou se aquelle, que devia a servidão predial, vier á adquirir o predio dominante; L. 8, § 1, D. *servit.*, L. 7, e L. 9, D. *commun. præd.* e Almeid. e Sous. *Dir. emphit.* § 1098; e *Tract. das aguas* §§ 284 e segg.

### § 731. III. — PELA MORTE, OU TOTAL DESTRUIÇÃO DA COUSA DEVIDA EM ESPECIE.

III. Tambem se dissolve a obrigação pela extincção da causa devida em especie, se esta se extinguiu, ou perecêo sem culpa do devedor; L. 5, D. *de reb. cred.*, L. 33, D. *de verbor obligat.* e L. 107, D. *de solut.*

Exceptuão-se porém os dous seguintes casos:

1º Se a causa devida em especie perecêo depois que o devedor se constituiu em mora de a entregar; L. 82, § 1, D. *de verbor. obligat.*

2º Se o devedor se responsabilizou pelos casos fortuitos; L. 12, § 5, D. *toct.* Pothier, *Traité des obligat.* n. 263.

Reputa-se *móroso* o devedor, se sem justa causa recusou entregar a causa, tendo-lhe sido pedida em tempo proprio, aindaque extrajudicialmente; arg. da Lei 88, D. *de reg. júr.*

Tambem se reputa *moroso*, se tendo-se fixado dia preciso para o pagamento, ou entrega da cousa, o devedor não pagou, ou não entregou a causa justa; L. 12, Cod. *de contrah. et committ. stipul.*, Cardoz. *Prax. Jud.* — *Mora* n. 9.

Podendo o devedor provar que a causa teria perecido igualmente em poder do credor; é então relevado da obrigação de pagar a estimação della; L. 14, § 4, D. *ad exhib.*, e L. 15, § ff. D. *de reivind.*

Presume-se que a causa não teria perecido em poder do credor, se este negociava em causa da mesma natureza; Pothier, *Trait. des obligat.* p. 3, n. 628.

Se da especie, que pereção sem culpa do devedor, se aproveitou alguma cousa, isso mesmo, que se aproveitou, é devido ao credor, aindaque seja accessorio do causa principal, que pereção (§ 432); L. 49, § 1, D. *de reivind.* Mell, liv. 3, tit. 7, § 17.

#### § 732. IV. — PELA NOVAÇÃO E DELEGAÇÃO.

IV. Quando o credor, e o devedor consentem em dissolver a obrigação contrahida, substituindo-lhe outra de differente natureza, fazem uma *novação*, propriamente dita; quando porém concordão em dar ao devedor outro devedor em seu lugar, e este consente em tomar sobre si a obrigação ficando o primeiro desobrigado, verifica-se uma *delegação*.

O credor pôde sem conhecimento do devedor traspassar o seu credito em outra pessoa; mas esse traspasse chama-se *cessão* ou *cedencia*, e não *delegação*; e nesta hypothese o devedor pôde oppôr ao credor cessionario as excepções, que podia oppôr ao credor cedente (§§ 658, *in fin.*).

Sómente podem fazer novação, delegação, e cessão as pessoas, que podem contractar validamente.

#### § 733. OBSERVAÇÕES SOBRE A NOVAÇÃO, E DELEGAÇÃO.

Para que a novação extinga a obrigação anterior, e as hypothecas, e fianças, se as ha, é mister que se faça expressa declaração de ficar extincta a primeira obrigação; porquanto as convenções posteriores e addicionaes de uma obrigação preexistente interpretão-se no caso de duvida, de modo que a obrigação primordial não soffra senão a menor alteração possível; L. fin. Cod. *de novat.* Cod. da Pruss. p. 1, tit. 16, art. 451 e 455.

Assim o fazer novo titulo da mesma divida, sem lhe mudar a natureza, o dar o credor maior, ou menor espera ao

devedor, o obrigar-se o devedor á pagar juros da divida, que então não os pagava, ou o dar novos fiadores, ou hypotheca, nada disso constitue novação, nem desobriga os primeiros fiadores, e hypotheca, se expressamente se não declarou isso mesmo; Pereir. Decis. 17, Cod. da Prus. p. 1, tit. 16, art. 452 e 453.

Quanto á delegação (porém, esta, uma vez acceita pelo credor, e pelo devedor subrogado, ao mesmo tempo que desobriga o devedor delegante, desobriga tambem as fianças e hypothecas; salvo, se o credor se reservou expressamente algum direito a esse respeito, e se o devedor delegante, e seus fiadores consentirão na reserva.

#### § 734. CONTINUAÇÃO DA MESMA MATERIA.

Nos casos, em que a novação extingue a primeira obrigação, o devedor não pôde oppôr á nova obrigação as excepções, que podia oppôr á primeira; v. gr., se a primeira obrigação nascêo *ex mutuo*, e foi substituida pela obrigação *ex locato*, não pôde oppôr a esta as excepções que podia oppôr aquella, por quanto com a extincção della extinguirão-se todos os direitos connexos com ella, se o contrario não foi expressamente estipulado; assim, se a primeira obrigação nascêo de emprestimo de dinheiro á filho-familias, não pôde oppôr a esta a excepção do *Senatusc. Macedon.*, que podia oppôr áquella; L. 33, D. *de novat*; nem tambem o devedor delegado pôde oppôr á sua obrigação as excepções, que podia oppôr o devedor delegante; L. 19, D. *eod.*

Por identidade de razão, o credor, que accitou a delegação, e que desobrigou o devedor delegante, não tem regresso contra este no caso de fallimento do devedor delegado; salvo se no contracto resolveu expressamente este direito; arg. da L. 26, § 2, D. *Mandat.*, Pothier, *Trait. des obligat.* p. 3, n. 568, Cod. Civ. Franc. art. 1276.

Em regra, se a novação, ou a delegação é nulla, ou concebida debaixo de condição, que se não realisou, a precedente obrigação conserva toda a sua força; § 3, da *Inst. Quib. mod. tollit. obligat*; pelo contrario, se uma ou outra é valida, a nova obrigação não pôde ser impugnada com o pretexto de não ser legal a primeira, uma vez que essa valesse ao menos naturalmente; L. 1, § 1, e L. 20, § 1, D. *de novat.*

Mas se a primeira obrigação fosse reprovada pela Lei natural, ou civil, e por isso mesmo nenhuma, a obrigação novada também seria nenhuma, como a primeira; porque é repugnante a Direito que tal obrigação possa converter-se em outra, que válida seja; L. 8, §§ 7, e 8, L. 14, e L. 16, § 1, D. *ad Senat. Cons. Velleran.*

Um dos credores solidarios pôde fazer novação, ou aceitar delegação ao devedor; porém se com isso prejudicar aos outros, é obrigado a indemnizal-os; L. 31, § 6, D. *de novat.*, L. 13, § 12, D. *de acceptilat.*

O credor pôde também fazer novação com um dos devedores solidarios, e fazendo-a os outros co-réos ficão desobligados para com elle; Voet. *ad Pand.* L. 45, tit. 2, n. 5.

Exceptúa-se porém o caso, em que a novação foi restricta á parte, que pertencia na divida ao tal devedor; por quanto neste caso fica subsistindo a obrigação solidaria dos outros devedores, quanto ao resto da divida.

### § 735. V. PELA COMPENSAÇÃO.

V. A compensação é também um meio de extinguir a obrigação; porquanto desde que o credor vem a dever ao seu devedor quantidade semelhante á que este lhe deve, uma vez que já esteja vencida, e seja certa e liquida (§ 735, ns. 2, e 3), a obrigação do devedor é extincta em concurrente quantia; Ord. liv. 4, tit. 78, in princip; e nesse caso a compensação opera os seus effeitos *ipso jure*, ainda que o devedor ignorasse a divida, que o seu credor lhe devia; L. 4, e L. 14, Cod. *de Compens.* e Cod. Civ. Franc. art. 1290.

Dahi se segue que, se o devedor pagou a divida voluntariamente, ou forçado por execução de sentença, sem lhe oppôr a compensação, não fica por isso inhibido de pedir o que o seu credor lhe devia. Mas aquelle, que paga uma divida, que por direito estava extincta pela compensação, executando depois a sua divida activa, não pôde valer-se dos privilegios, e hypothecas connexos com ella em prejuizo de terceiros; salvo, se provar justa cousa de ignorancia de que a sua divida activa extinguia a sua divida passiva; Pothier, *Trait. des oblig.* p. 3, n. 604, e Cod. Civ. Fr. art. 1299.

Quando uma das duas dividas vence juros, e a outras

não, e esta é menor, então primeiramente se deduz desta a somma dos juros daquella vencidos até esse tempo, e ainda não pagos, e compensa-se o que restar della com igual quantidade do principal daquella, cujo resto, emquanto não for pago, continúa a vencer juros; L. 1, Cod. *de solut.*, Cod. da Pruss. 1, p. tit. 16, arts. 153, e 375., Cod. Civ. Fr. art. 1254.

### § 736. DOS CASOS, EM QUE A COMPENSAÇÃO NÃO TEM LOGAR.

A compensação não tem logar nos seguintes casos:

1.º Quando o debito de um consiste em cousa, ou especie de natureza differente da daquella, em que consiste o debito do outro, como, v. gr. se um deve ao outro um escravo, e se o segundo deve ao primeiro um cavallo; exceptua-se porém o caso em que as duas especies fõrem estimadas em quantidades de numerario; Ord. liv. 4, tit. 78, § 7, e L. 4, Cod. *de compens.*

2.º Quando a divida de um está vencida, e a do outro não; cit. Ord. *in pr.*

3.º Quando a divida de um é certa, e liquida, e a do outro incerta, e illiquida; salvo, se esta poder provar-se, e liquidar-se em nove dias peremptorios; cit. Ord. § 1.

4.º (Segundo o direito romano), quando a divida de um vence juros, e a do outro não; salvo, se esta exceder a somma dos juros da outra, vencidos, e não pagos; porque então o excedente della sobre a somma dos juros da outra extingue ou todo, ou parte do seu capital; L. 11, D., e L. 4, C. *de compens.*; esta doutrina porém foi rejeitada pela cit. Ord. *in fine princip.*, onde manda descontar uma divida pela outra, em quanto ambas concorrêrem, ficando, a respeito do excedente de uma sobre a outra, salva a divida áquelle, a que mais for devido, sem fazer distincção alguma entre divida, que vence, e divida, que não vence juros.

5.º Quando o vendedor aceitou puramente a cessão, que o seu crédor fez do seu direito, e acções a um terceiro; porquanto neste caso, não póde oppôr a esse terceiro (seu credor cessionario) a compensação, que podia oppôr ao credor cedente; Cod. Civ. Fr. art. 1295.

6.º Quando o crédor demanda *in solidum* a um de seus

co-devedores solidarios; porquanto o demandado não lhe pôde oppôr compensação a respeito do que elle dever a um, ou outro dos outros co-devedores; Cod. Civ. Fr. art. 1294, L. 10, e L. fin. D. *de duob. reis*, L. 21, § tin. D. *de pact.* (§ 738).

### § 737. CONTINUAÇÃO DA MATERIA DO § ANTECEDENTE.

Tambem não tem logar a compensação :

7.º A respeito das dividas, que particulares deverem á Fazenda Nacional, Provincial, ou a Camaras Municipaes; cit. Ord. § 3.

8.º A respeito de dividas de alimentos, quer estes sejam devidos por contracto, quer por algum outro modo; cit. Ord. § 3.

9.º A respeito das que descendem de força, roubo, furto, ou outro semelhante facto illicito; salvo, se ambas descenderem de facto illicito da mesma natureza; cit. Ord. § 2; as penas pecuniarias porém, ainda que fossem impostas por causa de delicto, admittem compensação; L 10, § 2, D. *de compens.*

10.º Quando a compensação prejudicaria a direitos adquiridos por terceiro: assim, o devedor, que veio a ser credor do seu credor, quando a sua divida para com este já estava penhorada na sua mão a requerimento de um terceiro, não pôde oppôr compensação em prejuizo desse terceiro; Pothier, supra n. 596, e Cod. Civ. Franc. art. 1298.

Quando um devedor deve ao mesmo credor muitas dividas capazes de serem compensadas com outra, ou outras; que este devesse, a compensação surte os seus effeitos pela mesma ordem, por que devem ser imputados os pagamentos, quando não ha declaração do devedor em sentido contrario; isto é, extingue primeiramente a divida mais onerosa; e se todas o são igualmente, extingue a mais antiga, e assim por diante; L. 97, D. *de solut.*, Pothier. *Trait. des obligat.* p. 3, n. 602, cit. Cod. Civ. art. 1292.

§ 738. CONTINUAÇÃO DA MESMA MATERIA, COM RELAÇÃO ÀS OBRIGAÇÕES ACCESSORIAS.

As obrigações accessorias, como as fianças, e as hypothecas, ficão extinctas desde que se extingue pela compensação a obrigação principal; L. 12, Cod. de compens.

Dahi seguem-se estes corollarios:

1.º Que o fiador demandado pelo credor pôde oppôr-lhe a compensação, que o devedor principal lhe poderia oppôr; porque o fiador, em taes casos, é subrogado, *ipso jure*, nos direitos do devedor seu afiançado; L. 4, e L. 5, D. eod.; o devedor principal porém, quando demandado pelo seu credor, não lhe pôde oppôr compensação de divida, por que o seu mesmo credor seja obrigado ao seu fiador; porquanto o devedor não é subrogado nos direitos do seu fiador; Voet *ad Pand.* L. 16, tit. 2, n. 11; nem tambem de divida, que lhe dava um socio do seu credor, se este a respeito dessa divida não for co-réo *debendi*; Voet *ibid.* n. 10, D. de duob. reis.

2.º Que o devedor pôde oppôr ao credor cessionario a compensação, que podia oppôr ao credor cedente, se não consentio na cedencia, ou se consentio nella com expressa reserva do seu direito; Voët L. 16, tit. 2, n. 5 e 6, Huber, *ad Pand.* L. 16, tit. 2, n. 11.

3.º Que o tutor, ou curador, demandado por divida propria, não pôde oppôr compensação de divida, que o autor deva ao seu tutelado, ou curado; L. 23, D. de compens; e demandado elle alguma divida activa do seu tutelado, ou curado, não pôde o réo oppôr-lhe compensação de divida porque o mesmo tutor ou curador lhe seja pessoalmente obrigado; cit. L. 23.

O que fica dito a respeito do tutor, e curador é applicavel ao procurador, feitor, administrador, e outros semelhantes, que administração negocios ou bens alheios.

§ 739. VI. PELA TRANSACÇÃO.

VI. A *transacção* tambem é um meio de dissolver as obrigações e principalmente aquellas, a respeito das quaes ha duvida, ou sobre que ha litigio, ou bem fundado receio de que o virá a haver.

Nella porém sempre intervém alguma cousa, que uma das partes dá, ou promete dar á outro, e *vice versa* (§ 662), no que se distingue da *renuncia*, na qual uma das partes cede o seu direito gratuitamente em favor da outra.

A transacção tem o mesmo effeito, que a cousa julgada; Ord. liv. 3, tit. 20, § 15, tit. 51, pr., e L. 20, Cod. *transact.*; ella porém não liga, senão as partes transigentes, ou seus herdeiros, e não outros quaesquer interessados, como, v. gr., o fiador, se não forão ouvidos, nem consentirão nella expressamente, ou se não a ratificarão depois; L. 3, in princip., D., L. 1, Cod. *de transact.*, e Ord. liv. 3, tit. 78, § 1; e é restricta ao negocio, de que se tratou, e por isso mesmo não se póde estender a outras cousas, ou a outros casos. de que as partes não tractarão (§ 668); *Vale-ron. de transact.* tit. 5, quaest. 2, Cod. da Pruss. p. 1, tit. 16, arts. 425 e 427.

Ainda que uma sentença tenha passado em cousa julgada, é licito transigir sobre o seu objecto (§ 666); mas se a sentença era ignorada de algum dos transigentes, este póde requerer que se annulle a transacção; porquanto, se elle tivéra conhecimento da sentença, ou não teria transigido, ou o teria feito com maior proveito seu; L. 23, § 1, D. *de condict. ind.*, e Cod. Civ. Franc. art. 2046.

Tambem se póde annullar em cada um dos seguintes casos:

1.º Se o herdeiro, ou legatario transigio sobre o que lhe era deixado em testamento sem o ter visto, e principalmente se o testamento estava em poder da outra parte, que de proposito não lho quiz mostrar; L. 3, § 1, e L. 6, D. *de transact.*, e L. fin. Cod. *de reb. cred.*

2.º Se foi feita na supposição de serem verdadeiros os documentos, ou titulos, que depois se conhecêo serem falsos; E. 42, Cod. *de transat.* e Cod. Civ. Civ. Fran. art. 2055.

3.º Se foi feita execussão de um titulo nullo, salvo, se as partes transigirão expressamente acerca da nullidade do mesmo titulo; cit. L. 42, e Cod. Franc. art. 2054.

4.º Se versou sobre objecto, ao qual uma das partes não tinha direito algum, segundo se mostra por titulos achados de novo; L. 36, D. *fam. ercise.*, Cod. da Pruss. p. 1, tit. 16, art. 420, e Cod. Civ. Franc. art. 2057.

5.º Se houve lesão enormissima para alguma das partes; Ord. liv. 4, tit. 13, § ult. *in fin.* (§ 690, n. 5.º).

Póde porém ser rescindida, mostrando-se ter havido lesão enorme; Ord. liv. 4, tit. 13, § 6, ou mostrando-se erro de calculo, do qual a todo o tempo se póde requerer emenda; Ag. Barbos. á L. un. *de error. calc.* n. 11.

Não só se póde estipular pena convencional contra a parte que impugnar a transação, senão tambem ajuntar-se-lhe a clausula de não ser ouvido o impugnante sem primeiro depositar o que recebêo em virtude da transacção; L. 15, e L. 18, D. *de transact.*, e Lei de 31 de Maio de 1774, § 1; e esta clausula subentende-se, ainda que não fosse expressamente estipulada; L. 15, Cod. *de transact.*

#### § 740. VII. PELA RENUNCIA.

VII. Quando alguém renuncia expressamente ao seu direito sem por isso receber gratificação alguma, extingue-se a obrigação, que correspondia a esse direito, e a renuncia equivale a uma doação em favor da pessoa obrigada; Almeida e Sousa, *fascicul.* tom. 1, Dissert. 3, § 35, Cod. da Pruss. p. 1, tit. 16, art. 393.

A renuncia interpreta-se restrictivamente, sem se ampliar de uma pessoa a outra, nem de uma cousa a outra cousa diversa: assim, se a filha dotada renuncia ao direito de succeder a seus pais em favor de um irmão, e este fallece primeiro sem descendencia, a renuncia fica sem effeito; Almeida e Sousa, *Tract. das obrig. recipr.* §§ 554 e segg.

#### § 741. VIII. PELO PERDÃO DA DIVIDA.

VIII. O credor, que póde dispor dos seus bens, póde perdoar a divida, ou por meio de contracto, ou obrando actos, que fação presumir o animo de perdoar.

Assim, se elle dá ao devedor o escripto original da obrigação, presume-se perdoar-lhe a divida, salva, a prova do contrario; L. 2, § 1, D. *paclis.*, e L. 24, D. *de probat.*

Ainda mesmo sendo muitos os devedores solidarios, o dar o credor a um delles o escripto original induz vontade de querer perdoar a todos; Pothier, *Traité des obligat.* p. 3, n. 572.

Pelo contrario, o dar o credor o penhor ao devedor não faz presumir perdão da divida ; L. 3, D. *de pact.*

O perdão dado ao devedor desobriga os seus fiadores por isso mesmo que extingue a obrigação principal, para garantia da qual foi exigida a fiança ; mas o perdão dado a um dos fiadores nem desobriga o devedor nem os outros fiadores, os quaes só ficam desonerados da parte respectiva ao fiador perdoado (que nunca pesou sobre elles) L. 23, D. *de pact.*, L. 15, § 1, D. *de fidejuss.* Pothier. *supr.* n. 581.

O *pacto de não pedir a divida* produz o mesmo effeito que o perdão.

#### § 742. IX. PELO IMPLEMENTO DA CONDIÇÃO RESOLUTIVA.

IX. Se as partes contractantes estipularão, que verificando-se tal, ou tal condição, cessaria o direito adquirido, ou a obrigação contrahida ; essa condição chama-se *resolutiva*, porque verificando-so, resolve o contracto, e faz voltar as cousas ao seu antigo estado (§ 650).

Em quanto porém se não verifica, o contracto reputa-se puro, e portanto a perda ou damno da cousa antes do implemento da condição corre por conta d'aquelle, que estava senhor della ; L. 2, § 1, D. *de in diem addict.* (cit § 650).

Quando a condição foi posta somente em favor de uma das partes, não opera a resolução do contracto contra a vontade desta ; L. 3, D. *leg. commissor.*, Ord. liv. 4, tit. 5, § 3 (cit. § 650).

Em todos os contractos, que produzem obrigação para cada uma das partes, sempre se presume a condição resolutiva, que uma poderá requerer a dissolução da sua obrigação, se a outra se recusar a cumprir a sua ; L. 21, Cod. *de pact.* (cit. § 650).

A dissolução da obrigação porém não se opera *ipso jure*, mas é mister que intervenha sentença precedida de citação da outra parte com a comunicação de se haver a obrigação por dissolvida ; Pothier, *Traité des obligat.* p. 3, n. 636, Cod. Civ. Franc. art. 1184 (cit. § 650).

#### § 743. X. PELA PRESCRIÇÃO EXTINGTIVA.

X. A prescrição chamada *extinctiva*, isto é, o lapso de tempo fixado pela Lei para se presumir extincta a obri-

gação contrahida, tambem é um dos modos, porque se dissolvem as obrigações.

É porém indispensavel que haja boa fé da parte do devedor; Ord. liv. 4, tit. 3, § 1, e tit. 79, in princ.; assim o devedor, que não tem legitimo motivo, que lhe persuada que está paga a divida, que elle mesmo contrahio, não pôde prescrever, aindaque não tenha sido interpellado durante o espaço de tempo fixado pela Lei para a prescripção de dividas de igual natureza; Henric. Coccej. *Disp. de fin. bon. fid. in præscript.*, e Stryk. *de act.* membr. 1, sec. 3, axiom. 6, e Ord. liv. 4, tit. 79, in princip.

Bem podem porém prescrever os herdeiros do devedor, se durante o referido espaço, contado do dia da morte do devedor originario não forão interpellados; Strik. *Sup.*

Em regra não corre o tempo da prescripção extinctiva emquanto o devedor reconhece por palavras, ou por factos a obrigação de pagar; argum. da L. 8, § fin. *Cod. de prescript. trig. ann.* Stryk. *supr.* axiom. 5.

Quando a obrigação é condicional, o tempo da prescripção não começa a correr, se não do dia, em que a condição se verificou; L. 7, § 4, *Cod. supr.*, e Stryk. *supr.* axiom. 3.

Da mesma sorte a prescripção da acção de evicção não começa a correr, senão do dia, em que a causa foi vencida ao possuidor della por sentença irrevogavel; L. 21, *Cod. de evict.* *Cod. Civ. Franc.* art. 2257, *Gusman. de evict. quaest.* 44, n. 12

#### § 744. XI. PELA CESSÃO DOS BENS.

XI. Se o devedor quando contrahio a obrigação, tinha bens sufficientes para satisfazer, ou se os não tinha, e o declarou logo ao credor, e depois sem culpa sua lhe sobrevierão perdas, que o impossibilitão de pagar integralmente aos seus credores, pôde ceder-lhes os seus bens, e obrigar-os a accèitar a cessão; Ord. liv. 4, tit. 74, *Alv. de 13 de Novembro de 1756*, e L. 1, *Cod. Qui. bon. ced. poss.*

A cessão dos bens porém não extingue inteiramente a obrigação do devedor; porquanto se elle vier a adquirir novos bens, bem podem os credores, para acabarem de se pagar, fazer-lhe execução nelles; com tal temperamento porém, que lhe deixem tantos bens, com que razoadamente se possa manter, segundo seu estado, e condição, a arbi-

trio de bom Juiz ; cit. Ord. in princip. vers. — e quando assi —, e L. 4, D. de cess. bon.

Nem prejudica ao direito de preferencia, que alguns dos credores tenham relativamente aos outros; L. 6, Cod. de bon. auct. jud. poss.; assim como tambem não impede que aquelles d'entre os credores, que tiverem fiadores, demandem a estes, para serem pagos do resto, para que não bastarão os bens cedidos; Perez. in Cod. L. 7, tit. 71, n. 16.

### § 745. É PORÉM MISTEB QUE SEJA FEITA EM FORMA LEGAL.

Para que o beneficio da cessão dos bens, concedidos aos devedores fallidos de boa fé, lhes possa aproveitar, é mister que elles provem a sua boa fé.

Elles pois devem apresentar uma declaração escripta, e assignada por elles, ou por seus Procuradores, em que exponhão as causas do fallimento, ajuntando-lhe um mappa, ou balanço exacto dos bens, que tinham quando contrahirão as dividas, e dos que tem presentemente, e outro de todos os seus credores, e das quantias, que lhes devem; e justificar as perdas, que lhes sobrevierão sem culpa sua, com audiencia dos seus credores; Ord. liv. 4, tit. 74, § 1, e L. 1, D. de cess. bon.

Os credores podem contestar a exposição, e justificação do devedor, e arguir-lhe dolo, ou culpa, ou que elle sonegou alguns bens em fraude de seus creditos; cit. Ord. § 1, e Novell. 135, cap. 1,

Se o devedor não é convencido de dolo, culpa, ou fraude, não póde ser preso só porque não pode pagar a seus credores; Lei de 20 de Junho de 1774, § 19, ibi, — *Porém não os tendo, nem os mostrando o credor exequente, ou que o executado os occulta com dolo, ou malicia, mandará nos autos que não se prosiga mais na execução* —; e Assento de 18 de Agosto do mesmo anno; revogada assim pelo cit. § 19, da referida Lei a Ord. liv. 4, tit. 76, § 1, emquanto mandava que, não se achando ao devedor condemnado por sentença bens bastantes para a condemnação, fosse preso, e reteúdo na cadêa até que pagasse, sem exceptuar o devedor de boa fé.

A cessão dos bens não confere aos credores a propriedade delles; e sómente lhes dá direito de requererem que sejam

vendidos em hasta publica para seu pagamento; L. 4, Cod. *Qui. bon. ced. poss.*

Quanto á cessão de bens feita por devedor commerciante, essa é regulada pelo Direito Commercial.

§ 746. DOS DEVEDORES QUE NÃO SÃO ADMITTIDOS A FAZER CESSÃO DE BENS.

Não são admittidos a fazer cessão de bens os seguintes :

1.º Os devedores á Fazenda Nacional; Ord. liv. 4, tit. 74, § 10, e tit. 76, § 4.

2.º Os fallidos de má fé; Alv. de 13 de Novembro de 1756.

3.º Os que se acoutão á casa de pessoa poderosa para não serem demandados, ou escondem suas fazendas; cit. Ord. tit. 74, § 8, e cit. Alv.

4.º Os bulrões, e illicidores; cit. Ord. § 7,

5.º Os que alhearão os bens em fraude dos credores; e principalmente se a alheação foi feita depois de condemnados por sentença; cit. Ord. § 9, liv. 3, tit. 86, § 13, e § 16 vers. — *E não sendo* —, e L. fin. § fin. D. *Quæ in fraud. credit.*

6.º Aquelle, que se obrigou á um factó, que bem póde prestar, se os bens, que tem, não são bastantés para pagar o interesse; Voët. *ad Pand.* L. 42, tit 3, n. 5.

A cit. Lei de 20 de Junho de 1774, § 19, ibi, — *ou que o executado os occulta com dolo, ou malicia* — deixou em seu inteiro vigor a Ord. liv. 3, tit. 86, e liv. 4, tit. 74, e tit. 76, nos paragraphos aqui citados.

§ 747. DOS DEVEDORES, QUE PODEM SER PRESOS.

Antigamente, e segundo a Ord. liv. 4, tit. 76, o devedor, que era achado sem bens sufficientes para pagamento de suas dividas, estava sujeito a ser preso até pagar da cadêa.

Para moderar, porém, tamanha severidade, relativamente aos devedores de boa fé, permittio-se a estes a cessão de seus bens na fórma indicada no § 743.

Hoje, porém, que na fórma da cit. Lei de 20 de Junho o § 19, e Assento de 18 de Agosto de 1774 só podem ser presos

por dividas civeis os devedores de má fé, a doutrina da cessão dos bens pouco uso pôde ter, a não ser nas causas commerciaes, nos termos do Cod. Com. arts. 605, e segg.

Hoje, portanto, sómente são sujeitos á prisão por dividas civeis, como devedores de má fé:

1.º Os arrematantes de bens postos em praça publica, que não entregão o preço da arrematação; Ord. liv. 4, tit. 49, § 1, tit. 76, § 5, e Lei de 20 de Junho de 1774, § 19.

2.º Os recebedores fiscaes, que não dão conta do que receberão; Ord. liv. 4, tit. 74, § 10, e tit. 76, § 4.

3.º Os tutores, e curadores pelo alcance da tutoria, e curadoria, e os fallidos de má fé; Ord. liv. 4, tit. 102, § 9, vers. — *E não fazendo* — e Regul. de 2 de Outubro de 1851, art 32, § 7.

4.º Os depositarios, que não entregão o objecto do deposito, e os buldrões, e inliçadores; cit. Ord. liv. 4, tit. 49, § 1, e tit. 76, § 5.

5.º Os que maliciosamente escondem os seus bens em fraude de seus credores, ou que os alienão em fraude da condemnação; Ord. liv. 3, tit. 86, §§ 13, e 16, e liv. 4, tit. 74, § 9; combinando-se todas as Leis aqui citadas com o cit. § 19, da Lei de 20 de Junho.

#### § 748. DO BENEFICIO DA COMPETENCIA.

« Ao devedor de boa fé, que cede os seus bens aos seus credores, costuma-se deixar dos bens, que tem, os que forem absolutamente necessarios para que razoadamente se possa manter segundo seu estado, e condição, em maneira que não pereça de fome segundo arbitrio de bom Juiz; Ord. liv. 4, tit. 74, in fin. princip.; e a isto se chama *beneficio de competencia*.

Elle é concedido pelos costumes não só aos pais, filhos, irmãos, e socios, etc., de que falla o direito Romano na L. 16, e segg. D. *de re jud.*, e nos §§ 37, e 38, da *Inst. de action.*, mas tambem a estranhos, como sejam:

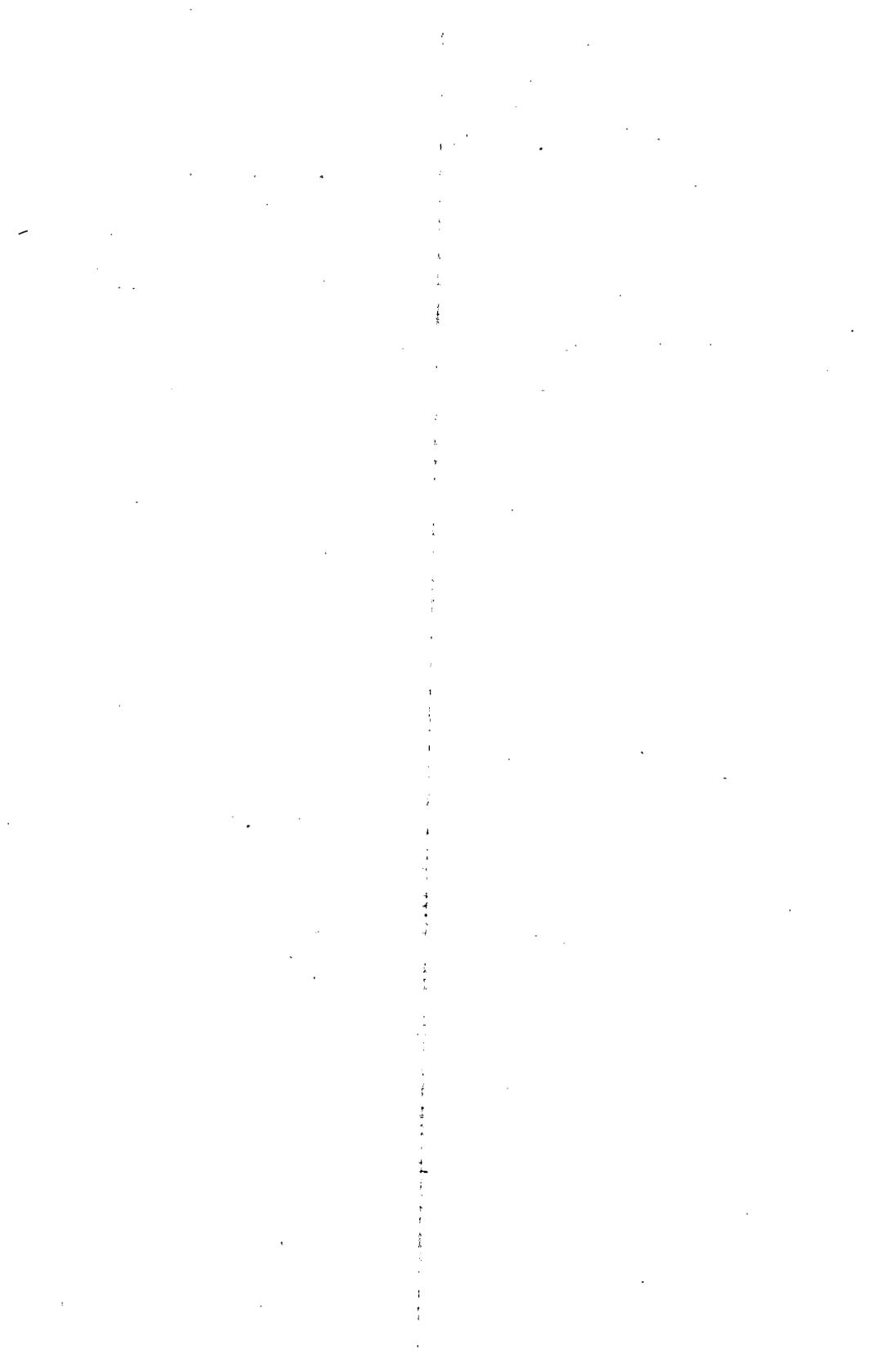
1.º Clerigos constituídos sómente em Ordens Sacras, ou tendo Beneficios ecclesiasticos; cap. *Odoandus 3. de solut.*

2.º Doutores, Magistrados, Igrejas, Mosteiros, etc.; porque a uns, e outros se devem deixar os alimentos necessarios

e assignar certa somma para reparação dos edificios, e paga dos salarios dos criados, reduzindo o numero destes ao menor, que poder ser.

3.º Os senhores de Engenho, Lavradores, Negociantes, etc., fallidos de boa fé; cit. Ord., Lei de de 20 de Junho de 1774, Alv. de 14 de Março de 1870, Assent. de 15 de Fevereiro de 1701, e Alv. de 6 de Julho de 1807, e de 21 de Janeiro de 1809.

---



# INDICE

DAS

## MATERIAS CONTIDAS NO TOMO II

---

TITULO VII. — DAS SUBSTITUIÇÕES, E CODICILIOS . . . . .	5
§ 401 Noção de substituição, e dos principios, á que é sujeita, segundo D. Romana . . . . .	5
§ 402 Da divisão das substituições, e da doutrina da que se chama <i>vulgar</i> . . . . .	7
§ 403 Da substituição <i>pupillar</i> . . . . .	8
§ 404 Quando expira . . . . .	9
§ 405 Da substituição <i>exemplar</i> . . . . .	10
§ 406 Da substituição <i>reciproca</i> . . . . .	11
§ 407 Da substituição <i>compendiosa</i> . . . . .	11
§ 408 Dos codicillos . . . . .	12
§ 409 Da causa codicillar . . . . .	13
TITULO VIII, — DOS LEGADOS, E FIDEICOMMISSOS . . . . .	14
§ 410 O que seja legado, e fideicommisso. . . . .	14
§ 411 Quem possa legar, e fideicommitter . . . . .	15
§ 412 Extensão, e limites do poder de legar. . . . .	15
§ 413 Regra sobre a significação das palavras nos legados . . . . .	15
§ 414 Das differentes especies de legados, e fideicommissos . . . . .	16
§ 415 Do legado e fideicommisso <i>ex die, e ad diem</i> . . . . .	16
§ 416 Do legado, e fideicommisso condicional . . . . .	17
§ 417 O herdeiro fiduciario, restituída a herança, deixa de ser herdeiro. . . . .	18
§ 418 Da extincção de fideicommisso . . . . .	18
§ 419 Do objecto dos legados particulares. . . . .	19

§ 420	Do legado do credito deixado a terceira pessoa . . . . .	19
§ 421	Do legado do credito deixado ao mesmo de- vedor . . . . .	20
§ 422	Do legado da divida deixado ao credor . . . . .	20
§ 423	Do legado de cousa, ou quantidade certa deixada ao credor . . . . .	21
§ 424	Do legado dos moveis. . . . .	21
§ 425	Do legado de opção, e de quantidade, ou qualidade indeterminada . . . . .	22
§ 426	Do legado para certo fim, ou <i>sub modo</i> . . . . .	22
§ 427	Do legado deixado sob condição impossivel . . . . .	23
§ 428	Do legado deixado por falsa cousa, ou com falsa demonstração, e do erro no nome do legatario, ou da cousa legada . . . . .	23
§ 429	Se o legado póde ser acceito em parte, e re- ciado antes do dia, ou do implemento da condição . . . . .	24
§ 430	Se, percendo uma das cousas legadas, deve- se o resto . . . . .	25
§ 431	Dos legados deixados em testamento nullo . . . . .	26
§ 432	Do vencimento dos legados . . . . .	26
§ 433	Da revocação e caducidade do legado . . . . .	27
§ 434	Da Lei Falcidia. . . . .	28
§ 435	Do senatusconsulto Trebelliano. . . . .	29
TITULO IX. — SUCCESSÃO LEGITIMA . . . . .		29
§ 436	Noção de <i>successão</i> , e suas especies. . . . .	29
§ 437	Do fundamento da successão legitima. . . . .	30
§ 438	Da ordem da successão legitima. . . . .	30
§ 439	Da representação . . . . .	31
§ 440	Dos varios modos de succeder <i>ab intestato</i> . . . . .	34
§ 441	I. Successão dos descendentes legitimos . . . . .	35
§ 442	Se os Clerigos, Monges, e Cavalleiros das Ordens Nilitares succedem á seus pais. . . . .	35
§ 443	Quem succede ao Clerigo fallecido <i>ab intes- tato</i> . . . . .	36
§ 444	Quem succede ao Bispo . . . . .	36
§ 445	Quem succede ao Monge. . . . .	36
§ 446	Dos espolios dos Clerigos, e dos Bispos . . . . .	37
§ 447	Da luctuosa . . . . .	37
§ 448	Da successão dos descentes naturaes . . . . .	38

	PAG.
§ 449 Da successão dos filhos de pai incognito . . .	39
§ 450 Da successão dos filhos espurios. . . . .	40
§ 451 Da successão dos filhos de primeiro, e de segundo matrimonio . . . . .	40
§ 452 Da successão dos filhos adoptivos, e arrogados . . . . .	41
§ 453 Da successão dos filhos espurios legitimados . . . . .	42
§ 454 II. Da successão dos ascendentes: 1.º Em quanto á ordem, ou modo. . . . .	43
§ 455 2.º Em quanto á partição dos bens. . . . .	44
§ 456 Da successão do binubo, pai ou mãe . . . . .	45
§ 457 Da successão do pai adoptante ao filho adoptivo . . . . .	46
§ 458 III. Da successão dos collateraes . . . . .	46
§ 459 Dos parentes excluidos da successão legitima . . . . .	47
§ 460 IV. Da successão dos conjuges. . . . .	48
§ 461 V. Da successão da Fazenda Nacional. . . . .	49
TITULO X. — DAS PARTILHAS . . . . .	50
§ 462 Noção das partilhas . . . . .	50
§ 463 Dos preparatorios das partilhas. . . . .	50
§ 464 Da necessidade do inventario . . . . .	51
§ 465 Da avaliação dos bens da massa partivel. . . . .	52
§ 466 O que seja collação, e que pessoas são á ella obrigadas. . . . .	52
§ 467 Da collação do dote, e em geral de tudo que os pais dêrão aos filhos em vida. . . . .	53
§ 468 Do modo da collação . . . . .	55
§ 469 Que bens não vêm á collação . . . . .	56
§ 470 Dos direitos e obrigações do filho, ou filha dotada por motivo de casamento, que não quer conferir o dote. . . . .	57
§ 471 Da opinião de outros sobre o mesmo caso. . . . .	58
§ 472 Da Licitação. . . . .	60
§ 473 O que seja <i>petição de herança</i> . . . . .	61
§ 474 Da <i>acção de partilha de herança</i> . . . . .	61
§ 475 Por que modo se faz a partilha . . . . .	62
§ 476 Da citação dos co-herdeiros. . . . .	62
§ 477 A quem se pede a partilha . . . . .	63
§ 478 Applicação da doutrina estabelecida ao conjuge sobrevivente . . . . .	63

	PAG.
§ 479 Applicaçào da mesma doutrina ao filho do defuncto . . . . .	64
§ 480 Das cousas, que não se partem . . . . .	64
§ 481 Dos bens de morgados, e capellas com relação á partilha . . . . .	65
§ 482 Dos bens emphyteuticos sob a mesma relação . . . . .	65
§ 483 Da legitima . . . . .	66
§ 484 Continuaçào da doutrina relativa á legitima . . . . .	67
§ 485 Da terça . . . . .	68
§ 486 A partilha, ainda que injusta, não se desfaz, emenda-se . . . . .	69
<b>TITULO XI. — DAS SERVIDOES.</b> . . . .	<b>70</b>
§ 487 Noçào de <i>servidào</i> . . . . .	70
§ 488 Da sua natureza . . . . .	72
§ 489 Da sua classificaçào . . . . .	73
§ 490 Da origem das servidões: I. com relação á natureza das cousas . . . . .	74
§ 491 II. Com relação ás leis: a) emquanto ás obras e expropriações dos predios rusticos . . . . .	74
§ 492 b) Emquanto ás excavações. . . . .	75
§ 493 c) Emquanto ás plantações. . . . .	76
§ 494 d) Emquanto aos edificios . . . . .	76
§ 495 e) Emquanto aos muros, e paredes divisorias. . . . .	77
§ 496 f) Emquanto ao uso das paredes meeiras . . . . .	78
§ 497 III. Por sentença do Juiz. . . . .	78
§ 498 IV. Por disposiçào do proprietario . . . . .	79
§ 499 V. Por prescripçào . . . . .	79
§ 500 Por quem se adquirem, e conservào . . . . .	80
§ 501 Dos direitos e obrigações reciprocas resultantes da servidào. . . . .	80
§ 502 Principios peculiares ás servidões prediaes . . . . .	81
§ 503 Continuaçào da materia do § antecedente. . . . .	82
§ 504 Da extincção das servidões. . . . .	83
<b>TITULO XII. — DO USUFRUCTO, DO USO, DA HABITAÇÃO E DOS SERVIÇOS DOS ESCRAVOS . . . . .</b>	<b>84</b>
§ 505 Noçào do usufructo . . . . .	84
§ 506 Do objecto do usufructo . . . . .	84

	PAG.
§ 507 Como se constitue . . . . .	85
§ 508 Do fundamento dos direitos, e obrigações entre o usufructuario e o proprietario.	85
§ 509 Da caução usufructuaria . . . . .	86
§ 510 Dos direitos e obrigações do usufructua- rio: I. Emquanto aos fructos . . . . .	87
§ 511 II. Emquanto ás arvores . . . . .	87
§ 512 III. Emquanto aos tributos, e encargos . . . . .	88
§ 513 IV. Emquanto aos reparos e bemfeitorias.	89
§ 514 V. Emquanto ás dividas . . . . .	90
§ 515 VI. Emquanto ao usufructo de capitães . . . . .	90
§ 516 VII. Emquanto aos litigios . . . . .	91
§ 517 Do exercicio do usufructo . . . . .	91
§ 518 Da sua extincção . . . . .	92
§ 519 Da restitução dos bens, findo o usufructo d'elles . . . . .	93
§ 520 Do uso, e habitação, e dos serviços dos es- cravos . . . . .	94
TITULO XIII. — Do PENHOR . . . . .	95
§ 521 Noção do penhor, em geral, e suas especies.	95
§ 522 Noção e caracteres do penhor, em seu sen- tido subjectivo . . . . .	96
§ 523 O penhor não transfere o dominio . . . . .	96
§ 524 Porque modos se constitue. . . . .	96
§ 525 Do penhor pacticio, e do testamentario . . . . .	97
§ 526 Do penhor judicial, e legal . . . . .	97
§ 527 Do penhor geral, e especial, e dos bens, que um e outro comprehende . . . . .	98
§ 528 Dos pactos accrescentados ao penhor . . . . .	98
§ 529 Dos bens, que podem ser dados em penhor . . . . .	99
§ 530 Dos bens, que não podem ser objecto de penhor. . . . .	100
§ 531 Dos direitos e obrigações do credor: I. Em- quanto á conservação do penhor. . . . .	101
§ 532 II. Emquanto á restitução . . . . .	101
§ 533 Dos direitos do devedor emquanto á cousa empenhada . . . . .	102
§ 534 Da venda do penhor. . . . .	102
§ 535 Da sua extincção. . . . .	103
TITULO XIV. — Da HYPOTHECA . . . . .	104

	PAG.
§ 536 O que seja hypotheca, e em que differe do penhor. . . . .	104
§ 537 Em que bens se pode constituir. . . . .	104
§ 538 Da sua divisão. . . . .	105
§ 539 Da hypotheca convencional, e testamentaria, e suas solemnidades. . . . .	106
§ 540 Dos seus effeitos : I. Emquanto ao credor e devedor, e a seus herdeiros. . . . .	107
§ 541 II. Emquanto a terceiros . . . . .	108
§ 542 Da hypotheca legal e sua divisão . . . . .	108
§ 543 Da antichrese . . . . .	109
§ 544 Dos direitos do credor em virtude da antichrese . . . . .	110
§ 545 Das obrigações do credor em razão da antichrese . . . . .	111
§ 546 Dos effeitos da hypotheca legal simples, e de algumas das suas especies . . . . .	111
§ 547 Continuação da mesma materia . . . . .	112
§ 548 Dos effeitos da hypotheca legal privilegiada, e de algumas das suas especies. . . . .	113
§ 549 Continuação da mesma materia. . . . .	114
§ 550 Da hypotheca judicial. . . . .	115
<b>TITULO XV. — DO CONCURSO DOS CREDITORES, E DAS PREFERENCIAS . . . . .</b>	
	<b>116</b>
§ 551 Do concurso dos credores. . . . .	116
§ 552 Do beneficio da separação . . . . .	116
§ 553 O que sejam preferencias, e quando tem logar . . . . .	117
§ 554 Da classificação, e gradação dos credores . . . . .	118
§ 555 I. Dos credores em razão do dominio . . . . .	118
§ 556 II. Dos credores immediatos, e dos mediatos. . . . .	119
§ 557 III. Dos credores privilegiados. . . . .	119
§ 558 IX. Dos credores munidos de hypotheca legal simples. . . . .	120
§ 559 V. Dos credores munidos de hypotheca convencional, ou simplesmente hypothecarios . . . . .	120
§ 560 VI. Dos credores hypothecarios . . . . .	121
§ 561 Continuação da mesma materia . . . . .	121
§ 562 VII. Dos credores de rateio . . . . .	122
§ 563 Da extincção da hypotheca . . . . .	123
<b>TITULO XVI. — DO REGISTRO DAS HYPOTHECAS,</b>	

SEUS FINS, E VANTAGENS: DO LOGAR, ONDE SE DEVE FAZER: DOS SEUS EFEITOS LEGAES: DAS AVERBAÇÕES, OU ANNOTAÇÕES: DAS CERTIDÕES EXTRAHIDAS DELLE: E DA RESPONSABILIDADE DOS RESPECTIVOS TABELLIÃES. . . . .	123
§ 564 Do registro das hypothecas, seus fins e vantagens. . . . .	123
§ 565 Do logar, onde se deve fazer. . . . .	124
§ 566 Dos effeitos legaes do registro . . . . .	125
§ 567 Das averbações, ou annotações ao registro . . . . .	126
§ 568 Das certidões extrahidas do registro. . . . .	126
§ 569 Da responsabilidade do Tabellião do registro geral . . . . .	127
<b>Lei n. 1237, de 24 de Setembro 1864 sobre a Reforma Hypothecaria . . . . .</b>	<b>128</b>
TITULO I. — DISPOSIÇÕES GERAES. . . . .	128
CAPITULO I. — Da Hypotheca legal. . . . .	130
CAPITULO II. — Das Hypothecas convencionaes . . . . .	133
TITULO II. — DOS PRIVILEGIOS E DOS ONUS . . . . .	135
TITULO III. — DO REGISTRO GERAL . . . . .	137
CAPITULO I. — Da Transcripção . . . . .	138
CAPITULO II. — Da Inscripção das Hypothecas . . . . .	138
TITULO IV. — DOS EFEITOS DAS HYPOTHECAS, E SUAS REMISSÕES . . . . .	142
TITULO V. — DA EXTINÇÃO DAS HYPOTHECAS E CANCELLAMENTO DAS TRANSCRIPÇÕES E INSCRIPÇÕES . . . . .	144
TITULO V. — DAS CESSÕES E SUBROGAÇÕES . . . . .	145
TITULO VII. — DAS ACÇÕES HYPOTHECARIAS . . . . .	147
TITULO VIII. — DISPOSIÇÕES TRANSITORIAS . . . . .	148
TITULO XVII. — DO CONTRACTO EMPHYTEUTICO, E OUTROS, E DE ALGUMAS COUSAS MAIS . . . . .	148
§ 570 Noção de emphyteuse . . . . .	148
§ 571 Da origem della. . . . .	149
§ 572 Do que é natural, e essencial na emphyteuse. . . . .	149
§ 573 Da divisão da emphyteuse . . . . .	151
§ 574 Das cousas, que podem, e das que não podem ser objecto da emphyteuse. . . . .	153
§ 575 Quem pôde constituir, e quem pôde adquirir emphyteuse . . . . .	155

	PAG.
§ 576 Do modo como é constituída, e do modo de ser provada . . . . .	155
§ 577 Dos principaes direitos do emphyteuta, e do senhor directo . . . . .	156
§ 578 Do canon emphyteutico . . . . .	157
§§ 579 Continuação da mesma materia. . . . .	158
§ 580 Do consentimento do senhor directo na alienação necessaria da emphyteuse . . . . .	159
§ 581 Da alienação voluntaria. . . . .	161
§§ 582 Do direito de opção em geral. . . . .	162
§ 583 Do direito da opção, com relação á troca da emphyteuse, em casos de afeição . . . . .	163
§ 584 Do laudemio, e em que casos é devido. . . . .	164
§ 585 Em que casos não é devido . . . . .	166
§ 586 A emphyteuse é indivisivel . . . . .	167
§ 587 Das bemfeitorias . . . . .	168
§ 588 Como se succede na emphyteuse hereditaria pura . . . . .	169
§ 589 Continuação da mesma materia. . . . .	170
§ 590 Como se succede na emphyteuse hereditaria mixta . . . . .	171
§ 591 Como se parte a emphyteuse hereditaria simples, e a hereditaria mixta, dissolvido o matrimonio. . . . .	173
§ 592 Uma, e outra são sujeitas á collação, e ás dividas. . . . .	174
§ 593 Como se succede na emphyteuse familiar pura . . . . .	174
§§ 594 Continuação da materia do § antecedente. . . . .	175
§§ 595 Continuação do mesma materia. . . . .	176
§§ 596 Como se succede na familiar mixta. . . . .	178
§§ 597 Como se succede na emphyteuse de nomeação, e quem póde nomear para ella . . . . .	178
§ 598 Continuação da mesma materia. . . . .	179
§ 599 Das pessôas que podem ser nomeadas á emphyteuse . . . . .	179
§ 600 Continuação da mesma materia. . . . .	180
§§ 601 Quando póde ser revogada a nomeação. . . . .	182
§§ 602 Da renovação da emphyteuse . . . . .	183
§§ 603 Continuação da materia do § antecedente. . . . .	183
§§ 604 Dos modos, por que se extingue a emphyteuse sem culpa do emphyteuta . . . . .	184

	PAG.
§ 605 Dos modos, por que se extingue a emphyteuse por culpa do emphyteuta . . . . .	185
§ 606 Particularidades da emphyteuse ecclesiastica . . . . .	186
§ 607 Outras particularidades da emphyteuse ecclesiastica. . . . .	187
TITULO XVIII. — DAS PRESCRIPÇÕES . . . . .	188
§ 608 Noção da prescripção, e suas especies . . . . .	188
§ 609 Do fundamento da prescripção . . . . .	189
§ 610 Dos requisitos geraes das prescripções; e I. emquanto ao seu objecto. . . . .	190
§ 611 II. Emquanto ao seu começo . . . . .	190
§ 612 III. Emquanto á sua continuação. . . . .	192
§ 613 IV. Emquanto á boa fé . . . . .	193
§ 614 Dos requisitos especiaes da prescripção acquisitiva: e I. Da posse titulada . . . . .	194
§ 615 II. Da posse justa . . . . .	195
§ 616 Do tempo da posse na prescripção ordinaria. . . . .	196
§ 617 Da prescripção de trinta annos, e primeiramente da prescripção da cousa hypothecada . . . . .	196
§ 618 Da prescripção de quarenta, e de cem annos. . . . .	198
§ 619 Dos requisitos especiaes da prescripção extinctiva . . . . .	199
§ 620 Das prescripções anomalas . . . . .	199
§ 621 Continuação da mesma materia. . . . .	201

### LIVRO III

DAS OBRIGAÇÕES, PACTOS, CONVENCÕES, QUASI-CONTRACTOS, E MODO DE DISSOLVER AS OBRIGAÇÕES . . . . .	203
TITULO I. — DAS OBRIGAÇÕES . . . . .	203
§ 622 Razão de ordem. . . . .	203
§ 623 Definição da obrigação . . . . .	203
§ 624 Primeira divisão da obrigação . . . . .	204
§ 625 Segunda divisão da obrigação . . . . .	204
§ 626 Exemplos de obrigações puramente naturaes. . . . .	205
§ 627 Entre nós toda a obrigação é civil. . . . .	206
§ 628 Das obrigações, que derivão dos contractos . . . . .	206
§ 629 Das obrigações pessoaes, reaes, e-negativas . . . . .	206
§ 630 Das obrigações modaes, e causaes . . . . .	207

	PAG.
§ 631 Das obrigações alternativas . . . . .	208
§ 632 Das obrigações solidarias . . . . .	209
§ 633 Das obrigações indivisíveis . . . . .	210
§ 634 Das obrigações de dar, fazer, ou não fazer . . . . .	211
§ 635 Das obrigações principaes, e accessorias . . . . .	212
§ 636 Das obrigações nascidas de facto danoso . . . . .	213
§ 637 Das obrigações nascidas do facto da posse de cousa alheia com boa fé . . . . .	214
§ 638 Das obrigações nascidas do facto da posse de cousa alheia com má fé . . . . .	215
<b>TITULO II. — DAS COUSAS ESSENCIAES AOS CONTRAC-</b>	
<b>TOS, EM GERAL; E EM PARTICULAR, DA SUA FORMA,</b>	
<b>PROVA, GARANTIAS, PENAS CONVENCIONAES, E IN-</b>	
<b>TERPRETAÇÃO . . . . .</b>	
	216
§ 639 Das cousas essenciaes aos contractos em geral . . . . .	216
§ 640 Das pessoas capazes, e incapazes de contractar . . . . .	216
§ 641 Do consentimento . . . . .	218
§ 642 Do objecto do contracto . . . . .	219
§ 643 Das formalidades dos contractos . . . . .	220
§ 644 Da prova dos contractos. . . . .	222
§ 645 Das garantias dos contractos . . . . .	223
§ 646 Das penas convencionaes. . . . .	224
§ 647 Da interpretação dos contractos. . . . .	225
<b>TITULO III. — DAS CONDIÇÕES ACCRESCENTADOS AOS</b>	
<b>CONTRACTOS, E ÀS DISPOSIÇÕES DA ULTIMA VON-</b>	
<b>TADE. . . . .</b>	
	226
§ 648 Das differentes especies de condições . . . . .	226
§ 649 Das condições suspensivas . . . . .	226
§ 650 Das condições resolutivas. . . . .	227
§ 651 Da condição potestativa, casual, e mixta. . . . .	228
§ 652 Da condição negativa, impossivel, irrisoria, inintelligivel, e inutil . . . . .	229
<b>TITULO IV. — DOS PACTOS . . . . .</b>	
	230
§ 653 O que seja o pacto . . . . .	230
§ 654 Regra geral sobre a doutrina dos pactos. . . . .	230
§ 655 Consectarios da regra <i>supra</i> . . . . .	231
§ 656 Outros consectarios da mesma regra . . . . .	231
§ 657 Continuação da mesma matéria. . . . .	232
§ 658 O que prometteu algum facto desobriga-se prestando o interesse . . . . .	233

	PAG.
§ 659 O pacto dos credores, que remittem parte da divida, não obriga os dissidentes. . . . .	233
§ 660 Distincção entre os ajustes <i>de contrahendo</i> , e os pactos e contractos . . . . .	234
§ 661 Do constituto . . . . .	234
§ 662 O que seja <i>transacção</i> . . . . .	234
§ 663 Na <i>transacção</i> ha pacto . . . . .	235
§ 664 Das pessoas, que podem transigir, e sobre que cousas . . . . .	235
§ 665 Se se póde transigir sobre a cousa julgada, sobre cousas deixadas em testamento, e sobre alimentos . . . . .	236
§ 666 E sobre crimes commettidos. . . . .	236
§ 667 E sobre adulterio . . . . .	237
§ 668 Effeitos da <i>transacção</i> . . . . .	237
TITULO V. — DAS CONVENÇÕES BENEFICAS . . . . .	238
§ 669 O que sejam convenções beneficis, e suas es- pecies . . . . .	238
§ 670 Regras relativas aos contractos beneficis. . . . .	238
§ 671 Das doações . . . . .	239
§ 672 Da revogação das doações . . . . .	240
§ 673 Do commodato . . . . .	240
§ 674 Em que o commodato differe do mutuo, pre- cario e locação-conducção. . . . .	241
§ 675 Do mutuo . . . . .	242
§ 676 Do deposito . . . . .	242
§ 677 Do precario . . . . .	243
§ 678 Do mandato. . . . .	244
§ 679 Do sequestro . . . . .	245
§ 680 Regras da satisfação do damno nos contractos beneficis . . . . .	246
TITULO VI. — DAS CONVENÇÕES ONEROSAS . . . . .	247
§ 681 O que sejam convenções onerosas. . . . .	247
§ 682 Da permutação, e dos contractos innomi- nados . . . . .	247
§ 683 Da venda, e sua essencia. . . . .	248
§ 684 Consequencias naturaes da essencia da venda. . . . .	249
§ 685 Se a tradição da cousa, e do preço é da essencia da venda . . . . .	250
§ 686 Se a escriptura, e as arrhas são da essen- cia da venda . . . . .	251

§ 687	De outros pactos accrescentados á compra e venda . . . . .	252
§ 688	Do perigo e proveito da coisa vendida . . . . .	253
§ 689	Da annullação dos contractos, e da rescisão da venda. . . . .	254
§ 690	Continuação da mesma materia . . . . .	254
§ 691	Da redhibição, e abatimento do preço. . . . .	255
§ 692	Continuação da mesma materia . . . . .	256
§ 693	Das obrigações do vendedor . . . . .	257
§ 694	Das obrigações do comprador. . . . .	258
§ 695	Da locação-condução. . . . .	258
§ 696	Dos direitos, e obrigações do locador de predios rusticos, e urbanos. . . . .	259
§ 697	Dos direitos do conductor, ou locatario . . . . .	260
§ 698	Das obrigações do conductor, ou locatario. . . . .	262
§ 699	Da renovação tacita da locação, e da obrigação do locador, findo o tempo della . . . . .	262
§ 700	Da sociedade . . . . .	264
§ 701	Dos contractos aleatorios . . . . .	265
§ 702	Dos jogos aleatorios . . . . .	265
§ 703	Das apostas, e loterias . . . . .	265
§ 704	Da compra da esperanza, e de coisa futura. . . . .	265
TITULO XII. — DAS CONVENÇÕES ACCESSORIAS. . . . .		266
§ 705	O que sejam convenções accessorias, e fiadores . . . . .	266
§ 706	Do beneficio de ordem e excussão . . . . .	266
§ 707	Do beneficio da cessão das acções . . . . .	267
§ 708	Do beneficio do Velleiano . . . . .	268
§ 709	Dos co-réos debendi . . . . .	269
§ 710	Do que pede a outro que empreste a um terceiro alguma somma de dinheiro. . . . .	271
§ 711	Quando o preponente é obrigado pelo contracto do preposto. . . . .	271
TITULO VIII. — DOS QUASI-CONTRACTOS. . . . .		271
§ 712	O que seja obrigação <i>ex quasi-tractu</i> . . . . .	271
§ 713	Da gestão de negocios . . . . .	272
§ 714	Do Juizo da tutoria e curadoria em razão do quasi-tracto. . . . .	273
§ 715	Da preposição . . . . .	273

	PAG.
716 Da Lei Rhodia . . . . .	274
717 Da adição da herança . . . . .	274
718 Da visinhança dos predios rusticos, e da administração da herança, e de bens communs . . . . .	274
§ 719 Do facto de dar pousada aos viandantes. . . . .	275
§ 720 Das repetições. . . . .	276
§ 721 Das repetições <i>ob causam dati causa non sequuta</i> , e <i>ob turpem causam</i> . . . . .	276
§ 722 Da evicção, e dos casos, em que ella não tem logar . . . . .	277
§ 723 Do effeito da denunciação da demanda, e em que differe da <i>nomeação</i> . . . . .	278
§ 724 Regras geraes relativas á evicção . . . . .	279
§ 725 Continuação das regras geraes relativas á evicção . . . . .	280
TITULO IX. — DOS MODOS DE DISSOLVER AS OBRIGAÇÕES, E PRIMEIRAMENTE DA SOLUÇÃO. . . . .	
§ 726 O que seja <i>solução</i> . . . . .	281
§ 727 Quem paga, e a quem se paga validamente. . . . .	282
§ 728 O que, quanto, em que logar, e em que tempo se deve pagar. . . . .	283
§ 729 Tambem se dissolvem as obrigações: I. Pela consignação judicial. . . . .	284
§ 730 II. Pela confusão . . . . .	284
§ 731 III. Pela morte, ou total destruição da cousa devida em especie . . . . .	285
§ 732 IV. Pela novação, e delegação. . . . .	286
§ 733 Observações sobre a novação, e delegação. . . . .	286
§ 734 Continuação da mesma materia . . . . .	287
§ 735 V. Pela compensação . . . . .	288
§ 736 Dos casos, em que a compensação não tem logar . . . . .	289
§ 737 Continuação da materia do § antecedente. . . . .	290
§ 738 Continuação da mesma materia com relação ás obrigações accessorias . . . . .	291
§ 739 VI. Pela transacção . . . . .	291
§ 740 VII. Pela renuncia . . . . .	293
§ 741 VIII. Pelo perdão da divida . . . . .	293
§ 742 IX. Pelo implemento da condição resolutive. . . . .	294

	PAG.
§ 743 X. Pela prescrição extinctiva . . . . .	294
§ 744 XI. Pela cessão dos bens . . . . .	295
§ 745 É porém mister que seja feita em forma legal . . . . .	296
§ 746 Dos devedores, que não são admittidos a fazer cessão de bens. . . . .	297
§ 747 Dos devedores, que podem ser presos. . . . .	297
§ 748 Do beneficio da competencia . . . . .	298

FIM DO INDICE DAS MATERIAS DO TOMO. SEGUNDO.

# Extracto do Catalogo da Livraria B. L. GARNIER

69 — Rua do Ouvidor — 69

## OBRAS DE DIREITO

- ACAUTELADOR dos bens de defuntos e ausentes, vagos e do evento,** pelo Juiz Municipal A. FREIRE DA SILVA, 1 vol. in-4º enc..... 6\$000
- ALBUQUERQUE E COUTO (Francisco de) e LOPO JOSÉ DIAS DE CARVALHO.** — Lições de Direito Criminal, segundo as preleções do Dr. Basilio Alberto de Souza Pinto e adoptadas as instituições de Direito Criminal portuguez de Paschoal José de Mello Freire. 1 vol. in-4º br..... 5\$000
- AUTRAN DA MATTA ALBUQUERQUE (Dr. Pedro),** lente da Faculdade de Direito do Recife. — **Prelecções de Economia Politica.** 2.ª edição melhorada. 1 vol. in-4º nitidamente impresso e elegantemente encadernado em Pariz..... 6\$000
- **Elementos de Direito Publico Universal.** 1 vol. in-4º br. 6\$000; enc..... 7\$000
- **Elementos do Direito das Gentes,** segundo as doutrinas dos escriptores modernos. 1 vol. in-4º br. 4\$000, enc..... 5\$000
- **Elementos de Direito Natural privado.** 1 vol in-8º br. 5\$000, enc..... 6\$000
- BRAZ FLORENTINO HENRIQUE DE SOUZA.** — **Do Poder moderador.** Ensaio de Direito Constitucional, contendo a analyse do tit. V. cap. I da Constituição Politica do Brazil. 1 vol. in-4º enc..... 9\$000
- **Do Delicto e do Delinquente.** 1 vol. br. 5\$000, enc..... 6\$000
- CAMARA LEAL (L. F.).** — **O Imposto de Transmissão.** Manual ou Repertorio em ordem alphabetica. 1 vol. in-4º enc.... 4\$000
- COLLEÇÃO da Legislação Portugueza** desde o anno de 1603 até o de 1826, isto é, desde as Ordenações Philippinas até a carta constitucional, compilada por JOSÉ JUSTINO DE ANDRADE E SILVA. A colleção completa é dividida em seis series, e forma 24 a 25 volumes in-folio. A primeira e segunda serie, que comprehendem aquella a legislação de 1603 a 1640 em 5 volumes e esta de 1641 a 1683 em 3 volumes, estão publicadas; as outras series, publicar-se-hão successivamente. Preço da assignatura, cada vol. in-8º br. 6\$000, enc..... 8\$000
- CONSULTOR JURIDICO,** ou manual dos apontamentos, em forma de dictionario, sobre variados pontos de direito pratico; a que se ajunta um Formulario das actas das mesas parochiaes, juntas de qualificação e conselhos de recurso, contractos, a o regimento de custas, com todos os avisos e ordens que o tem explicado até o presente, por J. M. P. de VASCONCELLOS. 1 vol. in-4º enc..... 7\$000
- CONTRACTOS e OBRIGAÇÕES mercantis.** Parte I, titulos V a XIV doCodigo Commercial, pelo Conselheiro J. LIBERATO BARROSO. 1 vol. in-4º enc..... 4\$000
- CUNHA AZEVEDO (Manoel Mendes da).** — **O Codigo Criminal do Imperio do Brazil,** com observações sobre alguns de seus artigos. 1 vol. in-8º enc..... 5\$000
- **Observações sobre varios artigos do Codigo do Processo Criminal e outras da lei de 3 de dezembro de 1841.** 1 v. in-8º br. 5\$000, enc..... 6\$000

**DICCIONARIO JURIDICO COMMERCIAL**, obra muito util aos que se dedicão ao Fôro e ao Commercio, por J. FERREIRA BORGES. 2ª edição aug. 1 vol. in-4º, enc..... 7\$000

**INSTITUIÇÕES de Direito Romano Privado**, compostas em latim, pelo Dr. Warnkenig, trasladadas para o idioma vernaculo por ANTONIO MARIA CHAVES E MELLO. 1 vol. enc..... 8\$000

**PECULIO do Procurador de Segunda Instancia**, ou colleção contendo a lei da creação do Supremo Tribunal de Justiça, os regulamentos das Relações, Tribunaes do Commercio, Dizima, Ferias e Alçadas adicionadas, de notas indicativas das leis, decretos e avisos que lhes são relativos. 1 vol. in-4º br..... 4\$000

**PIMENTA BUENO (Dr. José Antonio)**. — **Apontamentos sobre o Processo Criminal Brasileiro**. 1 vol. in-4º enc..... 9\$000

— **Direito Internacional**. 1 vol. br. 7\$000, enc..... 8\$000

— **Direito Publico Brasileiro** e analyse da Constituição do Imperio. 2 tomos enc. em 1 vol. in-4º..... 10\$000

**PROCESSO CIVIL**. Elementos precedidos de instrucções para os Juizes Municipaes, com annotações remissivas e explicativas, acompanhadas da legislação brasileira novissima sobre a materia. 1 vol. in-4º br. 3\$000, enc..... 4\$000

**PROCESSO ADMINISTRATIVO** no Thesouro Nacional, por LUIZ FERREIRA DE ARAUJO E SILVA, chefe de secção do Thesouro Nacional. 1 vol. br. 6\$000, enc..... 7\$000

Esta importante obra divide-se em 4 partes:

Titulo 1.º Da alta administração da Fazenda.

Titulo 2.º Da administração central da Fazenda.

Titulo 3.º Da administração da Fazenda nas Provincias.

Titulo 4.º Da forma do processo na administração da Fazenda.

Seguida de tres series de appensos, sendo:

1.ª Serie. Arrestos do Thesouro, do Tribunal do Thesouro, e do de Contas.

2.ª Serie. Tradições.

3.ª Serie. Legislação peculiar a administração da Fazenda.

Escripto de accordo e conforme o systema do Thesouro.

**QUESTÕES PRATICAS de Direito Criminal**, pelo Conselheiro JOSÉ I. BERATO BARROSO, 1 vol. enc..... 4\$000

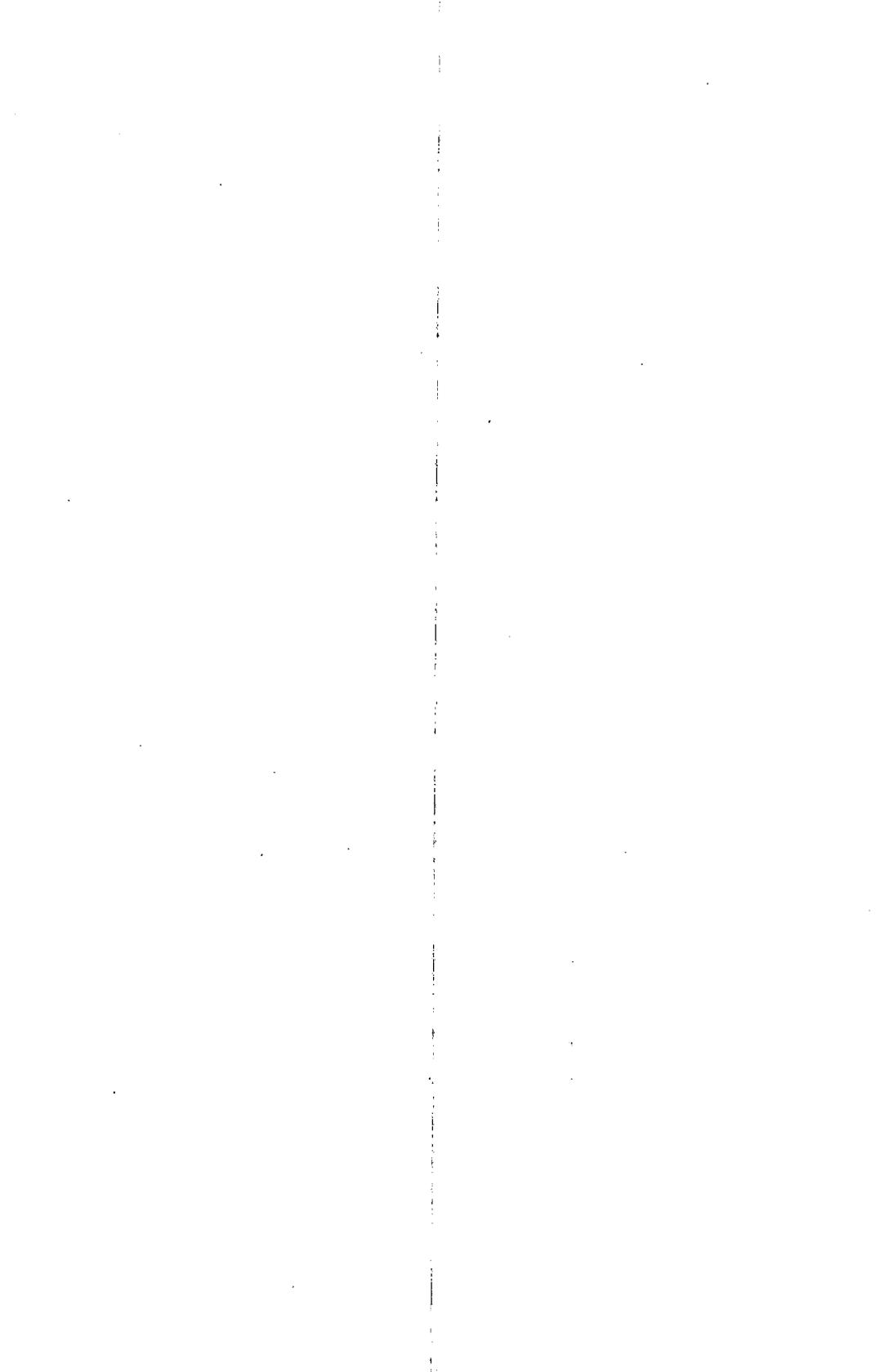
**REFORMA JUDICIARIA (Repertorio da novissima)**, acompanhada da Lei n.º 2033 de 20 de Setembro de 1871, Decreto n.º 4824 de 22 de Novembro do mesmo anno, e de todos os actos officiaes que lhe são concernentes até hoje publicados, contendo a integra de todas as disposições citadas na Lei e seu Regulamento; obra util aos magistrados, advogados, procuradores, e em geral a todas as pessoas que tratão de negocios forenses, pelo advogado J. A. de Azevedo Castro. 1 v. in-4º, br. 2\$500, enc..... 3\$000

**REPERTORIO Geral e Synthetico dos Avisos do Ministerio da Justiça**, explicando: disposições de direito civil, commercial e orphanologico, desde a gloriosa época da Independencia até o presente, acompanhados das ordens, avisos e portarias do Ministerio da Fazenda, acerca dos impostos forenses, e dos de outros Ministerios que dizem respeito a materias juridicas, e bem assim de toda a legislação antiga e moderna a que os mesmos avisos se referem, pelo Juiz de Direito JOSÉ DA MOTTA AZEVEDO CORRÊA. 2 vol. enc..... 14\$000

**TENTATIVA E DA CUMPLICIDADE (Da)**, Estudo de Direito Criminal por DIDIXO JUNIOR. 1 vol. in-1º enc..... 4\$000

**THEORIA DE DIREITO PENAL** applicada ao Codigo Penal Portuguez comparado com o Codigo do Brazil, leis patrias, codigos e leis criminaes dos povos antigos e modernos, por F. A. F. DA SILVA FERREIRO. 8 vol. in-4º br. 20\$000, enc..... 28\$000

*Instituições de Direito Civil Brasileiro – Volume II* (edição fac-similar), de Lourenço Trigo de Loureiro, foi impresso em papel vergê areia 85g/m<sup>2</sup>, nas oficinas da SEEP (Secretaria Especial de Editoração e Publicações), do Senado Federal, em Brasília. Acabou-se de imprimir em março de 2004, como parte integrante da Coleção *História do Direito Brasileiro – Série Direito Civil* (Volume 5).



# Coleção

História do Direito  
Brasileiro



Direito Civil

**ANTONIO JOAQUIM RIBAS**

Curso de Direito Civil brasileiro

**ANTONIO MAGARINOS TORRES**

Nota Promissoria (estudos da lei, da doutrina e da jurisprudência cambial brasileira)

**AUGUSTO TEIXEIRA DE FREITAS**

Consolidação das Leis Civis

**AUGUSTO TEIXEIRA DE FREITAS**

Código Civil: esboço

**CLÓVIS BEVILÁQUA**

Direito das Coisas

**FRANCISCO DE PAULA LACERDA DE ALMEIDA**

Obrigações: exposição systemática desta parte do Direito Civil pátrio segundo o método dos "Direitos de Família" e "Direito das Coisas" do Conselheiro Lafayette Rodrigues Pereira

**JOSÉ DE ALENCAR**

A Propriedade pelo Cons. José de Alencar - com uma prefácio do Cons. Dr. Antonio Joaquim Ribas

**LAFAYETTE RODRIGUES PEREIRA**

Direito das Coisas - adaptação ao Código Civil por José Bonifácio de Andrada e Silva

**LAFAYETTE RODRIGUES PEREIRA**

Direitos de Família - anotações e adaptações ao Código Civil por José Bonifácio de Andrada e Silva

**LOURENÇO TRIGO DE LOUREIRO**

Instituições de Direito Civil brasileiro

**PEDRO ORLANDO**

Direitos Autorais: seu conceito, sua prática e respectivas garantias em face das Convenções Internacionais, da legislação federal e da jurisprudência dos tribunais