

DAS CLAUSULAS ACCESSORIAS

DOS NEGOCIOS JURIDICOS

11

TERMO. MODO — PRESUPPOSIÇÃO



Do mesmo auctor:

Da responsabilidade civil baseada no conceito da culpa. Coimbra, 1906.

Das clausulas accessorias dos negocios juridicos. I, A condição, Coimbra, 1909.

JOSÉ GABRIEL PINTO COELHO
ESTUDANTE DA UNIVERSIDADE

DAS CLAUSULAS ACCESSORIAS DOS NEGOCIOS JURIDICOS

II

TERMO. MODO—PRESUPPOSIÇÃO



COIMBRA
IMPrensa DA UNIVERSIDADE
1910

A MEU QUERIDO PAE

Em testemunho de immensa
gratidão.

*Dissertação para o concurso ao
magisterio na Faculdade de
Direito da Universidade de
Coimbra.*

PARTE I
TERMO

CAPITULO I

Tendo tratado no primeiro volume do nosso estudo sobre as «Clausulas accessorias dos negocios juridicos» da condição, occupar-nos-hemos no presente trabalho das restantes clausulas que com esta constituem um corpo de doutrina autonomo entre os elementos accidentaes dos negocios juridicos, o termo, e o modo, que alguns escriptores, como WINDSCHEID, comprehendem no conceito mais amplo de *presupposição*.

Termo (dies) é a clausula ou determinação accessoria do negocio juridico por virtude da qual o effeito juridico que constitue objecto desta apenas se realiza a partir de um determinado momento, ou até esse momento prefixado. É uma determinação de tempo, inserida na declaração de vontade, pela qual se dispõe que a relação juridica que se tem em vista, e que desde logo se constitue valida-

..

mente e de um modo definitivo, e immediatamente se precisa na sua configuração especifica, só deve começar a ser exercida, ou cessar de o ser, num determinado momento. Quando se fixa o momento em que a relação jurídica deve começar a ser exercida, o termo denomina-se *primordial*, *inicial* ou *suspensivo* (*dies a quo*, *ex die*, *in diem*); quando se fixa o momento em que o exercício da relação jurídica deve cessar, o termo denomina-se *final*, *extinctivo* ou *resolutivo* (*dies ad quem*, *ad diem*).

Do mesmo modo que a condição, não representa o termo uma declaração de vontade especial, que acresça á declaração de vontade principal que tem por objecto o negocio na sua configuração typica legal; é apenas uma qualificação da declaração de vontade a que se junta, concorrendo para formar o seu conteúdo especifico. A declaração de vontade a termo é, pois, una e indivisivel como a declaração condicional, não representando a manifestação de uma primeira vontade a que se sobrepõe uma segunda que a modifica, mas sim a exteriorização de uma vontade unica, a que a clausula de tempo imprime uma conformação especifica.

Ao contrario da condição, não produz o termo incerteza sobre a existencia ou efficacia ultima do negocio juridico, sendo logo certos os effeitos da declaração da vontade. Esses effeitos verificam-se, tendo o termo apenas como consequencia e como

fim differir ou addiar a execução do negocio juridico, se se fixa o prazo findo o qual devem começar os effeitos deste (termo suspensivo); e se estes effeitos se produzem immediatamente, e pelo termo apenas se determina o prazo da sua duração, ou se prefixa o momento em que devem terminar (termo resolutivo), o negocio juridico tem até este momento toda a sua efficacia.

O termo suspensivo faz, pois, demorar ou suspender os naturaes effeitos de um negocio, que, sem essa disposição, os produziria immediatamente; e o termo resolutivo faz cessar de um determinado momento em diante um effeito juridico que, sem a limitação de tempo, se produziria indefinidamente. É neste sentido que o termo representa um elemento accidental do negocio juridico que assim vem a ser alterado na sua configuração typica, tal como se acha definida na lei, unicamente por effeito da vontade livre do agente. É, portanto, necessario que a dilação no exercicio da relação juridica, como a dissolução desta, tenham logar como consequencia da livre vontade declarada do agente para que haja propriamente o *termo*.

Muitas vezes, em virtude da sua propria natureza, do modo como deve ser cumprido, ou do logar estabelecido para a sua execução, apparece no negocio juridico uma determinação de tempo pelo que toca á realização dos seus effeitos, não podendo

esta ter lugar antes de um determinado momento, ou devendo cessar depois de decorrido um prazo mais ou menos longo (art. 743.^o). Assim, no caso de um proprietario vender a sua proxima colheita de trigo, ou o vinho que produzir uma determinada propriedade, ou quando se trate de um mandato que deva ser cumprido na America, entende-se que a venda só deverá ser executada quando a colheita estiver feita ou o vinho fabricado, só então podendo o comprador exigir a entrega da coisa vendida, e que ao mandatario se deixou o tempo necessario para se transportar á America, e ali dispôr o que fôr preciso para desempenhar a sua missão; ha então o que se chama um termo *tacito* ou *implicito*.

Tanto nestes casos, porém, como quando se trata de relações de natureza temporaria, de negocios juridicos que por sua propria natureza apenas produzem effeitos num espaço de tempo limitado, não ha propriamente um termo, sendo manifestamente inadequada esta expressão para designar um elemento que não depende da vontade livre e arbitraria do agente, que não entra no conteúdo do negocio juridico em virtude de uma declaração deste, mas que resulta da sua propria natureza, ou que, como elemento constitutivo da sua essencia, está inherente ao negocio do mesmo modo que a *condicio juris*.

Pode, porém, o termo ser estipulado de um modo

indirecto, *tacitamente*, resultando de circunstâncias donde necessariamente se deduz, dos proprios termos em que é celebrado o negocio juridico, bastando, para que haja um verdadeiro termo, que a modificação de tempo resulte exclusivamente da vontade livre das partes, e não necessitando esta vontade de ser expressa por meio de palavras.

Dissemos que o termo era a declaração pela qual se fixava o momento em que devia começar ou cessar o exercicio de uma relação juridica, desde logo validamente constituída, sendo desde logo certos os effeitos da declaração da vontade, e que, no termo suspensivo, esses effeitos se verificavam, sendo apenas differida ou addiada a execução do negocio. Não suspende, pois, o termo inicial ou suspensivo, a formação ou existencia definitiva da relação juridica. Esta constitue-se immediatamente, visto ser certo na sua existencia o effeito juridico, objecto da declaração de vontade, e apenas ficar suspensa, por virtude da mesma declaração, a realização pratica desse effeito juridico.

Grande divergencia se nota, porém, a este respeito entre os escriptores, tanto na interpretação das fontes romanas como em face do direito moderno. E assim é que alguns jurisconsultos pretendem estabelecer uma ligação intima e substancial entre os dois conceitos de condição e termo, afirmando que, como a condição suspensiva, o

termo suspensivo suspende, não apenas a execução mas a propria existencia da relação juridica, tendo assim logar em ambos os casos um estado de pendencia do negocio juridico.

Deste modo, ao celebrar um negocio juridico a termo (*ex die*), a vontade das partes seria de que o effeito juridico, que forma o conteúdo desta, apenas surgisse num momento futuro prefixado; isto é, o effeito juridico seria querido pelas partes apenas de um determinado momento em deante, embora houvesse desde logo, no momento da declaração da vontade, a certeza da futura existencia desse effeito juridico. E assim o termo apenas se distinguiria da condição em que, enquanto esta produz incerteza sobre a existencia do negocio, e no caso de se verificar a condição suspensiva o effeito juridico se considera como querido desde o momento da declaração de vontade condicional, no negocio a termo (*ex die*) é certa a existencia do effeito juridico, e este apenas é querido do momento prefixado em deante, e não a contar da celebração do negocio, ficando portanto excluido o conceito da retroactividade.

No meio da notada discordia que reina entre os pandectistas, insistem modernamente alguns dos mais recentes em admittir a existencia immediata do direito apenas nas obrigações, esforçando-se por justificar a apparente contradicção na linguagem

das fontes (1). Outros admittem a mesma doutrina tambem em relação aos legados de que resulta uma obrigação (2), a que outros additam ainda o penhor (3). DERNBURG, notando que era doutrina geral, a principio, que os direitos com termo inicial existem desde que tem logar a declaração de vontade, sendo apenas differida a possibilidade de os fazer valer, observa que recentemente se affirma que o direito dependente de termo é um direito futuro, que começa apenas com o termo, e declara esta doutrina inexacta, entendendo que esse direito representa uma vantagem juridicamente assegurada, fazendo parte do patrimonio do adquirente, e que apenas está suspensa a faculdade de o fazer valer. Acrescenta, porém, que esta doutrina se applica aos direitos de credito, ao penhor, ás servidões, mas que a transferencia da propriedade com termo inicial só se dá com a realização do termo, existindo até então apenas um direito á aquisição desta, direito que pode ter a natureza de um direito real. Baseia esta doutrina na propria

(1) V. HÖLDER, *Pand.*, § 53. BARON, *Pand.*, 9.^a ed., § 59. WENDT, *Pand.*, § 57 cit. por FADDA e BENSA na obra *Diritto delle Pandette* de WINDSCHEID, trad. ital., vol. I, part. I, nota (vv) dos traductores, p. 1031.

(2) SIMEON, *Das Wesen des befristeten Rechtsgeschäftes*, cit. por FADDA e BENSA, obr. e vol. cit., nota cit., p. 1031.

(3) V. por ex *Enneccerus. Neg. jurid.*

natureza, na essencia caracteristica do direito de propriedade, que, como dominio inteiro e exclusivo sobre uma coisa, não pode surgir enquanto esta ainda pertence a outro (1).

REGELSBERGER sustenta que o termo suspende o direito na sua existencia, na transferencia da propriedade e dos direitos reaes especiaes, na cessão e nos negocios juridicos extinctivos de direitos. BEKKER, considerando a questão em relação ao direito moderno, criticando WINDSCHEID, que entende que é contrariar o conteúdo da declaração de vontade pretender que apenas o exercicio do direito fica suspenso no negocio juridico a termo, considera insufficientes os argumentos do notavel civilista allemão, e observa que se accentua a tendencia para um accordo da doutrina no sentido da existencia de um direito preliminar, preparatorio, que concorre para a formação do direito perfeito no momento em que expira o termo (2).

Na doutrina austriaca, seguindo o exemplo de UNGER, pronuncia-se a generalidade dos escriptores no sentido de que o termo inicial suspende, não apenas a execução pratica do negocio, mas a propria existencia do direito, appoiando-se por

(1) DERNBURG, *Pandette*, vol. I, part. I, trad. ital., § 114, p. 342.

(2) BEKKER, *Pand.*, cit. por FADDA e BENSA, obr. e vol. cit., nota cit., pag. 1031.

vezes na disposição que equipara ao direito do instituído sob condição o direito do instituído a termo, dizendo de ambos que ficam suspensos (*verschoben*).

No primeiro projecto do código civil allemão dispunha o § 141 que: «se num negocio juridico se designa como termo inicial um momento determinado, ou um acontecimento futuro, mas certo, o effeito do negocio juridico verifica-se immediatamente, mas a sua execução é addiada até ao momento do termo, salvo se do conteúdo do negocio juridico resultar que o effeito juridico se deve verificar apenas quando expirar o termo». A este respeito observa-se nos motivos que, ao realizar um negocio juridico a termo, tanto pode ser intenção das partes que o direito surja immediatamente, e apenas seja addiada a sua realização pratica, como que fique tambem suspensa a formação do direito; que, nas obrigações; ensina a experiencia que é a primeira intenção que se deve considerar predominante, explicando-se assim a exclusão da *condicio indebiti* no caso de pagamento antecipado, e a admissão no concurso de creditos dos que estão sujeitos a um termo. Nos negocios juridicos por que se constituem, transferem, ou extinguem direitos, ou que se destinam a estabelecer um encargo sobre uma coisa ou sobre um direito, seria frequentemente intenção das partes, ao estipular

um termo, addiar o effeito juridico até ao momento da extincção deste, havendo então um estado de pendencia como no negocio juridico sob condição suspensiva, com a differença apenas de que a realização do termo é certa ao passo que a da condição é incerta. Por isso se consideravam no projecto duas especies distinctas de negocio juridico a termo inicial, presumindo-se, porém, como se vê da redacção da referida disposição, a primeira das duas especies.

A segunda commissão considerou superflua esta distincção, que denominou «theorica», e substituiu aos §§ 141 e 142 a disposição unica do § 133 em que se prescreve que: «se na conclusão de um negocio juridico se estabelece um termo inicial ou final, applicam-se respectivamente, no primeiro caso as normas relativas á condição suspensiva, no segundo caso as normas relativas á condição resolutive, estabelecidas nos §§ 120, 130 e 131». Esta disposição, textualmente reproduzida no § 159 do projecto apresentado ao Reichstag, foi a que subsistiu, achando-se hoje sancionada no § 163 do codigo civil. Perante ella a doutrina conservou a distincção baseada na diversa vontade das partes (1).

(1) SCHFRER, HEILFHOHN, ENDEMANN, cit. por FADDA e Bensa, obr. e vol. cit., nota cit., p. 1033. Com a disposição do § 163, que sujeita

Na doutrina italiana, GIANTURCO, dizendo por um lado que o termo estipulado num acto juridico determina o *principio* ou o *fim* de um direito, parecendo assim manifestamente acceitar a doutrina de que o termo inicial suspende a existencia da obrigação, quando estabelece a distincção entre o termo e a condição, escreve que «a condição torna incerta a existencia do direito condicional, ao passo que o termo deixa definitivamente estabelecido (*tiene fermo*) o *vinculum juris*, differindo apenas o seu cumprimento ou o seu exercicio».

COVIELLO, exigindo o registo immediato dos contractos por que se transferem direitos reaes, quando celebrados a termo, fundamenta a necessidade do registo considerando que o termo não impede, por sua natureza, a transferencia do direito, mas apenas suspende o cumprimento da obrigação.

CHIRONI e ABELLO, definindo o termo como uma determinação accessoria de uma declaração de vontade, pela qual se dispõe que o effeito juridico que

ao mesmo regimen a condição e o termo, está em manifesta contradicção o § 183, no qual se exclue a *condicio indebiti* no caso de pagamento antecipado de uma obrigação a termo (*eine betagte Verbindlichkeit*). Em face destas duas disposições tem-se sustentado que o codigo civil allemão considera duas especies ou dois typos diversos de negocios juridicos a termo, correspondentes ás duas differentes intenções das partes a que acima alludimos no texto, admitindo a existencia immediata do direito nos contractos productivos de obrigações. V. FADDA e BENSA, loc cit.

se tem em vista apenas deve ter lugar de um determinado momento em diante ou até um determinado momento, observam em seguida, notando a diferença profunda que separa o termo da condição, servindo-se dos próprios termos empregados por GIANTURCO que aquelle deixa definitivamente estabelecido (*tien fermo*) o *vinculum juris*, differindo apenas o seu cumprimento ou o seu exercicio. Mais adiante, porém, notam que, se o termo se estipula na constituição ou na transferencia de um direito real, a verdadeira effeitualidade só pode existir a partir do dia fixado, donde resulta que deviam prevalecer os direitos adquiridos e conservados por terceiros no decorrer do prazo do termo, desde que a vontade, nos termos em que foi declarada, não origine no detentor da coisa a condição jurídica do possuidor a titulo precario, e quando não se entenda, como muitos sustentam relativamente á promessa de venda, que prometter um direito real equivale a constitui-lo, se foi consentido pelos interessados capazes, e devidamente confirmado. Acrescentam que nas obrigações não fica suspensa a sua existencia, retardando-se apenas a sua execução: «quem deve a termo deve actualmente»; a obrigação constituida com dependencia de um termo existe como certa desde o momento em que se celebra o negocio que a contém, e, se este é um contracto, intende-se que desde esse mo-

mento, assim como é certo para uma das partes o direito adquirido, igualmente é certa para a outra a dívida assumida.

É em geral em relação aos direitos reaes, e principalmente pelo que respeita aos actos entre vivos que importam transferencia de propriedade (1), que se sustenta o conceito da suspensão, não apenas do exercício, mas da própria existência do efeito jurídico.

Logicos com a sua doutrina, não admittindo que a transferencia do direito se opera no momento da declaração de vontade, affirmam os adeptos desse conceito a validade dos actos de disposição realizado antes de expirar o termo. E neste facto, aliás consequencia inevitavel da doutrina que estamos examinando, se encontra, a nosso ver, a sua mais eloquente condemnação, sendo manifesto, na verdade, que deste modo se compromette em absoluto o valor da figura jurídica do negocio a termo, que, não originando vinculo algum entre as partes, visto ser sempre licito a uma inutilizar inteiramente o direito suspenso da outra, não pode subsistir na theoria do direito civil, deixando de corresponder a qualquer necessidade pratica.

Nem mesmo se poderia considerar como uma promessa de um futuro negocio juridico, de uma

(1) V. DERNBURG, *Pand. cit.*, log. cit.

futura transferencia de um direito — caso em que apenas haveria uma duplicação injustificavel — pois não é esse o objecto da declaração da vontade, o conteúdo do negocio. Não é essa a obrigação que o devedor quer assumir, mas sim a de constituir ou transmittir um direito real; e não ficando o adquirente titular do direito, continuando este a pertencer ao concedente, serão sempre inteiramente licitos os actos de disposição juridica por elle realizados, nada podendo obstar á sua validade, e não havendo assim logar nem mesmo para a indemnização de perdas e danos. Do negocio a termo não resultaria vinculo algum para o concedente, diversamente do que se dá na promessa de um negocio juridico, em que o promittente fica obrigado a realizar o negocio prometido, respondendo, quando o não faça, por perdas e danos.

Porisso nenhuma segurança poderia o adquirente obter para garantir o seu direito suspenso; e assim, por exemplo, numa venda a termo, de nada valeria o registo immediato a que recorresse o comprador, tratando-se de bens immoveis, para induzir os terceiros a desconfiar dos direitos que posteriormente o vendedor lhes quizesse transmittir sobre o mesmo immovel, pois, por um lado, nada poderia prejudicar a validade dos actos de disposição, praticados por quem conserva a propriedade do immovel, conforme ensinam os parti-

darios da doutrina que estamos criticando, e por outro lado nenhum valor teria o registo material de uma venda que ainda não operou a transferencia da propriedade (1).

Não devem pois dizer os que affirmam que na venda estipulada no dia 1 de janeiro, para se effectuar no dia 31 do mesmo mez, o vendedor, por força da propria declaração de vontade ou nos termos desta, fica sendo proprietario até ao fim do mez, — e que assim admittem a validade dos novos actos de disposição até esse dia realizados — que o direito de propriedade do comprador fica suspenso, mas sim que, por essa venda, nenhum direito de propriedade lhe foi concedido de facto, pois seria verdadeiramente inconcebivel um direito real, ainda que suspenso, desprovido de qualquer protecção legal. A transferencia da propriedade *ex die*, não se operando no momento da celebração do ne-

(1) São pois inteiramente despidas de valor as considerações que a este respeito fazem FADDA e Bensa, obr. e vol. cit., nota (vv) dos trad., p. 1033 e 1034. Para os notaveis annotadores de WINDSCHEID, o negocio juridico a termo por que se constituem ou se transferem direitos reaes apenas estabelece um vinculo de pessoa para pessoa, uma obrigação pessoal entre as partes. Equiparam assim o negocio a termo á simples promessa de negocio juridico. Não explicam, porém, como, ao expirar do termo, o direito real se constitue ou se transfere para o adquirente sem uma nova declaração de vontade. A promessa de um negocio juridico não opera por si o effeito juridico objecto deste, sendo necessaria a celebração ulterior do negocio para que esse effeito se produza.

gocio, não fica pois suspensa, mas é nulla pela propria natureza das cousas, e neste caso não é facil comprehender como vem depois a realizar-se essa transferencia, no momento em que expira o termo, sem que seja celebrado um acto de disposição.

Cumprе portanto admittir que, mesmo quando se trata de direitos reaes, é apenas a execução, e não a existencia do direito, que fica suspensa. Nos negocios por que se transfere a propriedade, as partes querem a transferencia immediata, mas estipulam que o adquirente apenas possa usar do seu direito de um determinado momento em diante, o que não impede que esse direito lhe fique pertencendo desde logo, e que portanto possa desde logo dispor delle, pesando, comtudo, ainda sobre os seus actos de disposição a limitação de tempo, quanto ao exercicio, que affecta esse direito e que provem do negocio por que, por sua vez, o adquiriu. Assim, na compra e venda, o comprador fica sendo o proprietario da coisa vendida desde a celebração do contracto; sendo, portanto, certa e definitiva a partir desse momento a existencia nelle do direito de propriedade, querendo apenas as partes que até ao momento designado fique a coisa na posse do vendedor para até então este ter o gozo della; fica, porém, desde logo obrigado a entregá-la nesse momento, não podendo porisso tornar a dispor della.

É o comprador que, desde o contracto, pode realizar sobre a *res* actos de disposição jurídica, visto que nesse momento adquiriu o direito de propriedade, ficando apenas suspenso ou differido o exercicio desse direito, no sentido de que só depois de expirar o termo é que pode ter logar a execução da venda, no que diz respeito ás reciprocas obrigações das partes, entrega da coisa vendida e pagamento do preço, execução que teria logar no proprio momento da celebração do contracto se a este se não tivesse juntado o termo.

Pode pois dizer-se, em conclusão, que o termo inicial não suspende a existencia do direito a que se refere, mas apenas o seu exercicio, isto é, a faculdade de o fazer valer contra o concedente como se tivesse sido concedido sem limitação de tempo.

É esta a doutrina que se deve considerar sancionada no nosso codigo civil, que della faz uma applicação expressa em relação á transferencia de propriedade por disposição de ultima vontade. Assim é que se preceitua no artigo 1810.º que a condição que apenas suspender por certo tempo a execução da disposição não impedirá que o herdeiro ou o legatario adquira direito á herança ou ao legado e o possa transmittir a seus herdeiros.

Falla o artigo em *condição*, mas não pode evidentemente tomar-se esta expressão na sua significação jurídica rigorosa, visto que a condição pro-

duz sempre, necessariamente, incerteza sobre a efficacia ultima da instituição, e não pode nunca limitar-se a suspender apenas enquanto ao tempo a sua execução, sendo este effeito proprio do termo. Allude portanto o artigo a um verdadeiro termo, e, se falla em condição, é sem duvida para se referir ao caso em que as partes empreguem esta expressão ou estabeleçam com as suas expressões uma condição apenas apparente, tendo porém em mente, pelos effeitos que lhe attribuem, um verdadeiro termo.

Adquire, pois, o instituido immediatamente a herança ou o legado; o seu direito existe logo que ocorre a morte do testador (*dies cedit*), antes de expirar o termo, e porisso o pode transmittir a seus herdeiros, morrendo antes de attingido este momento, ao contrario do que se dá com a condição suspensiva, nos termos do artigo 1759.º, n.º 2.º (1).

O termo pode ser fixado em relação ao calendario, como se se indica um dia do anno ou do mez, ou se é fixado o prazo de um anno, podendo tambem essa referencia ser feita em relação ao calendario e a um facto determinado, como no caso de se fixar o prazo de um anno depois da morte

(1) V. MELUCCI, *Istituzioni di diritto civile*, p. 421 e seg.

de determinada pessoa ou de um acontecimento certo, ou no caso de numa disposição testamentaria o testador designar um determinado prazo a contar da sua morte, momento em que adquire valor juridico a sua disposição. É nestes casos que, na linguagem classica o termo se chama: *dies certus an, certus quando*.

Pode tambem ser fixado em relação a um facto futuro, que é certo na sua verificação, mas incerto quanto á epoca da sua realização, isto é, em relação a um facto que ha de necessariamente realizar-se, sendo comtudo actualmente desconhecido o momento em que se realizará; é o caso de se designar, por exemplo, o dia da morte de uma pessoa determinada. O termo diz-se então: *dies certus an, incertus quando*.

Pode ainda ser fixado em relação a um facto que pode deixar de dar-se, mas que, a verificar-se, ha de necessariamente ter logar num determinado momento do calendario, como no caso de se deixar um legado a um menor para quando elle attingir a maioridade. Poderá o instituido não chegar á maioridade, mas a não morrer antes de a ter attingido, é certo o dia em que esse facto se realizará. Neste caso o termo chama-se: *dies incertus an, certus quando*.

Finalmente, pode o termo ser indicado com referencia a um acontecimento que não só se não

sabe quando terá lugar, mas que também se ignora se terá lugar, como no caso de se designar o dia do regresso de um ausente, o dia do casamento de uma determinada pessoa, o dia do nascimento do terceiro filho de dois esposos. O termo diz-se então: *dies incertus an, incertus quando*.

Cumprê, porém, ter em vista que, devendo o termo, por definição, importar a certeza immediata da existencia da relação jurídica no proprio momento em que tem lugar a declaração da vontade, no que precisamente se distingue da condição, não ha propriamente um termo nas duas ultimas modalidades que referimos. Só o momento fixado com referencia ao calendario ou a um facto cuja verificação é certa se pode chamar rigorosamente um termo (*dies certus an, certus quando; dies certus an, incertus quando*).

Quando se designa um *dies incertus an, certus quando* ou um *dies incertus an, incertus quando*, isto é, sempre que é designado um facto incerto quanto á sua verificação, quer o seja também quanto ao momento da sua realização possível, quer não, pode deixar de haver o termo, e haver antes uma condição, sendo até a segunda hypothese que se deve presumir (1).

(1) TOULLIER, t. III, 2, p. 402. DEMOLOMBE, t. XXV, n.º 572, p. 536.
LAURENT, *Principes de droit civil français*, t. XVII, n.º 174, p. 190.

Com effeito, se uma pessoa promette a outra dar-lhe um objecto determinado no dia em que ella se casar, ou se um pae se compromette a dar uma determinada quantia a um filho no dia em que elle attingir a maioridade, deve entender-se que quizeram contemplar as pessoas referidas, só no caso, isto é, sob a condição, respectivamente, de aquelle casar e de este chegar á maioridade.

Do mesmo modo, se num testamento se instituiu um legado a favor de uma pessoa para quando ella concluir o seu curso, deve deprehender-se desta disposição que o testador quiz que o instituido adquirisse o legado, se concluísse o curso.

Pode, porém, resultar do proprio acto, dos termos em que foi celebrado ou das circumstancias que o acompanharam, que as partes apenas quizeram designar o momento em que o negocio devia ter execução, e não subordinar á verificação do facto a realização do effeito juridico. Assim é que, considerando ainda o caso por nós figurado em ultimo logar, pode resultar do testamento que o testador apenas quiz indicar o momento em que devia ser entregue o legado. Cumpre, pois, averiguar qual a intenção das partes ao estipular no negocio juridico uma clausula desta natureza. E esta averiguação é fundamental, pois, conforme se tratar de uma condição ou de um termo, assim se deverão applicar os principios reguladores de uma

ou de outra destas clausulas, resultando d'aqui importantes consequencias.

Assim, se numa disposição de ultima vontade se julgar que, ao referir-se a um facto incerto, quer essa incerteza se dê apenas quanto á sua verificação, quer em relação a esta e á data em que terá lugar, não foi intento do testador estipular uma condição, e que por esse facto apenas quiz fixar o momento em que devia executar-se a disposição, considerando-o como um acontecimento certo, que deveria ter lugar approximadamente numa determinada epoca, não se applicará a disposição do art. 1759.º n.º 2, mas sim a do art. 1810.º, adquirindo o instituido a herança ou o legado no proprio momento da morte do testador, e transmittindo o seu direito aos seus herdeiros quando morra antes da verificação do facto designado.

Outra consequencia de grande importancia resulta ainda da diversa intenção do testador, quando o facto a que faz referencia seja daquellas que a lei não permite estipular como condição nos actos de ultima vontade. Assim, deixando-se num testamento um legado a B, quando elle casar, se do testamento ou das circumstancias que no caso concorrerem se deprehende que o testador fazia depender a efficacia da instituição do facto de B casar, e só o queria contemplar no caso de elle casar, isto é, que pretendia estipular uma condição, considerando

o código ilícita a condição que inibe o instituído de casar ou de deixar de casar, dever-se-hia, nos termos do art. 1808.º, considerar como não escripta a condição, recebendo B immediatamente o legado. Se, porém, fosse manifesto que o testador apenas fixava pelo dia do casamento do legatário o momento em que devia executar-se a disposição, tratava-se de um termo inteiramente válido, e só no dia do seu casamento poderia a B receber o legado.

Cumpra pois averiguar escrupulosamente a intenção que as partes tiveram ao realizar o negócio jurídico, devendo essa intenção deduzir-se dos próprios termos do acto por que foi celebrado, quando tenha sido reduzido a escripto, e das diferentes circumstancias que concorrerem no caso concreto. Deve, porém, notar-se que o simples emprego das palavras *se* ou *quando* não é sufficiente para precisar qual foi a intenção do testador, podendo também exprimir-se uma condição pelo adverbio *quando*.

É a doutrina que viemos estabelecendo que se encontra textualmente consagrada na disposição do art. 1810.º, que, fallando em «condição que apenas suspender por certo tempo a execução da disposição», certamente tem em vista o *dies incertus an* (*certus quando* ou *incertus quando*) que, considerado em si, representa de preferencia o conceito de condição, admittindo, porém, que se possa pro-

var que o testador, ao designar o *dies incertus*, o estipulou antes como um termo, pretendendo apenas suspender a execução da disposição, e não a sua validade ou efficacia ultima, subordinando-a á verificação do facto indicado.

No direito romano, nas disposições testamentarias o *dies certus an, incertus quando*, como o dia da morte, era considerado como uma condição e não como um termo; é o principio que os juriscultos enunciavam pela regra: *dies incertus condicionem in testamento facit*, designando-se nas fontes como *dies incertus* tambem o dia cuja incerteza respeitava sómente ao *quando*. Assim a instituição feita para o dia da morte de uma determinada pessoa considerava-se como feita sob a condição de o instituido sobreviver a essa pessoa, de modo que, se morresse antes della, não adquiria o direito contido na disposição e este não se transmittia portanto aos seus herdeiros.

Inversamente o *dies incertum an, certus quando*, como o dia da maioridade, era considerado excepcionalmente como um termo, e não como uma condição, quando das circumstancias do caso concreto resultasse claramente que o disponente quizer referir-se a um dia determinado do calendario, indicando-o, porém, indirectamente pela referencia ao facto mencionado. Assim, quando o testador, instituindo o legatario B, que nascera a 1 de ja-

neiro de 1889, e querendo que o legado apenas fosse exigível no dia 1 de janeiro de 1910, tivesse declarado que este só devia ser entregue a B no dia da sua maioridade, que era precisamente o dia 1 de janeiro de 1910, B adquiriria imediatamente direito ao legado, devendo portanto este ser pago, no dia indicado, aos seus herdeiros, quando B morresse antes de ter completado 21 annos.

A regra romana: «*dies incertus condicionem in testamento facit*» não é applicavel no nosso direito, visto que não se acha sancionada em disposição alguma expressa, nem resulta dos princípios geraes de direito ou da razão, perante os quaes de modo algum se justifica que nas disposições de ultima vontade o *dies certus an, incertus quando* produza effeitos diversos dos que origina nos actos entre vivos, em relação aos quaes o proprio direito romano equiparava o *dies certus an, incertus quando* ao *dies certus an, certus quando* (1).

A duração do termo pode tambem ser deixada na possibilidade do devedor (*cum debitor potuerit*). Ex-

(1) V. MELUCCI, obr. cit., cap. VIII, § 2, p. 428 e seg. Sr. Dr. GUILLERME MOREIRA, *Instituições de direito civil portuguez*, vol. I, § 40, n.º 184, p. 492 e 493. LAURENT, obr. e vol. cit., n.º 174 e 179, p. 189 e seg. e 193. CHIRONI e ABELLO, obr. e vol. cit., p. 452 e 453. WINDSCHEID, *Pand.* I, § 96, p. 392 e 393. DARNBURG, *Pand.*, trad. ital., § 113, p. 340 e 341 e nota (2) p. 341.

pressamente o reconhece o nosso codigo no § unico do art. 743.^o, declarando que neste caso o credor não pode exigir forçadamente o cumprimento da obrigação, excepto provando a dita possibilidade. E muito embora esta disposição pertença ao capitulo em que se trata dos effeitos e cumprimento dos contractos, não pode deixar de se considerar applicavel aos negocios juridicos bilateraes em geral.

Do mesmo modo, a fixação do termo pode ficar dependente da vontade do devedor, estipulando-se que este cumprirá a obrigação quando quizer (*cum debitor voluerit*).

Poderá dizer-se que a estipulação de que o devedor cumprirá a obrigação, quando quizer, ou quando poder, envolve uma condição meramente protestativa por parte deste, podendo elle sempre eximir-se do cumprimento da obrigação declarando até á morte que a não quer ou não pode cumprir, não devendo considerar-se existente o negocio juridico, visto não assumir neste caso o devedor obrigação alguma.

Já no primeiro volume do nosso trabalho sobre as «*Clausulas accessorias dos negocios juridicos*», a proposito da condição meramente potestativa, dissemos que a clausula «*cum voluero*» se deveria considerar como um termo estabelecido para a execução dos negocios juridicos, permittindo ao devedor

differi-la até á sua morte, mas ficando neste caso a cargo dos seus herdeiros, sendo porisso necessario, para que se considerasse insubsistente a obrigação, que se demonstrasse claramente que aquella declaração importava para o devedor inteira liberdade de cumprir ou deixar de cumprir a obrigação (1).

Não pode oppôr-se a esta doutrina a auctoridade da L. 46. § 2 D. *de v. o.* (XLV, 1) em que PAULO, enumerando as varias opiniões sobre a efficacia de uma clausula desta natureza, declara que ella torna nulla a disposição, impedindo que se estabeleça um vinculo obrigatorio, porquanto cumpre ter em vista, como suggere MOLITOR, o alcance restricto desta resposta do notavel jurisconsulto romano, relativa unicamente á «*stipulatio*», que era uma forma de contracto «*stricti juris*»; e se a resolução de PAULO se harmonizava inteiramente com os principios que regiam estes contractos, não pode comtudo generalizar-se. Não é licito presumir, na verdade, que, ao realizar um negocio juridico, não tenham as partes intenção de se obrigar seriamente, de crear um verdadeiro vinculo juridico. Porisso, se as partes declaram que a obrigação será cumprida quando o devedor quizer, ou quando o

(1) «*Das clausulas accessorias dos negocios juridicos*. I, A condição», cap. II, p. 42 e 43.

devedor poder, não se deve entender que realizaram um negocio illusorio, que o devedor não assume encargo algum, que fica dispensado de cumprir a prestação, se não quizer ou não tiver facilidade de a cumprir. Contrariamente, com esta clausula reconhece-se implicitamente a obrigação de satisfazer a prestação, e apenas se convenciona o modo de o fazer, concedendo-se maiores facilidades á parte onerada. Assim, se num contracto de compra e venda o vendedor declara ao comprador que elle pagará quando poder, não é certamente intenção sua dispensa-lo de satisfazer a quantia devida. Do mesmo modo, se lhe declara que poderá pagar quando quizer, não pretende desobriga-lo do pagamento do preço, e apenas deverá entender-se que, confiando na honestidade do comprador, e não querendo, por ter com elle estreitas relações de amizade, ou por conhecer a sua situação embaraçosa, onera-lo com um prazo fixo para o pagamento, quiz apenas deixar-lhe a liberdade de escolha para satisfazer o seu compromisso numa occasião opportuna. De modo que, se o comprador morrer sem ter pago a importancia devida, ficam os herdeiros responsaveis pelo pagamento a que era obrigado o auctor da herança; e se o pagamento não podia ser exigido forçadamente do devedor do preço, em virtude da concessão que alcançára (excepto provando o credor, quando o pagamento tivesse sido

deixado na possibilidade do devedor, que essa possibilidade se verificava), não poderão os herdeiros allegar a mesma escusa, sendo a dita concessão, por sua natureza, pessoal. A obrigação torna-se pois immediatamente exigível.

Seria na verdade inadmissivel como contraria á justiça e á equidade a generalização da resposta de PAULO aos negocios juridicos realizados de boa fé, designadamente aos negocios bilateraes.

Se ao realizar a venda de um predio, observa GIORGI, o vendedor, amigo do comprador e não tendo urgencia de dinheiro, lhe declara que poderá pagar o preço quando o poder fazer sem grave incommodo, pretender, quando o comprador, não encontrando uma occasião opportuna para entregar o preço, morresse sem ter manifestado a sua resolução de pagar, que a venda era nulla, por não se ter o comprador vinculado definitivamente, seria por um lado contrariar abertamente os verdadeiros principios da justiça, reguladores das relações contractuaes commutativas, e illudir, por outro, a legitima expectativa do vendedor, que não tinha certamente o intento de perdoar o preço, mas sómente de usar de uma certa tolerancia amigavel para com o comprador.

Foi ponderando estas considerações, conclue o notavel jurisconsulto italiano, que as modernas escolas de romanistas concordaram em restringir á

«*stipulatio*» a resposta de PAULO. A clausula *cum debitor voluerit*, como a clausula *cum debitor potuerit* não impede a formação do vinculo juridico entre as partes, representando apenas um termo concedido para a execução do negocio, que a permite differir por tempo indeterminado e que a defere finalmente aos herdeiros daquelle a quem ella competia, quando este venha a morrer sem se ter libertado do seu encargo.

É esta a doutrina seguida, no silencio do codigo Napoleão, pelos escriptores francezes, que apenas admittem a legitimidade de uma investigação sobre a vontade das partes. Reconhece, porém, expressamente o legislador italiano a legitimidade da clausula *cum debitor voluerit*, admittendo-a implicitamente no art. 1173.º do codigo civil, em que confere á auctoridade judicial a faculdade de fixar neste caso um prazo conveniente para o comprimento da obrigação. A mesma orientação revela ainda a disposição do art. 1827.º, relativa ao mutuo, em que á auctoridade judicial se confere a mesma faculdade no caso de se convencionar que o mutuário pague quando puder, ou quando tiver os meios necessarios.

Identica disposição se encontra no codigo civil francez que relativamente ao emprestimo preceitua no art. 1901.º que, se apenas foi convencionado que o devedor pagará quando poder, ou quando

tiver os meios necessários, deverá o juiz fixar um termo, conforme as circumstancias, achando-se assim em certo modo sancionada na lei a doutrina admittida pelos escriptores francezes (1).

Não é um verdadeiro termo o chamado *termo de graça* (*terme de grace*) da legislação franceza, que é a dilação que *pietatis causa* o juiz pode conceder ao devedor para o cumprimento da obrigação, quando de facto não tenha sido estipulado termo

(1) No primeiro volume deste trabalho, tendo em vista o § un. do art. 743.º, deduzimos que, segundo o nosso código civil, na condição potestativa entra o facto da possibilidade, por parte do devedor, do cumprimento de uma obrigação. Refere-se porém este paragrapho, como o corpo do artigo, ao tempo da prestação, de que o legislador se occupa na secção a que pertence esta disposição, e não ao cumprimento da prestação. Não se considera o caso de ser deixada na possibilidade do devedor a realização da prestação, estipulando-se que este a cumprirá *se poder*; e já vimos que se não podem identificar estas duas hypotheses, suppondo-se na primeira a certeza do vinculo juridico, a existencia de uma obrigação, da data de cujo cumprimento, apenas, se occupam as partes (deixando-se portanto na possibilidade do devedor sómente o tempo da execução da obrigação), e não importando a liberdade quanto ao tempo da execução, como também já tivemos occasião de ver, a ausencia de um vinculo para o devedor. Só quando assim fosse, a disposição da lei que reconhecesse a concessão daquella liberdade importaria a validade da obrigação cujo cumprimento fosse deixado na possibilidade do devedor. Não se pode, pois, deduzir de § un. do art. 743.º que, quando o cumprimento da obrigação se deixa dependente da possibilidade, por parte do devedor, de a cumprir, ha uma condição potestativa válida e não uma condição meramente potestativa. (V. *Clausulas accessorias dos negocios juridicos*. I, A condição, p. 45).

algun, e que se contrapõe ao *termo de direito*, que, no dizer de POTHIER, é o que faz parte da convenção que deu origem á obrigação.

Como a expressão o indica, o termo de graça é um verdadeiro favor concedido pela auctoridade judicial ao devedor que não pode cumprir pontualmente os encargos assumidos. Estabelecida já pelo direito romano, appoia-se esta concessão em considerações de uma pretendida equidade destinada a mitigar o excessivo rigor da lei contractual. Por mais attendiveis que pareçam, porém, as razões de humanidade em que se inspira este favor, não é menos certo que deste modo se offende o principio fundamental de que a vontade das partes constitue a lei suprema entre ellas. Bem fez, porisso, o nosso legislador em se afastar neste ponto do codigo civil francez, acompanhando o legislador italiano, que não hesitou em repellir do codigo civil este poder excessivo do juiz que algumas legislações anteriores reconheciam (1).

(1) V. MELUCCI, obr. cit., p. 432 e seg. GIORGI, *Theoria delle obbligazioni*, vol. IV, n.º 392 e 393, p. 449 e seg. LAURENT, obr. e vol. cit., n.º 175 a 177, p. 190 e seg. CHIRONI e ABELLO, obr. e vol. cit., p. 452 e 453.

de vontade, da indole do negocio, ou das circumstancias que o acompanham não resulte que elle foi estipulado tambem a favor do credor ou mesmo em beneficio exclusivo deste (art. 740.^o). E funda-se esta presumpção em que, como diz POTIER, ordinariamente o termo é um espaço de tempo que ao devedor se concede com o fim de lhe tornar mais facil e menos oneroso o cumprimento da obrigação. É, pois, natural admittir como regra que o termo foi estabelecido a seu favor, e que se exija que o interesse do credor no termo se deprehenda da expressa declaração das partes, da natureza do negocio ou das circumstancias que o acompanham.

É á auctoridade judicial que cumpre apreciar estas circumstancias, a fim de decidir a favor de quem se deve considerar estipulado o termo, tendo em attenção os diversos elementos de facto que em cada caso especial se apresentam. Na venda a termo de um cavallo, pode destes elementos especiaes deprehender-se que o termo foi estipulado no interesse commum das partes ou no interesse exclusivo do comprador, podendo ter sido justamente intenção deste, ao estipular o termo, que até ao momento designado o cavallo fosse sustentado pelo vendedor.

Tendo sido o termo estipulado a favor do devedor, não pode o credor exigir o cumprimento da

obrigação antes de decorrido o tempo fixado; pode contudo o devedor realizar a prestação antes de expirar o termo, sem que o credor a isso se possa oppôr, recusando-se a receber o que lhe fôr devido, visto que a cada um é lícito renunciar aos próprios direitos (codigo civil, art. 815.º). Pode pois o devedor prescindir de uma faculdade que lhe é attribuida no seu exclusivo interesse; e quando o credor se recuse a receber o pagamento que pretenda effectuar o devedor, pode este requerer o deposito judicial, nos termos do art. 759.º do codigo civil.

Como porém o termo não suspende a existencia juridica do negocio, sendo immediatamente certa e nascendo no momento da declaração da vontade a obrigação de devedor, se este paga antes de expirar o termo, mesmo que o faça por erro não pode reaver a importancia que houver satisfeito. É o que expressamente preceituam os artt. 1186.º do codigo civil francez e 1174.º do codigo civil italiano, mas que, independentemente de uma disposição correspondente no nosso codigo, não pode deixar de se considerar de direito entre nós, sendo o conteúdo dos referidos artigos uma consequencia necessaria da natureza juridica do termo. Nascendo a obrigação com a celebração de negocio a termo, e devendo desde então o devedor aquillo que se obrigou a pagar, não poderá, naturalmente, quando effectue o pagamento antes do prazo estabelecido,

fallar-se de restituição do indevido, nos termos do art. 758.º (1).

Entendemos, porém, com MELUCCI que neste caso se deve admittir que o devedor possa exigir do credor uma compensação pela vantagem que este obtem com o cumprimento da obrigação antes do termo, auferindo desde esse momento os juros da quantia paga ou os fructos da coisa prestada, em virtude do principio geral de que ninguém se pode locupletar á custa de outrem, devendo ainda attender-se a que, relativamente aos juros ou fructos de que o devedor se priva em proveito do credor, quando o pagamento antecipado tenha sido feito por erro, se verificam os termos do art. 758.º (2).

Apreciando a disposição do artigo 1174.º do código civil italiano, observa GIORGI que a exclusão da *condicio indebiti* apenas se justifica no caso de o devedor ter pago por erro indesculpavel ou com inteiro conhecimento de causa, mas que se não pode explicar no caso em que o devedor tenha pago por um erro desculpavel. Não regulou o código civil francez o caso de o pagamento antecipado ser feito por erro, declarando apenas no art. 1186.º que, se o devedor pagar antes do termo, não poderá

(1) V. sr. dr. ASSIS TEIXEIRA, *Das obrigações a prazo segundo o código civil portuguez* " " "

possa justificar, quer em theoria geral, quer particularmente em face do direito italiano, a distincção entre erro desculpavel e erro indesculpavel, tal distincção é inopportuna no caso presente, visto o pedido de restituição ser sempre excluido por a importancia paga ser devida.

Observa ainda o referido escriptor, procurando justificar a sua doutrina, que os proprios defensores da regra estabelecida no mencionado artigo, admittem algumas excepções, reconhecendo nalguns casos a repetição do pagamento antecipado; assim é que exceptuam a hypothese de se ter pago, não sómente antes do tempo fixado, mas mais do que era devido; o caso de na somma paga terem sido incluidos os juros correspondentes ao prazo do termo por inteiro, pagando-os assim o devedor tambem pelo tempo em que deveria auferir o rendimento do capital devido; o caso de o pagamento antecipado ser motivado por dolo do devedor; e finalmente a hypothese de o pagamento ter sido feito por pessoa incapaz de alienar.

Nada significam, porém, os factos referidos por GIORGI, não ficando certamente deste modo mais avançada a demonstração da sua doutrina. Nenhum valor poderão ter para este effeito as soluções admittidas por alguns escriptores para casos determinados, e que nem mesmo importam excepções ao principio do art. 1174.º. Nos dois primeiros ca-

termo tenha sido estabelecido em proveito de ambas as partes, é obvio que o pagamento antecipado só pode ter logar mediante accordo entre credor e devedor.

Tem-se discutido se, neste caso, o devedor pode pagar antes de expirar o termo, satisfazendo, porém, os juros correspondentes á totalidade do prazo do termo, isto é, os juros que pagaria no caso de só cumprir a obrigação no momento prefixado. Á consideração de que o devedor não pode, por sua vontade isolada, derogar os termos da convenção e que constituem lei entre as¹ partes, e de que é portanto necessario o accordo destas para modificar em quer que seja o que foi estipulado, tem-se objectado que o credor não soffre prejuizo algum neste caso com o pagamento antecipado. Certo é, porém, que o credor poderá sempre recusar o pagamento, tendo as convenções, como dissemos, força de lei entre as partes, e nunca o devedor terá possibilidade de o constranger a acceder a um acto que não tem direito de praticar, devendo ainda attender-se a que é inexacta a objecção, visto que o credor pode, por circumstancias de diversa natureza, ter interesse em que o pagamento, mesmo nos termos em que o devedor o offerece, não se

* 1.^a ed., t. II, p. 245 e GOYENA, *Concord., not. e comment. del Cod. Civ. Español*, art. 1040.^o do proj. do cod. civ. hespanhol.

Produzindo-se no proprio momento da declaração da vontade o effeito juridico que as partes têm em vista ao celebrar um negocio a termo, adquirindo o credor immediatamente a propriedade da coisa devida, sendo apenas differida a execução do contracto, é necessariamente por sua conta que corre o risco, ainda antes do contracto ser executado, isto é, durante o prazo do termo. Se entretanto a coisa perecer ou se deteriorar, não pode o devedor ser responsavel por esses prejuizos, excepto quando sejam devidos a culpa sua, respondendo então por perdas e damnos, em harmonia com os principios geraes.

Differindo o termo a execução do negocio juridico, não podendo portanto normalmente o credor exigi-la antes do momento prefixado, não poderá

deve exceptuar desta regra o termo de graça. Sendo o termo de graça uma dilação concedida ao devedor que se encontra na impossibilidade de cumprir a obrigação, ou que tem grande difficuldade de a cumprir, justamente no intuito de lhe facilitar a satisfação dos encargos assumidos, não se justificaria, na verdade, que se continuasse suspendendo o cumprimento da obrigação, quando elle a pudesse facilmente cumprir por via de compensação. No art. 1292.º sanciona o codigo civil francez esta doutrina em termos amplos, devendo nella comprehender-se tanto as dilações concedidas pelo juiz, nos termos do art. 1901.º, como as concedidas pelas

futuro, e de que é apenas sua missão assegurar protecção aos direitos actuaes que o devedor não reconhece, pois que não se trata, na verdade, de modo algum, de condemnação para o futuro, e é precisamente a missão que LAURENT lhes attribue que exercem, no caso que figuramos, os tribunaes, affirmando e certificando a existencia de um direito actual que o devedor se recusa a reconhecer. A condemnação é, pois, para o presente, constatando os tribunaes a existencia de uma obrigação actual, e declarando porisso o devedor obrigado actualmente para com o credor a uma prestação que só deverá ter logar num determinado momento (1).

Suspendendo o termo a execução da obrigação, é obvio que, emquanto não termina o prazo fixado, não corre contra o credor a prescrição negativa, visto que a obrigação não é ainda exigivel, e, nos termos do art. 536.º, o tempo util desta prescrição começa no momento em que a obrigação se tornou exigivel.

Com razão, não considerou o nosso legislador o termo, ao contrario do que fazem alguns codigos estrangeiros, como o codigo civil italiano (art. 2130.º) e o codigo civil francez (art. 3057.º),

(1) V. CHIRONI e ABELLO, obr. e vol. cit., p. 455, nota (1). GIORGI, obr. e vol. cit., n.º 418, p. 478 e 479.

como uma causa de suspensão da prescrição. Não pode, na verdade, fallar-se de suspensão da prescrição na obrigação a termo, como nas demais situações de direito em que, por não ser exigível a obrigação, a prescrição não começa a correr. Contando-se o tempo util para a prescrição negativa desde o momento em que, tornando-se exigível a obrigação, se pode propôr contra o devedor a competente acção, nos creditos a termo, enquanto se não vencerem, nos creditos dependentes de condição suspensiva, enquanto esta se não verificar, e nas obrigações eventuaes, enquanto se não der o facto que converta a expectativa num direito exigível, a prescrição não começa a correr. Nestes casos não ha a suspensão, porque esta presuppõe uma situação especial do titular do direito contra quem se opera a prescrição, em virtude da qual lhe não é possível, ou se lhe torna pelo menos muito difficil exercer o seu direito, e nos casos referidos não se pode effectuar a prescrição em virtude da propria natureza da relação juridica.

A prescrição positiva tambem nunca pode dar-se, nem correr contra o adquirente da coisa, no decurso do prazo estipulado, porquanto, operando-se immediatamente a transferencia da propriedade, o devedor fica possuindo em nome d'outrem, não podendo portanto a sua posse contar-se

como util para a prescripção (art. 510.º, cod. civ.) (1).

Pelo que respeita ao termo resolutivo, determinando este o momento em que deve cessar a relação jurídica, objecto da declaração de vontade, produzindo-se immediatamente os efeitos desta, até esse momento, como dissemos, o negocio juridico tem toda a sua efficacia.

Ficando a execução do negocio juridico differida pelo termo suspensivo, logo que este expire, fica vencida a obrigação do devedor, podendo o credor exigir immediatamente o seu cumprimento, e realizar todos os actos de execução que forem necessários para tornar effectivo o seu direito.

No negocio juridico a termo resolutivo, logo que expire o prazo estabelecido, cessam os efeitos da declaração de vontade, extinguindo-se a relação jurídica a que este dera origem. Tendo, porém, entretanto o negocio juridico plena efficacia, a dissolução que se opera no momento em que o termo expira ha de deixar necessariamente de pé todo o passado, respeitando todas as consequencias que

(1) V. sr. dr. GUILHERME MOREIRA, obr. e vol. cit., § 58, n.º 289, p. 770 e 771. GIORGI, obr. e vol. cit., n.º 401, p. 461. MELUCCI, obr. cit., p. 435.

quer estipulação expressa das partes a este respeito, ou de quaesquer elementos d'onde se deduz a sua intenção, as normas por que em geral se regula a contagem do tempo nos factos juridicos, quer resultem de uma disposição da lei, quer se achem sancionadas pelo costume.

Se o termo é fixado com relação ao calendario, designando-se um prazo ou periodo de tempo, findo o qual, deve ter logar a execução do negocio juridico, marcando-se geralmente esse periodo por annos, meses e dias, os annos contam-se pelo calendario gregoriano (art. 560.º § 1.º, cod. civ., art. 68.º § 5.º, cod. de proc. civ., art. 311.º, cod. com.), os meses, quando o periodo não conste de um ou mais annos, ou de semestres, são em geral de trinta dias (art. 560.º § 2.º, cod. civ., art. 68.º § 5.º, cod. de proc. civ., art. 311.º, cod. com.) e os dias são de 24 horas (art. 311.º, cod. com.).

Os dias de um determinado periodo, porém, não se devem contar como lapsos de 24 horas, dias moveis, em que o momento inicial seja aquelle em que se realiza o negocio juridico, ou o facto a partir do qual deve começar o periodo, de forma que o prazo termine no momento correspondente do ultimo dia do periodo, mas sim como lapsos de tempo que vão de meia noite a meia noite, e começam assim a contar-se da primeira hora depois desta. Foi esta a norma que no direito romano disciplinou

os termos sollemnes e que foi seguida pela nossa legislação, muito embora não se encontre no direito civil uma disposição geral em virtude da qual devam contar-se os dias pela forma indicada.

Funda-se esta regra nas dificuldades a que na pratica daria logar a contagem do tempo de momento a momento, em virtude da impossibilidade que haveria, na maioria dos casos, de determinar o momento preciso em que se realiza o negocio juridico, ou o facto que deve marcar o inicio do periodo designado, dificuldades que deste modo se evitam por completo.

Estabelecida, porém, esta norma, cumpre ainda determinar se no prazo se comprehende o dia em que se verifica o facto a contar do qual começa o periodo de tempo, ou que determina o momento inicial do termo, quer seja o próprio negocio juridico, quer um outro acontecimento qualquer, ou se esse dia é excluido do prazo, começando este apenas no dia seguinte, pois é evidente que, no primeiro caso, o computo civil será menor do que o computo natural sempre que o momento inicial não tenha logar na primeira hora depois da meia noite, visto que se faz começar o prazo antes do momento em que tem logar o facto que deve marcar o seu inicio. Por este motivo estabeleceu-se não se contar, e eliminar do prazo, o dia em que tem logar o momento inicial, formulando-se o

principio classico — *dies a quo non computatur in termino*.

É esta a regra que, formulada já nas Ordenações (liv. III, tit. XIII) e reproduzida na lei de 10 de junho de 1855, que a applicava a todos os termos judiciaes (art. 30.^o), se acha consignada no código de processo civil (art. 68.^o § 3.^o) e no código commercial (art. 311.^o § un.), devendo ser observada sempre que da manifestação da vontade das partes não resulte que deve ser incluído no termo o dia em que se dá o momento inicial deste.

Deste modo, estipulando-se num contracto de compra e venda a termo, celebrado no dia 1 de abril, que a entrega da coisa vendida e o pagamento do preço deverão ter logar d'ahi a quarenta dias, só no dia 11 de maio é que termina o prazo.

O *dies ad quem*, porém, isto é, o ultimo dia do prazo faz parte do termo, de modo que só no dia immediato o credor pode exigir do devedor o cumprimento da obrigação; conta-se, pois, todo a favor do devedor, e bem se comprehende que assim seja, visto que, terminando o prazo só á meia noite desse dia, até esse momento pode o devedor cumprir a obrigação, não se sabendo porisso antes de terminar esse dia se elle a cumpre ou não. Portanto, se no dia 1 de janeiro uma pessoa se

obriga a pagar a outra uma determinada quantia, d'ahi a um anno, só no dia 2 de janeiro do anno seguinte poderá ser exigida do devedor a quantia devida (1).

(1) LAURENT, obr. e vol. cit., n.º 190 e seg., p. 201 e seg. GIORGI, obr. e vol. cit., n.º 403, p. 463 e seg. Sr. dr. GUILHERME MOREIRA, obr. e vol. cit., § 32, p. 383 e seg.

CAPITULO III

Ha alguns casos em que, muito embora tenha sido fixado um prazo para o cumprimento de uma obrigação, este pode ser exigido antes de decorrido esse prazo, perdendo assim o devedor o beneficio do termo. Com effeito, declara o art. 741.º do codigo civil que, «o cumprimento da obrigação, ainda que tenha prazo estabelecido, torna-se exigivel fallindo o devedor, ou se, por facto delle, diminuíram as seguranças, que no contracto haviam sido estipuladas a favor do credor», reproduzindo a disposição do art. 1188.º do codigo civil francez, segundo o qual, «o devedor deixa de poder reclamar o beneficio do termo no caso de fallencia, ou quando, por facto proprio, tiver diminuido as seguranças que pelo contracto tivesse dado ao seu credor». Disposição semelhante se encontra consignada no art. 1176.º do codigo civil italiano.

É na antiga jurisprudencia franceza que se en-

contra a origem deste principio, que por vezes tem sido desfavoravelmente apreciado na doutrina (1). Se bem que a doutrina do direito commun, fundando-se na L. 41, D. *de judiciis* (V, 1), se tivesse já approximado da disposição dos artigos mencionados, declarando que o devedor, quando dissipasse os proprios bens, ou desse suspeitas de fuga, podia ser constrangido a pagar antecipadamente ou a prestar caução, não tinha comtudo esta theoria alcançado ainda uma consagração pratica geral, nem tão pouco apresentava o alcance da disposição estabelecida nos codigos modernos, com o character de um principio absoluto. É no antigo direito francez que POTHIER encontra os seus germens (2).

Basea-se esta regra em que, presumindo-se o termo estipulado a favor do devedor, e concedido pelo credor em virtude da confiança que tem na sua solvabilidade, ou dos meios por que elle a assegura, deve cessar o effeito do termo logo que falte o fundamento que o determinava, isto é, logo que se verifique não subsistir o estado de facto em

(1) V. THIBANT, *A doutrina do código civil francez*, § 28, cit. por GIORGI, obr. e vol. cit., n.º 408, p. 469.

(2) Além do texto citado, podem considerar-se ainda como fonte remota da disposição do art. 741.º os seguintes: § 2.º, *Inst. eod. tit.* — LL. 105 e 70 D., *de solut.*, e *signanter* a L. 6 D., *qui satisd. cogantur*; e a L. 10 § 1.º D. *eod. tit.*

vista do qual se deve suppor que o credor concede o benefício do termo ao devedor (1).

Estabelecendo a extinção do termo, no caso de fallencia, satisfaz ainda a disposição citada os interesses relativos á liquidação da fallencia, que deste modo se facilita consideravelmente, sendo, na verdade, necessario para que a fallencia se possa terminar, que as dividas a termo se tornem immediatamente exigiveis; sendo certo o direito dos credores, mantendo-se o termo, retardar-se-hia a liquidação, com prejuizo tambem da massa fallida, cujos interesses são portanto harmonicos com os dos credores a termo (2).

(1) «Le terme que le créancier accorde au débiteur — escreve POTHIER — est censé avoir pour fondement la confiance en sa solvabilité; lors donc que ce fondement vient à manquer, l'effet du terme cesse». *Traité des obligations*. E das declarações pronunciadas em França, no Tribunado por FAVARD (*Code civil ou recueil des lois qui le composent, avec les discours, rapports et opinions*, tom. 3.º, p. 292) e no Corpo legislativo por MOURICAULT, sustentando a approvação do projecto elaborado sob o titulo «Des contrats et des obligations conventionnelles en général» em que se achava formulada a disposição que hoje se contem no art. 1188.º do código civil francez, claramente se vê a influencia que a obra classica de POTHIER teve na elaboração deste projecto, de que foi a principal fonte. Confirmam ainda os motivos do Código Napoleão, que é o fundamento indicado pelo notavel jurisconsulto francez, que inspira o preceito do citado art 1188.º, fonte immediata do art. 741.º do nosso código civil. Adoptam francamente esse fundamento, BIGOT-PREAMENEU, na exposição dos motivos feita ao Corpo legislativo, e FAVARD, no relatorio apresentado ao Tribunado.

(2) V. sr. dr. ASSIS TEIXEIRA, obr. cit., pag. 34.

Para que o devedor fique privado, por este motivo, do beneficio do termo, é necessario, relativamente aos commerciantes, que a fallencia tenha sido judicialmente declarada (art. 185.º do codigo de processo commercial), presumindo-se esta, nos termos do art. 185.º do codigo de processo commercial e do art. 692.º do codigo commercial, quando o commerciante cesse os pagamentos das suas obrigações commerciaes.

Cumpre, porém, determinar se a disposição do art. 741.º se applica tambem aos devedores que não sejam commerciantes, pois que, sendo a fallencia relativa apenas aos commerciantes, fallando o codigo, no artigo referido, de devedor *fallido*, e não de devedor *insolvente*, poderá entender-se que aos commerciantes se quiz restringir a comminação estabelecida.

Graves duvidas se teem levantado a este respeito perante o art. 1188.º do codigo civil francez, concordando, todavia, em geral a doutrina e a jurisprudencia em applicar o preceito do artigo tanto á insolvencia como á fallencia. Tem-se, porém, observado que o citado artigo, estabelecendo uma comminação de natureza analogá á de uma pena, é necessariamente de interpretação restricta, não podendo admittir-se essa comminação quando a não prescreva um texto expresso de lei; e deste modo se exclue a extensão, por analogia, da referida dis-

posição, expediente a que tem recorrido alguns escriptores, notando que a razão por que o legislador despoja o devedor fallido do beneficio do termo subsiste precisamente no caso do devedor insolvente.

Objecta-se ainda que, entre os dois casos não existe identidade alguma de motivos, pois que, sendo a extinctão de termo determinada, no caso de fallencia, pelas necessidades da liquidação, exigindo-a portanto os proprios interesses do credor, não havendo na simples insolvencia nem massa fallida nem liquidação commum, não é rigorosamente necessario privar o devedor do beneficio do termo (1).

Não simples analogia, mas absoluta identidade affirmava, porém, TREILHARD, no Conselho de Estado, existir entre a fallencia e a insolvencia, notando que se podia fallir sem ser commerciante, e que, se então a fallencia se denominava insolvencia, pouco importava a denominação, correspondendo no fundo as duas expressões ao mesmo facto (2).

Entendendo tambem que o principio do art.

(1) V. COLMET DE SANTERRE, *Cours analytique de Code civil*, t. V, n.º 111 bis, I, p. 182.

(2) Sessão do Conselho de Estado de 18 brum., anno XII, n.º 11 — em LOCRÉ, *Legislation civ. comm. et criminelle de la France*, t. VI, p. 88. Cit. por LAURENT, obr. e vol. cit., p. 208, nota (1).

1188.º se não pode applicar á insolvencia do devedor não commerciante, sem que essa applicação extensiva encontre a sua base na lei, pronuncia-se comtudo LAURENT pela solução affirmativa, em face dos artt. 1613.º e 1913.º, que diz conterem, relativamente á compra e venda e á renda vitalicia, uma applicação expressa do principio do art. 1188.º á simples insolvencia do devedor, collocando-a a par da *fallencia commercial*.

Não hesitamos tambem, não obstante a opinião em contrario do illustre annotador do codigo civil portuguez, em considerar no nosso direito o art. 741.º applicavel, tanto ao devedor commerciante fallido, como ao devedor não commerciante insolvente, pois que, independentemente de disposições correspondentes ás do codigo civil francez, a que LAURENT faz allusão, não pode deixar de se entender que, no referido art. 741.º o legislador, fallando do devedor fallido, tinha tanto em vista o devedor commerciante, como o devedor não commerciante, isto é, queria designar, de um modo geral, o devedor em estado de insolvencia, muito embora a *fallencia* designe em rigor apenas esta situação economica em relação aos commerciantes, sendo porisso impropria a expressão *fallido* para o devedor não commerciante. Em face da nossa legislação civil, não é licito estabelecer com um rigor absoluto a terminologia que distingue systematica-

mente a fallencia da insolvencia, empregando o codigo nalguns casos a expressão fallencia manifestamente no sentido insolvencia (1).

Não pode deixar de ser este o sentido em que, no artigo que temos em vista, o codigo emprega o termo fallido. É o que resulta necessariamente, não só da natureza do artigo e da sua collocação, visto ser uma disposição da lei civil em que se trata do tempo da prestação em relação aos contractos em

(1) Em geral emprega o codigo civil, nas suas variadissimas disposições, o termo *insolvencia*, para os effeitos civis, e só a um descuido injustificavel se pode attribuir o emprego da expressão *fallido* no art. 741.º, descuido que facilmente se explica, comtudo, quando se considere que foi o art. 1188.º do codigo civil francez que serviu de fonte a esta disposição, em que quasi se reproduz textualmente a redacção defeituosa do referido artigo. Do mesmo modo se explica tambem o emprego da expressão *fallencia*, em vez de *insolvencia*, no art. 845.º § 2.º, que igualmente reproduz a incorrecção do artigo que lhe serviu de fonte: o art. 1758.º do projecto do codigo civil hespanhol.

Pelo que respeita ao art. 1188.º do codigo civil francez, não pode deixar de se attribuir especial importancia, como elemento de interpretação do preceito nelle consignado, ás palavras de TREILHARD, reportadas no texto, pronunciadas na discussão do conselho de estado. Identico valor merece a observação de BIGOT-PREAMENEU, que, na exposição de motivos apresentada ao Corpo legislativo, eservia: «é evidente que, em caso de fallencia ou de insolvencia, se não deve já consentir que o devedor reclame o beneficio do termo». (*Code civil, recueil des lois*, etc., t. III, p. 221). Em face destes elementos, parece não poder deixar de se concluir que foi intenção dos redactores do codigo civil francez equiparar, no art. 1188.º, a insolvencia á fallencia.

geral, do cumprimento de uma obrigação, em termos genericos, quer seja, portanto, uma obrigação constituída por um commerciante, quer uma obrigação constituída por um não commerciante, como também do proprio fundamento desta disposição, que se basea na consideração geral de que se deve privar o devedor do beneficio do termo, sempre que deixe de se verificar a situação de facto, em vista da qual se deve suppôr que o concedeu o credor, e especialmente pelo que respeita á primeira das hypotheses admittidas, na consideração de que, tendo o termo, concedido pelo credor ao devedor, por fundamento a confiança que aquelle tem na solvabilidade deste, devem cessar os seus effeitos logo que falte esse fundamento. Nestes termos, é na verdade inconcebivel que o legislador tivesse estabelecido esta doutrina apenas para o caso de o devedor ser commerciante. E que não foi essa a sua intenção, resulta ainda necessariamente do conjuncto da disposição, nada auctorizando a restringir ao devedor commerciante a comminação do artigo no segundo caso nelle contemplado, isto é, no caso de o devedor diminuir por facto proprio as seguranças que no contracto tivessem sido estipuladas a favor do credor, e não podendo contestar-se, em face da redacção do artigo, conforme, aliás, se deprehendia já do fundamento geral deste principio, que é o mesmo e um só devedor que num e noutro

caso se tem em consideração, que é em relação á mesma obrigação que se formulam as duas hypotheses em que o devedor perde o beneficio do termo.

Não applicamos, pois, por analogia a regra do art. 741.º ao devedor não commerciante, mas admittimos que tanto o commerciante como o não commerciante estão comprehendidos nesta regra, por entendermos e se nos afigurar evidente que, empregando a expressão *fallindo o devedor*, queria o legislador referir-se de um modo geral ao caso de insolvencia do devedor (1).

Não sendo a insolvencia do não commerciante declarada judicialmente, como a fallencia do commerciante, tem-se trazido a campo a difficuldade que ha em saber quando se pode considerar o devedor, não commerciante, insolvente, para o effeito da applicação do art. 741.º. E assim, procurando, para remover esta difficuldade, formular um criterio por que seja possivel estabelecer o estado de insolvencia do devedor, alguns escriptores observam, approximando este conceito do de fallencia, que, assim como esta consiste na cessação dos pagamentos do commerciante, a insolvencia con-

(1) V. LAURENT, *ob. e vol. cit.*, n.ºs 194 e 195, p. 206 e seg. DIAS FERREIRA, *Codigo civil portuguez annotado*, 2.ª ed., vol. II, art. 741.º, p. 69.

siste na cessação dos pagamentos do não commerciante; outros definem-na, recorrendo á tradição do antigo direito francez, como sendo a situação economica em que o activo não é sufficiente para cobrir o passivo apparente, isto é, em que todos os bens do devedor não chegam para satisfazer todas as suas dividas apparentes, admittindo assim, justamente, que o não commerciante suspenda o pagamento das dividas sem que possa dizer-se insolvente, ao contrario do que deve suppôr-se em relação aos commerciantes, para com os quaes se justifica o uso de maior rigor, visto ser indispensavel no commercio a maxima pontualidade nos pagamentos.

Não pode, porém, invocar-se entre nós esta difficuldade, definindo expressamente o nosso codigo o conceito de insolvencia, declarando no art. 1036.º que a insolvencia se dá quando a somma dos bens e creditos do devedor, estimados no justo valor, não eguala a somma das suas dividas, perfilhando assim o conceito tradicional do direito francez; o devedor nesta situação encontra-se na impossibilidade de satisfazer os encargos pecuniarios assumidos.

O estado de insolvencia resulta de diversas circumstancias de facto que concorrem em cada caso, cumprindo á auctoridade judicial o exame e apreciação destas circumstancias, quando pelo credor

seja pedido com este fundamento o cumprimento immediato da obrigação a prazo. Assim é que deverão ter-se em consideração, neste exame, as alienações forçadas resultantes de execuções anteriores, as penhoras nos bens do devedor, o arresto de valores em poder de terceiro, a separação judicial de bens obtida pelo conjuge, no caso de o devedor ser casado, de um modo geral, enfim, as execuções, providencias preventivas e medidas de cautella promovidas por outros credores, e diversos outros actos, praticados pelo devedor, que claramente revellam os embaraços em que se encontra, devendo considerar se como indicios de uma situação economica compromettida.

Da disposição do art. 471.º, comquanto estabeleça que no caso de insolvencia do devedor a obrigação a termo se torna immediatamente exigivel, está naturalmente exceptuado o caso de não ter sido marcado um prazo fixo, deixando-se o tempo da prestação na possibilidade do devedor. Neste caso, deve, na verdade, entender-se que a dilação illimitada fôra já concedida e estipulada em virtude da situação economica embaraçosa do devedor, por ser já conhecido o estado de insolvencia deste, e precisamente para lhe permittir reservar a satisfação dos seus compromissos para uma occasião de melhor oportunidade. Não podia, pois, comprehender-se esta

hypothese, nem na letra, nem no espirito do art. 741.º (1).

A obrigação a prazo torna-se tambem immediatamente exigivel, nos termos do art. 741.º, no caso de diminuirem por parte do devedor as seguranças que no contracto haviam sido estipuladas a favor do credor.

Indicando o motivo porque neste caso se priva o devedor do beneficio do termo, observa o relator do Tribunado que, sendo o termo concedido em attenção apenas aos interesses e segurança do credor, quando a confiança no cumprimento da obrigação diminua em consequencia da diminuição das causas que a haviam motivado, é necessario que a lei o deixe proceder como procederia no caso de não ter, no momento da celebração do contracto, garantias do seu integral cumprimento. Entende-se, pois, que o credor unicamente concede ao devedor a dilação para o cumprimento da obrigação em vista das seguranças que lhe são offerecidas, fazendo destas seguranças como que uma condição, de que torna dependente a existencia do termo, de modo que, se o devedor diminui por facto proprio estas seguranças, confiando

nas quaes, o credor consentira na dilação, fazendo desaparecer a confiança na sua solvabilidade, modificando assim o estado de facto, em vista do qual essa dilação fôra estipulada, a obrigação torna-se immediatamente exigível, perdendo o devedor o beneficio que lhe fôra concedido. Esta consequencia tem lugar de pleno direito, não necessitando o credor de pedir em juizo a condemnação do devedor, visto que é a lei que pronuncia esta comminação, declarando o devedor privado, nos casos indicados, do beneficio do termo.

Estabeleceu-se como requisito para este effeito a diminuição das seguranças «que no contracto haviam sido estipuladas a favor do credor». Tem-se, pois, exclusivamente em vista as seguranças ou garantias especiaes e provenientes da vontade das partes, que mostram que o credor se não contentou com a garantia geral e legal do patrimonio do devedor, estando manifestamente excluidas desta disposição as hypothecas legaes e os privilegios, que derivam directamente da lei (artt. 878.º e 905.º do cod. civ.), independentemente da vontade das partes, e não são, portanto, seguranças por ellas estipuladas em favor do credor.

Julgamos, pois, inteiramente inadmissivel a opinião de diversos escriptores francezes, como DURANTON, LAROMBIÈRE e DEMOLOMBE, que comprehendem os privilegios creditorios na disposição

do art. 1188.º do código civil francez, correspondente ao art. 741.º do nosso código, entendendo que a obrigação se torna immediatamente exigível se o devedor praticar quaesquer actos com que diminua o valor dos bens sobre que o credor tem privilegio para o pagamento do seu credito (1). O privilegio, como dissemos, não deriva da vontade das partes, não representa uma segurança por ellas estipulada; é uma garantia, uma preferencia, que a lei concede a certos credores, tendo em attenção a qualidade do credito. Nem procede a observação de que o credor contou certamente com o privilegio estabelecido, muito embora, pela lei, e que, sem essa garantia, não teria celebrado o contracto a termo, visto a lei referir-se expressamente apenas ás seguranças estipuladas no contracto a favor do credor, e não poder esta disposição, attenta a sua natureza, ampliar-se por analogia ás garantias legaes. Deve, porém, ter-se ainda em attenção, que do mesmo modo pertence ao credor uma garantia geral sobre todos os bens do devedor, podendo portanto reproduzir-se relativamente a esta garantia as considerações feitas em relação aos privilegios, isto é, que o credor

(1) DURANTON, *Cours de droit français suivant le code civil*, tom. XI, n.º 125, p. 148. LAROMBIÈRE, *Théorie et pratique des obligations*, tom. II, art. 1188, n.º 11, p. 84. DEMOLOMBE, *Cours de code Napoleon*, tom. XXV, n.º 675, p. 636.

contava, ao contractar, com o patrimonio do devedor, e que, se este, por facto proprio, diminuiu o seu valor, dissipando os seus haveres, illude a confiança do credor, e contudo ninguem pretende que neste caso o credor possa exigir immediatamente o pagamento do seu credito, attendendo justamente a que se não trata de uma garantia offerecida livremente pelo devedor, estipulada no contracto (1). Cumpre pois reproduzir esta consideração relativamente ao privilegio, observando do mesmo modo, que, não se tratando de uma garantia contractual, não pode dizer-se que o devedor violou a lei do contracto; e a disposição que temos em vista será, nestes termos, inapplicavel, de um modo geral, sempre que a garantia não seja convencional.

Entendemos, porém, não obstante a opinião contraria dos mais auctorizados commentadores do codigo civil francez, cujo art. 1188.º tem uma redacção correspondente á do art. 741.º do nosso codigo, que apenas ás garantias prestadas no proprio momento do contracto se refere o mencionado artigo; não podendo nos seus termos abranger-se as garantias prestadas posteriormente, ainda que tenha sido em vista dessas garantias

(1) V. CALMET DE SANTERRE, obr. e tom. cit., n.º 111, bis II, p. 182; LAURENT, obr. e vol. cit., p. 215, nota (2).

que o credor se decidiu a conceder o termo. O artigo é expresso, exigindo que as seguranças tenham sido estipuladas no proprio contracto, e seria contrariar abertamente os seus termos, affirmar a doutrina opposta. E tanto menos viavel se nos afigura esta doutrina, quanto é certo que, supprimindo o codigo civil italiano, no art. 1176.º, correspondente ao art. 1188.º do codigo civil francez, as palavras «pelo contracto», que neste se lêem, e fallando apenas em «seguranças prestadas ao credor», certamente no intuito de prevenir as duvidas e divergencias a que dava logar a redacção do citado art. 1188.º, comprehendendo assim na comminação do artigo tambem as garantias prestadas posteriormente ao contracto e em vista das quaes o credor tivesse consentido no termo, o nosso legislador manteve a redacção do codigo civil francez, mostrando deste modo a intenção de restringir o preceito do referido artigo ás seguranças que tivessem sido estipuladas no contracto, entendendo sem duvida que só sobre essas garantias pode ter contado o credor, e que gravissimos inconvenientes haveria em admittir a mesma doutrina tambem em relação ás garantias prestadas posteriormente, em vista das quaes o credor tivesse concedido o termo.

Previne tambem o codigo civil italiano, no citado art. 1176.º, a hypothese de o devedor não prestar as seguranças que tivesse promettido ao

contava, ao contractar, com o patrimonio do devedor, e que, se este, por facto proprio, diminuiu o seu valor, dissipando os seus haveres, illude a confiança do credor, e contudo ninguem pretende que neste caso o credor possa exigir immediatamente o pagamento do seu credito, attendendo justamente a que se não trata de uma garantia offerecida livremente pelo devedor, estipulada no contracto (1). Cumpre pois reproduzir esta consideração relativamente ao privilegio, observando do mesmo modo, que, não se tratando de uma garantia contractual, não pode dizer-se que o devedor violou a lei do contracto; e a disposição que temos em vista será, nestes termos, inapplicavel, de um modo geral, sempre que a garantia não seja convencional.

Entendemos, porém, não obstante a opinião contraria dos mais auctorizados commentadores do codigo civil francez, cujo art. 1188.º tem uma redacção correspondente á do art. 741.º do nosso codigo, que apenas ás garantias prestadas no proprio momento do contracto se refere o mencionado artigo, não podendo nos seus termos abranger-se as garantias prestadas posteriormente, ainda que tenha sido em vista dessas garantias

(1) V. CALMET DE SANTERRE, obr. e tom. cit., n.º 111, bis II, p. 182; LAURENT, obr. e vol. cit., p. 215, nota (2).

que o credor se decidiu a conceder o termo. O artigo é expresso, exigindo que as seguranças tenham sido estipuladas no proprio contracto, e seria contrariar abertamente os seus termos, affirmar a doutrina opposta. E tanto menos viavel se nos afigura esta doutrina, quanto é certo que, supprimindo o codigo civil italiano, no art. 1176.º, correspondente ao art. 1188.º do codigo civil francez, as palavras «pelo contracto», que neste se lêem, e fallando apenas em «seguranças prestadas ao credor», certamente no intuito de prevenir as duvidas e divergencias a que dava logar a redacção do citado art. 1188.º, comprehendendo assim na comminação do artigo tambem as garantias prestadas posteriormente ao contracto e em vista das quaes o credor tivesse consentido no termo, o nosso legislador manteve a redacção do codigo civil francez, mostrando deste modo a intenção de restringir o preceito do referido artigo ás seguranças que tivessem sido estipuladas no contracto, entendendo sem duvida que só sobre essas garantias pode ter contado o credor, e que gravissimos inconvenientes haveria em admittir a mesma doutrina tambem em relação ás garantias prestadas posteriormente, em vista das quaes o credor tivesse concedido o termo.

Previne tambem o codigo civil italiano, no citado art. 1176.º, a hypothese de o devedor não prestar as seguranças que tivesse promettido ao

credor, privando-o egualmente neste caso do beneficio do termo. No direito francez, não obstante o silencio do art. 1188.º a este respeito, tem-se estabelecido na doutrina e na jurisprudencia um accordo geral no sentido de ampliar a este caso a comminação do referido artigo. Afasta-se, porém, no fundamento desta interpretação, muito embora chegue ao mesmo resultado, LAURENT, que, considerando inadmissivel o argumento da analogia, invoca a disposição do art. 1184.º, relativa á condição resolutiva tacita, observando que esta não permite ao devedor beneficiar de um contracto de que offendeu as clausulas, e que a propria lei faz applicação neste sentido do principio do art. 1184.º, em relação á renda perpetua e á renda vitalicia (1).

Sem apreciar a applicação que o notavel jurisconsulto faz do art. 1184.º do codigo civil francez, e na falta de disposições no nosso codigo que justifiquem uma applicação identica do disposto no art. 709.º, julgamos inadmissivel no nosso direito a doutrina dos jurisconsultos francezes, considerando inapplicavel o art. 741.º no caso do devedor não prestar as garantias que houvesse promettido ao credor. Com effeito, a *hypothese* é

(1) LAURENT, obr. e tom. cit., n.º 204, p. 216. V. GIERKE, obr. e vol. cit., n.º 413, p. 473.

diversa da prevista neste artigo; e muito embora em ambos os casos o credor falte aos compromissos assumidos, illudindo assim a confiança do credor, é certo contudo que o art. 741.º apenas se refere á hypothese de o devedor, por facto proprio, diminuir as seguranças que no contracto haviam sido estipuladas, e que não é licito amplia-lo por analogia a qualquer outro caso.

Para que a obrigação se torne immediatamente exigivel por diminuirem as seguranças estipuladas no contracto, é necessario, nos termos do citado artigo, que essa diminuição occorra por facto do devedor. Exige portanto o legislador a culpa do devedor, entendendo-se aqui a culpa numa accepção ampla, comprehendendo tanto a culpa em sentido restricto, a simples negligencia do devedor, ou a falta da diligencia devida, como o dolo.

Ficam pois excluidos da disposição do artigo todos os casos em que a diminuição das seguranças estipuladas no contracto não seja imputavel ao devedor, isto é, aquelles em que essa diminuição seja devida a facto de terceiro, a acontecimento fortuito ou a força maior, ou a uma causa inherente á propria segurança, sendo estes os casos em que é excluida a culpa do devedor, tal como a consideramos.

A doutrina do art. 741.º tem de ser completada relativamente á hypotheca, ao penhor e á fiança

com o disposto nos artt. 901.º, 860.º n.º 4.º e 825.º do codigo civil, e 525.º § unico do codigo de processo civil.

Confrontando as disposições dos artt. 901.º e 860.º n.º 4.º do codigo civil com a disposição da segunda parte do art. 741.º do mesmo codigo, entende DIAS FERREIRA não haver harmonia entre ellas, e grandes duvidas se teem levantado sobre a interpretação dos citados artigos, e a justa combinação dos preceitos que nelles se conteem.

Dispõe o art. 901.º que, «quando *por qualquer motivo* a hypotheca se tornar insufficiente para segurança da obrigação contrahida, o credor tem o direito de exigir que o devedor a reforce; e, não o fazendo este, pode o credor pedir o inteiro pagamento da divida, como se estivera vencida»; e nos termos do art. 860.º n.º 4.º pertence ao credor o direito «de exigir do devedor outro penhor ou o cumprimento da obrigação, ainda antes do prazo convencionado, se o objecto do penhor se perder ou diminuir, sem culpa sua, ou se fôr exigido por terceiro a quem pertença, e que não haja consentido no penhor». Concede, pois, o legislador ao credor com hypotheca acção subsidiaria para exigir a obrigação, como se estivesse vencida, quando o devedor não reforce, e ao credor pignoratício acção alternativa para pedir novo penhor ou para pedir o cumprimento antecipado da obrigação,

quando o art. 741.º, na ultima parte, declara pura e simplesmente exigível a obrigação, diminuindo por facto do devedor as seguranças prestadas.

Por outro lado, emquanto pelo art. 741.º, o cumprimento antecipado da obrigação, pela diminuição das seguranças estipuladas, só pode ser exigido quando essa diminuição se dê por culpa do devedor, pelo art. 901.º, o cumprimento antecipado da obrigação, por se ter tornado insufficiente a hypotheca, que só é exigível se o devedor se recusar a reforça-la, pode, nestes termos, ser pedido qualquer que seja o motivo por que a hypotheca se tenha tornado insufficiente, isto é, quer a garantia hypothecaria tenha diminuido por facto do devedor, quer por facto de terceiro, por caso fortuito ou de força maior, ou por causa inherente á propria garantia, e segundo o art. 860.º n.º 4 o cumprimento immediato da obrigação pode ser exigido quando se perca ou diminua o objecto do penhor, quer essa perda ou diminuição seja devida a culpa do devedor, quer a caso fortuito ou de força maior, a um facto de terceiro ou a causa inherente á propria garantia, comtanto que não resulte de facto do credor, porque ninguem pode lucrar com o proprio dolo, devendo porisso entender-se que a mesma excepção tem lugar em relação á garantia hypothecaria, apesar do silencio do art. 901.º a este respeito, e não obstante até a expressão ge-

nerica «*por qualquer motivo*» nelle empregada, visto ella resultar dos principios geraes de direito.

Desta fórma, desde que, observa DIAS FERREIRA, preceituando o art. 741.º que a obrigação se torna immediatamente exigivel apenas quando a diminuição das seguranças estipuladas seja devida a facto do devedor, os artt. 860.º n.º 4.º e 901.º, em vez de se limitarem a tornar absoluta e puramente exigivel o cumprimento da obrigação no caso de diminuirem as seguranças por facto do devedor, ou ainda por outro qualquer motivo que não seja o facto do credor, concedem, o art. 860.º n.º 4.º ao credor pignoratício a escolha entre a exigencia de novo penhor e a do cumprimento da obrigação, e o art. 901.º, ao credor com hypotheca, a acção subsidiaria para pedir o cumprimento da obrigação, no caso de o devedor se recusar a reforçar a hypotheca, não pode a regra geral do art. 741.º prevalecer sobre as disposições dos artigos citados, que regulam especialmente hypotheses determinadas, não tendo portanto applicação em relação a estas a doutrina nelle estabelecida.

Refere o notavel commentador do codigo civil portuguez que se tem pretendido harmonizar estas disposições, observando-se que o art. 860.º n.º 4.º, longe de permittir a acção alternativa para exigir outro penhor, ou o cumprimento da obrigação ainda antes do prazo convencionado, garante este

segundo meio como subsidiario, como o art. 901.º só dá ao credor o direito de exigir o pagamento immediato da divida, quando o devedor se não preste a reforçar a hypotheca, e que o art. 860.º n.º 4.º se refere á diminuição ou desaparecimento do penhor devido a outras causas que não sejam o facto do devedor, porque essa hypothese estava já prevenida no art. 741.º, devendo entender-se, pela mesma razão, que é esta a significação das palavras — *por qualquer motivo* — empregadas no art. 901.º Entende, porém, que a redacção dos artigos referidos exclue em absoluto esta conciliação, attribuindo as incoherencias apontadas ao facto de o art. 741.º ter sido introduzido de novo pela commissão revisora, sem ter sido harmonizado com os outros artigos que continham disposições parallelas (1).

Vejamos qual a doutrina a estabelecer a este respeito, se ha realmente contradicção ou falta de harmonia entre as disposições confrontadas, começando pela hypothese da garantia hypothecaria, examinando a disposição do art. 901.º

Disposição correspondente se encontra no art. 2131.º do codigo civil francez, segundo o qual, se o immovel ou os immoveis presentes perecerem ou soffrerem deteriorações, de maneira que se tor-

(1) DIAS FERREIRA, obr. e vol. cit., nota ao art. 741.º p. 70 e seg.

nem insufficientes para a segurança do credor, pode este pedir o immediato reembolso ou o reforço da hypotheca.

Ambos os artigos regulam, pois, a hypothese de a hypotheca se tornar insufficiente para garantia da obrigação; mas, enquanto art. 901.º do nosso codigo apenas concede ao credor, neste caso, uma acção subsidiaria para pedir o cumprimento da obrigação, estabelece o artigo correspondente do codigo civil francez uma acção alternativa. Contudo, a generalidade dos commentadores em França entende que, não obstante a redacção do art. 2131.º, a acção alternativa se converte necessariamente numa acção subsidiaria. Assim é que designadamente PAUL PONT observa que indevidamente se entende que do art. 2131.º deriva para o credor a faculdade de escolher entre os dois meios que a lei lhe proporciona, o reembolso immediato, e o reforço de hypotheca, e que o devedor não pode neste caso, como no caso do art. 1188.º (diminuição das seguranças proveniente de facto do devedor), oppôr-se á exigencia do cumprimento immediato da obrigação, resultando claramente da lei que, se no caso previsto neste artigo o credor pode exigir o pagamento antecipado do seu credito, pertence sempre ao devedor a faculdade de se oppôr a esta acção e de a fazer parar, offerecendo um reforço de hypotheca que suppra a insufficiencia da ga-

rantia originaria, e que este reforço não pode ser recusado pelo credor, desde que lhe proporcione uma segurança manifestamente satisfatoria (1). E desenvolvendo mais explicitamente o pensamento de PAUL PONT, observa DELVINCOURT que o art. 2131.º diz que o credor pode *persequir* em juízo (*poursuivre*) o devedor para reembolso do seu credito ou *obter* o reforço de hypotheca; que só pode pedir portanto o reembolso, e só com este fundamento pode obter a condemnação contra o devedor e faze-lo executar, salvo o direito que a este assiste de se libertar da obrigação de reembolsar o credor, offerecendo um reforço de hypotheca, quando a diminuição das seguranças não tenha occorrido por culpa sua (2). No mesmo sentido se pronunciam, entre outros, DEMOLOMBE, ZACHARIAE, DURANTON, COLMET DE SANTERRE, ROGRON e PICOT.

Reconhecendo, comtudo, que a redacção do art. 2131.º é equívoca, podendo dar lugar a uma interpretação diversa, para evitar discussões estereis e prejudiciaes, propoz em 1841 a Faculdade de Direito de Caen uma nova redacção para este artigo; e não obstante a reforma proposta ter merecido a

(1) PAUL PONT, *Des privilèges et hypothèques*, n.º 295, p. 692 — cit. pelo sr. dr. ASSIS TEIXEIRA, obr. cit., p. 63.

(2) DELVINCOURT, *Cours de Code civil*, tom. 3.º, p. 309 — cit. pelo sr. dr. ASSIS TEIXEIRA, obr. cit., p. 65.

PAUL PONT as qualificações de inutil e desgraçada, foi ella adoptada na Belgica, na lei de 16 de dezembro de 1856, cujo art. 79.º está redigido nos seguintes termos: «se os immoveis hypothecados pereceram ou soffreram depreciações taes, que se tenham tornado insufficientes para a segurança do credor, pode este reclamar o reembolso immediato do seu credito. Comtudo ao devedor será permitido offerecer o reforço de hypotheca, se a perda ou as deteriorações occorreram sem culpa sua».

Esta redacção é, porém, favoravelmente apreciada por MARTOU, que lhe assignala a vantagem, sobre a do art. 2131.º do codigo civil francez, de não parecer attribuir ao credor a liberdade de optar entre a exigencia immediata do credito e o reforço de hypotheca, inconveniente que reconhece na redacção deste artigo, muito embora se apresse a observar que era impossivel que elle tivesse tal significação (1).

Em virtude destas divergencias adoptou o legislador italiano, no art. 1980.º do codigo civil, a seguinte redacção: «quando os bens sujeitos á hypotheca perecerem ou se deteriorarem de modo a tornarem-se insufficientes para a segurança do credor, este tem direito a um reforço de hypo-

(1) MARTOU, *Des privilèges et hypothèques*, tom. 3.º, p. 105 — cit. pelo sr. dr. ASSIS TEIXEIRA, obr. cit., p. 64.

theca, e, na sua falta, ao pagamento do seu credito».

Redacção semelhante tinha o art. 97.º da nossa lei hypothecaria de 1 de julho de 1863, concebido nos seguintes termos: «quando a hypotheca por qualquer motivo se tornar insufficiente para garantir a obrigação contrahida, o credor tem direito a exigir que o devedor a reforce, e, não o fazendo este, pode pedir o pagamento integral da divida, como se estivesse vencida».

Como se vê, foi esta a fonte proxima do art. 901.º do codigo civil, que reproduziu esta disposição apenas com ligeiras alterações.

Haverá, porém, incoherencia do legislador em sancionar a doutrina deste artigo depois da disposição exarada no art. 741.º? Entendemos que a resposta tem de ser negativa, e que não ha des-harmonia alguma entre as disposições dos dois artigos em consideração, parecendo-nos forçoso admittir que regulam hypotheses diversas, e que teem um alcance differente, não podendo porisso deixar de ser differentes as sancções nelles estabelecidas. É o que resulta não só da letra do art. 901.º, como tambem dos traços historicos que apontamos relativos a esta disposição, inspirada evidentemente na dos artt. 2131.º do codigo civil francez e 1980.º do codigo civil italiano.

Com effeito, o art. 901.º regula a hypothese de

a segurança hypothecaria se tornar *insufficiente* para garantia da obrigação, quer providenciar para o caso de se dar uma diminuição tal, que a segurança se torne insufficiente, determinando o meio de occorrer a esta insufficiente; considera pois objectivamente a diminuição das seguranças, considera-a em relação á obrigação, e para que o preceito do art. 901.^o seja applicavel é necessario provar que a garantia se tornou insufficiente. Trata-se portanto de uma especie diversa da do art. 741.^o que considera a diminuição subjectivamente, attribuindo-lhe importancia como facto do devedor, que compromette as seguranças estipuladas, não propriamente pela diminuição que objectivamente lhes causa, que pode ser minima, e insufficiente para as prejudicar, mas porque faz desaparecer a confiança nessas seguranças como meio de assegurar o cumprimento da obrigação; porisso a comminação do artigo se applica qualquer que seja o valor dessa diminuição, quer as seguranças continuem sufficientes para responder pelo cumprimento da obrigação, a principio excessivamente garantida, tendo o credor obtido uma garantia mais valiosa do que a requerida pelo valor do credito, quer se tenham tornado insufficientes para esse effeito, e ainda que o devedor em seguida offereça novas e porventura melhores seguranças para supprir essa insufficiente, sem que se possa

dizer que, quando a garantia não se torne insufficiente ou o devedor suppra essa insufficiencia, não ha fundamento para reconhecer ao credor a faculdade de exigir o cumprimento immediato da obrigação; se o devedor, por facto proprio, pôz uma vez em risco as garantias que havia prestado, ha sempre o perigo de que esse risco se repita, e nenhuma segurança poderão estas representar já para o credor, que terá sempre justos motivos para receiar que as novas garantias offerecidas venham a ter o destino das primeiras. Nenhuma confiança lhe pode, com effeito, inspirar o devedor que sem escrúpulos dissipa o proprio patrimonio.

O art. 901.º só se applica, portanto, á hypothese de a hypotheca se tornar insufficiente, por um facto extranho ao devedor, porque o facto do devedor tem, a este respeito, uma significação e um valor diversos, definidos implicitamente no art. 741.º, e, nestes termos, applica-se qualquer que seja o motivo porque se deu essa insufficiencia, isto é, quer provenha de causas inherentes á segurança hypothecaria, quer de facto de terceiro, quer de caso fortuito ou força maior, excluido naturalmente o caso de ella ser devida a facto do credor, visto não se poder conceber que a lei queira proteger e premiar a sua má fé. O credor só pode então pedir o reforço da hypotheca, sendo a exigibilidade immediata um remedio subsidiario. Nas pa-
..

lavras «*por qualquer motivo*» empregadas neste artigo não está comprehendido o facto do devedor, porque a condição das partes nesse caso é regulada pelo artigo 741.º, e seria então superflua a presente disposição; por este motivo não tinha agora o legislador que o excluir (1).

É esta, além disso a interpretação que corresponde aos dictames da equidade, com os quaes o legislador não podia deixar de se conformar (2). E sendo, como vimos, a disposição do art. 901.º derivada das disposições referidas nas mencionadas legislações estrangeiras, a interpretação que sustentamos é a que, sem discussão, teem dado a essas disposições os commentadores e interpretes nos respectivos paizes (3).

É, comtudo, para lamentar que no codigo de processo civil, cujo art. 518.º repete a disposição do art. 901.º do codigo civil, se não tenha aproveitado o ensejo para, de uma vez, pôr termo ás duvidas e discussões que se teem levantado sobre a interpretação deste artigo e sua combinação com o art. 741.º (4).

(1) V. MELLUCI, *Sistema ipotecario*, p. 53, n.º 4.º

(2) V. sr. dr. ASSIS TEIXEIRA, *obr. cit.*, p. 68.

(3) LAURENT, *obr. e vol. cit.*, n.º 203, p. 216 e o titulo relativo ás hypothecas. Vid. nota (1), p. 216. Sr. dr. ASSIS TEIXEIRA, *obr. cit.*, p. 68. GIORGI, *obr. e vol. cit.*, n.º 414.º, p. 474 e 475. MELLUCI, *Idem di dir. civile cit.*, p. 436 e *Sist. ipotecario cit.*, p. 53, n.º 4.

(4) Tanto mais que esta repetição poderá parecer aos partida-

Em conclusão, pois, se o valor da hypotheca diminue de forma a tornar-se esta insufficiente para garantia da obrigação, independentemente de culpa do devedor, sem que tão pouco seja devida a facto do proprio credor, este tem o direito de exigir que o devedor a reforce; e só quando não tenha logar o reforço é que a obrigação se torna immediatamente exigivel, como se estivesse vencida (art. 901.^o), nos termos do art. 521.^o §§ 1.^o e 2.^o do código de processo civil; isto é, se o reu (devedor) não embarga nem offerece bens para reforço da hypotheca, o juiz profere logo sentença, declarando exigivel a obrigação; se o reu impugna o pedido de reforço por meio de embargos e o juiz os julga improcedentes, considerando procedente o pedido, declara exigivel a obrigação; se, finalmente, offerecendo o reu bens para reforço da hypotheca, e, contestando o auctor (credor) a sufficiencia dos bens offerecidos, o juiz os julga insufficientes, declara por sentença exigivel a obrigação, como se estivesse vencida (1).

Se a segurança hypothecaria diminue por facto do devedor, a obrigação torna-se immediatamente exigivel, podendo o credor pedir o seu cumpri-

rios da opinião contraria um novo argumento a seu favor. V. sr. dr. DIAS DA SILVA, *Processos especiaes civis e commerciaes*, 1.^a parte, vol. 1.^o, n.^o 295, p. 536.

(1) Sr. dr. DIAS DA SILVA, obr. e vol. cit., n.^{os} 300-302, p. 538.

mento ainda antes do prazo marcado (art. 741.^o), quer a hypotheca se tenha tornado insufficiente para garantia da obrigação, quer possa ainda objectivamente, apesar dessa diminuição, assegurar o seu cumprimento, sendo os bens restantes de valor sufficiente para supportar essa responsabilidade (1).

A mesma doutrina cumpre estabelecer relativamente ao penhor, devendo interpretar-se o art. 860.^o n.^o 4.^o, na sua combinação com o art. 741.^o, sobre a base do 901.^o, sendo forçoso reconhecer que conteem preceitos parallellos e correspondentes, e muito embora pelo que respeita ao penhor, em vista da redacção do art. 860.^o n.^o 4, a doutrina que estabelecemos não surja com tanta clareza, e possamos deparar com maiores difficuldades.

Não conteem os codigos civis francez e italiano uma disposição correspondente á do art. 860.^o n.^o 4, nem tão pouco essa disposição se encontrava no projecto do codigo civil hespanhol, a que tantas vezes recorreu o nosso legislador.

(1) Julgamos desnecessario observar que, se os bens hypothecados são, no proprio momento em que se constitue a hypotheca, insufficientes para cobrir o credito garantido, nenhuma pretensão poderá depois fazer valer o credor para assegurar devidamente o seu direito. V. MELUCCI, *Sist. ipotec.* cit., p. 53.

V. *Revista de Legislação e de Jurisprudencia*, vol. VI, p. 41. Sr. dr. ASSIS TEIXEIRA, *obr. cit.*, p. 67.

É nos escriptos dos nossos juristas, cuja doutrina fundamentalmente se inspirava nos preceitos sancionados a esse tempo nos codigos da Prussia e da Austria, e nos ensinamentos de STRICHIO (1), que se encontra a fonte immediata deste artigo.

Na «*Doutrina das Acções*» (2) ensinava CORREIA TELLES, que a acção pignoratícia compete ao credor contra o dono do penhor, se este era alheio ou vicioso, podendo o credor em taes casos pedir outro. E posteriormente, no *Digesto Portuguez* (3), escrevia que, se, ou por facto do devedor, ou por defeitos da coisa empenhada, o penhor ou a hypotheca vem a não ser segurança idonea da divida, o credor tem direito a pedir melhor penhor, ou aliás pode demandar o que lhe é devido, sem demora.

Generalizando, porém, a doutrina de CORREIA TELLES, applicando-a a todos os casos de perda ou diminuição do penhor, seja qual fôr a causa que a produziu, desde que não seja a culpa do credor, nas suas *Instituições de Direito Civil Portu-*

(1) *Samuelis Strichii operum praestant collectio nova* (Hala Magdelburg, 1746) *Usum modernum Pnadectorum*, liv. 13, tit. 7.º, § 18 vol. 1.º, p. 322 — cit. pelo sr. dr. ASSIS TRINTEIRA, obr. cit., p. 74.

(2) *Doutr. das Acções*, edição de 1824, § 322 e nota (2).

(3) *Dig. Portuguez*, tom. 3.º, art. 1202.º

guez (1) escreve COELHO DA ROCHA: «Como o credor só detem o penhor em segurança da divida, se o penhor se perdeu, ou tem diminuido sem culpa sua, pode exigir do devedor melhor penhor, ou o pagamento da divida, ainda que não tenha expirado o prazo».

Encontrando nesta phase, no nosso direito antigo, a doutrina relativa á hypothese em consideração, o auctor do Projecto do codigo civil portuguez adoptou-a sem alteração alguma, introduzindo a no art. 956.º n.º 4.º do seu projecto, redigido nos seguintes termos: «o credor poderá exigir do devedor outro penhor, ou o pagamento da divida, ainda antes do prazo convencionado, se o penhor se perder ou diminuir sem culpa sua». A comissão revisora, em sessão de 26 de junho de 1861, propoz que ao artigo assim redigido se acrescentassem as palavras: «ou fôr reclamado por terceiro a quem pertença e que não haja consentido no penhor»; e approvedo este additamento, votou-se em sessão de 8 de fevereiro de 1865 que a expressão «pagamento da divida» fôsse substituida pela expressão «cumprimento da obrigação» (2).

Parece, pois, evidente que o auctor do projecto,

(1) COELHO DA ROCHA, *Inst. de Dir. Civ. Port.*, tom. 2.º, § 628, n. 5, p. 492.

(2) *Actas das sessões da comissão revisora*, p. 165 e 594.

na generalidade da redacção que deu ao art. 956.º n.º 4.º, abrangia tanto a diminuição do penhor proveniente de facto do devedor, que é a hypothese do art. 741.º do código, como a diminuição proveniente de facto estranho ao devedor, excluída a culpa do proprio credor. Deve, porém, ter-se em vista que o art. 741.º do código, como já sabemos, não tinha correspondente no projecto do VISCONDE DE SEABRA, tendo sido introduzido posteriormente pela commissão revisora, que, em sessão de 6 de fevereiro de 1865, na ultima revisão geral do projecto, resolveu que ao art. 751.º deste, correspondente ao art. 739.º do código, se acrescentassem mais tres artigos, um dos quaes (751.º b) corresponde ao art. 741.º do código (1).

Ora, se a ausencia da materia do actual art. 741.º, confirma a presumpção de que, no artigo 956.º n.º 4.º do projecto primitivo, era intenção do seu auctor comprehender a diminuição proveniente de facto do devedor, é certo comtudo que a introdução posterior do art. 741.º, regulando precisamente esta hypothese, veio alterar radicalmente o plano por elle concebido, impondo uma restricção necessaria á generalidade do art. 860.º n.º 4.º do código.

(1) Os tres artigos então introduzidos leem-se nas *Actas* com a numeração 751 (a), 751 (b) e 751 (c), correspondendo respectivamente aos artt. 740.º, 741.º e 742.º do código. V. *Actas das sessões*, etc., cit. p. 589. Cfr. tambem p. 94 e 385.

Este artigo unicamente comprehende, pois, os casos em que a diminuição ou perda do penhor, salva a excepção nelle expressamente consignada, resulta de facto extranho ao devedor, visto que, quando seja imputavel a este, a situação das partes é regulada pelo art. 741.º, que a este respeito, como vimos em relação á hypotheca, attribue uma importancia e uma significação especiaes ao facto do devedor, cumprindo ter em vista agora as considerações que então fizemos.

E, não obstante a redacção do art. 860.º n.º 4 divergir da do art. 901.º, reproduzindo a expressão de CORNÉLIO DA ROCHA, entendemos que a disposição nelle consignada unicamente abrange a diminuição do penhor que o torne insufficiente para garantia da obrigação, pois que, desde que essa diminuição não tem um valor subjectivo, como facto do devedor que põe em risco as seguranças que elle proprio offereceu, considerada essa diminuição apenas objectivamente, não se justificaria a providencia estabelecida quando a diminuição não affectasse a segurança da obrigação. Nem a redacção do artigo se oppõe a esta interpretação, collocando o legislador a diminuição a par da perda do penhor, como que suppondo em ambos os casos a necessidade de remediar a falta de segurança da divida.

As incoherencias, pois, que á primeira vista se

podem notar, são apenas uma consequência, como fundamentalmente o fazia já notar o annotador do código civil portuguez, de, neste ponto como em muitos outros, ter sido prejudicada a primitiva unidade de systema do projecto, com as subsequentes modificações e a introdução de novos artigos em que nem sempre se respeitava o plano originariamente concebido pelo auctor do projecto.

Pelo que respeita á natureza da acção concedida ao credor, isto é, sobre se d'elle depende absolutamente a escolha entre o reforço do penhor e a exigencia antecipada da obrigação, ainda que se não accete a interpretação formulada pelos jurisconsultos francezes relativamente ao art. 2131.º do código civil do seu paiz, nenhuma duvida podem hoje levantar-se a este respeito, sendo explicito o código de processo civil em estabelecer como subsidiario o direito de exigir o cumprimento da obrigação antes do seu vencimento. Nos termos do art. 524.º §§ 2.º e 3.º deste código, a exigibilidade da obrigação só tem logar quando a impugnação fôr julgada improcedente, ou insufficiente o penhor ou a *hypotheca* que o devedor tenha offerecido em reforço, ou quando o reu deixar correr a acção á revelia.

Introduziu, pois, o código de processo civil uma ampliação importante a este respeito, dando ao credor o direito de pedir novo penhor ou *hypotheca*,

devendo ser feita nestes termos a citação do devedor; e cumpre assim notar a ommissão do § 3.º do citado art. 524.º, que apenas se refere ao penhor, dizendo que o juiz declarará exigível a obrigação se o reu não offerecer um novo, nem deduzir embargos, sendo certo que, se o reu offerecer hypotheca, não pode ser condemnado como revel, visto que a citação tem de ser para dar outro penhor ou hypotheca (art. 524.º) (1).

Tem-se discutido se o possessivo *sua*, da phrase «*sem culpa sua*» empregada no n.º 4.º do art. 860.º, se refere ao credor ou ao devedor; se portanto se exclue a culpa do credor ou a culpa do devedor. Se como observam os que entendem que o pronome se refere ao devedor, considerando que os pronomes desta especie parece deverem referir-se ao nome mais conjuncto, o termo — devedor — delle está mais proximo, é certo, comtudo, que o sujeito da oração principal é o termo — credor —, e a elle deve referir-se o possessivo (2). E quando não bastasse esta consideração, todas as duvidas desapareceriam perante o confronto desta disposição com a passagem de COELHO DA ROCHA que lhe serviu de fonte proxima, da qual o legislador reproduziu a expressão «*sem culpa sua*», e na qual o posses-

(1) Sr. dr. DIAS DA SILVA, obr. e vol. cit., n.º 306, p. 542.

(2) V. DIAS FERREIRA, obr. e vol. cit., p. 71.

devendo ser feita nestes termos a citação do devedor; e cumpre assim notar a ommissão do § 3.º do citado art. 524.º, que apenas se refere ao penhor, dizendo que o juiz declarará exigível a obrigação se o reu não offerecer um novo, nem deduzir embargos, sendo certo que, se o reu offerecer hypotheca, não pode ser condemnado como revel, visto que a citação tem de ser para dar outro penhor ou hypotheca (art. 524.º) (1).

Tem-se discutido se o possessivo *sua*, da phrase «*sem culpa sua*» empregada no n.º 4.º do art. 860.º, se refere ao credor ou ao devedor; se portanto se exclue a culpa do credor ou a culpa do devedor. Se como observam os que entendem que o pronome se refere ao devedor, considerando que os pronomes desta especie parece deverem referir-se ao nome mais conjuncto, o termo — devedor — delle está mais proximo, é certo, comtudo, que o sujeito da oração principal é o termo — credor —, e a elle deve referir-se o possessivo (2). E quando não bastasse esta consideração, todas as duvidas desapareceriam perante o confronto desta disposição com a passagem de COELHO DA ROCHA que lhe serviu de fonte proxima, da qual o legislador reproduziu a expressão «*sem culpa sua*», e na qual o posses-

(1) Sr. dr. DIAS DA SILVA, obr. e vol. cit., n.º 306, p. 542.

(2) V. DIAS FERREIRA, obr. e vol. cit., p. 71.

sivo só podia referir-se ao credor, não se fazendo ali referência ao devedor.

Certo é, porém, que esta divergência, nada importa para a interpretação jurídica do artigo, podendo apenas offerecer um interesse exclusivamente grammatical, pois que, quando se entenda que o possessivo se refere ao devedor, e que é portanto a ausência de culpa do devedor que expressamente considera o legislador, a exclusão da hypothese de o penhor se perder ou diminuir por culpa do credor resulta dos princípios geraes. É, pois, indifferente adoptar uma ou outra solução, visto que as consequencias praticas em nada variariam.

Tem-se, porém, entendido que a cada um dos termos da primeira parte do art. 860.º n.º 4.º corresponde respectivamente cada uma das condicionaes da segunda parte, como se o n.º 4.º do artigo estivesse assim redigido: «de exigir do devedor outro penhor, se o objecto do penhor se perder ou diminuir, sem culpa sua, ou o cumprimento da obrigação, ainda antes do prazo convencionado, se fôr exigido por terceiro a quem pertença, e que não haja prestado o seu consentimento (1).

Mas, além de que a redacção do artigo eviden-

(1) TAVARES DE MEDEIROS, *Estudo sobre o art. 741.º do código civil*, p. 15 e segg. V. *Instituto*, vol. XX, n.º 12, p. 241 e segg.

temente não comporta esta interpretação, que se afasta da significação que naturalmente resulta da disposição dos termos empregados, é certo que as fontes e trabalhos preparatorios desta disposição absolutamente a excluem. Basta, na verdade, attender a que a segunda condicional foi adicionada pela commissão revisora, a que no projecto primitivo apenas se considerava a hypothese de o penhor se perder ou diminuir, estabelecendo-se já para esse caso os dois meios do art. 860.º n.º 4.º, o reforço de penhor e a exigibilidade antecipada da obrigação, e a que era esta a doutrina de COELHO DA ROCHA e de CORREIA TELLES. Vê-se pois que o pensamento do legislador não foi o que se lhe pretende attribuir na interpretação referida, e que a commissão revisora unicamente teve em vista prevenir expressamente outra hypothese que podia verificar-se, equiparando-a, quanto ao regimen juridico, á que já se achava prevenida no projecto, em harmonia com a doutrina dos jurisconsultos.

O artigo estabelece, pois, na primeira parte, os direitos que ao credor pertencem em qualquer dos casos referidos na segunda parte; qualquer desses direitos é-lhe conferido em qualquer desses casos.

Nem podia deixar de assim ser, não havendo de contrario a harmonia que necessariamente deve existir entre esta disposição e a do art. 901.º, relativa á hypotheca.

Consideramos, porém, inteiramente inadmissível a distincção que, em relação á segunda hypothese prevenida na ultima parte do art. 860.º n.º 4.º, de ser empenhado por o devedor um objecto pertencente a um terceiro que não tenha consentido no penhor, pretende fazer o douto auctor das *Obrigações a prazo*, segundo o qual, se o devedor, empenhando um objecto que não lhe pertencia, procedeu de boa fé, é applicavel o art. 860.º n.º 4.º, mas se, conhecendo os vicios da sua posse, procurou dissimula-los, e se fingiu senhor do objecto, deve applicar-se o art. 741.º, podendo desde logo o credor exigir o cumprimento antecipado da obrigação.

Não vemos, na verdade, como no art. 741.º se possa comprehender a hypothese de o possuidor de má fé dar como penhor o objecto que não lhe pertence. Deve attender-se a que neste artigo se considera o caso de diminuirem as seguranças estipuladas no contrato a favor do credor, sendo essa diminuição imputavel ao devedor, derivada de *facto* delle, comprehendendo-se nesta expressão tanto a culpa, simples negligencia, como o dolo ou má fé. No caso que estamos figurando, não se trata evidentemente de diminuição das seguranças prestadas, não tendo sido validamente estipulada segurança alguma. A hypothese é fundamentalmente diversa da que o legislador tinha em vista ao re-

digir o art. 741.º Nesta disposição supõe o legislador que, entre as partes, fôram validamente estipuladas diversas garantias para segurança da obrigação, e que em seguida o devedor diminua e põe em risco as garantias que de facto asseguravam o cumprimento da obrigação. Não é este, certamente, o caso da hypothese prevenida na parte final do art. 860.º n.º 4.º O legislador equipara-a, de um modo absoluto, á hypothese ali prevenida em primeiro lugar, á perda ou diminuição do penhor, nos termos estabelecidos, objectivamente considerada; porisso é sempre a sancção do art. 860.º n.º 4.º que cumpre applicar, e teve o legislador que a designar expressamente, muito embora pareça tratar-se de um caso manifesto de perda do penhor, porque, achando-se definidos e especificados em outro lugar os casos em que pode dar-se a perda do objecto, sendo limitados ás especies: de perecer a coisa, de ser posta fóra do commercio e de desaparecer de modo que se não possa recuperar, ou que della se não saiba (art. 717.º § 1.º do cod. civ.), não podia a hypothese em consideração julgar-se comprehendida na generalidade dos termos *«se o objecto do penhor se perder»*. Quando o devedor proceda dolosamente, fingindo-se senhor do objecto que offerece para segurança da obrigação, empenhando-o como se fôsse seu, a sancção não é a do art. 741.º, mas aquella que o douto

professor, cuja opinião combatemos, entende que accresce á do referido artigo, isto é, a sancção que o código penal estabelece para o crime de burla (1).

Relativamente á fiança, preceitua o art. 825.º do código civil que, «se o fiador prestado mudar de fortuna, de modo que haja risco de insolvencia, poderá o credor exigir outro fiador».

Muito embora este artigo não dê expressamente ao credor a faculdade de exigir o cumprimento da obrigação, no caso de não se reforçar a fiança, era já esta a doutrina que no dominio exclusivo do código civil cumpria deduzir das disposições correspondentes relativas á hypotheca e ao penhor, e que, em face deste código, sustentava o auctor das *Obrigações a prazo* (2). Esta doutrina resulta hoje expressamente do art. 525.º do código de processo civil, que declara o disposto no artigo antecedente, relativamente ao credor que, nos termos do art. 860.º n.º 4.º do código civil, tiver direito a exigir outro penhor, egualmente applicavel ao credor que pretender exigir outro fiador nos termos do art. 825.º do mesmo código, e do disposto no § unico do mesmo art. 525.º (3).

(1) Sr. dr. ASSIS TEIXEIRA, obr. cit., pag. 82.

(2) Sr. dr. ASSIS TEIXEIRA, obr. cit., p. 90.

(3) Art. 525.º § unico: «declarada exigivel a obrigação, seguirá

Relativamente á fiança, em virtude da propria natureza desta garantia, fica naturalmente sem applicação o preceito do art. 741.º, não podendo, portanto, notar-se desharmonia entre este artigo e o referido art. 825.º, nem pretender-se a necessidade de conciliar as respectivas providencias, á semelhança do que se dá em relação á hypotheca e ao penhor, contrariamente ao que já se tem entendido, alludindo-se aos «termos genericos em que o art. 825.º estabelece o direito do credor a exigir outra fiança, no caso de a primeira ter diminuido a ponto de haver risco de insolvencia», entendendo-se que nessa generalidade se pode tambem comprehender o caso da diminuição provir de facto do devedor (1), esquecendo-se, porém, evidentemente, a natureza desta garantia, em que é um terceiro que responde pela obrigação do devedor, assegurando o seu cumprimento, e a propria redacção do art. 825.º

Foi certamente por estas considerações que DIAS FERREIRA apenas estabeleceu o confronto, e alludiu a desharmonias, entre o art. 741.º e os artt. 901.º e 860.º n.º 4.º; e por este mesmo motivo se explica tambem, sem duvida, o silencio que

a execução no mesmo processão». V. Sr. dr. DIAS DA SILVA, obr. e vol. cit., n.º 309, p. 544.

(1) Sr. dr. ASSIS TEIXEIRA, obr. cit., p. 89.

neste ponto guarda igualmente o sr. dr. DIAS DA SILVA.

Tem-se discutido se a alienação do predio hypothecado se deve considerar como uma diminuição da garantia hypothecaria, pela qual o devedor deva incorrer nas sanções estabelecidas na lei para este caso. Grandes divergencias se notam a este respeito na doutrina e na jurisprudencia franceza, onde a questão tem sido particularmente debatida, em face do art. 1188.º do codigo civil e das differentes disposições da lei hypothecaria.

De um modo geral, a determinação dos casos em que ha diminuição das seguranças estipuladas é mais uma questão de facto do que de direito, devendo estabelecer-se que tem logar essa diminuição sempre que se constate que a garantia prestada se tornou menos idonea para assegurar o cumprimento da obrigação.

Relativamente á garantia hypothecaria, entendemos que a simples alienação do predio hypothecado em nada diminue a segurança do credito; o predio por esse facto não perde o seu valor, nem tão pouco se alteram os direitos do credor. A hypotheca não se torna, portanto, inefficaz, e a garantia da obrigação nada soffre com a alienação.

Deverá, porém, entender-se que a garantia soffre

..

uma diminuição quando a alienação é parcial, por haver então um desmembramento, importando este uma depreciação dos bens que asseguram o credito? As mesmas divergencias se notam a este respeito entre os escriptores, e a mesma fluctuação se observa sobre este ponto na jurisprudencia. Em harmonia, porém, com o que acima dissémos, entendemos que se não pode decidir *a priori* se da alienação parcial do predio deriva prejuizo para o credor, e se esta representa portanto diminuição das seguranças estipuladas a seu favor. Certo é, contudo, que o simples facto da alienação parcial não significa por si, não importa por sua natureza uma diminuição da garantia hypothecaria, ficando intactos os direitos do credor, e podendo até o predio desmembrado augmentar de valor em consequencia desse desmembramento, em vez de soffrer uma depreciação. O devedor tem, certamente, o direito de alienar, quer total quer parcialmente, visto que ao credor apenas pertence o direito de ser pago pelo valor do predio hypothecado; e a alienação parcial não compromette, na verdade, os direitos do credor, visto que este conserva, como no caso de alienação total, a faculdade de se fazer pagar do seu credito pelo valor do predio onerado. Em nada affecta, pois, em principio, essa alienação as seguranças da divida.

Observam os partidarios da opinião contraria,

geralmente sustentada, que, do desmembramento da propriedade hypothecada pode resultar uma depreciação da parte alienada e da parte que o devedor conserva. Trata-se, porém, de uma simples possibilidade de prejuízo manifestamente insuficiente para estabelecer a diminuição da garantia hypothecaria. Poderá, de facto, da alienação parcial resultar, num caso concreto, uma diminuição de valor para as parcellas desmembradas; cumprirá, porém, então provar essa diminuição de valor ou demonstrar que a alienação tornou insuficiente a garantia prestada. Independentemente dessa prova, o simples facto da alienação parcial, considerado em abstracto, não significa uma diminuição das seguranças do credito.

Nem pode argumentar-se com o augmento de despesas que importa a perseguição em separado de diversos possuidores dos bens cujo valor garante a obrigação do devedor, visto não ser o crente quem supporta esse encargo, sendo certo, além disso, que nunca esse prejuízo, nem tão pouco os incommodos e embaraços que porventura lhe cause a necessidade de proceder contra varias pessoas, poderiam ser tomados em consideração a este respeito, cumprindo apenas determinar se a alienação parcial importa uma diminuição da segurança hypothecaria. E é esta circumstancia que em geral deverá ter-se em attenção, em face das razões com

que na jurisprudencia franceza se pretende justificar a opinião opposta (1).

Sendo o devedor privado do beneficio do termo, por qualquer dos motivos designados no art. 741.º, pode o credor proceder immediatamente contra elle, como se a obrigação não fôra a prazo, realizando todos os actos de execução que tiver por convenientes para tornar effectivo o seu direito, independentemente de qualquer decisão judicial que declare o devedor privado do beneficio do termo, visto que esta consequencia se verifica de pleno direito, não exigindo a lei a sua declaração em juizo. É certo que nem sempre se pode decidir com precisão quando deve ter logar esta situação do devedor, sendo por vezes difficil determinar, não só se o devedor se tornou insolvente, como tambem se os seus actos importam diminuição das seguranças estipuladas. Isto não obsta, porém, a que o credor possa proceder contra elle e perseguir-lo em juizo para obter o cumprimento da obrigação; e quando este constate o seu estado de insolvencia ou a diminuição da garantia prestada,

(1) LAURENT, obr. e vol. cit., n.ºs 206 e 207, p. 218 e segg. DEMOMBE, obr. e tom. cit., n.º 685, p. 641. LAROMBIERE, obr. e tom. cit., art. 1188.º, n.º 15, p. 490. COLMET DE SANTERRE, obr. e tom. cit., n.º 11 bis, IV, p. 183. GIORGI, obr. e vol. cit., n.º 414, p. 474.

proveniente de facto proprio, a auctoridade judicial decidirá a contestação; e se verificar que o devedor não incorreu na perda do beneficio do termo, annullar-se-hão os actos de execução praticados, e o credor pagará as despesas que com elles se tenham feito, devendo ainda ser condemnado a uma indemnisação de perdas e danos quando tenha prejudicado o credito do devedor com os actos de execução que precipitadamente haja praticado sem direito.

Exigindo o credor o cumprimento immediato da obrigação, não pode o devedor pretender o desconto correspondente ao tempo que ainda faltava para expirar o termo, muito embora, quando se trate de uma obrigação que não vença juros, o cumprimento antecipado importe uma vantagem consideravel para o credor, que ficará desde então gozando de uma cousa que apenas deveria receber ao cabo de um determinado espaço de tempo. Por mais dura e rigorosa que se afigure esta doutrina, é uma consequencia necessaria da comminação em que incorre o devedor, a que não é extranha a ideia de penalidade, como o confirma a discussão do código commercial francez, durante a qual, tendo sido proposto o desconto por um dos membros da commissão legislativa, foi esta proposta regeitada por se entender que a perda do beneficio do termo devia ter o character de uma pena contra o devedor,

e nunca affectar os interesses do credor, obrigando-o a pagar um desconto que lhe poderia causar prejuizos.

É, porém, evidente que, no caso de os juros estarem capitalizados ou accumulados na somma devida, pode o devedor exigir a deducção dos juros posteriores ao momento em que effectuou o pagamento, não devendo senão os juros vencidos até á data deste, e não podendo o credor exigir senão os que lhe são devidos. É a doutrina que se acha expressamente sancionada, relativamente ao caso de fallencia, no art. 199.º § 2.º do codigo de processo commercial, no qual se preceitua que dos credits não vencidos, que só por effeito da fallencia ficam exigiveis, serão descontados os juros que nelles se achem accumulados ou capitalizados, relativos ao prazo que faltava para o seu regular vencimento (1).

Nos casos designados no art. 741.º a obrigação torna-se immediatamente exigivel, como se tivesse expirado o termo concedido ao devedor, mas entre estas duas hypotheses existem differenças impor-

(1) V. LAURENT, obr. e tom. cit., n.ºs 210 e 211, p. 225. LOCRÉ, obr. cit., t. VII, p. 161; *Discussion au Conseil d'État sur l'article 1188*. LAROMBIÈRE, obr. e tom. cit., art. 1188 n.º 27, p. 502. DEMOLOMBE, obr. e tom. cit., n.ºs 696 e 697, p. 650. GIORGI, obr. e vol. cit., n.º 415, p. 475.

tantes, produzindo-se num e noutro caso effeitos juridicos diversos.

Assim é que, em primeiro lugar, nem sempre é admissivel a compensação com os creditos que se tornem exigiveis por força do disposto no art. 741.º. Com effeito, no caso de fallencia do devedor, se se admittisse a compensação, destruir-se-hia a egualdade entre os credores chirographarios, visto que devendo estes, quando os bens do devedor não cheguem para completo embolso de todos, receber todos apenas a quota que lhes conber no rateio dos valores da massa, aquelle com cuja divida se operasse a compensação receberia até á concorrência do montante dessa divida, sendo assim integralmente embolsado. Porisso justamente preceitua o art. 200.º § 1.º do codigo de processo commercial que, quando haja creditos reciprocos não compensaveis nos termos geraes estabelecidos no codigo civil, pagará o devedor á massa integralmente o seu debito, e, não tendo privilegio ou preferencia, receberá em pagamento do seu credito apenas a percentagem que lhe couber, excluindo deste modo a compensação com os seus creditos que ainda não estivessem vencidos e que apenas por effeito da fallencia fiquem exigiveis.

No caso de a obrigação se tornar exigivel em consequencia de diminuição das seguranças estipuladas, não subsistem de certo as graves razões

que levam a excluir a admissibilidade da compensação no caso de fallencia do devedor; comtudo a quasi totalidade dos escriptores apenas a admitte neste caso, quando a perda do beneficio do termo tenha sido decretada expressamente por sentença condemnando o devedor ao cumprimento da obrigação antes do prazo convencionado, ou quando a exigibilidade da obrigação tenha sido accordada entre as partes (1).

Graves duvidas se levantam, porém, pelo que respeita á fiança que garante a divida a termo, divergindo as opiniões dos jurisconsultos quanto aos effeitos, em relação ao fiador, da perda do beneficio do termo, pelas causas indicadas no art. 741.º. Assim é que alguns entendem que o credor pode tambem proceder contra elle, exigindo-lhe o pagamento da divida; outros distinguem o caso de a perda do beneficio do termo resultar da insolvencia do devedor, do caso de ella derivar da diminuição das seguranças estipuladas, e apenas no primeiro caso sujeitam o fiador aos effeitos desta comminação (2); outros finalmente sustentam que a perda do termo nunca pode prejudicar o fiador,

(1) LAURENT, obr. e vol. cit., n.º 213, p. 226. LAROMBIÈRE, obr. e tom. cit., art. 1188 n.º 22, p. 497. AUBRY ET RAU, *Cours de droit civil français*, t. IV, § 303, notas (18) e (19), p. 90.

(2) DURANTON, obr. e vol. cit., n.º 120.

visto este se ter obrigado apenas a cumprir subsidiariamente a obrigação, no fim do prazo estipulado, e não poder ser privado desse benefício por um facto d'outrem, facto de que, independentemente de declaração expressa em contrario, se não pode entender que tenha querido assumir a responsabilidade (1).

Afigura-se-nos, porém, exacta a opinião referida em primeiro lugar. É esta, na verdade, a doutrina que resulta da propria natureza da fiança, que representa uma obrigação accessoria, garantia de outra obrigação. Assegurando o fiador o cumprimento da obrigação assumida pelo devedor, quando este a não cumpra, se o devedor perde o benefício do termo, sendo a obrigação desde logo exigível contra elle, não pode deixar de o ser também contra o fiador, que assegura então o seu cumprimento como se não tivesse sido estipulado termo algum, visto que a fiança é uma obrigação accessoria, que tem por objecto proprio a garantia da obrigação principal, não podendo porisso deixar de seguir a sorte desta, effectivando-se essa garantia logo que esta seja exigível.

Só quando, independentemente da estipulação do termo para o cumprimento da obrigação garantida,

(1) GIORGI, obr. e vol. cit., n.º 416, p. 476. DEMOLOMBE, obr. e tom. cit., n.º 707, p. 657 e os auctores ali citados.

tivesse sido estipulado um termo a favor do fiador, poderia ficar differida a sua responsabilidade, não obstante a obrigação se ter tornado exigivel contra o devedor antes do prazo convencionado.

Nem é legitima a consideração de que o fiador contou com o termo estabelecido para o cumprimento da obrigação pelo devedor, esperando que antes desse prazo não lhe fosse reclamada a sua responsabilidade, porquanto é certo que do mesmo modo deveria contar com a eventualidade de um pagamento antecipado, sabendo que o devedor poderia ser privado do beneficio do termo, e a obrigação tornar-se exigivel antes do prazo convencionado. Não deve pois entender-se que é necessaria, como pretende GIORGI, uma declaração de vontade expressa, para se julgar que o fiador se sujeita a esta contingencia, cumprindo, pelo contrario, exigir essa declaração, para que o credor não possa proceder immediatamente contra o fiador quando a obrigação do devedor se torne exigivel, pois que o cumprimento da sua obrigação não pode ser differido independentemente da estipulação de um termo.

Tem-se discutido egualmente se, sendo privado do beneficio do termo um devedor solidario, a divida se torna tambem immediatamente exigivel contra os outros condevedores. Entre os jurisconsultos franceses, a opinião geralmente seguida, conforme

o testemunho de LAURENT, é a de POTHIER, segundo o qual os condevedores solidarios continuam gozando do termo, não podendo portanto o credor exigir de qualquer delles o cumprimento da obrigação, nem o devedor que tenha pago exercer contra elles o direito de regresso pela quota que a cada um pertence na obrigação, antes de decorrido o prazo estipulado. Observa o notavel jurisconsulto francez, que não podem os condevedores, independentemente da sua vontade, ser obrigados a mais do que aquillo a que se quizeram obrigar (1). Havendo na responsabilidade solidaria, pondera neste sentido LAURENT, tantos vinculos differentes quantos os condevedores, visto cada um se responsabilisar pela totalidade da obrigação, como se fosse o unico devedor, a perda do beneficio do termo que occorra em relação a um dos devedores, não pode fazer com que os outros fiquem egualmente privados da dilação para o cumprimento da obrigação. Conservando o credor contra elles todos os direitos que lhe confere o contracto, cumprirá tambem respeitar integralmente o direito dos devedores (2).

(1) POTHIER, *Des obligations*, n.º 236.

(2) LAURENT, obr. e tom. cit., n.º 227. A nossa opinião é sustentada por DEMOLOMBE, obr. e tom. cit., n.º 703, p. 651. DURANTON, obr. cit., t. VI, n.º 112, p. 261. RODIÈRE, *De la solidarité et de l'indivisi-*

Em face, porém, da nossa legislação civil, attendendo á natureza e aos effeitos da solidariedade passiva, entendemos que se deve sustentar a exigibilidade antecipada de toda a divida em relação a todos os condevedores.

Considerando em primeiro logar o caso de insolvencia de qualquer dos co-obrigados, justamente observa BARBOSA DE MAGALHÃES, que, se nas obrigações correaes um só responde por todos e todos respondem por um só, o perigo que um dos devedores manifesta de não cumprir a obrigação ha-de necessariamente reflectir-se sobre todos. Não deve, pois, causar estranhesa que o beneficio do prazo, negado a um dos devedores, se considere perdido em relação a todos, do mesmo modo que o beneficio da prescrição, quando perdido para um, o é para todos.

Não pode portanto dizer-se com LAURENT, que, havendo na obrigação solidaria tantos vinculos quantos os devedores, bem se comprehende que a perda do beneficio do termo em que incorra um dos condevedores não importe a perda do mesmo beneficio por parte dos outros, ou que, se a divida solidaria é *uma* quanto ao objecto, é multipla quanto ás pes-

bilité, n.º 36, p. 37. GIRONI, obr. e vol. cit., n.º 416, p. 476 e vol. I, n.º 160.

soas, podendo assim a exigibilidade antecipada ferir a totalidade da obrigação e não ferir a totalidade dos devedores (1), porquanto, precisamente porque a obrigação é una quanto ao objecto, esses vinculos não são independentes entre si; ha entre elles uma unidade, que por assim dizer se estabelece pela singularidade do credor. Qualquer dos devedores responde como se fosse o unico devedor, responde pela totalidade da obrigação, como se houvesse uma obrigação simples, como se houvesse um só obrigado; porisso, perdido o beneficio da prescrição, delle ficam privados todos os devedores, porisso, perdido o beneficio do termo, em relação a todos os co-obrigados se dá a exigibilidade antecipada da obrigação. Se um dos devedores perde o beneficio do termo, isso significa que a sua obrigação, que é a de qualquer dos co-obrigados, se torna immediatamente exigivel, que a lei considera a obrigação nesse momento como pura e simples; porisso a perda do termo affecta necessariamente, em virtude da propria solidariedade, a totalidade dos devedores, visto que todos por ella respondem e de qualquer delles pode ser exigido o seu cumprimento.

(1) Sr. dr. ASSIS TEIXEIRA, *Das obrigações a prazo segundo o código civil portuguez*, p. 45. DEMOLOMBE, *obr. e tom. cit.*, n.º 703, p. 654.

O art. 741.^o, como regra geral das convenções, inscrevendo-se o título em que se acha collocado — *Dos contractos e obrigações em geral* —, não pode deixar de se applicar ás obrigações solidarias, e quando se interpretasse no sentido de que a perda do prazo não attinge a totalidade dos devedores, contrariar-se-hia os effeitos da solidariedade. Na verdade, se o credor de uma prestação, a que são solidariamente obrigados varios devedores, tem o direito de exigir de qualquer delles a totalidade da divida, e se essa totalidade se torna exigivel pela insolvencia de um só, não poderiam nunca conciliar-se estes dois direitos quando se não admittisse a exigibilidade antecipada em relação a todos os condevedores. Nem pode certamente negar-se ao credor o direito de demandar conjuncta ou separadamente todos os co-obrigados, e quando se entendesse o art. 741.^o no sentido de que a perda do prazo nelle comminada apenas attinge o devedor insolvente, como muito bem observa BARBOSA DE MAGALHÃES, nem o credor poderia exigir a divida de todos os condevedores ao mesmo tempo, nem, no caso de fallencia, rigorosamente poderia concorrer á massa fallida senão pela parte proporcional daquelle, o que corresponderia a faze-lo renunciar neste caso á solidariedade. Esta deixaria então de representar para elle uma garantia e uma vantagem, visto que, como diz ainda o citado juris-

omnibus, tendo o direito de instaurar uma acção só, para haver o seu credito, com poucas despesas e poucas incommodas, ver-se-hia obrigado a habilitar-se como credor á massa fallida, a soffrer todos os contratempos e delongas de um processo de quebra, e, no caso de não ser pago integralmente, o que é provavel, iria depois voltar-se contra os outros, que a esse tempo poderiam estar implicados na fallencia do primeiro (1).

Pelo que respeita á diminuição das seguranças prestadas, que não provenha de facto do devedor, relativamente á hypotheca, ao penhor e á fiança, a exigibilidade immediata contra qualquer dos devedores resulta expressamente dos artt. 901.º, 860.º n.º 4.º e 825.º que comprehendem, como dissemos, a hypothese de a diminuição occorrer por causa differente do facto do devedor, e não podem deixar de se applicar ás obrigações solidarias; e não só se deduz da letra da lei, que declara exigível a divida, mas da circumstancia de que é manifesto, no caso de a diminuição provir de força maior ou facto de terceiro, que essa exigibilidade se dá essa relação a todos os condevedores; dá-se pois evidentemente em relação a todos, quando a diminuição provenha de facto de um dos devedores, e não podia deixar

(1) BARROSA DE MAGALHÃES, *Das obrigações solidarias em direito civil portuguez*, n.º 241, p. 244 e notas (1) e (2).

tamente observa BARBOSA DE MAGALHÃES, a solidariedade é como que a negação deste principio. É na materia das obrigações solidarias que se encontra o maior numero de excepções a esta regra; assim é que a insolvencia de um dos devedores, recai proporcionalmente sobre os outros, sendo a sua quota repartida entre todos (art. 754.º); que, se um só dos devedores reconhecer a divida, a prescripção é interrompida contra todos, e, de um modo geral, as causas que interrompem a prescripção em relação a um dos devedores solidarios a interrompem a respeito dos outros condevedores (art. 554.º); que, havendo varios mandatarios *in solidum*, respondem todos pelos erros, negligencias ou culpas de um só (argum. do art. 1341.º).

Quando, porém, se reconhecesse sufficiente o citado principio para excluir a exigibilidade anticipada em relação a todos os devedores, cumpriria invoca-lo tambem para salvaguardar os direitos do credor, de quem egualmente será licito dizer que não pode ser prejudicado com um facto de que lhe não cabe responsabilidade alguma.

Deve, pois, ter-se em vista o caracter especial das obrigações solidarias. A solidariedade, como justamente observa o jurisconsulto de cuja auctoridade tantas vezes nos temos já soccorrido nesta materia, não liga os devedores para o favoravel sómente, mas tambem para o que lhes pode ser

prejudicial. «Quasi somos em dizer que se não concebem obrigações correaes, nem as que tem origem no contracto, nem as que derivam da lei, em favor e beneficio dos devedores. É justo que o favoravel lhes aproveite; mas é certo que não é esse o principal fim da solidariedade estipulada ou legal (1). Por meio della os co-obrigados responsabilizam-se reciprocamente uns pelos outros, em relação ao credor; são verdadeiros fiadores mutuos da divida; confundem as suas personalidades de modo a constituirem uma só individualidade juridica; a co-obrigação reside por assim dizer numa entidade abstracta, de que cada um delles por si, ou todos juntamente são mandatarios e representantes. Como hão-de portanto allegar em sua defeza o principio que renunciaram? Não seria manifestamente absurdo que o fiador buscasse pela mesma forma eximir-se ao cumprimento da obrigação afiançada no caso do devedor faltar» (2).

Cumpra além disso notar que, invocar este principio e argumentar com elle para estabelecer a

(1) É a este respeito eloquente o confronto dos artt. 513.º e 554.º do codigo civil, segundo os quaes, a aquisição pela prescrição só aproveita aos condevedores solidarios que reunirem todas as condições que a lei exige para isso, e, pelo contrario, a interrupção da prescrição prejudica incondicionalmente todos os condevedores. V BARBOSA DE MAGALHÃES, obr. cit., p. 251, nota (1).

(2) BARBOSA DE MAGALHÃES, obr. cit., n.º 245, p. 251.

doutrina de que os devedores solidários não são prejudicados com a perda do benefício do termo em que incorra um d'elles, importa manifestamente uma petição de principio, visto que justamente o que se pretende resolver é se o principio: *summa et alterius facto praegravari debet*, se applica ou não ás obrigações solidárias.

Attenda-se ainda a que a comminação do art. 741.º não tem exclusivamente o character de uma pena contra o devedor, representando tambem uma garantia do direito do credor.

Não é, tão pouco, legitima a objecção de que o termo é um favor do contracto, ao passo que a prescrição, cuja perda a lei torna extensiva a todos os devedores, é um favor da lei, não podendo portanto estabelecer-se qualquer paralelo entre um e outro, visto que, as consequencias das convenções teem todas o mesmo valor e a mesma força obrigatoria, quer partam da lei, quer do uso, quer da vontade dos pactuantes (1).

Entendemos, tambem ser doutrina incontestavel que o credor pode demandar o terceiro possuidor do predio hypothecado, ainda antes do vencimento do prazo, quando o devedor tenha sido privado do beneficio do termo, visto que a hypotheca é um

accessorio do credito e um encargo que acompanha o predio, de modo que, logo que o credito se torne exigivel, respondendo o predio pelo seu pagamento, pode o credor pedir essa responsabilidade a um terceiro para cujo poder o predio tenha passado, tendo contra elle os mesmos direitos que contra o devedor. Não poderá certamente o terceiro possuidor invocar o termo estipulado num contracto a que é absolutamente extranho, aproveitando-se desse beneficio não obstante o devedor ter sido d'elle privado (1).

Tem-se discutido tambem, em face da generalidade em que está concebido, e da inscripção do titulo em que está collocado, se o art. 741.º se applica, ou não, ás obrigações garantidas por hypoteca; e identica discussão tem tido logar na doutrina e jurisprudencia francesas, relativamente ao art. 1188.º do Codice Napoleão (2).

A questão só pode debater-se, em harmonia com a doutrina que até aqui temos estabelecido, relativamente ao art. 741.º, emquanto dispõe que, fallindo o devedor, a obrigação torna-se exigivel antes

(1) V. LAURENT, obr. e tom. cit., n.º 215, p. 228. GIORGI, obr. e vol. cit., n.º 416, p. 477.

(2) DEMOLOMBE, *Traité des contrats*, tom. II, n.º 658, p. 625. MARCADIÉ, *Explication theorique et pratique du C. Napoléon*, cit. por sr. dr. ASSIS TEIXEIRA, obr. cit., pag. 40, nota (1).

do prazo fixado, visto que, pelo que respecta à hypotheca de diminuição das seguranças prestadas, quando esta não provenha de culpa do devedor, para a garantia hypothecaria regula o art. 901.^o, e quando seja devida a facto d'elle, não vemos em que possa soffrer duvida a applicação do art. 741.^o. Cumprê, portanto, determinar apenas se, no caso de insolvencia do devedor, a comminação do art. 741.^o é applicavel tambem ás obrigações garantidas por hypotheca.

A opinião negativa foi sustentada numa sentença publicada na revista «O Direito», allegando-se, em primeiro lugar, que o art. 741.^o só pode applicar-se ás obrigações pessoaes do fallido, e não áquellas que teem por garantia a sua propriedade, a qual nos empréstimos hypothecarios é que responde pelas obrigações contrahidas (art. 892.^o, cod. civ.), e em segundo lugar que, o art. 901.^o só dá ao credor o direito de exigir o inteiro pagamento da divida, no caso da hypotheca se tornar insufficiente e o devedor não a querer ou não poder reforçar, confirmando assim a interpretação dada ao art. 741.^o (1). É, pois, o art. 901.^o, segundo a referida sentença, que regula a exigibilidade ante-

(1) Sentença de 23 de dezembro de 1871, publicada n'«O Direito», anno 4.^o, n.^o 12, p. 180 e seg.

cipada das obrigações hypothecarias a prazo, e não o art. 741.º, que se applica exclusivamente ás obrigações pessoais, ou que não forem garantidas com hypotheca.

Certo é, porém, que o art. 741.º está redigido em termos geraes que não permitem distinguir entre obrigações hypothecarias e obrigações pessoais, e *ubi lex non distinguit, nec nos distinguere debemus*. Nem se justificaria esta distincção nos termos em que se pretende estabelecer, com o alcance que se lhe attribue, porquanto, se pelas dividas hypothecarias responde especialmente a propriedade, nada nos auctoriza a decidir que por essa obrigação responde esta exclusivamente, cumprindo reconhecer, pelo contrario, que o credito pessoal não deixa de representar uma segurança do credor, quando a obrigação se apoia particularmente numa garantia real.

Não é licito suppôr tão pouco que a insolvencia do devedor nunca pode prejudicar o credito garantido com hypotheca, só porque o onus hypothecario acompanha a propriedade através de todas as alienações que possam ter logar. Attenda-se ainda neste caso a que, se os creditos hypothecarios estivessem exceptuados da disposição do art. 741.º, e não podessem, portanto, ser exigiveis como outros quaesquer, no caso de insolvencia do devedor, não poderia effectuar-se a liquidação geral a

que então se deve proceder, sendo certo que, como dissemos, um dos fundamentos da exigibilidade antecipada, no caso de insolvencia do devedor, está no interesse de realizar a repartição equitativa do activo deste pela totalidade dos credores.

O art. 901.º regula a exigibilidade antecipada das obrigações hypothecarias, no caso de a hypotheca se tornar insufficiente, mas nada contem que exclua a exigibilidade por qualquer outro fundamento, nem mesmo a circumstancia de só a estabelecer como subsidiaria do reforço da hypotheca, preceito que egualmente se refere exclusivamente ao caso de se tornar insufficiente a hypotheca, e porisso declarando de um modo geral o art. 741.º a insolvencia como uma causa de exigibilidade antecipada, não pode deixar de se admittir que, fallindo o devedor, a obrigação se torna immediatamente exigivel, mesmo quando esteja garantida com hypotheca. A exigibilidade antecipada das obrigações hypothecarias não é, portanto, exclusivamente prevista e regulada pelo art. 901.º, como se suppõe na sentença a que acima nos referimos.

A inconsequencia da doutrina que regeitamos resulta ainda de que, nesse systema, os credores hypothecarios seriam tratados com maior rigor do que os simples credores communs; os creditos não garantidos gozariam de vantagens que seriam ne-

gadas aos creditos privilegiados, de modo que, a garantia hypothecaria, em vez de favorecer, iria prejudicar a acção pessoal do credor (1).

(1) V. sr. dr. ASSIS TEIXEIRA, obr. cit., p. 40 e seg. DELVINCOURT, *Cours de C. civil*, II, p. 491 e DEMOLOMBE, *Tr. des contr.*, II, n.º 659, p. 627.

CAPITULO IV

No direito romano não era permittida a instituição de herdeiro com tempo determinado, como se vê do § 9.º de *heredibus instituendis*, das *Institutas*: «*heres et pure et sub condicione institui potest: ex certo tempore, aut ad certum tempus non potest, veluti, post quinquennium quam moriar; vel ex callendis illis, vel usque ad callendas illas heres esto. Denique diem adjectum haberi pro supervacuo placet; et perinde esse, ac si pure heres institutus esset*».

Não sendo conhecida a instituição de herdeiro no direito consuetudinario francez, que considerava o direito successorio como uma consequencia do direito familiar, não inseriu o legislador francez no codigo civil disposição alguma prohibindo a instituição de herdeiro *in diem* ou *ex die*.

A doutrina do direito romano foi, porém, expressamente sancionada nalguns dos codigos anteriores ao codigo civil italiano, como o codigo da Sardenha (art. 823.º), o codigo parmense (art. 679.º)

e o código estense (art. 750.^o), e bem assim no código civil italiano, que no art. 851.^o declara que se tem por não escripto, na disposição a título universal, o dia em que ella deva começar ou cessar.

Do mesmo modo, no nosso código civil preceitua o art. 1747.^o que: «a designação do tempo, em que deva começar, ou cessar o effeito da instituição de herdeiro, ter-se-ha por não escripta».

Apenas se considera, porém, neste artigo a disposição em que o testador quizesse indicar o momento em que o instituido deveria começar a ser herdeiro, a revestir essa qualidade, ou o momento em que a deveria perder, o dia em que cessaria de ser herdeiro; apenas se condemna a disposição em que o testador pretendesse suspender, não simplesmente a execução da instituição, ou seja a entrega da herança, mas a propria existencia do direito que com a instituição se tem em vista attribuir, isto é, o effeito da instituição, como claramente se exprime o artigo.

É o que demonstra ainda o confronto desta disposição com o art. 1810.^o, em que se tem em vista a clausula de tempo que apenas suspenda a execução da disposição, e se declara que ella não impede que o herdeiro adquira o direito á herança.

A razão que justificava o texto das *Institutas*, a consideração de que a instituição com tempo determinado (*in diem vel ex die*) não podia conciliar-se

com o principio fundamental do systema successorio do direito romano: *nemo pro parte testatus et pro parte intestatus decedere potest*, contrariando egualmente a continuidade da qualidade de herdeiro: *semel heres, semper heres*, não poderia ditar uma disposição correspondente no direito moderno, que admitte como principio fundamental do direito successorio a coexistencia das successões legitima e testamentaria. Tinha, porém, o legislador que respeitar o principio, sancionado no art. 2011.^o, de que a transmissão do dominio e posse da herança para os herdeiros, quer instituidos, quer legitimos, se dá desde o momento da morte do auctor della; e não teria sido porventura estranha ao seu espirito a consideração de que, a instituição de herdeiro, até um certo tempo ou a começar num determinado momento, podia ser um meio de illudir a disposição da lei que prohibe as substituições fideicommissarias (art. 1867.^o) (1). Cumpria-lhe, pois, impedir a designação, na instituição de herdeiro, de um momento em que esta devesse começar ou cessar de produzir effeito, e considerar portanto como não escripta, quando não quizesse que ella annullasse o testamento, a clausula que a contivesse.

(1) RICARD, *Donations et testaments*, tom. I, n.^o 7, p. 423, cit. por VITALI, *Delle successioni testamentarie e legittime. Il dir. civ. ital.*, vol. IV, p. 445, nota (3).

Indevidamente se considera, portanto, o art. 1747.º como proibindo a instituição de herdeiro a termo. Não é, na verdade, uma instituição a termo a disposição que neste artigo se tem em vista. O termo não suspende, como dissemos, o effeito juridico que constitue o objecto da declaração da vontade; esta é dotada de efficacia immediata, e apenas é differida a execução ou effectivação do effeito juridico querido, a realização pratica do negocio juridico que por ella se constitue. Na hypothese considerada no art. 1747.º, porém, o effeito da declaração de vontade não deve produzir-se immediatamente, suspende-se a propria efficacia da instituição; o instituido só adquire a qualidade de herdeiro, que o testador lhe pretende attribuir, no momento designado na disposição; entretanto não lhe pertence direito algum sobre a herança e porisso, morrendo antes do momento prefixado, nenhum direito transmite aos seus herdeiros. Na instituição a termo o individuo contemplado é instituido immediatamente herdeiro, reveste esta qualidade no proprio momento da morte do testador, adquire immediatamente a herança, o direito sobre os bens que lhe são transmittidos, e apenas fica differida a entrega da herança até ao dia prefixado, que marca o momento em que o instituido deve começar a exercer os direitos e faculdades normalmente inherentes á qualidade de herdeiro

que lhe é attribuida desde o momento da abertura da successão; só no momento indicado entrará no gozo dos bens transmittidos, mas, antes de attin- gido esse momento, pode dispôr livremente do seu direito sobre elles, realizar todos os actos necessa- rios á conservação desse direito, e, se morrer antes de os ter recebido, transmitta o seu direito aos seus herdeiros.

É no art. 810.º que se tem em vista uma verda- deira instituição a termo, em que a designação de tempo suspende, não o effeito da instituição, mas a sua execução, e se, com effeito, como nota o sr. dr. TAVARES, este artigo não está em contradicção com o disposto no art. 1759.º n.º 2.º, porque não tem em vista uma verdadeira condição, no sentido juridico desta expressão, é inexactamente, par- tindo de uma noção errada de termo, que o citado professor observa que no art. 1810.º se não trata rigorosamente de uma disposição a termo, porque na hypothese ahi considerada a designação de tempo feita pelo testador não é para a instituição, mas sim para a sua execução, havendo portanto uma simples restricção dos direitos do instituido, que só permite a entrega da herança depois de um certo tempo (1).

(1) Sr. dr. TAVARES, *Successões e direito successorio*, vol. I, cap. v, n.º 71, p. 366. V. VITALI, obr. e vol. cit., n.º 541, p. 445.

Entendemos não offerecer duvida que, não obstante o art. 1747.º se referir apenas á instituição de herdeiro, o principio que nelle se contém é igualmente applicavel aos legados, sendo igualmente inadmissivel a instituição de um legado em que a determinação de tempo, segundo a intenção do testador, indique o momento em que deve começar ou cessar o proprio direito do legatario, e não simplesmente o exercicio desse direito. Assim como o art. 1810.º não faz distincção entre a instituição de herdeiro e a de legatario, quando a clausula de tempo apenas suspende a execução da disposição, assim cumpre considera-las sujeitas ao mesmo regimen, e assegurar-lhes um tratamento identico quando a clausula de tempo se refira á propria existencia e efficacia do conteúdo da instituição.

Em harmonia com o art. 1810.º se devem, pois, entender as disposições dos artt. 1835.º e 1849.º, segundo os quaes, o legado deixado a um menor, para quando chegar á maioridade, não poderá ser por elle exigido antes desse tempo, ainda que emancipado seja, e se o legado fôr deixado só para ter effeito passado certo tempo, poderá o legatario exigir que aquelle que deve prestar esse legado dê caução para segurança deste. Em ambos os casos é apenas a execução do legado que se considera suspensa em quanto ao tempo, ao contrario do que

parece entender o sr. dr. TAVARES que, observando que no nosso código se admite o legado a termo, diz ser a doutrina que resulta *a contrario sensu* do art. 1747.º, e expressamente dos artt. 1835.º e 1849.º, e relativamente ao art. 1810.º a que também então faz referencia, mais adiante declara, como vimos, que nelle se não trata rigorosamente da instituição a termo.

A doutrina do art. 1747.º pode, porém, dar lugar a duvidas na sua applicação, no caso de ser instituido um herdeiro *in diem* e outro *ex die*. Entendendo-se em geral que a disposição do art. 1747.º, bem como as disposições correspondentes dos códigos estrangeiros, obedecem ao intento de evitar as substituições fideicommissarias mascaradas sob a apparencia de uma instituição nos termos das mesmas disposições, isto é, com designação do tempo em que devem começar ou cessar os seus effeitos, e sendo de suppôr que esta consideração não tivesse sido extranha ao espirito do nosso legislador, entendendo a disposição do art. 1747.º em harmonia com o regimen das substituições fideicommissarias prohibidas, a solução que se apresenta naturalmente para o caso que figuramos consiste em considerar sómente como herdeiro aquelle a quem deve pertencer em primeiro lugar a herança (fiduciario, na substituição fideicommissaria), ficando inefficaz a instituição a favor do outro

(fideicommissario, na substituição fideicommissaria) (1). E a interpretação neste sentido do art. 1747.º poderia achar-se particularmente aceitável e legítima em face da especial analogia que offerece este caso com os fideicommissos prohibidos.

Não é, porém, como resulta do que anteriormente dissemos, o odio ás substituições fideicommissarias que determina a disposição do art. 1747.º, e que pode considerar-se como a causa inspiradora do preceito nelle consignado. Se o legislador tivesse apenas pretendido evitar uma forma indirecta de instituir um fideicommisso, bastar-lhe-hia, na hypothese de se fixar o inicio da instituição, declarar que os herdeiros seriam considerados usufructuarios até esse momento, e na hypothese de se designar o tempo em que devia cessar a instituição, declarar usufructuario o herdeiro testamentario. E além disso, se fosse esta a explicação do preceito do referido artigo, não devia a lei, como observa o sr. dr. TAVARES, prohibir em absoluto todas as disposições nos termos do artigo, cumprindo-lhe resalvá-las nos mesmos casos em que são permittidas as substituições fideicommissarias. Nestes termos afigura-se-nos inteiramente inadmissivel a solução referida.

(1) Artt. 1866.º e seg., principalmente art. 1869.º

Mas, declarando o artigo que se considera como não escripta a designação do momento em que deve começar ou cessar o effeito da instituição, isto é, o *dies a quo* ou o *dies ad quem*, é a applicação deste preceito que naturalmente nos conduz á solução a adoptar no caso que figuramos. É assim, designando o testador um *dies ad quem* para a efficacia da instituição do primeiro herdeiro, e um *dies a quo* para a efficacia da instituição do segundo, *vitio temporis sublato*, ficam os dois herdeiros instituidos simultaneamente, recebendo portanto ambos a herança, que entre elles deve ser dividida egualmente, como se a disposição fosse pura e simples; relativamente a cada um delles considera-se apenas como não escripta a designação do tempo em que deveria respectivamente cessar ou começar a efficacia da instituição.

É esta a solução que, ensinada já por BARTOLO, se defende como indiscutivel na doutrina italiana (1). É tambem a que no nosso direito resulta necessariamente dos termos em que se acha formulado o art. 1747.º

(1) V. LOMMONACO, *Istituzioni di Diritto Civile italiano*, vol. IV, p. 297, cit. pelo sr. dr. TAVARES, obr. cit., p. 365, vid. p. 364.

PARTE II

MODO—PRESUPPOSIÇÃO

CAPITULO I

Na doutrina classica das clausulas accessorias dos negocios juridicos, a par da condição e do termo, figura em terceiro lugar o *modo* (*modus*), clausula propria das doações e dos testamentos, isto é, das disposições a titulo gratuito. De natureza diversa da condição e do termo, é comtudo designada no nosso codigo pelas palavras *condição e encargo*.

Consiste o modo nas restricções ou encargos impostos na liberalidade, em virtude dos quaes o donatario, herdeiro ou legatario, fica obrigado a empregar todos ou parte dos bens doados ou deixados, pela forma designada pelo doador ou testador, a destina-los ao fim por este indicado, ou a dar, fazer ou deixar de fazer alguma cousa por elle designada; de um modo geral, pois, os encargos impostos podem respeitar ao uso ou destino que devem ter as cousas dadas ou deixadas, ou consistir em prestações positivas ou negativas, designada-

mente, em prestações que tenham de ser pagas por quem recebe a liberalidade, em beneficio de determinadas pessoas, incluido o proprio doador.

Estes encargos resultam da clausula accessoria, e não pesariam sobre quem recebe a liberalidade, independentemente dessa clausula, por effeito simplesmente da propria natureza da disposição a titulo gratuito, não correspondendo a um elemento do conteúdo normal do negocio juridico a que respeitam, na sua conformação typica legal. Porisso, o modo é uma clausula accessoria, um elemento accidental das disposições a titulo gratuito; e assim se vê claramente como a clausula modal está naturalmente excluida dos negocios juridicos a titulo oneroso, em que é da propria natureza do negocio assumirem os contrahentes encargos reciprocos, que formam o seu conteúdo normal, individualizando-o apenas, no caso concreto; nestes, qualquer encargo assumido por um dos contrahentes é apenas um elemento do conjuncto de obrigações, a que hão de corresponder as obrigações que para com elle por sua vez assume o outro contrahente, sendo precisamente esta reciprocidade de prestações que constitue a causa juridica, ou o conteúdo typico do contracto oneroso, de que representa portanto um elemento essencial e não accidental. Constituindo as obrigações assumidas por uma das partes a causa das obrigações que ficam pesando sobre a

outra, a rescisão do contracto, quando uma das partes não cumpra aquillo a que se obrigou, resulta naturalmente do proprio conteúdo normal do contracto e não representa, como na disposição gratuita, o effeito de uma clausula accessoria.

Como justamente observa SCUTO, é evidente que, para que uma obrigação, imposta á pessoa a quem se faz uma attribuição patrimonial, tenha um aspecto característico, é necessario que não entre no conteúdo proprio do negocio juridico como um elemento dependente da sua natureza juridica; quando o vinculo ou encargo que assume o adquirente deriva do proprio contracto ou lhe é inherente, não ha fundamento para o considerar como uma modalidade desse contracto, ou como um elemento dotado de uma individualidade propria. Devem pois tomar-se como base da clausula de que nos occupamos os negocios juridicos que teem por fim a transmissão de direitos patrimoniaes, e que excluem, na sua configuração normal, a existencia de uma obrigação por parte do adquirente, sendo só os negocios juridicos a titulo gratuito que satisfazem a esta condição. Nos negocios juridicos a titulo oneroso, nas relações contractuales em que cada uma das partes se obriga a uma prestação, não poderá nunca fallar-se de *modo* (1).

(1) CARMELO SCUTO, *Il modus nel diritto civile italiano*, n.º 44, p. 107.

Se alguns escriptores antigos, confundindo o modo com a causa dos negocios juridicos, conduziam á admissibilidade daquelle, mesmo nas relações contractuaes, certo é que, entre elles, alguns estabeleciam uma differença fundamental, pelo que respeita aos negocios *inter vivos*, entre o *modus* nas doações, ou disposições a titulo gratuito, e nos outros contractos, alludindo a que nestes os encargos assumidos formam a substancia do contracto, e derivam do proprio conteúdo deste (1).

A razão fundamental, portanto, porque o modo está naturalmente excluido dos negocios a titulo oneroso consiste em que, nestes, qualquer obrigação assumida por um dos co-obrigados e que seja o objecto de uma clausula particular do negocio, faz parte da contra-prestação que deve satisfazer aquelle a cargo de quem fica, e entra porisso no conteúdo proprio do mesmo negocio, ficando subordinada ás regras e principios juridicos que o regulam. Muito embora essa obrigação possa ser considerada como accessoria da prestação principal, e referir-se, num contracto que importe transferencia de bens, ao

(1) DURAN escreve: «in contractibus ultro citroque obligatoriis ut emptio, locatio etc., id quod ex una parte pro contractus perfectione fieri, aut praestari debet, ut pretium ex parte emptoris, non dicitur modus, qui contractus perfectionem praemittit, ut dictum est; sed potius ad contractus perfectionem requiritur». V. DURAN, *De conditionibus et modis impossibilibus et jure prohibitis*, cap. 2, n.º 7.

uso dos bens transferidos, a sua natureza jurídica é sempre a de uma obrigação inherente á natureza do contracto (1). Verifica-se então como que um augmento quantitativo da obrigação principal, enquanto o vinculo juridico que esta importa fica comprehendendo tambem a obrigação accessoria que resulta do *pactum adjectum*. E assim, se, na compra e venda de uma quinta, se impõe ao comprador a obrigação de a ter aberta ao publico um determinado dia da semana, esta obrigação é apenas um elemento da contra-prestação que lhe cumpre satisfazer, e não um encargo modal, não podendo deixar de se considerar sujeita, quanto ao seu regimen juridico, aos principios relativos á contra-prestação (preço da venda), ás regras proprias das obrigações nos contractos onerosos (2).

O caracter gratuito do negocio juridico é que constitue, pois, a base fundamental do modo, que, como determinação accessoria, não entra nos ele-

(1) V. neste sentido, entre outros, SAVIGNY, *Sistema del diritto romano attuale*, vol. 3.º, § 128, p. 299. BEKKER, *System des heutigen Pandektenrechts*, vol. I, § 118, nota (e). DERNBURG, *Pand.* I, § 115, n.º 3, p. 346. PERNICE, *Labeo, Romisches Privatrecht im ersten Jahrhundert der Kaiserzeit*, p. 4. UNGER, *System des österreichischen allgemeinen Privatrechts*, vol. I, p. 100. KRAINZ, *System des österreichischen allgemeinen Privatrechts*, vol. I, § 114, p. 349. REGELSBERGER, *Pand.* I, § 166, p. 604. POLACCO, *Le obbligazioni nel diritto civile italiano*, n.º 52, p. 146. Cit. por SCUTO, obr. cit., p. 111, nota 11.

(2) SCUTO, obr. cit., pp. 111 e 112.

mentos essenciaes daquelle, nem dá origem a um negocio juridico especial, dotado de individualidade propria; quando assim fosse, o negocio principal deixaria de ser um negocio juridico *sub modo*.

Se em geral a disposição a titulo gratuito importa uma liberalidade a favor da pessoa a quem é feita a attribuição, pode comtudo deixar de haver um beneficio effectivo para esta, sem que porisso seja excluida a figura juridica do modo. A condição fundamental para que este possa existir é que a attribuição de direitos patrimonias não importe normalmente quaesquer obrigações a cargo do adquirente, que, pelo conteúdo normal do negocio, a transferencia que por este se opera não tenha como elemento correspondente (*corrispetivo*) quaesquer obrigações para aquelle.

Neste sentido se pode dizer, sendo, nos negocios a titulo oneroso, as obrigações assumidas por uma das partes a causa das obrigações que á outra incumbem, que o modo só é possivel em relação aos negocios juridicos que não teem a sua causa numa obrigação do adquirente. A existencia desta obrigação tem o seu fundamento no poder que assiste a quem faz uma disposição gratuita de regular como melhor entender o uso ou destino dos bens de que dispõe ou a condição do adquirente, limitando de qualquer modo os seus direitos ou faculdades; quem dá voluntariamente, podendo portanto

deixar de dar, deve naturalmente poder impôr encargos a quem recebe, limitando a aquisição deste ou designando um fim determinado á sua disposição, desde que esses encargos não sejam contrários á ordem natural ou á ordem jurídica.

Do que dissemos se vê também como é inexacta e exaggerada a doutrina de Brugi, segundo o qual, só quando falte um fundamento contractual, como nas disposições de ultima vontade, pode surgir a figura jurídica do modo, visto que «nos negocios juridicos *inter vivos* não ha necessidade de uma figura jurídica especial para conseguir um determinado fim, produzindo o contracto os seus effeitos também em relação aos encargos impostos e, de um modo geral, em relação a todo o conteúdo da prestação» (1). Além de que as fontes romanas, de que o notavel jurisconsulto italiano pretende deduzir a sua doutrina, a condemnam de um modo absoluto, certo é que, mesmo nos negocios juridicos de natureza contractual, em que o modo resulta de uma clausula do contracto, se este é um contracto gratuito, o encargo imposto á pessoa a quem se faz a attribuição não encontra o seu fundamento nos elementos constitutivos do contracto, e assume portanto um character especial, ficando sujeito a normas

(1) BRUGI, *Istituzioni di diritto civile*, § 21.

differentes das que regulam uma obrigação contractual nos contractos a titulo oneroso (1).

O modo importa geralmente uma redução no valor economico da liberalidade, sendo este o seu primeiro effeito, e pode até absorver por completo esse valor, como no caso de ao individuo contemplado se impôr o encargo de applicar todos os bens doados ou deixados a um fim determinado, cumprindo-lhe então apenas prover a essa applicação, caso em que ha simplesmente uma instituição fiduciaria.

Pelo que respeita á sua efficacia juridica, esta pode desenvolver-se sob um duplo aspecto. Assim é que, por um lado, os interessados podem exigir o cumprimento dos encargos ou obrigações impostas em seu beneficio ao donatario, herdeiro ou legatario, encargos ou obrigações que constituem o objecto do modo; e quando este consista em prestações que sejam feitas no interesse publico, esse cumprimento pode ser exigido pelas auctoridades competentes, que representam e tutelam esse inte-

(1) Egualmente pretende CHIRONI limitar o *modus* aos actos de ultima vontade, excluindo-o dos negocios *inter vivos*, entendendo que nestes o modo se resolve num simples facto respeitante ao negocio principal, ou numa condição (*Instituzioni*, vol. I, § 68, p. 110). Uma exacta applicação do modo se encontra, porém, em CHIRONI e ABELLO, *trat. cit.*, vol. cit., p. 457. V. POLACCO, *obr. cit.*, p. 147. SCUTO, *obr. cit.*, n.º 49, p. 115.

resse, ou pelas entidades que para esse effeito hajam sido especialmente designadas. Por outro lado, no caso de não cumprimento do modo, podem os interessados pedir a revogação da liberalidade.

Se as obrigações que oneram a liberalidade tiverem sido impostas ao donatário ou ao legatário em beneficio de terceiro, este, acceitando aquelles essas obrigações, pode exigir o seu cumprimento antes que o doador ou os herdeiros do testador usem do seu direito, intentando a acção de revogação por não cumprimento das obrigações assumidas, porquanto estas obrigações resultam de um negocio juridico em proveito de terceiro, que produziu todos os seus effeitos desde que por este foi acceite. Cumpre ter sempre em attenção este aspecto especial do modo, para determinar na pratica os casos em que pode ser proposta pelos interessados a acção de revogação da liberalidade.

Dos effeitos juridicos que resultam do modo, da forma como actua sobre a efficacia normal do negocio juridico, se deprehende já a fundamental differença que separa esta clausula da condição e do termo. Não suspende, como a primeira, a efficacia ultima da declaração de vontade, sendo immediatamente certa a existencia do negocio juridico, nem addia ou faz cessar, como o segundo, o exercicio dos direitos que resultam do negocio juridico; a liberalidade produz immediatamente os seus effeitos,

podendo aquelle a quem é feita exigir desde logo a sua execução, pesando, porém, sobre elle a obrigação de cumprir os encargos que o disponente lhe tenha imposto. É neste sentido que se diz que o modo obriga mas não suspende (1).

Nem mesmo quando tenha logar a revogação da liberalidade pelo não cumprimento dos encargos impostos pelo seu auctor, se pode considerar o modo como uma condição resolutiva, pois que essa revogação não tem, como a resolução que resulta da condição que não se verifica, effeito retroactivo. Nem, manifestamente, o poderia ter, visto que a revogação não resulta directamente da declaração de vontade, não se baseia, como na condição, numa declaração, nos termos e em virtude da qual se deixa como incerta a propria existencia deste. No modo, como dissemos, o negocio juridico existe desde o principio como certo, e produz effeitos immediatamente, assumindo apenas aquelle a quem é feita a liberalidade, ao mesmo tempo que adquire o direito a ella, certos encargos de que tem que se desempenhar, porisso a revogação que ulteriormente tenha logar não se dá *ipso jure*, por se não ter verificado uma circumstancia a que estivesse subordinada a existencia do negocio. A declaração

(1) V. MRLUCCI, obr. cit., p. 438.

de vontade produzia os seus effeitos, e é porisso necessaria uma nova declaração de vontade, que reveste a forma de uma acção judicial, para que esses effeitos não continuem a produzir-se. O modo pode, pois, equiparar-se antes á chamada condição resolutive tacita do contracto bilateral resultante do art. 709.^o do código civil, que, como é sabido, não é uma verdadeira condição (1).

Na pratica, porém, o modo pode por vezes confundir-se com a condição, sendo nalguns casos difficil determinar em face dos termos em que é feita a disposição, pelo conteúdo desta, se o auctor da liberalidade quiz ou não que a sua efficacia ficasse dependente da realização de determinados factos, isto é, se foi sua intenção fazer uma disposição modal ou condicional. Trata-se então evidentemente de uma questão de facto, cumprindo averiguar qual a intenção do disponente, tendo em vista todas as circumstancias de cada caso, parecendo, porém, que, quando haja duvidas a este respeito, não se podendo reconstituir a verdadeira vontade do auctor da liberalidade, esta se deve considerar de preferencia como modal, e não como feita sob condição, visto a disposição modal se

(1) V. *Classificação das operações jurídicas*, I, A condição, cap. III, p. 54.
10

afastar menos do que a condicional da efficacia normal do negocio juridico (1).

Da natureza juridica do modo resulta necessariamente que, se aquelle a quem é feita a liberalidade morre antes de ter cumprido os encargos que na disposição lhe foram impostos, transmitta aos seus herdeiros o direito que lhe pertencia, bem como os encargos por que era responsavel e que estão inherentes a esse direito, contrariamente ao que succederia com a disposição da ultima vontade que estivesse dependente de condição.

Não deve, porém, confundir-se o modo, que importa um verdadeiro encargo com caracter juridico obrigatorio, com os simples conselhos ou recommendações que o auctor da disposição haja formulado, designadamente no proprio interesse da pessoa a quem é feita a liberalidade, e que não dão lugar á formação de um vinculo juridico. Se o facto que o disponente indica como devendo ser praticado pela pessoa em beneficio de quem faz a disposição não é imposto como uma obrigação juridicamente efficaz, não pode fallar-se em modo,

(1) V. sr. dr. GUILHERME MOREIRA, obr. e vol. cit., § 40, n.º 185, p. 495. CLOVIS BEVILAQUA, *Theoria geral do direito civil*, liv. III, § 60, p. 314.

Sobre a differença entre o modo e a condição, veja-se SCUTO, obr. cit., cap. I, § 3, p. 72 e seg.

havendo então apenas um *nudum praeceptum*. Se o auctor da liberalidade, ao dispor dos seus bens, se limita a manifestar qualquer desejo sobre o uso ou destino destes, ou a expressar a sua vontade de que o beneficiario pratique qualquer acto, entregando-se porém á consciencia deste, ou appellando apenas para os sentimentos de gratidão que nelle reconhece, ou entende que devem existir, sem imper vinculo juridico algum, essa vontade assim manifestada como um simples desejo, ainda que possa constituir um motivo da disposição, não pode produzir effeitos juridicos, sendo os motivos da declaração de vontade, emquanto se conservam como taes, como simples determinantes psychologicos que não chegam a exteriorizar-se, juridicamente inefficazes. E quando represente um conselho para aquelle a quem é feita a attribuição, poderá determinar para este um dever de consciencia, mas nunca uma verdadeira obrigação dotada de uma sanção juridica.

Analogas observações cumpre fazer relativamente á distincção, estabelecida por numerosos escriptores, entre *modus simplex* e *modus qualificatus*, distincção que intimamente se liga com a doutrina da *causa final* a que esses escriptores identificam o modo.

O *modus simplex* consistiria, neste conceito, numa actividade imposta no proprio interesse da pessoa

a quem é feita a attribuição, podendo até deixar de representar uma obrigação juridicamente efficaz, e corresponder portanto a um *medium consilium*; mas, não obstante isso, não só se deveria considerar como um verdadeiro modo, como representaria até a figura caracteristica e normal desta clausula, enquanto o *modus qualificatus* seria já apenas uma modificação dessa figura juridica, em que ao elemento que é essencial — ao fim ou causa final da disposição, que é o interesse ou o proveito do contemplado — se addita um elemento accessorio, que pode deixar de existir, constituído pela prestação a favor de um terceiro ou da propria pessoa que faz a disposição; seria esta a especie mais frequente quando o encargo é imposto como uma obrigação juridicamente efficaz.

Desnecessario é, porém, notar que, o *modus simplex*, quando simplesmente se recomende qualquer cousa no interesse de quem recebe, não constitue propriamente um *modus*, faltando-lhe o caracter obrigatorio, sem o qual não se constitue vinculo juridico algum. E deve ter-se em vista que, como observa SCUTO, não é facil conceber um vinculo obrigatorio ao mesmo tempo a favor e contra uma determinada pessoa, ainda que o auctor da disposição quizesse verdadeiramente obrigar aquelle a quem faz a attribuição a qualquer prestação no proprio interesse deste. Só, pois, como nota

o referido escriptor, quando o auctor da disposição o referido tenha por sua parte qualquer interesse em que a obrigação, estabelecida directamente resse em que a pessoa a favor de quem é feita, seja no interesse da pessoa a favor de quem é feita, seja cumprida, ou — o que facilmente se admite — quando faça seu o interesse do adquirente, vindo assim a ter um interesse moral na realização do encargo imposto, se poderá ter em consideração a figura do *modus qualificatus* que representa a figura que é o *modus ordinarius* do *modus*, que, de um modo principal e ordinario se propriamente como geral, só pode considerar-se propriamente como tal, quando importe um vinculo obrigatorio juridicamente efficaz. E resulta, bem assim, do que dissemos, que não é licito confundir o *modus simplex* com o *nudum preceptum*, pois que, se a circumstancia de aquillo, que o disponente quer que o adquirente faça, aproveitar directamente ao mesmo adquirente, muitas vezes indica que se trata de um simples conselho ou recommendação, não é comtudo sufficiente para que em absoluto se possa dizer que nesse caso se tem apenas um *nudum preceptum*. Trata-se de uma questão de facto, em que cumpre ter em vista todas as circumstancias do caso concreto, a fim de reconstituir a intenção do

(1) Secro, obr. cit., n.º 11, p. 21.

disponente, sem que seja possivel estabelecer um criterio absoluto para distinguir praticamente o *nudum praeceptum* do verdadeiro *modus* (1).

(1) V. FADDA e BENSA, obr. e vol. cit., nota (yy) dos trad., p. 1045.
Scuto, obr. cit., n.º 52, p. 119. CLOVIS BEVILAQUA, obr. cit., log. cit.

CAPITULO II

Grande incerteza se nota na doutrina quanto á natureza jurídica do modo, e aos effeitos a que dá lugar, havendo entre os escriptores profunda divergencia ao definir a essencia ou a configuração característica desta clausula accessoria dos negocios juridicos.

Antes de tudo, porém, cumpre distinguir o modo do conceito de *causa*, com o qual não deve de forma alguma confundir-se, contrariamente ao que por vezes se tem entendido. Assim é que, era opinião muito diffundida entre os escriptores antigos, e recebida ainda pode dizer-se que até aos principios do seculo passado, que o *modus* era a *causa*, isto é, a *ratio* ou o *finis* (Endzweck) de qualquer disposição. É esta a doutrina sustentada por BALDO, em cuja obra se encontram os seus primeiros traços, por DONELLUS, FABRUS e HEINECIUS e, entre outros ainda, por BRUNNEMANN, HOFACKER, NETELBLADT,

THIBAUT, GLÜCK, CORDES e RIER, encontrando-se tambem vestigios deste conceito, o mais commun de todos quantos nos tempos antigos se formularam para definir a natureza do *modus*, nalgumas legislações, como por exemplo no codigo prussiano, que a par da condição e do termo colloca o *finis* (Endzweck) (1).

Concorreram muito provavelmente para fazer ver em geral no modo o fim que pretende alcançar o auctor de uma declaração de vontade, a causa, portanto, da sua disposição, a frequencia com que nas fontes são usadas as expressões *ea lege*, *ea conditione ut*, *ita ut*, e ainda simplesmente *ut*, e a especie de definição do *modus* que, pelo menos com respeito aos legados, se contem na l. 17 § 4 D. 35, 1.

Afigura-se-nos, porém, evidente que se não pode confundir o modo, clausula accessoria de um negocio juridico, que representa apenas um elemento accidental deste que pode igualmente existir independentemente dessa modalidade, com a causa que é, inversamente, essencial ao negocio juridico, não podendo conceber-se a sua existencia independentemente della. A causa do negocio juridico consiste no fim juridico que as partes teem

(1) PRUSS, *A. L. R.*, part. I, tit. 4.º, § 152 e seg. Vid. SCRO, obr. cit., n.º 10, p. 18.

intenção de realizar, considerado no processo psychologico que precede a declaração de vontade, vindo assim praticamente a identificar-se o *objecto*, conteúdo ou *fin* dos negocios juridicos com a *causa juridica*, visto que, quando não se podesse realizar o fim que as partes se propuzeram alcançar, o negocio juridico nenhum effeito poderia produzir, e ficaria sem *objecto*. A causa juridica, identificando-se com o *objecto*, é pois um elemento essencial do negocio juridico, e foi certamente pelas considerações feitas que o nosso legislador, afastando-se do codigo civil francez, não declarou a *causa licita* na obrigação um dos requisitos necessarios para a validade dos contractos (1). Nestes termos seria um verdadeiro absurdo juridico a sua identificação com o modo.

Se a causa é um elemento essencial dos negocios juridicos, no negocio *sub modo* ha-de necessariamente encontrar-se fora da clausula modal, que é um elemento accidental. Quando por exemplo numa doação modal se quizesse por um momento considerar o modo, a obrigação imposta ao donatario, a causa juridica da obrigação assumida pelo doador, deixaria de haver um contracto gratuito, e as duas obrigações ligar-se-hiam numa relação

(1) Art. 1108.º do codigo civil francez.

que assumiria a natureza de um contracto oneroso. Sob o ponto de vista juridico, a vontade do disponente, na disposição modal, visa directamente a fazer surgir o negocio gratuito, e só por via deste tem como objectivo a realização do modo, visto a disposição modal não perder o seu character typico; a doação *sub modo* não deixa de ser uma doação. A causa caracteriza o typo do negocio que o modo presuppõe, e a que se liga sem alterar o seu character proprio; e assim se vê claramente como se trata de elementos fundamentalmente distinctos (1).

Deve, porém, notar-se que não é certamente a causa com este significado preciso e tecnico, concebida como o *fin juridico* que as partes se propõem realizar, como o *fin immediato* do negocio juridico, ou a sua razão de ser sob o ponto de vista juridico, isto é, o seu conteúdo, que alludem os escriptores que sustentam o conceito de *modus* a que nos referimos, parecendo licito affirmar que, ao identificar

(1) Sobre a noção de *causa*, a respeito da qual tão ardua discussão se tem levantado na doutrina, a ponto de já se ter pretendido a sua eliminação da theoria do direito, veja-se particularmente FERRIST, *Pandectas*, n.ºs 127 a 129, e as claras e elucidativas considerações que sobre o assumpto faz PACCINOTI, no seu magnifico trabalho: *Saggi di studi sui negozii giuridici di diritto pubblico*, cap. I, n.º 4, p. 26, nota (2) de p. 27, n.º 5, p. 30 *in fine* e seg. V. a bibliographia indicada na cit. nota (2) de p. 27. V. tambem Scuro, obr. cit., n.º 13, p. 23.

o modo com a causa final, não teem em vista um conceito bem claro e definido de causa, que se possa acolher como figura jurídica, confundindo-a, contudo, fundamentalmente com a categoria dos motivos da declaração de vontade. Desta forma, porém, antes se obscurece o conceito de modo, tornando incerta a sua verdadeira essência, e fazendo-o perder o seu caracter proprio, comprehendendo-o em conceitos abstractos e geraes, cuja necessidade e admissibilidade sob o ponto de vista juridico se podem sempre discutir, sendo certo, além de tudo, que, qualquer que seja o aspecto sob que se considerem, os motivos, como taes, são sempre juridicamente inefficazes, e não podem só por si ter influencia sobre a existencia ou efficacia do negocio que se quer realizar. Para que os motivos possam ter valor sob o ponto de vista juridico, é necessario que sejam elevados a elemento constitutivo do negocio, de maneira que entre elles e o mesmo negocio haja uma relação de esterita conexão, ou de subordinação e dependencia.

Finalmente observaremos apenas que, um conceito abstracto e metaphysico de causa, no sentido de motivo e de fim, tão vago e indefinido como o apresentam os auctores a que alludimos, não pode de modo algum acceitar-se.

Não podendo, como vimos, identificar-se o modo com o conceito de causa do negocio juridico, no

seu significado tecnico de razão jurídica ou bem immediato deste, tem-se entendido que o modo representa uma segunda causa da disposição que a contem, uma causa secundaria ou accessoria que accresce á causa verdadeira e propria que não pode nunca deixar de existir.

Façamos referencia em primeiro lugar á doutrina, apresentada por SAVIGNY, segundo a qual o negocio *sub modo*, *inter vivos* comprehende dois negocios juridicos distinctos, sendo uma doação pura na parte em que a liberalidade excede o peso do encargo imposto, e um negocio differente na parte correspondente ao modo, por exemplo, um mandato, no caso de o modo consistir na entrega de parte dos bens doados (1). Abstrahindo, porém, da critica de semelhante conceito do negocio juridico *sub modo*, que levaria a uma noção diversa da clausula modal conforme se tratasse de disposições entre vivos ou *mortis causa*, ou á sua exclusão de estas ultimas, observaremos apenas que, quando fosse verdadeiro, dever-se-hia concluir, cumprindo evidentemente admittir a existencia dos requisitos essenciaes de ambos os negocios juridicos que se conteem na doação modal, que teriamos nesta uma

(1) SAVIGNY, obr. cit., § 154 *in fine*, vol. 4.º da trad. ital., p. 124 e 341. ASCOLI, *Trattato delle donazioni nel diritto civile italiano*, p. 298.

dupla causa ou duas causas distintas, ambas igualmente necessárias e indispensáveis como elemento essencial de qualquer negocio juridico, e não, à par da causa da doação, um *modus*, simples causa secundaria.

Mas independentemente deste fraccionamento da doação modal, que conduziria a verdadeiros absurdos, como, no exemplo citado, no caso de morrer o doador, devendo então, conforme as regras do mandato, considerar-se extinto o encargo do donatario, numerosos auctores sustentam a existencia de uma dupla causa, uma inherente ao negocio, consistindo na liberalidade, outra, adjunta ou futura, que visa o conseguimento do *modus*. Assim é que, relativamente á *donatio ob causam*, na qual inclue a *donatio sub modo*, escreve DE RETES: «duas causas consideramus; ALTERAM QUAE INEST, ALTERAM QUAE EXPRIMITUR. Quae inest, est liberalitas, haec irretractabilis est. Quae exprimitur facit negotium; idcirco competit donandi actio, ut fides a donatario praestetur» (1), e, entre os auctores modernos, FERRINI observa que, numa liberalidade *sub modo*, além da causa da liberalidade temos a

(1) DE RETES, *De donationibus*, cap. 14, n.º 7, cit. por SCUTO, obr. cit., n.º 17, p. 34. Distingue DE RETES a *donatio ob causam* da *datio ob causam*, de que escreve: «negotium est, nec aliam causam prae se fert, quam dare ut fiat vel detur».

considerar uma causa de tendência que se insere na primeira, tendo valor secundário relativamente a esta. Porém, apenas ao caso de *modus imperatus* uma determinada prestação a favor do disponente, ou de um terceiro, entendendo que, quando o *modus imperatus* está estabelecido em proveito do próprio adquirente, não pode fallar de uma nova causa (1). De outra forma allude CROME, em relação ao principio do direito francez, á possibilidade de haver uma declaração de vontade com «duas causas determinantes distinctas», mas taes que essa declaração esteja para com uma numa relação sinallagmatica, e para com outra numa relação de opposição e abstracção (2). E no mesmo sentido muito terminantemente observa SCIALOJA que, para haver um verdadeiro *modus*, é necessario um negocio juridico que tenha uma causa propria, que subsista por si, independente do *modus*, e que supponha a opposição de uma causa secundaria, que constitua justamente o *modus* (3).

Observaremos, porém, em primeiro lugar, de um

(1) FERRINI, *Pandectas*, v.º 152.

(2) CROME, *Parte generale del diritto privato francese*, trad. ital. de ACCIOLI e CAMMEO, § 131, p. 215 e nota (16), cit. per SCUTO, p. 35.

(3) SCIALOJA, *Corso di lezioni sul diritto privato*, § 40, p. 316.

modo geral, que a ideia de causa secundária ou accessoria, seja qual fôr o modo como se apresente (1), não pode de modo algum aceitar-se com o alcance de uma figura jurídica, ficando sempre excluída da noção de causa, no seu significado jurídico proprio, concebida como o fim immediato ou o fim jurídico do negocio. O fim mediato não constitue já a causa jurídica; ultrapassando os limites da causa considerada como elemento essencial dos negocios juridicos, entra no campo vasto e indefinido dos motivos, sem valor sob o ponto de vista jurídico, em que falta um criterio seguro que permitta ultteriores distincções. O conceito da causa jurídica, não só não admite, como exclue fundamentalmente a existencia de qualquer outra causa.

Pelo que respeita especialmente ao modo, porém, cumpre reconhecer que, ainda que fosse admissivel o conceito de segunda causa ou causa accessoria, nunca desta forma e por este conceito se poderia caracterizar a figura jurídica de que estamos tratando, não estando a sua essencia no facto ou na possibilidade de o *modus* se apresentar, no caso concreto, como o fim mediato do negocio ou o in-

(1) Não é unicamente em relação ao modo que se tem apresentado, e tem constituido objecto e larga discussão, a noção de uma causa accessoria, a que tambem se chama *supplementar* ou *explicativa* e bem assim *concausa*. Veja Scurto, obr. cit., n.º 18, p. 35.

factos jurídicos que o disponente procura directamente obter, constituindo fundamentalmente esta cláusula na expressão de um vínculo jurídico, de um vínculo para quem recebe, estabelecida numa relação de intima conexão com a adiquação a título gratuito. É este aspecto especial de modo que, desde já o notamos, nem sempre tem sido devidamente atendido e posto em existência, nem mesmo por aquelles que melhor o pretendem caracterizar, e pelo qual se eleva à altura de uma figura jurídica diferenciada, diferenciando-se da categoria dos meros psicologismos, que por si são inteiramente desprovidos de efficacia jurídica.

(1) modo representa por vezes, com effeito, o objectivo principal, o fim mediato de uma disposição a título gratuito, visando todo e qualquer negocio jurídico, e portanto também um negocio *sub modo*, a realiação ou consecução de um determinado fim pratico. Como muito bem observa Scuto, «a querer-se admitir que o fim consiste no cumprimento do modo, excluido o fim immediato e directo, que é a verdadeira causa, que está sempre na reconstrução jurídica do negocio e que é representado pela propria liberalidade, deve fallar-se sempre, sob o ponto de vista juridico, de um fim *mediato e indirecto*» (1).

(1) Scuto, *ob. cit.*, n.º 23, p. 38.

Em geral, nem mesmo o fim ultimo que o disponente tem em vista realizar é representado pelo modo, podendo porisso fallar-se, com PERKINS, por exemplo, num *fin accessorio* (1). Assim, ninguém dirá certamente, numa disposição em que a aquisição de um consideravel patrimonio seja onerada com a obrigação de satisfazer uma insignificante pensão annual a um terceiro, que é o cumprimento do modo que constitue o movel principal e exclusivo, o fim unico da disposição; é, sem duvida, no desejo de melhorar a situação economica do adquirente, na intenção de lhe proporcionar uma vantagem patrimonial que se deve ver o fim principal da disposição. Não se pode, porém, contestar que o modo se apresenta por vezes, pelo que respeita aos moveis psychologicos determinantes do acto, como o verdadeiro fim pratico que o disponente se propõe alcançar, constituindo o acto realizado apenas um meio para a sua consecução. Porisso se não pode dizer de um modo absoluto, ao distinguir o *modus* da causa, que o *modus* visa a consecussão de um *fin accessorio*, em relação ao fim principal, representado pela causa do negocio juridico. Cumpre, na verdade, distinguir devida-

(1) PERKINS, *obr. cit.*, p. 179, a proposito da *donatio sub modo* (*neben dem Zwecke des Hauptgeschäftes, dem Empfänger durch die Gabe zu bereichern, spielt noch ein Nebenweck mit*).

mente a *donatio sub modo*, em relação à qual PER-
SICC falla de fim accessorio, da *donatio ob causam*.
Aquella tem lugar quando, no mesmo tempo que
se quer a doação, se pretende alcançar conjuncta-
mente um fim determinado; esta, quando se quer
em primeiro lugar conseguir este fim determinado,
e a doação apenas representa o meio para o alcan-
çar, não correspondendo por sua vez a qualquer
outro intuito independente. E se uma doação que
não importe uma vantagem patrimonial para o do-
natário não é propriamente uma doação, pode com-
tudo um legado ser estabelecido exclusivamente
para conseguir um determinado fim, não propor-
cionando vantagem alguma, nem mesmo eventual,
ao legatário, sem todavia deixar de se dever con-
siderar como um verdadeiro legado, visto a libera-
lidade ser um elemento natural e não essencial
destas disposições (1).

Pode, pois, o modo representar a causa do nego-
cio realizado, mas a causa no seu sentido vulgar e
geral, excluido o significado tecnico que na dou-
trina do negocio juridico lhe pertence. E assim se
vê quanto é inadequado e inoportuno o criterio
do fim, como simples movei psychologico, conside-
rado em si, para determinar a natureza do modo,
para o caracterizar como figura juridica e definir

(1) V. FADDA e BENSA, *ob. e vol. cit.*, nota (yy) dos trad., p. 1045.

como tal nos seus elementos, lançando-nos numa completa incerteza, visto não ser possível estabelecer uma linha de separação entre um fim futuro consistindo na execução do *modus*, e qualquer outro fim futuro inteiramente casual, independente da actividade imposta ao adquirente; sob este ponto de vista exclusivo, a relação jurídica seria nestes dois casos fundamentalmente identica, não podendo descobrir-se qualquer traço diferencial, nem na vontade das partes, nem na configuração da mesma relação jurídica, quando se não attenda a outros elementos, que são os que verdadeiramente definem a essência do modo.

Não pode tão pouco acceitar-se a doutrina de BUFNOIR (1) que considera o *modus* como o *equivalente moral* de uma disposição a título gratuito, conceito que facilmente conduz a perigosos equívocos. Se quem faz uma doação, dá unicamente em vista das obrigações que o donatário assume, como compensação da prestação que lhe faz, desde que a prestação imposta, ou, de um modo geral, aquillo que o donatário deve dar ou fazer, possa ser apreciado como uma contraprestação, ou o equivalente da prestação do doador, não ha uma doação, mas sim

(1) BUFNOIR, *Propriété et contrat. Théorie des modes d'acquisition des droits réel et des sources des obligations. Leçons*, p. 528 e segg. (lição 37.^a), cit. por SCUTO, *obr. cit.*, p. 39.

um contracto a título oneroso. Nesta sentida representa certamente um exaggero a doutrina de BAUDRY-LACARTIERE e COLIN, que, para annullar as doações dependentes de condições ilícitas, não hesitam em considerar como contracto commutativo todo e qualquer acto com que o pretendo dador não se obrigou senão em consideração de prestações que, pelo menos na sua intenção, são o equivalente da liberalidade, não parecendo exacto que o simples facto, por si, de, na intenção de quem faz uma liberalidade, o encargo imposto ao beneficiário constituir o equivalente moral da sua prestação seja sufficiente para considerar esse encargo como uma contraprestação (corrispetivo), attribuindo ao contracto a natureza de um contracto oneroso. Não obstante a importancia fundamental que, a este respeito, cumpre reconhecer á intenção das partes, deve exigir-se ainda que a prestação imposta possa ser apreciada como tal, segundo o valor que normalmente se lhe attribue, e, de um modo generico, em conformidade com o uso commum e o modo de pensar geral, devendo os contractos ser interpretados em harmonia com as regras da boa fé, e com o que nesses termos é de presumir que tivessem constituido a intenção das partes (1).

(1) BAUDRY-LACARTIERE e COLIN, *Das doações entre vivos e dos testamentos*, vol. I, n.º 50.

O modo, assim como a condição estabelecida numa doação, não pode nunca considerar-se como uma contra-prestação, como um elemento do contracto. Sob este ponto não podem já admittir-se duvidas, excluindo o modo por sua natureza, como vimos, a ideia de uma obrigação resultante da propria essencia do negocio juridico, e suppondo como primeiro requisito o character gratuito deste. É certo que BUFNOIR não considera o equivalente moral como uma contraprestação; commette contudo um exaggero quando o eleva a elemento componente da causa juridica. Em conclusão, pois, é licito dizer que o modo se apresenta frequentemente como o equivalente moral da disposição a titulo gratuito, sem attribuir, porém, a esta expressão o alcance e o valor juridico que lhe pretende dar BUFNOIR (1).

Tem-se manifestado ultimamente na doutrina uma corrente no sentido de incluir o modo, como clausula accessoria dos negocios juridicos a titulo gratuito, no conceito mais geral de *presupposição*, applicavel egualmente aos negocios juridicos a titulo oneroso, caracterizando deste modo a sua essencia, definindo por este conceito a sua natureza juridica.

(1) Vid. SCUTO, obr. cit., n.º 21, p. 39.

O conceito de presupposição (*Voraussetzung*) é uma criação de WINDSCHEID, de que apparecem os primeiros traços no seu trabalho «Sobre a theoria da invalidade dos negocios juridicos noCodigo Napoleão» (*Zur Lehre des Code Napoleon von der Ungultigkeit der Rechtsgeschäfte*), e que o notavel civilista allemão desenvolveu em seguida de um modo completo num estudo especial intitulado «Theoria da presupposição», insistindo, porém, nos seus successivos escriptos, sobre o assumpto por que revellou tão accentuada preferencia, consagrando-lhe a sua attenção até aos seus ultimos momentos, modificando-o e melhorando-o sempre. Cumpre comtudo observar que, do citado estudo sobre a invalidade dos negocios juridicos para a monographia sobre a presupposição, desta para o seu «Tratado das Pandectas», e daqui para o celebre artigo publicado no «Archivo para a pratica civil» (1) no ultimo anno da sua vida, e que FADDA e BENSA intitulam «o canto do cysne», no seu vivo entusiasmo pela obra de WINDSCHEID, o conceito de presupposição passou sempre intacto na sua essencia ou nos seus elementos substanciaes, apenas modificado em pontos secundarios, esclarecido em aspectos obscuros, defendido nas suas bases

1) *Archiv für die civilitische Praxis*, vol. LXXVIII, n.º VI.

controversas e sempre revigorado com exemplos colhidos na jurisprudencia.

Segundo WINDSCHEID, a presupposição é uma condição não desenvolvida (*eine unentwickelte Bedingung*), uma limitação da vontade que não chega a revestir a forma de uma condição. Quem manifesta a sua vontade sob uma presupposição, do mesmo modo que quem faz uma declaração de vontade condicionada, sómente quer que o effeito juridico que tem em vista tenha lugar emquanto se verifique um determinado estado de cousas; mas não chega a tornar a existencia desse effeito juridico dependente desse estado de cousas, ou dessa situação presupposta. Esse effeito produz-se, pois, immediatamente, o negocio juridico constitue-se definitivamente, não tendo ficado subordinado na sua constituição ao verificar-se de qualquer circumstancia; justamente, quem faz a declaração de vontade presuppõe, isto é, admite a existencia de uma determinada situação, e, não a tendo como duvidosa, não chega a estabelece-la como uma condição, embora na sua intenção, em sua mente subordine o effeito juridico que constitue objecto do negocio realizado á existencia dessa situação determinada, relacionando intimamente com ella a producção desse effeito. Portanto, observa WINDSCHEID, se deixa de existir esta situação em vista da qual o agente realizou o negocio juridico, isto é,

se não se verifica a presupposição, o effeito jurídico produzido pela declaração de vontade não corresponde á verdadeira vontade do auctor da declaração, á sua vontade real — «Das Rechtverhältniss besteht mit seinem *wirklichen*, aber gegen seinen *eigentlichen Willen*» —. Quando o effeito jurídico aparentemente querido, conclue, não corresponder á verdadeira vontade do agente, deve o magistrado impedir esse effeito contrario á verdadeira vontade de quem o produziu, usando dos poderes providenciaes que a lei lhe attribue por razões de equidade.

A relação jurídica creada pela declaração do agente não pode, pois, subsistir, faltando-lhe a sua base fundamental, a vontade do agente, como effeito da qual, exclusivamente, surgia; fica então formalmente justificada, mas não substancialmente, a subsistencia do effeito jurídico.

A presupposição, que pode referir-se ao passado, ao presente ou ao futuro, e consistir numa circumstancia de facto ou de direito, positiva ou negativa, deve ser ao menos tacitamente declarada; pode ser expressamente enunciada, ou resultar do conteúdo da declaração ou das circumstancias que a acompanham. Apresenta-a WINDSCHEID como uma disposição accessoria, como uma auto-limitação da vontade; apenas se distingue da condição no modo como actua, visto não suspender, não impedir a

verificação do efeito juridico que o agente tem em vista, tornando apenas a sua subsistencia contraria ou não conforme á real e verdadeira vontade desta.

O ponto de partida da theoria da presupposição acha-se no campo dos motivos psychologicos; mas a presupposição não se identifica com o simples motivo, não é a simples intenção do agente, como tal (*Absicht*), podendo antes dizer-se a causa que determina a realização do acto (*Beweggrund*) emquanto é presupposta pelo agente, estando porisso connexa com a declaração de vontade. «A intenção, diz WINDSCHEID, não comprehende em si e por si a presupposição. Querer com uma determinada intenção, e querer sob a presupposição do consequimento desta intenção, não são duas cousas identicas». Como é sabido, o simples motivo, como movel psychologico, que não ultrapassa os limites da consciencia do agente, não é por si apreciavel sob o ponto de vista juridico; concorrendo para a determinação volitiva, tem simplesmente uma função de criação, pois que, apenas a vontade se determina e se individualiza, cessa a sua influencia, sem que subsista qualquer vinculo entre elle e essa vontade, que adquire assim uma existencia autonoma. A ordem juridica apenas tutela a relação juridica a que a vontade dá vida, não se preocupando com o fim que na mente de quem manifesta a von-

tade motivou a criação dessa relação jurídica, com o seu *porquê*. E portanto, em principio, a intenção, ou o movel psychologico a que obedece aparentemente o auctor de uma declaração de vontade, quer seja falso, quer deixe em seguida de se verificar, nenhuma influencia tem sobre os effeitos da declaração, que, por assim dizer, tem uma vida independente (1).

Pode, comtudo, na vontade do agente, esse movel psychologico, o motivo geralmente inefficaz sob o ponto de vista juridico, ser elevado a constituir uma presupposição, tendo então uma influencia decisiva sobre a vontade manifestada, não podendo porisso deixar de se lhe reconhecer importancia juridica. A presupposição representa assim, como diz PACINOTTI, uma categoria intermedia entre a vontade declarada e os motivos, insusceptiveis de representação objectiva, e como taes juridicamente inefficazes.

Vejamos porém como pode o movel psychologico, por que se determina o agente, constituir uma presupposição, de modo a influir sobre os effeitos da declaração de vontade.

É certo que quem manifesta uma vontade quer sempre por uma razão qualquer. Isso não basta,

(1) Cfr. FERRINI, obr. cit., n.º 127 e SCIALOJA, *Lezioni litografate*, 1892-1893, p. 172 e segg., cit. por PACINOTTI, obr. cit., p. 27, nota (1).

porém, para que haja a presupposição. Para que esta tenha lugar, é necessario que o auctor da declaração de vontade queira justamente em vista de um determinado estado de cousas passado, presente ou futuro, pondo-o como base da sua declaração. Esse estado de cousas que o agente *presuppõe* ao realizar o negocio juridico forma um elemento constitutivo da sua vontade (Bestandtheil des Willens). O agente quer de um modo absoluto, faz uma declaração de vontade incondicionada, mas presuppondo uma determinada situação, dando portanto como certo um determinado resultado, que justamente se propõe alcançar; d'onde resulta naturalmente que elle não quererá, se não se desse essa situação, se a não tivesse como certa, se não podesse pensar que ia dar origem a esse resultado determinado. Presuppondo uma determinada situação, liga-se em certo modo a declaração de vontade com essa situação que se tem em mente, ou que se espera realizar; se não se chega a subordinar o negocio juridico a essa situação, e a torna-lo dependente della de um modo expresso, é precisamente porque se tem como certa, porque se não considera a hypothese da sua não verificação. Muito embora pois a declaração de vontade sob uma presupposição seja incondicional, pura e simples, della resulta implicitamente que o agente não quer o effeito juridico, que della forma objecto, no caso de não se

dar a situação presupposta. Se elle só quer em vista de um determinado estado de cousas, é manifesto que, embora não o declare expressamente, não quer na hypothese de faltar esse estado de cousas presupposto. É neste sentido que a presupposição representa uma *autolimitação* da vontade.

Relativamente á necessidade de a presupposição ser ao menos tacitamente declarada, estabelece WINDSCHEID uma distincção racional entre os negocios *inter vivos* e as disposições *mortis causa*, exigindo que nos primeiros o facto presupposto seja ou possa ser conhecido da outra parte, emquanto nestas basta que das circumstancias concomitantes se possa deprehender que o testador apenas quiz a disposição sob a presupposição de um determinado estado de cousas. Em relação ás disposições de ultima vontade deve, pois, estabelecer-se o principio de que podem ser impugnadas como inefficazes, sempre que se possa provar que o testador não teria feito a disposição se tivesse conhecido o resultado a que effectivamente dá logar (1).

Caracterizando a presupposição, estabelecendo a linha de separação entre o simples motivo ou intenção e a presupposição, observa WINDSCHEID que ha certos fins ou intentos que são por assim

(1) WINDSCHEID, *Pand.* I, § 98-2, p. 400 e particularmente, *Presupposição*, n.º 58, p. 82, cit. por Seuro, obr. cit., p. 44.

dizer implicitamente presuppostos e que se podem caracterizar por si como presupposições, e allude aos primeiros intentos collocados antes de todos (die ersten Absichten, vor denen keine anderen stehen), que podem dizer-se os motivos mais proximos, que constituem o fim a que a vontade se dirige immediatamente, e que não podem deixar de existir. Toda a declaração de vontade tem um primeiro intento, um fim immediato, ao qual podem accrescer outros; mas, enquanto estes não são necessarios, podendo deixar de existir, aquelle é que não se concebe que possa faltar, havendo nesse caso, não uma declaração de vontade, mas apenas uma sombra, um phantasma sem corpo (1).

Cumpré, porém, não confundir este fim immediato ou primeiro intento, com o fim juridico que constitue a causa como elemento essencial dos negocios juridicos. Não é nesse sentido que aqui é tomado o fim immediato; é propriamente o resultado que com o effeito juridico se pretende obter, e não este effeito juridico que forma o conteúdo do negocio, que agora se tem em vista. O fim para o qual se provoca este effeito juridico é que constitue, para WINDSCHEID, o fim immediato ou primeiro intento. Uma declaração de vontade é destinada a produzir um determinado resultado juridico, que é

(1) Vid. SCUTO, obr. cit., p. 41.

justamente a criação do negócio, e esse resultado acha-se definido e tipicamente delimitado pela própria lei; é o fim imediato da declaração de vontade, e neste sentido se considera como o *causa* do negócio jurídico. Mas o negócio jurídico é por sua vez destinado a alcançar um determinado resultado pratico que o declarante ou os pactuantes tem em vista, e que por isso é variavel e relativo. É precisamente a este resultado pratico, que em primeira linha se pretende produzir com a realização do negocio jurídico, e que por isso se pode dizer um fim immediato, que WINDSCHEID allude, e não ao resultado jurídico que forma o conteúdo do negocio, e que em certo modo precede este resultado pratico, de que representa o meio de consecução. Estando esse resultado pratico directamente relacionado com um determinado estado de coisas, sem o qual não é possível a sua realização, pode designar-se como presupposição esse próprio estado de coisas («Zustand der Dinge» ou «Gestaltung der Verhältnisse») (1).

Admitte, porém, WINDSCHEID que a presupposição não tenha por conteúdo a consecução do primeiro e immediato intento da declaração de vontade. Se numa attribuição patrimonial se impõe

(1) V. *Archivo para a Pratica civ.*, vol. cit., p. 174, cit. por SCIRO, obr. cit., p. 44 e 45, notas (13) e (14).

um encargo a quem recebe, escreve WINDSCHEID, o cumprimento deste encargo constitue a presupposição da attribuição, pois que, se o encargo é pelo auctor da declaração de vontade ligado indissolvelmente á attribuição, a subsistencia desta independentemente do cumprimento desse encargo não corresponde á sua verdadeira vontade (1).

Em geral, na presupposição de quem dá, o elemento característico reside na intenção de proporcionar a quem recebe uma vantagem patrimonial; é este o unico resultado que normalmente tem em vista o disponente. Mas além deste *primeiro intento*, o enriquecimento gratuito do adquirente, pode a disposição ter ainda como fim o cumprimento de um determinado encargo, que pode consistir num certo uso dos bens recebidos, ou em se prestar ou fazer qualquer cousa, no interesse de quem faz a attribuição, ou de terceiro. O primeiro intento ou o fim immediato não é o cumprimento deste encargo, que não exclue, nem pode excluir por completo, na doação, o enriquecimento gratuito do donatario, e porisso falla WINDSCHEID de «presupposições cujo conteúdo não é a consecução da primeira e immediata intenção da declaração de vontade» (2), sendo

(1) WINDSCHEID, *Pand.* I, § 98, p. 399.

(2) «Voraussetzungen, deren Inhalt nicht die Erreichung der ersten und nächsten Absicht der Willenserklärung ist». — *Presupposição*, n.º 68, p. 102.

certo comtudo que para o proprio WINDSCHEID o cumprimento do encargo pode por vezes representar o fim principal ou immediato da disposiçao a titulo gratuito (1).

Tal é, nos seus traços geraes, a doutrina da *presupposição*, informada num conceito que bem pode dizer-se com FADDA e BENSA ser o fructo de um raro poder de abstracção, e que os sabios annotadores do notavel civilista allemão se inclinam a considerar como a mais genial creação daquelle que entendem poder chamar-se sem exaggero o principe da dogmatica juridica na segunda metade do seculo ultimo.

O estudo de WINDSCHEID exerceu na Allemanha uma poderosa influencia tanto na doutrina como na pratica; fora deste paiz, porém, a sua obra pode bem dizer-se que é mais citada do que conhecida. Como todas as concepções geniaes, a theoria da *presupposição*, a par dos mais vivos ataques, suscitou as mais apaixonadas defezas, sendo comtudo para notar que são poucos os seus sequazes que acolhem sem limitações e sem restricções a doutrina de WINDSCHEID; porisso com razão observa BEKKER que, em geral, na discussão deste assum-

(1) «Die Erfüllung der Auflage der erste Zweck der Vermögenszuwendung, die Auflage der Ausdruck dieses ersten Zwecks». No Arch. para a Pr. civ., vol. cit., p. 175. Vid. tambem p. 181-183.

pto, fautores e adversarios de WINDSCHEID não se apresentam como partes em stricta apposição entre si (1).

Quanto á riqueza da litteratura juridica relativa á doutrina da presupposição, tanto na Allemanha como nos demais paizes, a fim de não avolumar excessivamente o nosso trabalho, remettemos, para uma detalhada noticia das differentes opiniões, para o trabalho de FADDA e BENSA (2).

Referiremos comtudo como sequazes do conceito de WINDSCHEID, na litteratura germanica, entre outros, RUDDORFF, BÄHR, BARON, FÖRSTER, HRUZA, BECHMANN, HESSE, RYCK, BUHL, LOTMAR, LEONHARD, BEKKER, UNGER, PFAFF e HOFFMANN. De entre estes, porém, alguns, como LEONHARD, BEKKER, PFAFF e HOFFMANN adherem apenas parcialmente á theoria da presupposição, destacando della o modo como figura juridica autonoma. Entre os adversarios deste conceito, podem citar-se, ERXBEN, WITTE, VOIGT, ZIMMERMANN, HARTMANN, ADICKES, WENDT, PFERSCHÉ, GRADENWITZ, DERNBURG, LENEL, HIPPE, HÖLDER, REGELSBERGER, BOLZE, BÖCKING, e entre os mais recentes PLANK, OERTMANN, ENDMANN, HEILFRON, SCHERER e CROME. Depois de se mostrar favoravel á presupposição, na primeira

(1) BEKKER, *Pand.*, vol. II, p. 375.

(2) FADDA e BENSA, obr. e vol. cit., nota (yy) dos trad., p. 1036.

edição das suas "Pandectas", excluindo muito em bora deste conceito algumas figuras jurídicas, BRINZ mudou publicamente de opinião nas suas lições, segundo refere LORTMAR na segunda edição desse trabalho, em que, de resto, se mantem ainda a exposição da primeira edição (1). No terceiro volume do seu trabalho sobre LABEO trata longamente PERKICE da presupposição, sob o ponto de vista historico, segundo a orientação do seu estudo, em relação ás *conditiones ob causam*; não se mostrando, na introdução, adverso á construção dogmatica de WINDSCHEID, entende comtudo que as *conditiones ob causam*, em face do direito classico, não podem explicar-se pelo conceito de presupposição, se bem que reconheça que nalguns pontos as fontes classicas se inspiram nesta ideia. Os escassos fundamentos da nova doutrina difficilmente se poderiam descobrir no direito justiniano (2).

Cumpre notar que, se os civilistas contemporaneos, na Alemanha, se mostram na sua generalidade adversos ao conceito da presupposição, é porque esses escriptores, collocando-se no campo do direito positivo, se julgam vinculados pelos traba-

(1) V. BRINZ, *Pand.*, 1.^a edição, p. 1533, 2.^a edição, IV, § 557, p. 230 e V, § 556, p. 227-229, cit. por WINDSCHEID, *Pand.* I, § 97, nota (1), p. 395 e FADDA e BENSA, loc. cit.

(2) PERKICE, obr. cit., vol. III, p. 10, 286 e seg., cit. por FADDA e BENSA, loc. cit. e por SCUTO, obr. cit., n.º 25, p. 47.

lhos preparatorios do moderno codigo civil allemão, entendendo dever recusa-lo perante as vicissitudes por que passou na elaboração deste codigo. Assim é que PLANK nota que «a categoria da presupposição desconhece-a o codigo», que OERTMANN escreve que «é estranha á lei a *condictio* pela falta de uma presupposição de quem faz a prestação, etc.; ... que o codigo não a admite, resulta directamente da letra do § 812»; assim é que ENDMANN, refutando o conceito de WINDSCHEID, lembra a exclusão unanimemente decidida pela segunda commissão; que HEILFRON nota, ao repudia-la, que a categoria da presupposição foi regeitada pelo codigo, e que SCHERER sustenta que a presupposição apenas tem valor juridico, emquanto sejam applicaveis as disposições relativas ao erro e á condição, baseando-se nos trabalhos preparatorios (1).

Pelo que respeita á legislação allemã, não foi acolhida, como vimos, no codigo civil a doutrina de WINDSCHEID. Apenas a sancionava parcialmente o primeiro projecto, redigido por uma com-

(1) V. PLANK, *Comment. ao cod. civ.*, 2.^a edição, I, p. 202. OERTMANN, *Comment. ao cod. civ.* — *O direito das relações de debito*, p. 540. ENDEMANN, *Introd. ao estudo do cod. civ.*, 5.^a edição, I, § 198, p. 899, nota (17). HEILFRON, *Trat. de dir. civ.*, I, § 37, p. 363, nota (8). SCHERER, *Parte geral do cod. civ.*, p. 334. Cfr. FADDA e BENSA, *obr. e vol. cit.*, nota (yy) dos trad., p. 1042 e 1043.

missão de jurisconsultos de que fazia parte nos primeiros annos o proprio WINDSCHEID, mas que entendeu não dever sancionar-se num código em toda a sua extensão a doutrina da presupposição, pelo perigo que nesses termos poderia importar para a segurança ou certeza das relações jurídicas, razão que em seguida influiu para que a segunda comissão a repudiasse por completo. Formulando no § 742.º o principio de que «quem fez uma prestação sob a presupposição, expressa ou tacitamente declarada, de um acontecimento futuro ou de um effeito juridico, pode, quando a presupposição se não verifique, repetir do adquirente aquillo que houver prestado», o projecto primitivo não reconhecia egual faculdade no caso de a prestação ter sido feita sob a erronea presupposição declarada de uma circumstancia passada ou presente, desvirtuando assim a construcção de WINDSCHEID, compromettendo-a num dos seus traços importantes e caracteristicos. Entendia a comissão que a theoria da presupposição, como categoria geral das autolimitações nos effeitos dos negocios juridicos, não tinha attingido ainda o grau de elaboração necessario, nem o estado de acceitação sufficiente para não parecer extranho construir sobre ella disposições legislativas. Emquanto á presupposição, como tal, se devia reconhecer importancia juridica, em seu logar e para cada caso se providenciava

na necessaria medida; e assim, nos §§ 742.º, 744.º, e ainda nos §§ 290.º alinea 4, 667.º alinea 2, 684.º alinea 2, 1229.º, 1781.º (§§ 1948.º, 1949.º, 1960.º alinea 2) se prescreviam os principios sobre a repetição de uma prestação pela não realização de um acontecimento futuro presupposto, ou de uma consequencia juridica. Fora destes casos, á presupposição, emquanto no caso concreto não devesse considerar-se como uma condição, apenas se reconhecia o alcance de um motivo impulsor, que não affecta a efficacia do negocio juridico (1).

As vivas criticas e as severas censuras feitas ao primeiro projecto foram attendidas pela segunda commissão que, com indiscutivel coherencia, eliminou do projecto todos os traços da theoria da presupposição, e principalmente no que diz respeito á causa dos negocios juridicos (2).

(1) V. *Motivos*, I, p. 249 e II, p. 842 e 843. Cfr. FADDA e BENSA, obr. e vol. cit, nota (yy) dos trad., p. 1039.

(2) É porisso para estranhar, segundo notam FADDA e BENSA, que CLAPS affirme que, relativamente á theoria da causa, a doutrina de WINDSCHEID foi acolhida pelo novo código civil allemão, e tanto mais, que o referido escriptor invoca, para confirmar a sua affirmação, certamente nma disposição do projecto primitivo, o art. 742.º, que attribue ao código, sendo sem duvida a esta disposição que quer referir-se quando cita, evidentemente por engano, os §§ 752.º e seg. do código, que nada teem que ver com a questão, tratando-se ahí da communhão; e além disso, ainda em abono da sua affirmação, relativa ao código promulgado em agosto de 1896, cita lições do illustre

Apenas, pelo que respeita á responsabilidade pelos vícios occultos da coisa transferida, a phrase do § 381.º do primeiro projecto, criticada por CAUPEL como sendo uma applicação da theoria da presupposição, passou para o § 459.º do código.

A penetração de analyse e de investigação, e a amplitude de discussão que provocou a theoria da presupposição, vieram derramar nova e intensa luz sobre differentes pontos fundamentaes da doutrina jurídica com os quaes mais intimamente se relaciona este conceito, vindo assim a ser particularmente estudadas, esclarecidas e completadas a doutrina da causa dos negócios jurídicos, da distincção destes em gratuitos e a título oneroso, do modo, do enriquecimento sem causa, da condição, do erro nos motivos, etc. Porisso é realmente para admirar, segundo notam FADDA e BENSA, que SCHNEID tenha podido escrever que o livro de WINDSCHEID sobre a presupposição passou sem deixar vestigios na pratica! Na verdade, quando mesmo fosse exacto observar com BOLZE que o conceito de presupposição está prestes a desaparecer do campo da theoria, sem haver esperanças de o revigorar com qualquer nova e energica tentativa, a WINDSCHEID caberia sempre o merecimento de ter

professor FILOMUSI-GUELFI de 1889-1890 e o conhecido trabalho de HALLEILES, publicado em 1890.

dados logar a tão extensa e fructifera actividade scientifica (1).

Deixando de parte o estudo da theoria da presupposição com respeito ás fontes do direito romano, nas quaes, tendo sido apresentada como uma theoria romana, deveria encontrar o seu principal fundamento, remettendo, para um conhecimento geral dos mais importantes resultados, para o trabalho de SCUTO, e para um exame mais detalhado e minucioso da questão sob este aspecto, para os differentes auctores ali citados, e designadamente para a obra de PERNICE, considera-lhe-mos em si, examinando-a no seu conceito essencial, visto pertencer já, como uma theoria geral, á doutrina juridica moderna.

Um primeiro ataque dirigido contra a theoria da presupposição, e que insistentemente tem sido repetido pela critica (2), baseia-se numa pretendida

(1) V. SCHERER, *Relações de debito*, p. 1233. BOLZE, *Arch. para a Pr. civ.*, LXXVIII, p. 457. Cfr. FADDA e BENSA, obr. e vol. cit., nota (yy) dos trad., p. 1035.

(2) Veja particularmente GRADENWITZ, *Ueber den Begriff der Voraussetzung*, p. 10 e seg. FERRARA, *Teoria del negocio illecito nel cod. civ. ital.*, n.º 40, p. 88. SEGRÉ, *Alcune osservazioni sulla teoria del presupposto, nei riguardi del Diritto romano e del Diritto moderno*. No *Filanquiere*, n.º 6, junho de 1890, p. 335. SCUTO, obr. cit., n.º 27, p. 50.

Não tem serio valor, e porisso as deixamos sob silencio no texto, algumas observações de GRADENWITZ, que argumenta em primeiro

falta de concordancia entre o que poderia ser a presupposição, como elemento constitutivo da vontade, e o modo como é apresentada. Allude-se ao facto de WINDSCHEID a considerar como uma limitação da vontade, como uma *autolimitação*.

logar com a circumstancia, que se lhe afigura digna de nota, de, havendo uma particula, *si*, para exprimir a condição numa declaração de vontade, uma, *cum*, para exprimir o termo, e outra, finalmente, *ut*, relativa ao modo, não haver nenhuma que, pelo menos normalmente, sirva para exprimir a presupposição; e observa em seguida que na lingua latina, e portanto nas fontes juridicas, não existe uma palavra correspondente a *Voraussetzung*. *Conditio*, *cavea*, *modus* significam tambem presupposição só emquanto exprimem um conceito geral em que esta está comprehendida. Nota finalmente que, ao passo que ha adjectivos para qualificar a declaração de vontade sob condição (*bedingte*) e a declaração a termo (*befristete*), não ha adjectivo que qualifique a declaração sob uma determinada presupposição.

Não pode na verdade causar admiração a pobreza ou a incoherencia da terminologia nas fontes romanas, particularmente quando se attenda, como observam FADDA e BENSA, a que os romanos não chegaram a formular e a definir de um modo preciso as figuras juridicas e os principios que a doutrina moderna *systematizou* num estudo geral. Nem desse modo se demonstra que o conceito de presupposição não estivesse já, ao menos em germen, na sua essencia, na mente dos juristas romanos (cfr. *Lezioni di diritto romano sul negozio giuridico* [FADDA] colligidas por FERRARA, p. 79 e seg., cit. por FADDA e BENSA).

Se, porém, tivéssemos que dicidir apenas em vista da terminologia, teriamos que abandonar tambem por completo a figura juridica do modo, que tão incerta nos apparece, mesmo no direito justinianeo. O argumento deduzido das particulas adequadas a exprimir a condição, o termo, ou o modo nenhum valor pode ter, além disso,

Se bem que a presupposição não corresponda ao conceito de causa, quando se queira acolhe-la no campo do direito, attribuir-lhe efficacia juridica, observa Scuto, não é possível deixar de a incluir entre os factores essenciaes da vontade, devendo

visto ser reconhecido como incontestavel que o uso das expressões *si*, *cum* e *ut*, e em geral o emprego de qualquer palavra que se entenda consagrada, não pode considerar-se como um criterio seguro e exclusivo de interpretação, cumprindo sempre determinar a verdadeira intenção das partes ou do disponente. De resto, é frequentissimo nas fontes o emprego do *ut* em relação a casos de presupposição indicados por *W.*, e se as expressões referidas por GRADENWITZ tem o caracter tão generico que este lhes attribue, o argumento que dahi deduz deve logicamente tornar-se extensivo ás figuras juridicas da condição e do modo, que nessas expressões estão comprehendidas. Relativamente á falta de um adjectivo qualificativo da declaração sob uma presupposição, em obediencia a esta curiosa maneira de raciocinar, nós portuguezes, como os italianos, francezes, e outros, teriamos que recusar a existencia de uma declaração de vontade a termo, só porque nas nossas linguas não ha um adjectivo que lhe corresponda. — V. FADDA e BENSA, obr. e vol. cit., nota (yy) dos trad., p. 1046.

Aqui observaremos, já que estamos no campo da terminologia, que a palavra allemã *Voraussetzung*, com que *W.* designa o seu conceito, parece dever traduzir-se por *presupposição*, e não por *presupposto*, expressão esta por que se indica naturalmente a circunstancia que forma objecto da presupposição, evitando se deste modo a ambiguidade, tão lamentada por alguns escriptores, que se dá com relação ao vocabulo *condição*, que tanto designa a limitação da vontade querida pelas partes, como o acontecimento com que se relaciona essa limitação. São os auctores italianos que muito frequentemente empregam o termo «*presupposto*», de preferencia a «*presupposizione*».

como tal considerar-se antes como uma *condicio sine qua non* da declaração, conforme observa por exemplo GRADENWITZ. Sem o primeiro intento ou o fim pratico immediato, continua SCUTO, em vez de uma declaração de vontade existe apenas uma sombra, um phantasma sem corpo, na phrase do proprio WINDSCHEID, e a presupposição não é mais do que o estado de cousas intimamente relacionado com o fim pratico que se pretende realizar. Não é pois exacto, conclue, fallar de autolimitação ao definir o character da figura juridica que se pretende crear, «porque a vontade, ainda mesmo no sentido de volição, acto do poder volitivo, não pode considerar-se limitada pelos elementos que substancialmente a constituem e determinam» (1).

Por mais razoaveis, porém, que se apresentem estas considerações, e por mais evidente que possa parecer a sua exactidão, certo é que a presupposição representa uma *autolimitação*, na accepção em que SAVIGNY emprega este termo, e com o alcance que lhe attribue (seja qual fôr o valor tecnico ou a propriedade desta expressão), do mesmo modo que a condição, enquanto quem faz uma declaração de vontade sob uma determinada presupposição só quer o effeito juridico, que della constitue

(1) Scuto, obr. cit., n.º 27, p. 51.

objecto, ou que della deriva, emquanto se verifique ou subsista um determinado estado de cousas que tem em mente ao fazer a declaração de vontade, isto é, que presuppoz ao realizar o negocio juridico, muito embora não tenha chegado a formular ou a estabelecer expressamente, como na condição, a subordinação absoluta da existencia do effeito juridico a esse estado de cousas presupposto.

Não é, pois, exacto dizer que, se no negocio condicional se pode distinguir ou destacar a condição, e considera-la como um elemento que limita o negocio puro abstractamente considerado, emquanto é um elemento accidental, relativamente á presupposição deve ter-se em vista que em toda a determinação de vontade ha sempre uma causa como elemento essencial (1). A condição, no negocio condicional, limita a vontade do agente de um modo não diverso da presupposição, correspondendo precisamente a esse elemento *essencial de toda a determinação de vontade*, a que se allude em relação á presupposição, mas que, sendo naturalmente variavel, e podendo além disso manter-se nos limites da consciencia, confundindo-se com a serie dos motivos, sendo então destituído de efficacia juridica, cumpre distinguir devidamente da causa, que re-

(1) GRADENWITZ, obr. cit., p. 11, nota 2. LENEL, no *Arch. para a Pr. civ.*, vol. LXXIX, p. 96. Cfr. SCUTO, obr. cit., p. 51, nota (26).

sulta da organização typica que por lei é dada ao negocio juridico, é portanto constante, e constitue um elemento essencial deste.

As observações feitas contra a presupposição como autolimitação apenas procedem, pois, como critica do conceito de autolimitação, demonstrando a impropriedade deste termo e a inexactidão que no fundo envolve. E foi justamente esta a critica que fundamentalmente fizemos deste conceito, no volume precedente deste nosso trabalho (1). A vontade propriamente não é limitada; a pretendida limitação é apenas a constituição ou individualização da vontade no caso concreto. Vimos, porém, o sentido em que SAVIGNY empregou o termo, o significado que quiz attribuir-lhe, e com que se divulgou na doutrina e na technica jurídica. Tomado o vocabulo nesta accepção, dentro desta terminologia, não pode deixar de se reconhecer que a presupposição representa uma autolimitação da vontade.

Observa, porém, ainda Scuto que, querendo attribuir importancia juridica ao elemento psychologico determinante da vontade, não se pode scindir a vontade declarada da presupposição que a acompanha, nem exclui-la do conteúdo *natural* e

(1) *Das clausulas accessorias dos negocios juridicos*, I, A condição, Introd., p. 15.

effectivo da declaração; sendo a vontade una e indivisível, a presupposição deveria ser apresentada como um seu elemento essencial, e a efficacia de toda a declaração ficar portanto subordinada á existencia desta causa determinante, não devendo o negocio juridico produzir effeito algum quando ella faltasse; ao contrario, porém, WINDSCHEID admite uma dupla vontade: a vontade productiva de effeitos (*der wirkliche Wille*), que é a vontade principal e, por assim dizer, absoluta, emquanto tende a crear sem limitações um determinado negocio juridico, e a vontade verdadeira e propria (*der eigentliche ou der wahre Wille*), que, por assim dizer, succede á primeira, e é limitada, emquanto não se quer um resultado contrario ao que deriva da presupposição.

Ninguém, porém, mais terminantemente do que WINDSCHEID affirma a unidade da vontade, e apresenta a presupposição como um elemento constitutivo e essencial da vontade, sendo esta até a base da sua doutrina, e apenas theoricamente, por conveniencia de doutrina, tendo em vista as necessidades da pratica, attendendo a que a vontade apenas produz effeitos emquanto é declarada, e nos termos em que é manifestada, sendo-o pura e simplesmente na declaração sob uma determinada presupposição, allude a uma vontade productiva de effeitos e a uma vontade verdadeira e propria, com

a qual podem estar em desharmonia os efeitos produzidos. A vontade declarada, para WINDSCHEID, é a vontade sob uma determinada presupposição; nem assim podia deixar de ser, visto ser essa a vontade efectiva do agente. Mas na realidade o agente faz uma declaração pura e simples, não chegando a subordinar a existencia do effeito juridico á situação presupposta porque a tem como certa; por isso o negocio ha-de produzir immediatamente os seus effeitos. Mas se a situação presupposta se não realiza ou vem a faltar, esses effeitos deixam de corresponder á vontade verdadeira e propria do agente, que é a unica vontade que realmente existe, e á qual WINDSCHEID pretende assegurar a devida influencia sobre os effeitos do negocio juridico, que fundamentalmente é um seu producto, fazendo-os cessar quando a ella deixem de corresponder; a continuação desses effeitos corresponde apenas, por assim dizer, á vontade ficticia que aparentemente resulta da declaração feita, declaração que, se bem considerarmos, não é pura e simples, ou absoluta, visto della resultar implicitamente, sendo o effeito juridico querido só para um determinado estado de cousas, para o caso de se dar uma determinada presupposição pelo menos tacitamente declarada, que o agente não quer esse effeito no caso contrario. WINDSCHEID apenas propugna a reconstituição da verdadeira vontade declarada; é como elemento

desta, como pertencendo ao conteúdo natural e effectivo da declaração que elle sustenta a efficacia juridica da presupposição, exigindo que ella seja ao menos tacitamente manifestada, que resulte portanto da declaração de vontade.

Não procede, pois, a observação de que a distincção entre *vontade productiva de efeitos* e *vontade verdadeira* é demasiado subtil e pouco conforme á realidade, e que a *vontade verdadeira* conduz a um campo de ficções (1). «Não temos effectivamente senão uma vontade, escreve SCUTO, a vontade que dá vida ás relações juridicas que conduzem á realização de um fim pratico, a que estão relacionadas as circumstancias presuppostas. Quem declara querer para conseguir um determinado fim, quer, e pode declarar querer justamente apenas em vista de determinadas circumstancias, mas nada declara querer para a hypothese opposta á que presuppõe, precisamente porque, presuppondo aquelle resultado determinado, não pode ter vontade alguma contraria» (2). É porém incontestavel que, se o resultado presupposto se não verifica, os effects da declaração subsistentes correspondem a uma vontade que

(1) V. CHOMÉ, *Die Gewährleistung wegen Obwesenheit voranzusetzen Vorrüge*. No *Archiv für die civ. Praxis*, vol. LXXVIII, p. 137. Cit. por SCUTO, obr. cit., p. 52, nota (31).
(2) SCUTO, obr. cit., n.º 27, p. 53.

não é a sua, visto os querer apenas na *hypothese* presupposta, estão apenas formalmente justificados, e porisso lhe deve ser permittido faze-los cessar. O agente só declarou uma vontade directamente productiva de effeitos para a *hypothese* presupposta, visto ter o resultado presupposto como certo, propondo-se apenas, com a sua declaração, dar origem ao negocio juridico. Porisso os effeitos da declaração de vontade não podem cessar *ipso jure*. Mas como a sua declaração contém implicitamente a vontade real de que esses effeitos não tenham logar fora da *hypothese* presupposta, como della resulta que a sua vontade não é para o caso contrario, a fim de assegurar efficacia á verdadeira vontade de quem realiza um negocio juridico, deve conceder-se-lhe a faculdade de, por uma nova declaração de vontade, fazer cessar os effeitos do negocio realizado.

Para responder a algumas das mais graves objecções formuladas contra a presupposição e para demonstrar a sua improcedencia, basta ter bem presente que segundo o conceito de WINDSCHEID a presupposição não corresponde de modo algum á ideia de causa, assentando essas objecções na confusão destes dois conceitos. Os mais calorosos defensores da presupposição della excluem a causa, e esta exclusão impõe-se, na verdade, no conceito de WINDSCHEID, do qual resulta como logica con-

sequencia que a presupposição só pode referir-se aos *accidentalia negotii*. Assim como a condição que se refere a um requisito essencial do negocio juridico (*condicio juris*) não é uma condição, a presupposição relativa a um elemento essencial não pode considerar-se como tal, dado o conceito que WINDSCHEID formula desta figura juridica, apresentando-a como uma disposição accessoria, uma auto-limitação da vontade, como uma condição não desenvolvida, differindo desta apenas no modo como actua.

Nestes termos é evidente que a causa está excluida de um modo necessario da noção de presupposição. Perde por consequencia todo o seu valor a observação formulada por GRADENWITZ, e repetida em seguida por LENEL, SEGRÉ e outros, de que nem sempre a presupposição precisa de ser manifestada, pelo menos tacitamente. A objecção resulta de que a falta da causa produz sempre o seu effeito de impedir a existencia da relação juridica, independentemente de declaração; é, porém, descabida desde que a presupposição se limita aos *accidentalia negotii*, sendo neste caso impossivel attribuir o minimo valor a uma interção ou a um motivo que não resulte pelo menos das circunstancias em que foi concluido o negocio juridico.

Occorre referir aqui uma objecção de SCUTO, segundo o qual, detendo-se longamente WINDSCHEID

no desenvolvimento do conceito de primeira intenção ou primeira fim para circumscriptor ou delimitar a suposição na manipulação extensa e variada dos motivos, devendo entender-se por esta primeira fim ou fim imediato o resultado prático, em vista do qual se provoca o efeito jurídico que constitui o objecto da declaração de vontade, nem sempre é fácil, por um lado, determinar qual seja o fim imediato que tem em vista o agente, não sendo possível, por outro lado, traçar uma linha de separação, para o definir e differenciar na serie tão variada de circumstancias que com elle se relacionam e que constituem muitas tantas suposições da vontade, que não seja arbitrária, não se achando o fim immediato, como fim pratico, isolado, mas ligado a uma serie de fins ultteriores. E nota ainda Scuto que Windscheid allude a suposições cujo conteúdo não reside na consecução da primeira ou mais proxima intenção do autor da declaração, tendo em vista os casos ordinarios do *modus*, de forma que, ainda quando fosse sempre possível distinguir o fim immediato dos fins ultteriores, não se excluiria a possibilidade de que qualquer motivo, só porque relacionado com aquelle, viesse exercer influencia, ainda que indirecta, sobre os efeitos da declaração de vontade. Sem exaggero pode, pois, dizer-se, conclue Scuto, seguindo LEXEL, que todo e qualquer motivo de uma determinação de von-

tade constitue uma presupposição segundo o conceito de WINDSCHEID. Sob o ponto de vista subjectivo, não ha uma razão decisiva, um criterio que nos fixe ao determinar a presupposição, e nos impeça de proseguir, no campo tão vasto dos motivos (1).

Não vemos, porém, que valor possam ter contra a theoria de WINDSCHEID as considerações apontadas, quando se attenda a que no conceito do notavel civilista allemão o motivo só pode ter efficacia juridica, isto é, só constitue uma presupposição, quando seja considerado pelas partes como elemento principal e essencial do negocio realizado — de modo que sem elle estes não o teriam concluido — sendo como tal expressa ou tacitamente manifestado. Não pode pois, em face de uma declaração de vontade determinada, attender-se e attribuir-se influencia sobre os effeitos desta a todos os motivos por que poderia ter-se determinado o seu auctor, estando a delimitação feita, no caso concreto, objectivamente, pelos termos da declaração ou pelas circumstancias em que esta é feita, devendo apenas reconhecer-se efficacia juridica e attri-

(1) «Iede Vorstellung, die für die Partei wirklich entscheidendes Motiv gewesen ist, ist Voranssetzung in Windscheid's Sinne». LENEL, *Archiv für die civ. Praxis* cit., vol. cit., p. 222. SCUTO, obr. cit., n.º 27, p. 53.

habe-se o valor de uma *presupposição*, no conceito de Windscheid, nos motivos que da declaração de vontade resulte expressa ou tacitamente terem influido na conclusão do negócio jurídico, visto se exigir que a *presupposição* seja manifestada pelo menos de um modo tácito.

Sob o ponto de vista subjectivo, não ha duvida de que qualquer motivo pode vir a constituir uma *presupposição*, segundo Windscheid; e se elle falla do primeiro intento ou fim immediato, e nelle insiste de um modo particular, é para tornar mais comprehensivel, para melhor evidenciar a verdade que encerra o seu conceito, e porque, em geral, quem, ao realizar um negocio juridico, mostra ter em vista uma determinada situação, concebe essa situação como o fim immediato do seu acto de vontade. Ha certos fins, na realização de um negocio juridico, que revestem uma importancia particular, sem os quaes se não pode conceber a realização de um negocio, não sendo facil suppôr que alguém faça materialmente uma declaração de vontade, dê vida a uma relação juridica sem ter em vista um resultado pratico immediato, por exemplo, na doação, melhorar a situação economica do donatario, tirando-o da situação angustiosa em que até então tenha vivido, ou provocar nelle sentimentos de gratidão; teriamos nesse caso, em vez de uma declaração de vontade, apenas «uma sombra

ou um phantasma sem corpo». Estes são os fins que se podem dizer implicitamente presuppostos, que se podem caracterizar de per si como presupposições. Mas a estes não se restringe a presupposição. Esta pode não ter como conteúdo o resultado que directa e principalmente pretendia obter e tinha em vista o auctor da declaração de vontade; ha presupposições, diz em seguida WINDSCHEID, cujo conteúdo não consiste no conseguimento da primeira e immediata intenção da declaração de vontade. A sua theoria conduz, pois, a attribuir importancia juridica aos motivos emquanto são elevados a elementos essenciaes da vontade. Dahi não deriva, porém, imprecisão, nem resulta inconveniente algum para a theoria da presupposição, visto que nesta, como reconhece SCUTO, e diz ser reconhecido em geral, tanto pelos adversarios de WINDSCHEID, que ahi vêem um dos mais efficazes argumentos para a combater, como pelos fautores do seu conceito, que observam que o motivo, sendo declarado, deve ter influencia sobre o negocio juridico, unicamente se reconhece efficacia juridica aos motivos, «emquanto representam um elemento essencial do processo volitivo, e como taes são declarados expressa ou tacitamente» (1).

(1) SCUTO, obr. cit., n.º 27, p. 55.

E a proposito notaremos com FADDA e BENSA a curiosa maneira de argumentar dos adversarios da presupposição, que, quando combatem o requisito da manifestação, se refugiam sob o exemplo da causa, e, quando se trata de uma circumstancia que as partes elevam a requisito da persistencia do effeito juridico, alludem aos motivos determinantes e ao perigo de se lhes reconhecer efficacia (1).

Afigura-se-nos egualmente infundada a objecção de DERNBURG, tantas vezes repetida pelos adversarios da theoria de WINDSCHEID, que deste modo desfiguram inteiramente o conceito formulado pelo notavel pandectista, objecção segundo a qual, pela theoria da presupposição «o que foi convencionado bilateralmente pelas partes, poderia ser contestado em consequencia de ideias, que nem sequer foram declaradas (Vorstellungen), de uma das partes» (2). Attenda-se, na verdade, a que WINDSCHEID insistiu sempre na necessidade de a presupposição ser ao menos tacitamente manifestada, e que é portanto desvirtuar a sua doutrina pretender combater-la com semelhante objecção. Ainda na sua ultima defeza, no artigo publicado no *Archivo para a Pratica civil*,

(1) FADDA e BENSA, obr. e vol. cit., nota (yy) dos trad., p. 1044.

(2) DERNBURG, *Pand.* I, § 115, p. 348.

respondendo á critica que lhe fôra dirigida numa sentença do Tribunal do Imperio, WINDSCHEID escrevia: «Mas não se trata de modo algum de uma presupposição posta *ad libitum*, e o Tribunal do Imperio poder tranquilizar-se. Combate contra um phantasma, contra um inimigo inventado por si proprio. Trata-se de uma presupposição, que, segundo as regras da interpretação, pode ser objectiva e subjectivamente reconhecida como que-rida». Poderá pois discutir-se, observam justamente FADDA e BENSA, sobre o perigo destas restricções tacitas, mas não é certamente de boa polemica attribuir a WINDSCHEID uma affirmacão contra a qual sempre protestou (1).

O perigo e os inconvenientes que para as relações entre os particulares importaria a admissão de uma presupposição tacita, pela incerteza a que daria logar, compromettendo a segurança do direito e a confiança que neste deve poder depositar-se como base da vida commercial, constitue a mais grave das objecções formuladas contra o conceito de WINDSCHEID, repetida sob variadas formas por todos quantos o criticam.

Neste sentido chega WENDT a accusar a theoria da presupposição de eliminar os limites que sepa-

(1) WINDSCHEID, no *Arch. für die civ. Pr.*, vol. cit., p. 196. FADDA e BENSA, obr. e vol. cit., nota (yy) dos trad., p. 1047.

ram a causa e os motivos, e de trazer nova incerteza para a theoria da condição.

Deve, porém, attender-se a que a *presupposição* só se distingue da condição no modo por que actua sobre os effeitos do negocio jurídico, e a que ninguém pensa, contudo, em negar a possibilidade de uma condição tacita. Os inconvenientes são, sem duvida, identicos em ambos os casos, especialmente quando se trate da condição resolutiva, que apresenta tanta affinidade com a *presupposição*, que já se tem pretendido que constituem um e o mesmo conceito.

Não parece, pois, que deva decidir-se em face dos inconvenientes praticos a inadmissibilidade da theoria da *presupposição*, tanto mais que esses inconvenientes são certamente menos graves do que se pretende fazer parecer. «Seguramente é incontestavel, escreve WINDSCHEID no citado artigo publicado no *Archivo para a Pratica civil*, que um juiz incauto pode, admittindo levianamente uma *presupposição*, offender gravemente a equidade. Mas, deve, porisso, privar-se o juiz de um recurso que lhe permite satisfazer em numerosos casos as exigencias do seu sentimento de equidade, por meio da logica juridica? Nem todos os juizes se decidirão tão facilmente a admittir uma condição tacita como o fez o Tribunal do Imperio, e é a equidade que com isso perde. É minha convicção que a pre-

supposição tacitamente de declarada ha-de sempre impor-se através de todas as objecções. Expulsa pela porta, voltará pela janella».

Occorre, na verdade, considerar, com FADDA e BENSA, que se não deve regeitar uma doutrina só porque não é isenta de inconvenientes. Cumpre antes ponderar devidamente as vantagens e os inconvenientes que della resultam, para determinar qual a solução mais favoravel, e afigura-se-nos licito observar que neste caso a escolha não se apresenta duvidosa, tanto mais que, excluida a presupposição, fica sempre a possibilidade de uma condição tacita, a que justamente recorrem os adversarios da figura juridica em questão. Trata-se em ultima analyse de decidir se se deve favorecer aquelle que conhecia ou devia ter conhecido a limitação ou restricção resultante da presupposição, e que portanto a acceitou, ou aquelle que, em virtude das circumstancias do caso concreto, não precisava fazer uma declaração expressa.

Certamente, a sancção do principio absoluto de que podem ser rescindidos quaesquer negocios juridicos, sempre que a realidade das cousas não seja conforme ao que os seus auctores presuppozeram, e a admissibilidade de qualquer meio de prova a este respeito, incluindo as presumpções, poderia originar graves arbitrariedades por parte do poder judicial, e teria sem duvida alguma os mesmos in-

convenientes que a theoria da vontade real para a annullação dos negócios jurídicos. Cumpre, porém, ter em vista que, na theoria da presupposição, deve attender-se só á declaração expressa da vontade, e ás circumstancias que do proprio conteúdo do negocio juridico resulta terem determinado a vontade do agente, devendo ainda deprehender-se do conteúdo do negocio, ou das circumstancias, quando seja bilateral, que a presupposição era ou podia ser conhecida da outra parte. Indeadamente accusa LENEL o auctor da theoria da presupposição de ceder á tendencia para exaggerar o alcance e a influencia da vontade, relativamente aos effeitos do negocio juridico, e para attribuir esta efficacia á vontade, mesmo nos casos em que o agente a não tenha tido em mente. Justamente entendida, a doutrina de WINDSCHEID não corresponde de modo algum á theoria da vontade ou volitiva. Com effeito, a presupposição deve apresentar-se de modo que qualquer homem normal possa immediatamente aprehe-la e reconhece-la como tal, julgando segundo as regras da boa fé, e em harmonia com os usos estabelecidos na pratica dos negocios; e por isso vemos nas fontes tão frequentes as referencias á equidade.

A theoria da presupposição não importa, porém, deste modo uma solução de caracter excepcional. Assenta simplesmente na ideia de que é conforme

á boa fé e á equidade ter em conta as circumstancias de facto que attribuíram ao negocio juridico a sua physionomia especifica, e assim tem em vista justamente o *id quod actum est*. Quem attende unicamente ao que as partes declararam, sem ter em conta o que da sua declaração resulta ter sido por ellas querido, vae contra a equidade. «A vontade, tal como se manifesta (ou se exerce [explica]) praticamente, é a base da presupposição; e é por uma consideração de boa fé que se attende á vontade, não formulada de um modo expresso ou apparente, mas segura e reciprocamente conhecida (ou capaz de o ser) pelas partes» (1). É fundamentalmente o mesmo que dizem os adversarios da presupposição quando, como DERNBURG, a proposito do modo affirmam que, não é porque as partes presuppozeram uma determinada circumstancia, mas porque esta constitue um elemento do negocio juridico, que a sua falta dá logar a uma impugnação. É, pois, com toda a razão que BEKKER observa não repugnar ao espirito da nossa epocha a tendencia para dar ás declarações de vontade incompletas a efficacia das declarações formalmente completas.

É para notar tambem que LENEL, um dos mais severos adversarios da theoria da presupposição,

(1) FADDA e BENSA, obr. e vol. cit., nota (yy) dos trad., p. 1048.

chegando, por considerações particulares, a admit-
tir a extensão do edicto edilício á falta de certas
qualidades que, independentemente de uma affir-
mação particular, o comprador devia suppor no
objecto vendido, segundo as ideias correntes na
prática dos negocios, dictadas pela boa fé, affirma
de um modo geral que «não se attende ao que *foi*
presupposto, mas ao que, em harmonia com a boa
fé, se *tinha direito* de suppor perante o outro
pactuante». Em nada diverge, na verdade, esta
affirmação do que acima dissemos: que se trata de
interpretar a vontade em harmonia com a boa fé,
e segundo os principios da equidade. Nem se nos
afigura licito argumentar, em vista destas conside-
rações, com a arbitrariedade a que desta forma
se dá lugar, não podendo a este respeito a theoria
da presupposição offerecer especialidade alguma
no direito moderno, bastando, para disso nos con-
vencermos, recordar os principios geralmente re-
conhecidos e já sancionados em materia de res-
ponsabilidade civil, e todas as apreciações a que
dá lugar o conceito da *culpa*, como base desta. E
este receio do arbitrario é realmente para extra-
nhar de um modo particular na recente doutrina
allema, sendo certo que por um lado ella se or-
gulta da criação do principio da boa fé (*Treu und*
Glaube) como base da interpretação, e por outro
lado o código civil allemão proclama no § 226.º o

princípio não menos arbitrário e perigoso, para alguns até o mais arbitrário e perigoso que se pode conceber (1), de que não é lícito o exercício de um direito com o fim exclusivo de causar um prejuízo a outrem.

É, porém, ainda para notar que em última analyse não nega LENEL, nem o podia negar, que o agente se determinou unicamente porque tinha o direito de pressuppor uma determinada circunstancia, e que o motivo ainda neste caso é elevado a um elemento do conteúdo do negocio. E na verdade, se o motivo pode ser elevado a condição do negocio juridico, entendendo alguns escriptores, como BECHMANN, KUHLENBECK e ENNECCERUS que a condição suspensiva não é mais do que um motivo formulado de um modo particular, não se comprehenderia que não pudesse ser elevado a presupposição, attenta a substancial identidade que ha entre condição e presupposição. Uma consideração decisiva contra os adversarios da presupposição, que para a combater se refugiam na categoria dos motivos, está certamente em que os raciocinios formulados em relação ao motivo como presupposição se applicam egualmente ao motivo como condição.

(1) FADDA e BESSA, obr. e vol. cit., nota cit., p. 1049. Cfr. também nota (55) dos trad., p. 1169 e seg.

Observa a este respeito LARENZ, e é este o seu argumento preferido, que o motivo, ou se eleva a condição, ou permanece um simples motivo, mesmo quando se torne conhecido do outro pactuante; que não ha um *quid medium* entre condição e motivo. Para refutar esta afirmação, parte Windscheid do exame da presupposição expressa, e observa que, quem presuppõe alguma coisa eré na sua realidade, suppõe-na, assenta-a como certa (*setz*), e sobre essa supposição appoia a sua actividade successiva, surgindo assim a declaração de vontade; esta é pois precedida (*vorans*) por aquella supposição. A deliberação que manifesta, formula-a pura e simplesmente, e não subordina a existencia do effeito juridico, que declara querer, á realidade da circumstancia presupposta, justamente porque presuppõe a sua realidade. Pelo contrario, quem emette uma declaração de vontade sob uma condição, parte da incerteza sobre a circumstancia designada como condição, e porisso quer, e declara querer, que o effeito juridico indicado unicamente tenha logar no caso de se dar essa circumstancia, se essa circumstancia se realizar; e este *se* permite, a quem o quer, dar á sua vontade uma expressão que não indica como dada, mas como duvidosa a circumstancia de que se trata. Reservada no caso concreto toda a liberdade de interpretação da declaração de vontade, essa interpretação pode e

deve partir de que, com a palavra presupposição, se exprime qualquer coisa de diverso do que se exprime com a palavra condição. «Ora poderá bem dizer-se, conclue mais adiante WINDSCHEID, que se a presupposição declarada não é condição, não é em geral de direito reconhece-la, mas está para ver se haverá um juiz que tenha a coragem de não ter em consideração a declaração, feita numa manifestação de vontade, de que esta é emitida apenas sob uma determinada presupposição» (1).

Objecta, porém, LENEL em primeiro lugar, que nem sempre se pode dizer, de quem considera como real um facto, e procede em vista d'elle, que presuppõe esse facto; não é certamente exacto dizer que presuppõe quem tem a plena prova da realidade do facto. O prefixo *voraus* teria, para LENEL, em *Voraussetzung* um significado analogo ao de *vor* em *Vorurtheil* (prejuizo), juizo formado sem um fundamento sufficiente. Assim, quem presuppõe, suppõe ou admitte em precedencia, anteriormente (*setzen in Voraus*), assenta um facto antes de ter a certeza, sem possuir a prova plena da sua realidade, e portanto sem motivos objectivamente sufficientes. Um juiz de quem se dissesse que condemna na simples presupposição da culpabilidade do accusado, teria razão

(1) Artigo cit. no *Arch. für die civ. Pr.*, p. 162 a 165. Cfr. FADDA e BENSA, obr. e vol. cit., nota (yy) dos trad., p. 1050.

para se offender. Deste modo viria a reconhecer-se que a presupposição expressa representa um conceito completamente differente do da presupposição tacita, visto que, quem presuppõe em silencio está persuadido da verdade do facto; quem está persuadido de um facto, nem o põe como condição de uma declaração de vontade, nem o pensa como tal, qualquer que seja o fundamento da sua persuasão. Poderia dizer-se, segundo LENEL, que, quem declara expressamente uma presupposição não presuppõe, e quem presuppõe não declara a sua presupposição. Quem faz a declaração expressa, é como se dissesse que sabe que a sua presupposição pode manifestar-se errada, não querendo, porém, que nesse caso lhe possa ser opposta a declaração de vontade. Este fim, diz LENEL, poder conseguir-se por differentes meios, taes como a condição, suspensiva ou resolutiva, direito de revogação, repetição do que se houver prestado, acção de indemnização, etc., decidindo a interpretação qual o effeito querido pelas partes no caso concreto.

Attenda-se, porém, a que, abandonando o rigor primitivo da sua opposição, recuando perante as suas afirmações absolutas, LENEL reconhece a presupposição expressa como limitação da vontade; e admittindo a reserva de um direito de revogação, que é precisamente a essencia da idea de WINDSCHEID, mostra que não se pode afirmar de um modo abso-

luto a impossibilidade de uma figura intermedia entre condição e motivo. Reconhece que o motivo muda de natureza quando se eleva a elemento constitutivo do conteúdo do negocio no caso concreto. Neste caso o motivo constitue uma restricção da vontade declarada, e não pode certamente ter importancia alguma a este respeito o maior ou menor grau de convicção, em que está o auctor da declaração de vontade, sobre a realidade do facto presupposto. Da certeza mathematica á ignorancia absoluta da realidade de um facto, observam justamente FADDA e BENSA, ha uma graduação indefinida de estados de consciencia, e a persuasão dessa realidade não representa um estado que se possa definir de um modo preciso. É normalmente exacto que, quem está convencido da realidade de um facto, não o põe em relevo de um modo expresso como elemento essencial do negocio concreto, mas isso não impede que por cautela preveja a sua não existencia, regulando em consequencia as relações a que dá origem com a sua declaração de vontade. E entre estes dois casos não ha, certamente, differença alguma. •Muitas vezes a lei vae ainda muito mais adeante; porque uma determinada circumstancia é ordinariamente a que determina o agente á conclusão de um negocio, considera-a immediatamente como o presupposto da declaração, admittindo a impugnação desta quando se não ve-

para se offender. Deste modo viria a reconhecer-se que a presupposição expressa representa um conceito completamente differente do da presupposição tacita, visto que, quem presuppõe em silencio está persuadido da verdade do facto; quem está persuadido de um facto, nem o põe como condição de uma declaração de vontade, nem o pensa como tal, qualquer que seja o fundamento da sua persuasão. Poderia dizer-se, segundo LENEL, que, quem declara expressamente uma presupposição não presuppõe, e quem presuppõe não declara a sua presupposição. Quem faz a declaração expressa, é como se dissesse que sabe que a sua presupposição pode manifestar-se errada, não querendo, porém, que nesse caso lhe possa ser opposta a declaração de vontade. Este fim, diz LENEL, poder conseguir-se por differentes meios, taes como a condição, suspensiva ou resolutiva, direito de revogação, repetição do que se houver prestado, acção de indemnização, etc., decidindo a interpretação qual o effeito querido pelas partes no caso concreto.

Attenda-se, porém, a que, abandonando o rigor primitivo da sua opposição, recuando perante as suas affirmações absolutas, LENEL reconhece a presupposição expressa como limitação da vontade; e admittindo a reserva de um direito de revogação, que é precisamente a essencia da idea de WINDSCHEID, mostra que não se pode affirmar de um modo abso-

lato a impossibilidade de uma figura intermedia entre condição e motivo. Reconhece que o motivo muda de natureza quando se eleva a elemento constitutivo do conteúdo do negocio no caso concreto. Neste caso o motivo constitue uma restricção da vontade declarada, e não pode certamente ter importancia alguma a este respeito o maior ou menor grau de convicção, em que está o auctor da declaração de vontade, sobre a realidade do facto presupposto. Da certeza mathematica á ignorancia absoluta da realidade de um facto, observam justamente FADDA e BENSA, ha uma graduação indefinida de estados de consciencia, e a persuasão dessa realidade não representa um estado que se possa definir de um modo preciso. É normalmente exacto que, quem está convencido da realidade de um facto, não o põe em relevo de um modo expresso como elemento essencial do negocio concreto, mas isso não impede que por cautela preveja a sua não existencia, regulando em consequencia as relações a que dá origem com a sua declaração de vontade. E entre estes dois casos não ha, certamente, differença alguma. «Muitas vezes a lei vae ainda muito mais adeante; porque uma determinada circumstancia é ordinariamente a que determina o agente á conclusão de um negocio, considera-a immediatamente como o presupposto da declaração, admittindo a impugnação desta quando se não ve-

rifique essa circumstancia» (1). E pode ainda o agente, não obstante não duvidar da realidade de uma determinada circumstancia e não prever a sua não existencia, realizar o negocio juridico de maneira que faça saber ao outro pactuante que é por causa dessa circumstancia que o realiza, e que, portanto, sem ella não querería o negocio.

Finalmente, LENEL, seguido por BEKKER, accusa ainda WINDSCHEID de não attender devidamente á differença que existe entre contractos e actos *mortis causa*, sendo muito diversa, segundo uma doutrina universal e exacta, a influencia dos motivos nos actos entre vivos e nas disposições de ultima vontade. Nestas, pelo menos nos legados, admite-se justamente que o erro nos motivos determina a nullidade da instituição, quando seja certo que sem esse erro não teria sido feita, e a razão está em que, se o testador tivesse conhecido o erro, poderia a todo o tempo ter revogado a instituição, de modo que o direito, annullando a disposição, faz apenas aquillo que o testador poderia ter feito. Nos actos entre vivos, pelo contrario, salvas as excepções, é reconhecido em geral o principio de que o motivo não influe sobre a validade do negocio, subsistindo este sempre, muito embora desappareçam os moti-

(1) V. FADDA e BENSA, obr. e vol. cit., nota (yy) dos trad., p. 1052, vid. p. 1049 e seg.

vos por que se determinou qualquer das partes. Os negócios entre vivos são em regra irrevogáveis, e a sua annullação em consequência de erro nos motivos importaria uma violação deste princípio, que se impõe como necessario no interesse das relações entre os particulares. «Quem duvida da exactidão das ideas que o levam á conclusão do contracto, affirma LAENZL, formula-as como condição da sua declaração de vontade» (1).

Em resposta, observam contudo FADDA e BENSA que, muito embora estas considerações possam ser verdadeiras, não devem certamente invocar-se contra a theoria da presupposição. Com effeito, se alguem, justamente porque não duvida da realidade de determinadas circumstancias, realiza um contracto, mas de modo a fazer saber ao outro contrahente que, sem essas circumstancias, não o teria celebrado, não pode deixar de se attribuir influencia a esta limitação. Nem é licito argumentar em sentido opposto com a necessidade da certeza das relações juridicas e as exigencias do commercio, pois que ao outro contrahente cumpre então certamente assegurar a sua situação, achando-se avisado pelas circumstancias; e se não se preveniu devidamente, a si só deve imputar os prejuizos que vier a soffrer,

(1) Cfr. FADDA e BENSA, obr. e vol. cit., nota cit., p. 1052.

pois que a declaração do primeiro pactuante lhe abria sufficientemente os olhos. Observam, por ultimo, sagazmente, os notaveis annotadores de WINDSCHEID, que mal se harmoniza com o raciocínio de LENEL a diversa natureza que attribue á presuposição expressa e á tacita (1).

Nota, porém, SCUTO que, nos contractos, e de um modo geral nos negócios bilateraes, só pode reconhecer-se influencia ao que se acha fixado pelo accordo das partes, e não é possível portanto ter em conta as simples presupposições de um dos contrahentes. Porisso regeita a theoria da presuposição em relação aos negócios juridicos bilateraes, e admite-a apenas no campo das declarações unilateraes (2).

Em these geral só é possível attribuir efficacia aos motivos nas declarações de vontade unilateraes, quando se trate de simples elementos psychologicos essenciaes á vontade e manifestamente declarados, e neste campo pode mesmo fallar-se de presupposição, segundo o conceito de WINDSCHEID, que é admissivel em parte; é, porém, certo desde já que nos contractos, em que é essencial um accordo das partes para que possa entrar nos limites do ne-

(1) FADDA e BENSA, obr. e vol. cit., nota (yy) dos trad., p. 1052 e 1053.

(2) SCUTO, obr. cit., n.º 28, p. 56 e seg.

gocio juridico, a presupposição assume, como elemento contractual, uma consistencia objectiva, que não tem de per si a presupposição, como simples elemento constitutivo da vontade do auctor da declaração; sahimos assim do campo natural que a esta pertence, e não temos, nem a necessidade, nem a possibilidade de a acolher».

Entende SCUTO que a manifestação da presupposição não faz deste elemento psychologico um elemento contractual; que, não obstante um dos contrahentes fazer saber ao outro que quer o negocio justamente em virtude de um determinado estado de cousas, e que não o teria celebrado se não presuppozesse a sua existencia, a sua declaração não deixa de ser incondicionada e illimitada, pelo que não procede tambem, em seu entender, a observação de que a presupposição cai sob a acceitação do outro contrahente.

Mas a estas objecções pode dizer-se que respondemos já anticipadamente, quando dissemos que, não obstante a declaração ser materialmente illimitada, emquanto não é condicionada pela subsistencia da presupposição, surgindo o effeito juridico como um producto da vontade do agente, esse effeito juridico não deve subsistir, quando deixe de corresponder á vontade deste, quando pela falta da presupposição não seja conforme á vontade que verdadeiramente se contem na declaração, mani-

festando o agente as circumstancias que o determinaram a provocar o effeito juridico querido, isto é, os termos em que quer esse effeito. Se a declaração é *formalmente* illimitada, como pura e simples, contém todavia uma limitação substancial. Que a simples manifestação da presupposição não a eleva a elemento contractual, de modo a influir sobre a subsequente efficacia do contracto, é o que cumpriria demonstrar, não bastando affirma-lo. Ora, pelo contrario, quem torna conhecidos, ou manifesta de qualquer modo os motivos porque conclue um negocio juridico, mostrando que, sem esses motivos, fora dessas circumstancias, não quereria o negocio, restringe evidentemente os termos em que o quer, estabelece uma limitação substancial da sua vontade, delimita a sua declaração; não obstante esta ser formulada pura e simplesmente, não pode de modo algum considerar-se absoluta e illimitada. O agente delimita os termos em que quer o negocio juridico, e, nesses termos, ou dentro desses limites, do mesmo modo que na declaração condicional, é que o quer de um modo absoluto. A sua declaração é, pois, restricta, não obstante ser pura e simples; d'onde resulta que devem naturalmente fazer-se cessar os seus effeitos, quando deixem de corresponder aos limites em que está restricta a declaração, tendo-se visto já qual a importancia que aqui tem o character puro e simples da declaração.

Pode, pois, dizer-se que a declaração é incondicionada, mas incondicionada dentro de certos limites, que resultam precisamente da presupposição, a que portanto não pode deixar de se attender e attribuir importancia no negocio bilateral, do mesmo modo e para o mesmo fim que no negocio unilateral, servindo em ambos os casos para integrar o conteúdo da declaração de vontade; apenas naquella se exige que a presupposição seja ou possa ser conhecida do outro pactuante, acceitando um a declaração do outro, e devendo portanto poder conhecer aquillo que acceita. A objecção de que a declaração é incondicionada procederia, tanto em relação aos negocios bilateraes, como em relação aos negocios unilateraes, no campo dos quaes, contudo, Scuto admite a integração da vontade do agente pelos motivos que figuram como essenciaes na sua determinação volitiva e que como taes são devidamente apresentados, isto é, pela sua presupposição, ao menos tacitamente declarada. Acceitando, no negocio bilateral, uma das partes a declaração da outra, a presupposição de uma dellas não pode evidentemente deixar de se ter em consideração como elemento essencial da sua vontade declarada, e portanto como parte integrante do accordo estabelecido.

Se se reconhece a necessidade ou a possibilidade de attender aos motivos que constituem a base fun-

damental de uma declaração de vontade, que se possam reconhecer como taes, isto é, á presupposição devidamente declarada, não pode evidentemente a este respeito fazer-se distincção entre negócios bilateraes e negócios unilateraes; apenas se torna necessário, nos primeiros, que a presupposição possa ser conhecida do outro pactuante que tem de acceitar a declaração do primeiro. Nuns e noutros ha uma declaração de vontade cujo conteúdo se integra e completa pela presupposição. Nos negócios jurídicos bilateraes a presupposição não pode deixar de se ter em conta, para determinar o objecto do accordo que entre as partes se constitue, e reconstituir assim o verdadeiro conteúdo do negocio, estabelecendo o objecto proprio da vontade de quem faz a declaração, e indirectamente o da vontade da parte que acceita essa declaração.

Como é, pois, possível dizer com SCUTO que a declaração da presupposição, não interessando ao outro contrahente, não provoca um accordo contractual, e que isto é evidente, porque quem presuppõe um determinado resultado, considerando-o como certo, não julga necessario obter este accordo, fazendo entrar no contracto a sua presupposição! O accordo estabelece-se evidentemente emquanto a presupposição é um elemento do conteúdo da declaração que o outro pactuante acceita, e manifestado

em termos de elle o poder conhecer, e portanto aceitar conscientemente. Se a presupposição não se realiza, é elle quem deve supportar as consequências, soffrendo a annullação do negocio, visto que as circumstancias lhe abriam os olhos, que eram na verdade eloquentes os termos em que o negocio fôra celebrado, — devendo portanto ter conhecido a limitação —, e não o outro pactuante, que, dadas as circumstancias, não tinha necessidade de a formular de um modo expresso, e não a formulara justamente por ter como certo o facto presupposto. Ninguém pensa, certamente, em exigir, para que um contracto possa ser rescindido em virtude de erro, que essa rescindibilidade seja estabelecida expressamente numa clausula do contracto. A doutrina da presupposição apresenta-se com o valor de um principio geral, a que deve attender-se sempre, independentemente de qualquer estipulação no caso concreto, e porisso nunca a poderia substituir uma clausula de resolução (1).

É certamente com razão que os adversarios de WINDSCHEID observam, que, nos contractos, a presupposição apenas tem efficacia juridica, emquanto faz parte do seu conteúdo, e neste ponto não podemos deixar de discordar da sua defeza, collo-

(1) V. Scuto, obr. cit., n.º 28, p. 60.

cando-nos do lado dos seus contradictores; apenas não vemos, porém, em que possa esta observação affectar o valor da sua doutrina. Sem dúvida, que, como diz LEXEL, «quando um contracto é celebrado sob uma presupposição declarada, trata-se sempre, quanto á presupposição, de um accordo contractual entre as partes» e notaremos até que esta observação é verdadeira, tanto em relação á presupposição expressa, como em relação á presupposição tacita. Se, não obstante a presupposição expressamente manifestada ou resultante das circunstancias, uma das partes acceita a proposição da outra, a presupposição é objecto do accordo, faz parte do seu conteúdo; a vontade do auctor da declaração, na sua conformação particular, que desta resulta, é acceita pelo outro pactuante, e o accordo forma-se justamente porque as duas declarações coincidem. Mas o mesmo accordo se estabelece, e da mesma forma, com respeito á condição. Não se conformando com este modo de pensar, observa WINDSCHEID que, se nisto se pode ver um contracto, o mesmo se deve dizer relativamente á condição (1). Mas effectivamente assim é; a condição posta por uma das partes, que não seja acceita pela outra, não produz effeito algum; o contracto só é condi-

(1) WINDSCHEID, artigo cit. publicado no *Arch. für die civ. Pr.*, p. 199.

cional quando ambas as partes consentem na condição; portanto esta faz parte do conteúdo do contracto, do mesmo modo que a presupposição (1).

A theoria da presupposição impõe-se pois como fundamentalmente exacta, correspondendo a uma verdadeira necessidade pratica, e assim é que os seus mais severos e decididos adversarios reconhecem que a doutrina de WINDSCHEID assenta numa idea profundamente verdadeira. Com FADDA e BENSA pode assim dizer-se que, «se não é uma phrase inutil o principio de que a boa fé deve dominar a conclusão, a interpretação e a execução dos negocios juridicos, e se não se quer crystalizar o direito em mesquinhos aphorismos que se pretenda applicar pedantemente, cumpre seguir o exemplo dos jurisconsultos romanos, e completar e integrar a vontade, de maneira que não seja frustrado o *id quod actum est*» (2).

Não ha no nosso codigo civil disposição alguma, da mesma maneira que em relação ao modo, em que se formule a theoria da presupposição, não tendo o nosso legislador nem sequer usado desta expressão. Comtudo nelle se encontram algumas

(1) V. FADDA e BENSA, obr. e vol. cit., nota (yy) dos trad., p. 1053 e 1054.

(2) V. FADDA e BENSA, obr. e vol. cit., nota (yy) dos trad., p. 1052.

disposições em que se dá ou pode dar a revogação ou resolução dos negocios juridicos, em virtude de circumstancias pelas quaes deixou de existir a situação de facto ou de direito que a conformação do negocio, tal como resulta da manifestação tacita ou expressa da vontade, leva a presumir que as partes consideraram como elemento decisivo da vontade, no momento em que esta se manifestou para a constituição do negocio juridico, e que representam manifestamente uma applicação da theoria da presupposição. Recordem-se, assim, as disposições dos artt. 741.º, 860.º n.º 4.º e 901.º, de que já nos occupámos longamente, e relativamente aos quaes, porisso, nos dispensamos agora de fazer quaesquer considerações.

Conteem porém certamente, do mesmo modo, uma applicação deste principio os artt. 1482.º e 1488.º, relativos á revogação das doações. Com effeito, o doador que seja casado ao tempo da doação e não tenha filhos, deve entender-se que faz a doação na presupposição de que os não venha a ter, e porisso se lhe attribue o poder de revogar essa doação pela superveniencia de filhos; e a mesma faculdade se concede ao doador, quando o donatario pratique certos actos de ingratição, attendendo a que, se o doador previsse a ingratição, não teria feito a liberalidade, por meio da qual espera provocar o reconhecimento do beneficiario. É

tambem em obediencia ao principio da presupposição que, nos termos do art. 1814.º, se o testador, ignorando que tinha filhos, houver instituido outro herdeiro, essa instituição não pode considerar-se subsistente, sendo até, neste caso, a lei que decreta essa insubsistencia, caducando a instituição *ipso jure*. Envolvem ainda uma applicação do referido conceito as disposições dos artt. 1513.º e 1607.º n.º 2.º: Em todos estes casos, «se o negocio juridico conservasse a sua efficacia, escreve o sr. dr. GUILHERME MOREIRA, esta deixaria de ser conforme á vontade, pois esta manifestou-se em certas circumstancias de facto ou de direito, ou na convicção de que ellas se haviam dado ou dariam, e portanto, desde que essas circumstancias falem, não se pode intender que a vontade subsista» (1).

É pelo conceito de presupposição que em nosso entender se define a natureza juridica e a essencia

(1) Sr. dr. GUILHERME MOREIRA, obr. e vol. cit., § 40, n.º 186, p. 498. Contesta SCUTO que o conceito da presupposição se encontre nalgumas disposições do código civil italiano, que geralmente os seus partidarios apontam como applicação deste principio. As suas considerações, porém, não podem julgar-se procedentes. De resto, o proprio SCUTO reconhece, relativamente ás disposições *mortis causa*, que a figura da presupposição se encontra em germen nas disposições da lei. Sobre as applicações que do principio da presupposição faz o código civil italiano, veja-se: FADDA e BENSA, obr. e vol. cit., nota (vv) dos trad., p. 1053.

do modo, que assim se pode integrar numa figura juridica mais ampla, applicavel tanto aos negocios juridicos unilateraes como aos bilateraes.

Com effeito, quando o auctor de uma liberalidade estabelece um encargo para quem recebe, o cumprimento desse encargo representa uma pre-supposição da vontade. Estando esse encargo inherente á attribuição dos bens, objecto da liberalidade, quando não seja cumprido, a attribuição não deve subsistir. Na disposição modal, o disponente, ligando a liberalidade e a obrigação imposta a quem recebe, estabelecendo esta como um onus daquella, cria uma intima connexão entre ellas, que ficam constituindo dois elementos de uma vontade una e inscindivel. De modo que, quando a obrigação ou o encargo imposto não seja cumprido, deixa de ser effectivada a vontade do disponente, e a liberalidade não pode subsistir, visto que a sua subsistencia não corresponderia então á vontade declarada do disponente, mas a uma vontade inteiramente diversa, que elle não manifestou. É esta unidade da vontade, que alguns escriptores parecem desconhecer ou perder de vista (1), que cumpre

(1) «Quer-se (na doação modal) não apenas a doação, diz Scurro, mas *qualquer outra coisa*, quer-se o enriquecimento do donatario, mas ao mesmo tempo o uso determinado (da coisa que este recebe) ou a prestação que o donatario deve executar. O doador impõe assim um

sempre ter em attenção. Os effeitos da declaração de vontade, muito embora esta seja incondicionada, quando o encargo nella estabelecido não seja cumprido, não podem subsistir por não serem conformes á vontade do agente que resulta da sua declaração; e nisto vimos que consiste o effeito característico da presupposição.

O modo não pode, portanto, considerar-se simplesmente como um encargo imposto a quem recebe uma liberalidade, conforme a opinião de Scuto, que delle forma um conceito por assim dizer objectivo, representando-o como uma obrigação a cargo do adquirente, que importa, como tal, uma redução do valor da liberalidade, definindo por este effeito, que considera característico, a sua essencia. Na disposição modal não ha a considerar apenas o facto de se estabelecer um encargo para quem recebe, de se impôr um onus a quem pela natureza do negocio juridico não deveria supportar obrigação alguma. Esse facto corresponde a uma vontade particular do auctor da disposição, pela qual se esta-

verdadeiro encargo ou uma verdadeira obrigação, e faz uma declaração de vontade explicita nesse sentido, *além daquella que dá origem ao negocio juridico*. — *Il modus nel diritto civile italiano cit.*, n.º 30, p. 67 e 68. — E mais adeante, criticando o conceito do modo como determinação accessoria, entende que se deve antes fallar de *declaração accessoria*, ou melhor ainda de *negocio accessorio*. *Obr. cit.*, p. 133. Vid. o n.º 57, p. 130 e seg. e o n.º 43, p. 107.

belece uma íntima conexão entre a liberalidade e o encargo estabelecido. Impondo este encargo ao fazer a liberalidade, o auctor da disposição tem em vista um determinado resultado que se propõe obter; é este resultado que forma o conteúdo da sua vontade, de modo que, quando o encargo não seja cumprido, não se realiza esse resultado, não se effectiva portanto a sua vontade, una e indivisível, e a liberalidade não pode evidentemente subsistir, não correspondendo á vontade do agente, expressa de uma forma particularmente clara, sendo sem duvida o *modus* a especie mais suggestiva da presupposição expressa, aquella em que os seus effects são mais apparentes. Quem faz uma attribuição patrimonial, impondo determinadas obrigações a quem recebe, quer a attribuição nessas circumstancias particulares, e não separa evidentemente, na sua vontade, a attribuição, das obrigações impostas; manifesta uma vontade determinada, definida e individualizada por todas as circumstancias estabelecidas, por todas as clausulas estipuladas. Estas apenas constituem portanto a vontade, que nesses termos é una e inscindível. Considerar subsistente a attribuição independentemente das obrigações estabelecidas, seria prejudicar essa unidade da vontade, e substituir assim á vontade do agente uma vontade diversa que elle não declarou.

Ainda que o conteúdo do modo não represente o verdadeiro fim da disposição, não podendo dizer-se que foi para a sua realização que o agente fez a liberalidade, é certo contudo que elle entra no estado de cousas que este teve em vista ao fazer a disposição gratuita, que é o modo que define as circumstancias em que elle a quer, não podendo porisso deixar de se considerar como uma presupposição da sua declaração de vontade.

Só com este character o modo representa uma *autolimitação*, e pode ser tratado a par da condição e do termo, como formando com estas clausulas uma categoria particular de determinações accessorias dos negocios juridicos, que deva ser objecto de um estudo systematico especial. Quando no modo se visse apenas, com SCUTO, uma obrigação imposta na disposição gratuita á pessoa a favor de quem é feita a disposição, e quando não se considerasse a intima relação entre o cumprimento do modo e a subsistencia da disposição como sendo da essencia desta figura juridica, o modo não se distinguiria substancialmente de qualquer clausula ou estipulação, formulada pelo agente, que não affectasse a sua existencia ou execução, que não se referisse ao effeito juridico que deve produzir a declaração de vontade, nada teria, emfim, que o caracterizasse na enorme variedade dos *accidentalia negotii*. Seria, apenas, no dizer de WINDSCHEID,

belece uma intima connexão entre a liberalidade e o encargo estabelecido. Impondo este encargo ao fazer a liberalidade, o auctor da disposição tem em vista um determinado resultado que se propõe obter; é este resultado que forma o conteúdo da sua vontade, de modo que, quando o encargo não seja cumprido, não se realiza esse resultado, não se effectiva portanto a sua vontade, una e indivisível, e a liberalidade não pode evidentemente subsistir, não correspondendo á vontade do agente, expressa de uma forma particularmente clara, sendo sem duvida o *modus* a especie mais suggestiva da presupposição expressa, aquella em que os seus effectos são mais apparentes. Quem faz uma attribuição patrimonial, impondo determinadas obrigações a quem recebe, quer a attribuição nessas circumstancias particulares, e não separa evidentemente, na sua vontade, a attribuição, das obrigações impostas; manifesta uma vontade determinada, definida e individualizada por todas as circumstancias estabelecidas, por todas as clausulas estipuladas. Estas apenas constituem portanto a vontade, que nesses termos é una e inscindível. Considerar subsistente a attribuição independentemente das obrigações estabelecidas, seria prejudicar essa unidade da vontade, e substituir assim á vontade do agente uma vontade diversa que elle não declarou.

Ainda que o conteúdo do modo não represente o verdadeiro fim da disposição, não podendo dizer-se que foi para a sua realização que o agente fez a liberalidade, é certo comtudo que elle entra no estado de cousas que este teve em vista ao fazer a disposição gratuita, que é o modo que define as circumstancias em que elle a quer, não podendo porisso deixar de se considerar como uma presupposição da sua declaração de vontade.

Só com este character o modo representa uma *autolimitação*, e pode ser tratado a par da condição e do termo, como formando com estas clausulas uma categoria particular de determinações accessorias dos negocios juridicos, que deva ser objecto de um estudo systematico especial. Quando no modo se visse apenas, com SCUTO, uma obrigação imposta na disposição gratuita á pessoa a favor de quem é feita a disposição, e quando não se considerasse a intima relação entre o cumprimento do modo e a subsistencia da disposição como sendo da essencia desta figura juridica, o modo não se distinguiria substancialmente de qualquer clausula ou estipulação, formulada pelo agente, que não affectasse a sua existencia ou execução, que não se referisse ao effeito juridico que deve produzir a declaração de vontade, nada teria, emfim, que o caracterizasse na enorme variedade dos *accidentalia negotii*. Seria, apenas, no dizer de WINDSCHEID,

um conceito economico e não juridico, representando simplesmente uma redução no valor da liberalidade (1).

Tem-se trazido a campo, contra esta forma de conceber o modo, o caso de na attribuição de um avultado patrimonio se impôr um encargo insignificante, em manifesta desproporção com o valor da attribuição, como na hypothese de o testador, deixando todos os seus bens a uma determinada pessoa, lhe impôr a obrigação de destinar a qualquer fim uma limitada importancia, sendo então manifesto que não é intenção sua subordinar a subsistencia da attribuição ao cumprimento da obrigação imposta (2).

Certo é, porém, que a este caso podíamos contrapor outros em que é particularmente evidente a intima relação entre a liberalidade e o encargo, não devendo aquella subsistir sem que este seja executado, e que, se esta relação apparece então como sendo da propria natureza da figura juridica que temos em vista, ha-de necessariamente subsistir em todos os casos em que ella tenha logar, não podendo, comtudo, evidentemente servir de crite-

(1) WINDSCHEID, *Pand.* I, § 97, nota (1), p. 394. Coherentemente com a noção que apresenta do modo, exclue Scuto em relação a esta figura juridica o conceito de autolimitação. Obr. cit., n.º 30, p. 67, e particularmente n.º 58, p. 134 e seg.

(2) V. Scuto, obr. cit., n.º 155, p. 317.

rio a este respeito a maior ou menor importância, o maior ou menor peso do encargo imposto. Se se torna, pois, evidente no caso concreto que não existe esta estreita relação entre a liberalidade e o encargo, deprehendendo-se da disposição que, não obstante a forma por que foi feita, no espírito do seu auctor não se relaciona a subsistencia da liberalidade com o cumprimento do encargo imposto, de forma que este constitua uma presupposição da sua vontade, cumpre apenas excluir então a figura jurídica do modo.

Contra a comprehensão do modo no conceito geral de presupposição não pode certamente objectar-se, que, naquella clausula, se impõe com caracter obrigatorio a actividade especial da pessoa, a quem é feita a attribuição que constitue o conteúdo do modo. «Dar, presuppondo que o donatario faça qualquer cousa, escreve SCUTO, não é rigorosamente o mesmo que dar, impondo uma determinada obrigação». É, porém, inexacto suppôr que a obrigação exclue a presupposição. O contrario é affirmado terminantemente por WINDSCHEID. E com effeito, quem quer fazer uma attribuição patrimonial, tendo em vista uma determinada actividade do beneficiario, e só quer a attribuição nesses termos, pode evidentemente impôr essa actividade ao individuo que quer contemplar, e por lh'a impôr não deixa de certo de a presuppôr, ou de presuppôr o

..

resultado para cujo fim a impoz, de a ter em vista como base da attribuição, e de só querer esta nessas circumstancias especiaes. Justamente porque a tem como base da attribuição, a impõe obrigatoriamente á pessoa a quem faz a attribuição, e, impondo essa obrigação, é na presupposição de que o beneficiario exercerá essa determinada actividade, de que se verificará o resultado que tem em vista, de que a attribuição terá logar nos termos desejados, que a faz incondicionalmente. Impondo a obrigação, o disponente apenas procura assegurar a realidade da situação que tem em vista como base da disposição, que presuppõe; não deixa certamente de a presuppôr, só porque assegura a sua realização. Desta forma apenas mostra, de um modo particularmente eloquente, que relaciona o effeito juridico querido com o estado de cousas presuppuesto. «Se a presupposição respeita a um acto daquelle em favor de quem é emittida a declaração de vontade, diz WINDSCHEID, pode tambem impôr-se a este uma obrigação para o cumprimento desse acto. Não pode dizer-se que as duas cousas sejam inconciliaveis» (1).

Não procede tão pouco a objecção de que, em numerosos casos o *modus* não representa o primeiro

(1) WINDSCHEID, *Pand.* I, § 99, p. 401. V. SCUTO, obr. cit., n.º 30, 57 e seg.

intento ou o *fim immediato* da disposição gratuita, devendo attender-se em especial a que, importando necessariamente a doação, por sua essencia, o enriquecimento do donatario, isto é, devendo conter em si o *animus donandi*, nesta intenção se deve ver o fim immediato ou a primeira intenção do doador, pois que, além de que deste modo se não distingue devidamente a presupposição da causa, podendo certamente na doação concorrer com o enriquecimento effectivo da pessoa a quem é feita a attribuição, elemento necessario para que haja a doação, e que, no processo psychologico, representa a causa juridica desta, a intenção de provocar um outro resultado pratico, e representar este resultado pratico, no espirito do disponente, o fim principal da disposição, o que prevalece sobre todos, e subordina, portanto o proprio *animus donandi*, é o proprio WINDSCHEID que, tendo em vista justamente a figura juridica do modo, falla de «presupposições cujo conteúdo não é a consecução da primeira e immediata intenção da declaração de vontade», tendo-se visto já como se não pode restringir a esta primeira intenção o conceito do notavel civilista. Como fallar, pois, a este respeito da *differença* entre o modo e a presupposição, que o proprio WINDSCHEID reconhece? (1). Nunca no facto

(1) Vid. *loc. cit.*, p. 69.

apontado poderia ver-se um obstaculo para comprehender o modo na presupposição, segundo o conceito de WINDSCHEID. Tal obstaculo não existe, com effeito, pois, como acima observámos, muito embora o cumprimento do *modus* não represente a primeira intenção do agente, ou se não possa dizer, num determinado caso, que foi visando o objecto do encargo imposto que o agente quiz a liberalidade, é certo que esse encargo entra no estado de cousas que elle teve em mente, isto é, que presuppoz ao fazer a liberalidade.

Dado este conceito do modo, definida a sua essencia pelo conceito de presupposição, a revogação da disposição, no caso de não cumprimento do encargo imposto, apresenta-se como uma consequencia natural da disposição *sub modo*, é da propria natureza ou essencia desta figura juridica. Quando o modo não seja cumprido, a attribuição não subsiste por não se verificar a presupposição do agente. A revogação da attribuição é pois um effeito que se liga á vontade do disponente, que estabelece uma intima connexão entre a attribuição e o encargo, fazendo deste uma presupposição da sua declaração.

É este, de resto, o fundamento que lhe attribue SCUTO, que do mesmo modo refere este effeito á vontade das partes, e o baseia na connexão estabe-

lecida entre a liberalidade e o encargo. Não admitindo, porém esta connexão como sendo da essencia da disposição modal, ampliando excessivamente, conforme vimos, o conceito do modo, apenas se recusa a considerar a revogação pelo não cumprimento do modo como um effeito desta clausula, como sendo da sua essencia ou da sua propria natureza juridica. Em seu entender não pode dizer-se de um modo absoluto, pelo simples facto de o disponente impôr um onus á pessoa a quem contempla, que elle tenha em mente a perda do beneficio como comminação para o caso de ella não executar o onus imposto. Observa, comtudo, que, na maior parte dos casos, com a disposição *sub modo* será intenção do disponente subordinar a liberalidade ao cumprimento do encargo, entrevendo de certo, nesta observação, que, sendo a attribuição e o encargo objecto de uma unica declaração de vontade, formando ambos o seu conteúdo, existe entre os dois elementos uma connexão substancial, definindo o encargo a conformação especifica da attribuição, e deixando-se illudir apenas em face de hypotheses particulares, em que se lhe afigura impossivel, perante a insignificancia do encargo, que fosse intenção do disponente subordinar a attribuição ao cumprimento do onus. Deste modo, porém, ou esquece a unidade da disposição e da declaração da vontade, não attendendo bem assim

a que, separando os dois elementos da vontade do agente, e deixando subsistir a liberalidade, se realiza uma vontade que não foi a declarada pelo disponente, ou esquece que, considerando como obrigação modal uma disposição em que não existe conexão alguma entre a liberalidade e uma obrigação que se impõe á pessoa a quem a liberalidade é feita, se equiparam disposições fundamentalmente diversas, e se confundem no mesmo conceito juridico especies differentes na sua configuração e nos seus effeitos.

E confirmam de um modo particular a nossa afirmação as considerações que faz, ao estabelecer uma distincção fundamental, pelo que respeita á possibilidade de revogação por não cumprimento do modo, entre as doações e as disposições testamentarias, observando que naquellas 'é natural suppor que, quem dá com um determinado onus, empobrecendo-se a si proprio, entende ligar a efficacia da disposição ao cumprimento do onus', que, 'se não estabelece expressamente uma clausula de resolução em seu favor, esta subentende-se facilmente', e que a lei, attribuindo neste caso mais direito de revogação quasi illimitado, não faz mais do que *"conformar-se com a tacita vontade dos contrahentes"*, e excluindo nestas a admissibilidade da clausula tacita de resolução, não obstante a conexão entre a concessão do beneficio e o encargo

—que anteriormente pôe como fundamento da revogação—apenas em attenção a que o disponente impõe um encargo para uma epocha posterior á sua morte, e a que não seria facil determinar, no seu silencio, a quem quiz conferir o direito de revogação! (1).

É para notar ainda que SCUTO apresenta a revogação como uma consequencia do não cumprimento culposo do encargo, por parte daquelle a quem fôra imposto, devendo excluir-se quando a falta de cumprimento lhe não seja imputavel. Ora, se liga esta revogação á vontade das partes, se lhe attribue como fundamento a connexão existente entre o encargo e a liberalidade, não se comprehende, certamente, como possam estabelecer-se quaesquer restricções na revogação por não cumprimento do modo, vma vez que existe esta connexão (2).

Toda esta incerteza é apenas uma consequencia da insufficiencia do conceito de SCUTO, insufficiencia que transparece já claramente das difficuldades com que o illustrado escriptor italiano se vê a bracos, ao caracterizar o *modus* como uma simples obrigação, consistindo o seu primeiro effeito em o

(1) SCUTO, obr. cit., n.º 154, p. 315.

(2) SCUTO, obr. cit., n.º 153, p. 313.

seu cumprimento poder ser imposto coactivamente, vendo-se por vezes na necessidade, para estabelecer esta natureza do modo, de recorrer precisamente á possibilidade de revogação da disposição, que, como vimos, considera um effeito accidental, extranho á essencia desta figura jurídica. Assim é que, no caso do encargo respeitar directamente á propria pessoa que com elle é gravada, sendo estabelecido no seu proprio interesse, não podendo então este ser constringido ao cumprimento em forma especifica, é na revogação ou resolução da liberalidade que vae encontrar a sancção jurídica, sem a qual não poderia haver uma verdadeira obrigação. Estabelece, pois, aqui, a rescindibilidade da disposição, pelo não cumprimento, como um elemento essencial e necessario do modo, e porisso coherentemente observa que, emquanto a revogação é possível, «é licito fallar de um onus imposto coactivamente (de um modo indirecto), e podemos admitir a figura jurídica do *modus*; quando, porém, falte esta possibilidade, forçoso é reconhecer que, mais do que no campo do nosso instituto, nos encontramos em face de obrigações de consciencia, de deveres *moraes*».

E tendo em vista a mesma *hypothese*, observa ainda Scuto, que a obrigação, que então se estabelece, tem qualquer cousa de especial; em confronto com a conformação normal das obrigações, que

falta neste caso o antagonismo de interesses que existe sempre entre credor e devedor, que não há tão pouco uma verdadeira prestação, economicamente apreciável, em favor do disponente, e que o interesse, no cumprimento da obrigação, por parte do disponente ou de quem o representa, que deve haver em toda e qualquer obrigação jurídica, é aqui um simples interesse *affectivo*, fazendo o disponente seu o interesse da pessoa que contempla (1).

Quanto ao fundamento da revogação da disposição no caso de não cumprimento do modo, não diverge fundamentalmente da theoria da presupposição a opinião que relaciona com um tacito accordo contractual das partes a resolução de uma disposição *ob causam*, que entre os seus primeiros adeptos inscreve o nome particularmente auctorizado de DONELLO. Segundo este, num contracto em que se dá alguma coisa em vista de um fim determinado, deve entender-se como tacitamente accordado que, aquillo que se dá deve ser restituído, quando não se consiga esse fim. Nesta disposição está como que implicita uma *limitação*, segundo a qual ella só deve produzir os seus

(1) SCUTO, obr. cit., n.º 53, p. 121.

efeitos no caso de se realizar o fim visado, resolvendo-se no caso contrario; e se isto não consta da declaração de vontade expressa, resulta do simples facto de se estabelecer uma *causa* ou uma *lex* na disposição, correspondendo além disso áquillo que as partes costumam ter em mente quando procedem desta forma. Estas considerações, que na verdade bem se poderia dizer terem inspirado a WINDSCHEID a doutrina da presunção, e que na sua concisão admiravel encerram fundamentalmente o conceito do notavel civilista dos tempos modernos, devem, segundo DONELLO, applicar-se integralmente á doação *sub modo* (1).

(1) DONELLO, *Comment.*, lib. 14, cap. 24, n.º 11 e cap. 26, n.º 3. Cfr. Scuro, *obr. cit.*, n.º 148, p. 305.

Com a doutrina do tacito accordo contractual, tambem chamada *theoria contractual*, relaciona-se particularmente a doutrina que baseia num quasi-contrato a revogação da disposição pelo não cumprimento do *modus*. Como justamente observa, porém, Scuro, ou se tem em vista um accordo tacito das partes, cabindo-se neste caso no campo do contrato, ou então estamos apenas em face de uma norma do direito fundada na equidade, que de um modo objectivo deve ferir o que importe um locupletamento á custa alheia, cabindo-se neste caso no principio do enriquecimento sem causa, que, como veremos no texto, não pode apresentar-se como fundamento da revogação.

A par da doutrina do accordo tacito e do quasi-contrato, tem-se ainda pretendido explicar a revogação da disposição modal, no caso de não ser cumprido o modo, no direito romano, pelo conceito do *jus poenitendi*, segundo o qual, quando se dá uma coisa em vista de um

Negando a rescindibilidade da disposição, no caso de não cumprimento do modo, como um effeito juridico desta clausula, proprio da sua natureza ou

fim determinado consistindo numa prestação a cargo do adquirente, com a entrega da coisa só fica obrigado quem a recebe, e não quem a dá, vinculando-se este definitivamente apenas no momento em que aquelle executa a contra-prestação, e podendo, assim, até esse momento revogar livremente a disposição feita. É nesta faculdade que se faz consistir justamente o *jus poenitendi* (Reurecht). Esta doutrina, que devia limitar-se aos contractos *innominati* do direito romano, foi tambem applicada ás *donationes sub modo*, entendendo-se que nestes, a par da causa inicial, que existe desde o momento em que é feita a disposição, que consiste na liberalidade e que se chama a *causa praesens*, vinculando desde logo o disponente, deve admitir-se uma *causa futura*, consistindo no cumprimento do *modus*. O *jus poenitendi*, que deriva da *causa futura*, é neste caso limitado pela existencia da *causa praesens*, não podendo o disponente promover a revogação, exercendo a *condictio*, emquanto não dever ser cumprido o modo; quando, chegado este momento, aquelle a quem o encargo é imposto o não cumpre, o disponente fica desligado pelo facto do não cumprimento, podendo então livremente revogar a disposição.

Certo é, porém, que esta disposição, auctorizadamente defendida na Allemanha por WENDT, além de não encontrar fundamento sufficiente nas fontes, nem mesmo com relação aos contractos *innominati*, quando explicasse a *repetitio* nestes contractos, em vista da sua conformação particular no direito romano, nunca poderia invocar-se fora deste campo especial, ficando então sempre por justificar esta faculdade do agente de se arrepender (*jus poenitendi*) ou de reconsiderar, que substancialmente corresponde ao proprio direito de revogação; apenas se desloca, pois, a difficuldade. A existencia de uma *causa praesens* não limita apenas, mas destroe o *jus poenitendi*, proprio dos contractos *innominati*. Cfr. SEURO, obr. cit., n.º 146 e seg., p. 302.

essencia, tem-se pretendido explicá-la como um effeito dos princípios do direito romano sobre o locupletamento *sine causa*. Deste modo fundamenta SCHEURL a *condictio*, no caso particular das doações *sub modo*.

Observa, a este respeito, Scuto que, quando se pretenda tornar extensiva á revogação das doações modaes esta justificação propria dos contractos *do ut des, do ut facias*, em relação aos quaes encontra uma expressa confirmação nas fontes, cumprirá limitar a restituição, no caso de não cumprimento do modo, á parte do valor doado que corresponda ao encargo imposto, contra o que das mesmas fontes claramente resulta, visto que, se o donatario não cumpre o modo, não pode considerar-se como enriquecimento illicito, ou sem causa, tudo quanto recebeu, mas apenas o que devia dispendir e não dispendeu no cumprimento do encargo; todo o excedente lhe pertence legitimamente pela liberalidade que lhe foi feita.

Não são decerto procedentes, não obstante a sua apparencia de logicas, as considerações de Scuto. No caso de não cumprimento do modo, tudo o que o adquirente recebe, recebe-o effectivamente *sine causa*; mas, como justamente suggere WINDSCHEID, cumpre explicar, neste caso, porque é que o locupletamento é *sine causa*, e não podendo, portanto, as difficuldades resolver-se pela simples invocação

dos princípios da citada theoria essa explicação está precisamente em que o adquirente recebe então contra a vontade do disponente, em que neste caso os efeitos produzidos não correspondem á declaração do agente, que subordinára a disposição ao resultado que entrevira, impondo o modo, que fizera deste uma presupposição. É, pois, com effeito, tudo o que recebeu que o adquirente deve restituir, como importando um locupletamento sem causa, visto que tudo conservaria, pelas razões expostas, indevidamente (1).

Constituindo o modo uma presupposição do disponente, e sendo, assim a revogação da disposição modal, no caso de não ser cumprido o modo, um effeito que resulta da própria natureza jurídica desta, cumpre, certamente, estabelecer como princípio a rescindibilidade da disposição modal, no caso de o modo ser physica ou legalmente impossivel. Seja qual fór a causa porque o modo não é cumprido, deixa sempre de se realizar, neste caso, a presupposição do disponente, e portanto não deve a sua declaração de vontade ser seguida de effeitos. A subsistencia da liberalidade, na hypothese de o

(1) Seckum, *Zür Lehre von den Nebenbestimmungen bei Rechtsgeschäften*, p. 255. Seuto, *obr. cit.*, n.º 145, p. 300. Windscheid, *Pand. I.*, nota (1) do § 97, p. 395.

modo não ser cumprido em virtude de impossibilidade physica ou legal, quer esta impossibilidade seja originaria, quer sobrevenha posteriormente á declaração de vontade, não deixaria de não corresponder á vontade verdadeira e propria do auctor da disposição; ter-se-hia neste caso, como na hypothese de ter o gravado descuido o cumprimento do encargo que lhe fôra imposto, um resultado diverso do que pretendia produzir o auctor da liberalidade.

Se por vezes se deixa subsistente a liberalidade, considerando como não escripto o modo impossivel ou illicito, não pode deixar de se ver nisso um effeito de character excepcional, que se estabelece e se explica pelas mesmas considerações especiaes e pelas mesmas razões de conveniencia que levam a derogar os principios geraes e a preterir a logica juridica em relação á condição, considerando como não escripta a condição physica ou legalmente impossivel nas disposições de ultima vontade, quando esta deveria produzir a nullidade de toda a disposição. Por isso mesmo, porém, que se trata de um effeito de character excepcional, de uma derogação dos effeitos que resultam da natureza juridica do instituto de que nos occupamos, entendemos que, na falta de uma disposição que, como a do art. 1743.º § unico, relativa á condição, expressamente a estabeleça, não pode no nosso direito admittir-se

essê effeito em relação ao modo, não podendo, pela mesma razão, invocar-se a analogia com o disposto no citado artigo (1).

(1) Vid. Scurto, obr. cit., n.º 31, p. 69 e § 3, do cap. IV, n.º 163 e seg.

Sobre a figura jurídica de que na Parte II deste trabalho nos temos occupado, e cuja essencia se nos afigura termos deixado bem definida, podem ver-se ainda as instructivas e interessantes considerações que sobre o assumpto se encontram na citada monographia de Scurto, em que a doutrina jurídica do *modus* é exposta com largo desenvolvimento.

INDICE

PARTE I

Termo

Pag.

CAPITULO I — Noção e especies de termo. Termo suspensivo e termo resolutivo. O termo tacito. O termo inicial não suspende a formação ou existencia definitiva do negocio juridico. Divergencias a este respeito. Disposição do art. 1810.º do codigo civil — Modo de fixação do termo: *dies certus an, certus quando; dies certus an, incertus quando; dies incertus an, certus quando; dies incertus an, incertus quando*. Só nas duas primeiras especies ha propriamente um termo. Interpretação da vontade das partes. Importancia e alcance pratico desta interpretação. O *dies certus an, incertus quando* e o *dies incertus an, certus quando* no direito romano; a regra «*dies incertus condicionem in testamento facit*». — As clausulas *cum debitor potuerit* e *cum debitor voluerit*. O termo de graça do direito francez

3

CAPITULO II — Effeitos do termo antes de expirar o prazo. Termo suspensivo. Renuncia ao beneficio do termo. Exclução da *conditio indebiti*. — Inadmissibilidade da compensação. — O risco. — Os actos de execução. — A prescrição. — Effeitos do termo resolutivo. — Effeitos do termo depois de expirar o prazo. — Computo do tempo

35

CAPITULO III — Perda do beneficio do termo; art. 741.º do codigo civil. Origem e fundamento da disposição deste artigo. Alcance do préceito da 1.ª parte do art. 741.º; com-

preheende tambem a insolvencia do devedor.—Espirito e alcance do disposto na 2.^a parte do art. 741.^o: Exclusão das garantias legaes. Restricção deste preceito ás garantias estipuladas no contracto. Exclusão do caso de o devedor não prestar as garantias promettidas. A diminuição deve ser imputavel ao devedor. Doutrina dos artt. 901.^o, 860.^o n.^o 4 e 825.^o do codigo civil, e 525.^o do codigo de processo civil. Interpretação do art. 901.^o; sua combinação com o preceito do art. 741.^o. A diminuição das seguranças prestadas considerada subjectivamente. — Interpretação do art. 860.^o n.^o 4 do codigo civil. Art. 524.^o §§ 2.^o e 3.^o do codigo de processo civil. Analyse dos artt. 825.^o do codigo civil e 525.^o do codigo de processo civil. — A alienação do predio hypothecado não deve *a priori* considerar-se como diminuição da garantia hypothecaria. — A comminação do art. 741.^o; seus effeitos. Casos de inadmissibilidade da compensação. Effeitos da perda do beneficio do termo no caso de fiança; controversia. A exigibilidade antecipada dá-se tambem contra o fiador. Effeitos no caso de obrigação solidaria. A exigibilidade antecipada dá-se em relação a todos os condevedores solidarios. O credor pode demandar o terceiro possuidor do predio hypothecado ainda antes de expirar o prazo. O art. 741.^o é applicavel tanto ás obrigações pessoais do devedor, como ás que sejam garantidas com hypotheca 56

CAPITULO IV—A disposição do artigo 1747.^o do codigo civil. Fundamento e alcance. O preceito deste artigo é igualmente applicavel aos legados. Interpretação dos artt. 1835.^o e 1849.^o. Applicação do art. 1747.^o no caso de ser instituido um herdeiro *in diem* e outro *ex die*. 124

PARTE II

Modo — Presupposição

CAPITULO I—Conceito juridico do modo. O modo como clausula accessoria ou elemento accidental dos negocios juridi-

cos. O modo como clausula propria dos negocios juridicos a titulo gratuito; sua exclusão dos negocios juridicos a titulo oneroso. Efficacia juridica do modo. Diferença fundamental entre o modo e a condição. O <i>nudum praeceptum</i> . <i>Modus simplex</i> e <i>modus qualificatus</i>	Pag. 135
---	-------------

CAPITULO II — Divergencias sobre a natureza juridica do modo. O modo definido pelo conceito de *fin* ou *causa*. Critica desta doutrina. O modo como causa *secundaria* ou *accessoria* da disposição. Doutrina de SAVIGNY. A doutrina da dupla causa. Critica. O modo como *equivalente moral* da disposição. Doutrina de BUFNOIR. Critica. A doutrina de BAUDRY-LACANTINERIE. Exaggero que nella se contém. — O modo definido pelo conceito de *presupposição*. O conceito de *presupposição* (*Voraussetzung*). A *presupposição* como *autolimitação* da vontade. O primeiro intento (*erste Absicht*) ou fim immediato. A theoria de WINDSCHEID na doutrina allemã. A theoria da *presupposição* na legislação allemã. — Appreciação da theoria da *presupposição*. Objecções contra ella apresentadas. A pretendida incoherencia na apresentação da *presupposição* como *autolimitação* da vontade. Refutação. A pretendida infracção do conceito de unidade e indivisibilidade da vontade. Refutação: valor da distincção entre vontade productiva de effeitos e vontade verdadeira e propria; a *presupposição* como elemento do conteúdo natural e effectivo da declaração de vontade. A objecção de GRADENWITZ: a *presupposição* não precisa de ser manifestada ao menos tacitamente. Refutação. A objecção de SCUTO e LENEL. O fim immediato ou o primeiro intento; pretendida inutilidade deste conceito na doutrina de WINDSCHEID. Refutação. Objecção de DERNBURG: a possibilidade de inutilizar o que fôra bilateralmente estabelecido entre as partes em virtude de ideas não declaradas de uma dellas. Refutação. A objecção derivada dos inconvenientes praticos da theoria da *presupposição*. WENDT. O perigo da incerteza. Refutação. Considerações de FADDA e BENSA. O alcance da theoria da *presupposição*. Inopportunidade da objecção deduzida do receio da arbitra-

riedade. LENEL. A negação de um termo medio entre motivo e condição. Critica. A accusação de não attender á diferença entre contractos e actos *mortis causa*. Critica. Doutrina de SCUTO. A presupposição só é admissivel em relação aos negocios unilateraes. Critica. — A presupposição no codigo civil portuguez. As disposições dos artt. 741.º, 850.º n.º 4, 901.º, 1482.º, 1488.º, 1814.º, 1513.º, 1607.º n.º 3. — O modo integra-se no conceito mais geral de presupposição. Refutação do conceito de modo formulado por SCUTO. A unidade e indivisibilidade da disposição modal. O modo como autolimitação da vontade. Objecções oppostas á concepção do modo como especie de presupposição. Refutação. — A revogação da disposição modal, no caso de não cumprimento do modo, como effeito necessario desta clausula. Refutação da doutrina de SCUTO. — DONELLO e a doutrina do tacito accordo contractual. Sua identidade com a doutrina da presupposição. A theoria do locupletamento *sine causa*. SCHEURL. Critica. — A impossibilidade physica ou legal do modo. Effeitos. 155