

FOR TX

T

HARVARD LAW LIBRARY



3 2044 061 595 856

DAS
OBRIGAÇÕES A PRASO
SEGUNDO
O CODIGO CIVIL PORTUGUEZ

POR

Antonio de Assis Teixeira de Magalhães

*Licenciado em Direito e Socio effectivo do Instituto
de Coimbra*

1875

HD

HARVARD
LAW
LIBRARY

PCR
721
761

Portugual

de um ano de seu de Paiva...

como testemunho de
sua sympathia e sincera
reconhecim^{to}.

DAS

OBRIGAÇÕES A PRASO

SEGUNDO

O CODIGO CIVIL PORTUGUEZ.

+

c

DAS

OBRIGAÇÕES A PRASO

SEGUNDO

O CODIGO CIVIL PORTUGUEZ

POR

Antonio de Assis Teixeira de Magalhães

*Licenciado em Direito e socio effectivo do Instituto
de Coimbra*



COIMBRA
IMPRESA DA UNIVERSIDADE
1875

+

S
235

DISSERTAÇÃO

DEFENDIDA

POR

Antonio de Assis Teixeira de Magalhães

EM

ACTO DE LICENCIATURA

DE 31 DE MAIO DE 1875

1875/51
Univ. Paris

729598

Decreto Regulamentar de 11 de julho de 1871, art. 8.º:

— «O acto de licenciatura consta de seis argumentos :

§ 1.º O primeiro argumento versa sobre uma dissertação manuscrita.

§ 2.º O ponto para a dissertação é assignado pela faculdade, com antecipação de trinta dias. O licenciado, dez dias antes do que for marcado para o acto, apresenta a dissertação ao presidente, que a fará correr pela faculdade, principiando pelo lente que tiver de argumentar nella.»

INTRODUCCÃO

SUMMARIO. — I. Logar que as *obrigações a prazo* occupam nas legislações romana e modernas. — II. Noção d'estas obrigações, e sua distincção das *condicionaes*. Corollarios. — III. Diversas especies de *obrigações a prazo*. Principio e excepções do artigo 739. — IV. A qual dos contrahentes aproveita o prazo estipulado, e consequencias que dahi derivam : interpretação do artigo 740. — V. Fundamento e interpretação do artigo 742 : nas obrigações que têm de ser pagas em prestações são motivo de exigibilidade antecipada, não só a falta de pagamento de uma prestação, mas tambem a fallencia do devedor, e a diminuição, por facto d'este, das seguranças estipuladas a favor do credor.

I

A theoria das *obrigações a prazo*¹ abre um capitulo importante no direito civil de todas as legislações.

Os romanos, olhando as obrigações pelo diverso modo por que podiam contrahir-se, conheciam aquellas pelo nome de *stipulationes in diem*, e distinguiam-nas cuidadosamente das outras obri-

¹ Não me cabe só a mim ponderar as difficuldades que faz nascer, e os perigos de interpretação a que nos expõe a completa ausencia de terminologia juridica noCodigo Civil. Esta falta tem sido universalmente lamentada desde o seu apparecimento e promulgação. Se não fôra bastas vezes reconhecida, o assumpto d'este trabalho forneceria cabal demonstração do que levamos dicto. Nenhuma legislação, desde a romana, desconheceu a peculiar natureza e effeitos das obrigações a prazo. Abrem uma repartição particular para este importante capitulo das obrigações, sob a inscripção de — *obriga-*

gações, que ou entravam na classe das *stipulationes puras*, ou recebiam a denominação de *stipulationes sub conditione*¹; e esta classificação, que a torrente dos commentadores aceitou e desenvolveu, vê-se introduzida no direito de todos os povos modernos, e preconizada por todos os civilistas mais auctorizados.

Antes da publicação do Código Napoleão, já o eminente Pothier, referindo se ás diferentes modalidades com que as obrigações podiam ser contrahidas, falava extensamente das obrigações *condicionaes*, e das obrigações contrahidas *com termo*²; e, sabendo-se de quanto auxilio foi para os redactores do código francez o admiravel tractado d'aquelle jurisconsulto³, a ninguem será extranho que, entre as diversas especies de obrigações, sejam pelo Código Napoleão contadas em primeiro logar as *obligations conditionnelles* e as *obligations à terme*⁴.

ções a termo, — o Código Napoleão e todos os que lhe seguiram os passos (eit. Cod., artt. 1185 e seg.; Anthoine de Saint-Joseph, *Concordance entre les Cod. Civ. étrang. et le Cod. Nap., passim*). Essa terminologia, que já era usada por Pothier (*Traité des obligat.*, part. 2.^a cap. 3.^o, art. 3.^o) e pela corrente dos civilistas antigos, foi abandonada pelo nosso Código, e substituída por diversas expressões que lhe correspondem, associando-se comtudo para lhe destruir toda a harmonia technologica. Lendo alguns artigos do Código, podemos encontrar sem esforço, para corroborar o nosso asserto, tendentes a exprimir a mesma idéa, as seguintes denominações, que por sem duvida affirmam a riqueza incontrastavel do nosso idioma, mas simultaneamente põem em duvida a prudencia, o criterio e a methodologia, que deveriam ser a norma dos nossos codificadores. São ellas: — obrigações *a praso certo* (art. 711, n.^{os} 1.^o e 2.^o), *a praso convencionado* (artt. 860 n.^o 4.^o, 863, 1510, 1513, 1524, 1573, 1607 n.^o 1.^o, 1610 e 1637), *a praso estabelecido* (art. 741), *a praso estipulado* (artt. 863 e 877), *a termo prefixo* (art. 844 n.^o 6.^o), *dependentes de termo* (art. 1819), *por tempo certo* (artt. 1641 e 1650 n.^o 1.^o), *a praso* (art. 843). Pareceu-nos preferivel esta ultima denominação por se aproximar da tradição romanista e franceza, e por dar uma simplificação conveniente á technologia juridica.

¹ § 2.^o, *Inst.*, de verb. oblig.; L. 41, § 1.^o, L. 42, D., h. t.; e *passim*.

² Pothier, *Traité des oblig.*, part. 2.^a, cap. 3.^o, artt. 1.^o e 3.^o

³ Vej. *infra* cap. I, § II.

⁴ *Cod. Napol.*, liv. 3.^a, tit. 3.^o, cap. 4.^o, secç. 1.^a e 2.^a, artt. 1168 a 1184, e 1185 a 1188.

Todos os codigos civis modernos mais ou menos se aproximaram da direcção seguida pelo codigo francez¹; e o nosso proprio Codigo civil, não obstante o diverso systema adoptado pelo seu auctor, consigna formalmente, posto que sob inscripções differentes, os mesmos principios fundamentaes, reconhecendo nas obrigações as mesmas diversas modalidades que podem affectal-as².

Este capitulo dos contractos é, em verdade, um d'aquelles em que o direito moderno introduziu innovações menos sensiveis, e póde até afirmar-se, sem receio de ultrapassar demasiado as raias da verdade, que nesta provincia do direito civil nos regemos ainda com vantagem pelas suaves disposições do direito justinianeu.

¹ Anth. de S. Joseph, *Concord. cit., passim*; *Cod. Civ. Ital.*, liv. 3.º, tit. 4.º, cap. 2.º, artt. 1157 a 1171, e 1172 a 1176.

² *Cod. Civ. Port.*, artt. 678 a 683, e 739 a 743.

II

É-nos mister conhecer a noção commumente attribuida a esta classe de obrigações, para que possamos distingui-las com a necessaria clareza d'aquellas que mais se lhe aproximam. Definir e distinguir — eis o primeiro cuidado de quem expõe doutrina e pretende reduzir a systema as questões controvertidas.

Obrigaçào a praso, definimos nós, é aquella, cuja *exigibilidade* é deferida para uma certa epocha, *futura e necessaria*.

Julgamos esta definição isenta dos defeitos que ordinariamente se encontram na doutrina de alguns escriptores. É verdade que nenhum desconhece a natureza intima e effeitos geraes d'esta especie de obrigações; mas é tambem egualmente certo que, se procuram defini-las, encontram embaraços que não alcançam vencer, porque ou se encostam ao principio, por ventura mal deduzido do direito romano¹, de que o praso é sempre concedido a favor do devedor², ou confundem inconsideradamente o praso *certo e necessario* d'estas obrigações com o lapso de tempo *incerto e indefinido* das obrigações condicionaes, que são meramente possiveis³.

¹ L. 41, § 1.º, L. 38, § 16, D., *de verb. oblig.*; L. 50, D., *de oblig. et act.*; e L. 70, D., *de solut.* combinadas com as L. 17, D., *de reg. jur.*, e L. 15, D., *de ann. leg.* — Vej. *Arnoldi Vinnii JC. in quatuor libros Institutionum Imperialium Commentarius Academicus et Forensis* (Venetiis, 1747) tom. 2.º, pag. 680, ao § 2.º, *Inst., de verb. oblig.*

² Pothier cit., n.º 227.

³ Zachariae, *Cours de droit civ. fr.*, Aubry et Rau (Bruxelles, 1842), tom. 1.º, pag. 317, § 303; — Colmet de Santerre, *infra cit.*, tom. 5.º, pag. 176.

É para este ponto que principalmente devemos dirigir a nossa attenção.

As *obrigações a praso* e as *obrigações condicionaes* têm, é verdade, de commum estarem dependentes de certo lapso de tempo, e neste ponto mutuamente se confundem; mas divergem essencialmente entre si em pontos tão característicos, que não é licito ao jurisconsulto tomal-as umas pelas outras, nem desconhecer a natureza especial de cada uma, assim como os respectivos effeitos.

Assim é que, se as obrigações condicionaes dependem, quanto á sua propria *existencia*, do lapso de tempo que é determinado pelo acontecimento que fórma a condição; ao contrario, as obrigações a praso dependem do acontecimento, não para a sua *existencia*, mas unicamente para a sua *execução* ou *exigibilidade*.

Em outros termos: a força jurídica d'estas não fica suspensa pelo facto de estarem dependentes do praso, porque a epocha é certa e *necessaria*, e por isso ha de necessariamente chegar: apenas está suspensa a sua execução para o effeito de não poder ser exigida antes de ter expirado o praso. A obrigação existe desde logo, embora o credor só mais tarde possa exigil-a.

Não acontece o mesmo com as obrigações condicionaes. Estas dependem de um acontecimento *futuro* e *incerto*, isto é, de um acontecimento que póde verificar-se ou não; e esta incerteza é a sua principal característica: não só a obrigação não existe, havendo apenas esperanza de poder ainda existir; mas, por isso mesmo, o promittente sob condição não é devedor, em quanto se não verifica o facto condicional, de cuja existencia depende a existencia da obrigação¹.

Daqui dimanam importantissimos corollarios²:

1.º) No que respeita á *herança* ou *legado*. O herdeiro ou lega-

¹ Vinnio cit., pag. 681, n.º 2; — *Cod. Napol.*, art. 1185; — Zachariae, Aubry et Rau, *log. cit.*; — Pothier, *obr. cit.*, n.º 230 e seg.; — Demolombe, *Traité des contr.*, tom. 2.º, n.º 568 e seg.; — Delsol, *Explic. élément. du Cod. Nap.* (Paris, 1867), tom. 2.º, pag. 465.

² Durantou, *Cours de droit civ.*, *infra cit.*, tom. 6.º, pag. 239, n.º 69.

tario, quando a instituição ou nomeação depende apenas de um prazo que suspende por certo tempo a execução da disposição, adquire desde logo direito á herança ou legado, e pôde transmittil-o a seus herdeiros, — Cod. Civ., art. 1810. Pelo contrario, o herdeiro condicional nem adquire direito á herança, nem pôde transmittil-o, senão depois de cumprida a condição, — arg. dos artt. 1822 e 1823 do Cod. Civ.

2.º) Em quanto ao *risco* do objecto da obrigação. Nas obrigações a prazo a coisa perece por conta do credor: *res suo domino perit*. Nas obrigações condicionaes, porém, a coisa perece, *pendente conditione*, por conta do promittente, porque a obrigação ainda não existe.

3.º) Relativamente ao *pagamento antecipado*. Nas obrigações condicionaes, o pagamento effectuado antes de verificada a condição dá direito a recobrar o que se houver dado, porque a obrigação não existe, e o promittente pagou o que realmente ainda não devia, — Cod. Civ., art. 758. Nas obrigações a prazo, ao contrario, o pagamento antecipado, ainda que feito por erro, não dá direito a repartir-se o que se houver pago. A razão é simples: a obrigação já existe, e o devedor não pagou uma coisa que não devesse¹. Acresce que apreciar o lucro auferido pelo credor com o pagamento antecipado, se não é impossivel, é pelo menos expol-o a uma apreciação arbitraria. O capital pôde ter sido empregado ou dissipado. Pedir-lhe juros tem o inconveniente de partir do falso principio de que o gozo do capital representa sempre o juro da lei, o que não é exacto, não só porque o capital pôde ter sido collocado a um pequeno juro, ou pôde o credor ter pago outra divida a prazo e que não rendia juros, mas tambem porque o capital pôde ter sido dissipado e distrahido. Culpar o credor por ter recebido a divida antes do prazo, é outra injustiça egual-

¹ Pothier cit., n.º 230; — Delvincourt, *Cours de Cod. Civ.*, *infra* cit., tom. 2.º, pag. 490; — Duranton, cit., pag. 256, n.º 113; — Colmet de Santerre, *Cours analyt. du Cod. Nap.*, *infra* cit., tom. 5.º, pag. 176 e seg.; — Delsol, cit., pag. 466; — LL. 10, 16, 17 e 18, D., *de condit. indeb.* combinadas: — *Cod. Ital.*, art. 1174. — Contra: Demolombe, cit. tom. 2.º, n.º 682 e seg.

mente inadmissivel, porque o devedor tinha o direito de antecipar o pagamento. Attribuir-lhe a obrigação de prevenir o devedor de que o praso não expirara, seria lançar na incerteza e tirar toda a segurança aos credores, porque então, á falta de prova d'essa advertencia, todos os pagamentos antecipados poderiam ser contestados ¹.

4.º) Em quanto aos *effeitos da proposta de pagamento*. Nas obrigações a praso, o devedor póde, antes de ter expirado o praso, offerecer ao credor o pagamento nos termos do art. 740 do Cod. Civil ², e, se este se recusar a recebê-lo, póde requerer o deposito judicial nos termos do art. 759. Não acontece o mesmo nas obrigações condicionaes, porque não existe divida antes de verificada a condição.

5.º) Finalmente, quanto aos *effeitos da fallencia*. Nas obrigações a praso a fallencia do devedor torna a divida antecipadamente exigivel, — Cod. Civ., art. 741. Nas obrigações condicionaes, não: o credor póde apenas exercer os actos licitos, necesarios á conservação do seu direito, — Cod. Civ., art. 682.

Taes são as principaes differenças que as diversas disposições do Codigo Civil nos permitem estabelecer entre as obrigações condicionaes e as obrigações a praso.

¹ Colmet de Santerre, *obr. e log. cit.*

² Vej. *infra* a interpretação que damos a este artigo do Codigo.

III

Póde a obrigação a praso resultar da expressa convenção dos contrahentes, ou, sob apparencia de estipulação pura, estar inherente á natureza ou ás circumstancias do proprio contracto. É o que os tractadistas denominam praso *expresso* e praso *tacito*.

Expresso, quando o devedor formalmente se obriga a pagar a divida no fim de um certo e determinado tempo, designado na convenção.

Tacito, quando o praso se deduz da natureza do contracto (Cod. Civ., art. 743), como se o devedor se obrigou a construir uma casa¹, ou quando resulta das circumstancias em que foi celebrado, como se em Lisboa o devedor se comprometteu a pagar certa quantia em Paris². Ambas estas convenções induzem implicitamente um certo lapso de tempo necessario para o cumprimento das respectivas obrigações.

No Codigo Civil se encontram copiosos exemplos d'estas obrigações. Falaremos unicamente: — da obrigação do *empreiteiro*, o qual, não se tendo assignado praso para a conclusão da obra, é obrigado a concluil-a no tempo que razoavelmente for necessario para esse fim (Cod. Civ., art. 1400); — da obrigação do *comodatario*, o qual, na ausencia de declaração sobre o praso do emprestimo, é obrigado a restituir a cousa emprestada findo o tempo indispensavel para o uso concedido (Cod. Civ., art. 1511); — da obrigação do *mutuario de cereaes ou quaesquer outros pro-*

¹ Pothier, cit., n.º 228.

² § 5.º, *Inst., de verb. oblig.*

ductos ruraes, sendo lavrador ou recolhendo fructos semelhantes pela renda de terras proprias, o qual é obrigado a restituir a cousa até á seguinte colheita dos fructos ou productos semelhantes (Cod. Civ., art. 1526 e § un.); — e, finalmente, da obrigação do *usurario*, ou *mutuario de dinheiro*, o qual nunca é obrigado a pagar antes de trinta dias (Cod. Civ., artt. 1641 e 1527)¹.

Estas obrigações considera-as a lei, quanto ao seu cumprimento, dependentes de um certo praso, embora não esteja expressamente designado no contracto. A impossibilidade da prestação é a base da lei, e a propria natureza das cousas o supremo legislador².

Se, porém, a convenção é expressa, e a intenção das partes foi claramente manifestada, respeita-se a vontade dos contraentes, e a prestação será feita no tempo designado no contracto, excepto se a lei expressamente permittir, ou que a prestação se faça antecipadamente, ou que se prorogue o praso primitivamente estipulado, por motivos que ao legislador se afiguraram attendiveis (Cod. Civ., art. 739).

O Codigo Civil em muitas das suas disposições fornece exemplos d'esta derogação dos principios geraes, expressa com toda a generalidade no art. 739. Além da fallencia, diminuição das seguranças estipuladas, e falta de pagamento de uma prestação (Cod. Civ., artt. 741, 742, 825, 860 n.º 4.º e 901), encontram-se no Codigo as seguintes excepções:

1.º) No *deposito* a praso não só o depositante pôde requerer a todo o tempo a restituição da cousa depositada, mas tambem o depositario a pôde restituir, consoante o disposto nos artt. 1448 e 1449 do Cod. Civ.

2.º) No *commodato* a praso pôde o commodante exigir a cousa antes de findo o praso convencionado, sobrevindo-lhe necessidade urgente, ou finando-se aquelle a quem o emprestimo foi feito (Cod. Civ., art. 1513).

¹ Vej. mais os artt. 1313, 1373, 1623 e seg., 1628 e seg., e outros do Codigo Civil.

² Vej. Vinnio cit., ao § 5.º, *Inst., de verb. oblig.*, pag. 687 e seg.

3.ª) Na *empreitada* a praso póde o dono da obra desistir a todo o tempo da empreitada começada, ou rescindir o contracto celebrado, com tanto que o faça no caso e termos dos artt. 1402 e 1403 do Cod. Civ.

4.ª) No *mandato* a praso póde o constituinte revogar, quando e como lhe aprouver, o mandato conferido (Cod. Civ., artt. 1363 n.º 1.º, 1364 e seg.).

5.ª) No *serviço domestico* estipulado a praso póde o serviçal ausentar-se ou despedir-se, ou o amo despedil-o, antes de findo o tempo do ajuste, com tanto que o façam com justa causa (Cod. Civ., artt. 1376 e 1382).

6.ª) No *censo consignativo* contractado perpetuamente ou por mais de vinte annos, póde o censuario distractal-o no fim d'este praso, nos termos do art. 1648 do Cod. Civ.

7.ª) No *arrendamento* a praso de predios rusticos e urbanos presume-se renovado o contracto, se o arrendatario continuar sem opposição na fruição do predio depois de findo o arrendamento (Cod. Civ., art. 1618).

Tal é o principio consignado no art. 739 do Codice, e taes são as principaes excepções que se acham dispersas pelas suas differentes disposições.

IV

Uma das questões mais importantes, e de mais fecundas consequências, é a que, nas obrigações a prazo, consiste em determinar a qual dos contrahentes aproveita o prazo estabelecido, e quaes devem ser as applicações practicas d'este principio regulador.

Se num ponto as opiniões convergem e nos impõem o jugo suave de razões persuasivas e de argumentos ponderosos, no outro extremam-se os campos, e tão divididos andam os pareceres, que por difficil se terá a preferencia, e por extremo melindrosa a solução das mais capitaes difficuldades.

Ainda que numerosos textos do direito romano pareçam conspirar-se poderosa e energicamente contra este pensamento que levamos consignado, quando deixam transparecer de um modo absoluto que o prazo é sempre estipulado em beneficio do devedor¹, é certo que outros fragmentos não menos importantes² conduzem implicitamente á doutrina que temos por incontestada,

¹ *Ex quo apparet, dici adjectionem pro reo esse, non pro stipulatore: L. 41, § 1.º, D., de verb. oblig.; — Quod in diem debetur, ante solvi potest, licet peti non potest: L. 137, § 2.º, D., h. t.; — Quod in diem stipulamur, statim quidem debetur, sed peti prius, quam dies venerit, non potest: § 2.º, Inst., h. t.; — Quod certo die promissum est, vel statim dari potest: totum enim medium tempus ad solvendum promissori liberum relinqui intelligitur: L. 70, D., de solut.; Concord. L. 38, § 16, D., de verb. oblig.; e muitos outros log.*

² *Sicuti in stipulationibus promissoris gratia tempus adjicitur: L. 17, D., de reg. jur.; — Quod si tempus heredis causa prorogatum esset: L. 15, D., de ann. leg. Ve]. Vinnio cit., pag. 680, Notae; — Pothier, cit. n.º 233.*

e resolvem de um modo satisfactorio o pleito que parecia sustentar a letra nua d'aquelles textos isolados.

O nosso actual direito é, porém, expresso. O art. 740 do Cod. Civ. está assim concebido :

«O praso para o pagamento sempre se presume estipulado a favor do devedor, excepto se dos proprios termos do contracto, ou das circumstancias que o acompanharem, se deprehender que a estipulação do praso tambem foi feita a favor do credor¹.

O praso póde, pois, ser estabelecido :

1) a favor do devedor, e assim geralmente se presume, como no emprestimo gratuito.

2) a favor do credor, — o que se deduzirá ou da natureza do contracto, como no deposito (art. 1448 do Cod. Civ.); ou dos seus termos, como se o credor estipulou que antes de certo tempo não seria obrigado a receber o pagamento; ou das circumstancias que acompanharem o contracto, como se um lavrador comprasse a outro uma junta de bois sob condição de lhe serem entregues na vespera da feira de S. João, ou se uma certa quantia fosse dada a juros até ao regresso da viagem do credor.

3) a favor tanto do credor como do devedor, como na usura (Cod. Civ., art. 1641), ou em outro contracto, de cujos termos ou circumstancias o juiz, soberano apreciador da intenção das partes, deduza esta interpretação².

As consequencias d'estes principios revelam-se por si mesmas, apezar de serem em parte tenazmente impugnadas por auctores de gravidade.

O devedor poderá offerecer o pagamento antes de ter decorrido o praso estipulado? Tal é o ponto que encerra todas as divergencias.

Se o praso foi originariamente estabelecido em beneficio do devedor, temos para nós que é incontestavel a affirmativa, por isso que é licito a qualquer renunciar o seu direito (Cod. Civ., art. 815)³.

¹ Concord. os artt. 1187 do Cod. Nap. e 1175 do Cod. Ital.

² Zachariae, Aubry et Rau, tom. 1.º, pag. 318; — Demolombe, cit. tom. 2.º, n.º 624 e 625.

³ Zachariae, cit.; — Demolombe, cit., n.º 622; — Delsol, cit., pag. 466.

Se, pelo contrario, o praso se achar estipulado no exclusivo interesse do credor, pensamos que deve ser diametralmente opposta a consequencia a que nos levam os principios postos. E firmemente cremos que não só o credor não pôde ser compellido a acceitar o capital offerecido, mas tambem não pôde o devedor constrangel-o ao pagamento actual pelo facto de offerecer-lhe, além do capital, os juros que houverem de se vencer até á expiração do praso ¹.

É que não só o devedor não tem a extranha faculdade de alterar a seu arbitrio as condições do contracto, diminuindo as vantagens que o credor encontra nelle, mas, além d'isso, não pôde declinar de si a responsabilidade da guarda e conservação do capital, que, segundo a convenção, ficou a seu cargo até ao vencimento do praso ². A estes accresce outro poderoso motivo de recusa, assignalado por Demolombe: — «C'est qu'il se pourrait que l'emprunteur voulût profiter, au grand dommage du prêteur, d'une crise politique ou financière, qui aurait déprécié les valeurs, ou qui aurait fait mettre du papier-monnaie en circulation!» ³.

O credor ainda leva mais adiante os seus direitos. Como o praso foi estabelecido em seu exclusivo beneficio, pôde, inversamente, renuncial-o, e exigir que o devedor cumpra a obrigação antes do praso ⁴. *Invito non datur beneficium*. É assim que o Cod. Civ., art. 1448, providentemente estabeleceu que — «o depositario deve restituir a cousa depositada a todo o tempo em que a restituição lhe seja requerida pelo depositante, ou por seu legitimo representante, ainda que o deposito fosse estipulado por tempo determinado.»

Contra: — Massé et Vergé a Zachariae, *infra cit.*, tom. 3.º, pag. 386, not. 14 ao § 538.

¹ Contra: — Goyena, *infra cit.*, ao art. 1047 do Proj. do Cod. Civ. Hesp. — Vej. sr. Dias Ferreira, Cod. Civ. Port. Annot., tom. 2.º, pag. 245.

² Massé et Vergé a Zachariae, tom. e log. cit.; — Zachariae, Aubry et Rau, tom. e log. cit.; — Delsol, *idem*.

³ Demolombe, cit., n.º 630.

⁴ Demolombe, cit., n.º 623.

Se, finalmente, o prazo tiver sido estipulado em commum beneficio do credor e do devedor, é legitima consequencia d'este principio que nem o credor pôde renunciar este beneficio sem consentimento do devedor, nem este o pôde fazer sem consentimento d'aquelle (Cod. Civ., art. 702)¹. É por isso que o art. 1641 do Codice declaradamente fixou que — «o contracto de usura é distractavel a arbitrio do devedor, salvo se o dicto contracto for estipulado por tempo certo, porque, nesse caso, cumprir-se-ha aquillo que estiver convencionado.»

Não obstante o encontrado sentir dos mais auctorizados escriptores, parecem-nos estas soluções as mais juridicas, e as bases em que se fundam as mais producentes.

¹ Demolombe, cit., n.º 624.

V

Nas obrigações a prazo, cujo pagamento se resolve em prestações periódicas, tem o Código Civil uma especialidade que não achamos consignada nos códigos donde foram extrahidas com frequência as suas mais importantes provisões¹. Referimo-nos á disposição do art. 742 :

« Nas dividas, que têm de ser pagas em prestações, a falta de pagamento de uma d'estas dá ao credor o direito de exigir o pagamento de todas as que ainda se devem. »

O sr. Dias Ferreira, procurando determinar os motivos que provocaram esta salutar disposição da lei, expõe a seguinte doutrina : — « O devedor que falta ao estipulado no contracto, deixando de pagar alguma prestação no seu vencimento, ou revela má fé, por não cumprir as suas obrigações, ou induz suspeitas de insolvabilidade, que legitimam o pedido de todas as prestações a vencer. »² Eis-aqui os fundamentos do artigo expostos em breves termos, e perscrutado com exactidão o pensamento do legislador.

Na sua combinação com o precedente póde, comtudo, este artigo abrir margem a uma questão, já suscitada nos tribunaes e resolvida por uma sentença de primeira instancia. Consiste em decidir — se os motivos de exigibilidade antecipada do art. 741 são applicaveis a todas as obrigações, seja qual for a sua natureza, e consequentemente ás que se resolvem no pagamento de

¹ Vej. Lei hypoth. de 1 de julho de 1863, art. 90.

² Sr. Dias Ferreira, Cod. Civ. Port. Annot., tom. 2.º, pag. 248.

prestações, ou se a estas é unica e exclusivamente applicavel o motivo consignado no art. 742?

A sentença a que nos referimos sustentou a applicação restricta e exclusiva do art. 742 nos termos seguintes:

«Considerando, além d'isso, que pelo art. 206 do Reg. de 28 de abril de 1870, e art. 742 do Cod. Civ., as dividas que têm de ser pagas em prestações só podem ser integralmente exigidas na falta de pagamento d'uma d'ellas;

«Considerando por isso que, não obstante a fallencia do devedor, em quanto este por si, ou seus curadores pagar as prestações á companhia, se não se der alguma das hypotheses dos artigos 18, 19 e 20 dos estatutos, ou a do art. 901 do Cod. Civ., não póde elle exigir o pagamento integral da divida: etc.»¹.

Salvo o profundo respeito que nos merecem os talentos e conhecida erudição do douto juiz que preferiu esta decisão, não podemos conformar-nos com semelhante doutrina, e cremos que não é ella legitimada nem pela interpretação litteral das respectivas disposições do codigo, nem pelo exame attento da natureza das obrigações a que se refere o questionado art. 742.

A generalidade dos termos em que se acha concebido o art. 741, longe de excluir, comprehende evidentemente as obrigações que têm de ser pagas em prestações periodicas: os mesmos fundamentos que determinaram aquella disposição para as outras obrigações a praso², determina igualmente a sua applicação a estas obrigações, sem que possa encontrar-se, quer na letra, quer na razão da lei, um ligeiro motivo de distincção.

Por outro lado se patenteia ainda a preferencia da nossa interpretação.

Se ás dividas pagas em prestações fosse exclusivamente applicavel o motivo de exigibilidade anticipada, estabelecido no art. 742, e não o fossem os do art. 741, seriam pela lei olhados com espe-

¹ Sentença de 23 de dezembro de 1871, proferida pelo juiz, o sr. José Maria Borges, e publicada no *Direito*, de Lisboa, 4.º an., n.º 12, pag. 180 e seg. — Vej. *infra* cap. I, § VI.

² Vej. *infra* cap. I, §§ II e IV.

cial benevolencia e tractados com mais favor os credores das simples obrigações a praso, sendo privados d'essas vantagens os credores das dividas pagas em prestações, quando todo o favor da lei deve, pelo contrario, recair sobre os credores d'esta natureza, que facilitam aos devedores o pagamento da divida, e lhes abrem mão de todos os rigores e severidades com que podiam tornar mais dura a sua posição de dependencia.

Por isso cremos que dão conjunctamente motivo á exigibilidade antecipada das obrigações que têm de ser pagas em prestações: — 1.º, a falta de pagamento de uma d'estas; — 2.º, a fallencia do devedor; — 3.º, a diminuição, por facto d'este, das seguranças estipuladas no contracto a favor do credor. Qualquer d'estes factos torna o cumprimento da obrigação exigivel, ainda que tenha praso estabelecido.

Ao menos é esta a nossa profunda convicção, e são estes os fundamentos em que a assentamos.

DAS
OBRIGAÇÕES A PRASO

SEGUNDO

O CODIGO CIVIL PORTUGUEZ

PARTE UNICA

CAPITULO I

SUMARIO.— I. Objecto d'este trabalho. — II. Fundamento geral do art. 741 do Codigo Civil. — III. Trabalhos preparatorios e fontes. — IV. Fundamento da provisão relativa á fallencia. — V. A fallencia abrange aqui a insolvencia. — VI. O art. 741 é applicavel aos creditos hypothecarios. — VII. A fallencia de um devedor solidario não prejudica os outros condevedores para o effeito de lhes negar o beneficio do praso.

I

Pretendemos regular, em presença das disposições da lei civil, os direitos excepçionaes do credor nas obrigações a praso.

Não é sem razão que lhes chamamos direitos *excepçionaes*. Attendamos ao supremo principio que domina o effeito e cumprimento dos contractos, expresso no art. 702 do Codigo Civil — «os contractos, *legalmente celebrados, devem ser punctualmente cumpridos;*» — attendamos ao legitimo corollario d'este principio na

sua applicação ao effeito e cumprimento dos contractos que encerram obrigações a praso, corollario estabelecido no art. 739 — «a prestação será feita no tempo designado no contracto»; e conheceremos de necessidade a exactidão com que nos exprimimos, quando denominamos *excepcionaes* os direitos do credor conferidos pelo art. 741 e correlativos do Codigo Civil.

Com effeito, *em these geral*, o credor não póde arrogar-se o direito de exigir o cumprimento da obrigação antes de ter expirado o praso que fôra designado no contracto (Cod. Civ., art. 739).

Só *em casos excepcionaes* tem logar a derogação d'esse principio geralmente estabelecido (Cod. Civ., art. 739 *in fin.*, 741 e correlativos).

São, pois, excepcionaes esses direitos conferidos ao credor, que pretendemos examinar e regular de harmonia com as disposições do Codigo Civil.

Tal é, em verdade, o assumpto que está submettido á nossa consideração.

II

O art. 741 do Código Civil contém esta disposição :

«O cumprimento da obrigação, ainda que tenha praso estabelecido, torna-se exigível fallindo o devedor, ou se, por facto d'elle, diminuíram as seguranças, que no contracto haviam sido estipuladas a favor do credor.»

No Código Napoleão achamos, sob a mesma redacção, uma providencia similhante no art. 1188 :

«Le débiteur ne peut plus réclamer le bénéfice du terme, lorsqu'il a fait faillite, ou lorsque, par son fait, il a diminué les sûretés qu'il avait données par le contrat à son créancier.»

E se escutarmos as declarações pronunciadas em França no tribunado por Favard¹, e no corpo legislativo por Mouricault², sustentando a approvação do projecto elaborado sob o titulo *Des contrats et des obligations conventionnelles en général*, que encerra o artigo transcripto, não vacillaremos em acreditar, á fé dos proprios redactores, que o livro classico de Pothier — *Traité des obligations* — foi a mais abundante fonte das disposições do projecto; e daremos por bastantemente justificada a razão por que, mormente nesta materia, olhamos com respeitosa consideração para a auctoridade do sympathico e eminente jurisconsulto do seculo passado.

É por isso que vamos desde já procurar na obra de Pothier o fundamento, aliás visível a todos os olhos, em que se escôra a

¹ *Code Civil ou Recueil des lois qui le composent, avec les discours, rapports et opinions*, tom. 3.º, pag. 292.

² *Obr. cit.*, pag. 397.

disposição que nos occupa. Com a precisão e clareza characteristics do grande mestre escreveu elle: — «O termo concedido pelo credor ao devedor, reputa-se ter por fundamento a confiança na sua solvabilidade: quando pois este fundamento vem a faltar, o effeito do termo cessa» ¹. Percorrendo os motivos do Codigo Napoleão, não é difficil encontrar este racional fundamento francamente adoptado por Bigot-Préameneu e Favard; aquelle na exposição dos motivos feita ao corpo legislativo ², e este no relatório apresentado ao tribunado ³.

Tambem, forçoso é confessar que não pode ser razoavelmente contestado.

Reconhecido o principio e o seu fundamento, ao legislador competia apenas determinar os casos particulares nos quaes assiste ao credor legitimo direito de desconfiar da solvabilidade do devedor, fazendo desaparecer o beneficio do praso. É esse designadamente o fim a que mira a disposição que vamos examinando.

Separando-a nas suas partes componentes, lograremos na exposição maior clareza, e por ventura o methodo nos facilitará a demonstração.

No artigo estão, pois, expressas as providencias seguintes:

a) O cumprimento da obrigação, ainda que tenha praso estabelecido, torna-se exigivel fallindo o devedor.

b) O cumprimento da obrigação, ainda que tenha praso estabelecido, torna-se exigivel, se, por facto do devedor, diminuíram as seguranças, que no contracto haviam sido estipuladas a favor do credor.

Examinaremos estas duas providencias nas questões que levantam, e nas relações que as prendem a outras disposições.

¹ *Trad. de Corr. Tell.*, tom. 1.º, pag. 178, n.º 234.

² *Code Civil ou Recueil, etc., cit.*, pag. 220 e seg.

³ *Olr. cit.*, pag. 307.

III

Ninguém desconhece a necessidade e utilidade de consultar os trabalhos preparatorios das leis para se descobrir o seu pensamento. Basta conhecer medianamente os processos usados pelos juriconsultos na interpretação dos textos para avaliar o poderoso auxilio que lhes prestam. Olhando para o trabalho de elaboração do Codigo Napoleão, para as discussões que levantou no seio das assemblêas, para as exposições de motivos com que os seus redactores o enriqueceram, e para os eloquentes e sabios relatorios que precederam a sua promulgação, ficará esta verdade evidente a toda luz.

Fracos ensinamentos, porém, nos é licito colher nos trabalhos que precederam a sancção do Codigo Civil Portuguez. Nem foram expostos regularmente os motivos das suas disposições, nem ficaram dos trabalhos da commissão revisora do Projecto mais que as deficientissimas actas, que apenas affirmam nuamente a data em que foram approvados ou rejeitados os differentes artigos do Projecto primitivo. Quanto ás discussões das camaras co-legislativas, é bem sabido que o Projecto foi discutido e votado numa unica sessão !

Não obstante a pobreza de recursos que neste ponto justamente lamentamos, é certo, porém, que largas disputas têm vencido e alguma luz têm espalhado os mesmos deficientes vestigios que nos restam dos trabalhos que precederam o Codigo. Por isso não os desprezaremos, e desde já contamos que nos prestarão gratissimo auxilio.

O art. 741 do Código não trazia correspondente no Projecto do sr. Visconde de Seabra ¹.

Na sessão de 6 de fevereiro de 1865 ², na ultima revisão geral do Projecto, é que a commissão revisora resolveu que ao art. 751 do Projecto, correspondente ao 739 do actual Código, se acrescentassem mais tres artigos, que nas *Actas* se lêem com a numeração de 751 (a), 751 (b), e 751 (c), e que são correspondentes aos artigos 740, 741 e 742 do actual Código Civil.

Examinando nas *Actas* o art. 751 (b), encontra-se elle com a mesma redacção com que passou para o Código, e apenas se nota ahí um erro, sem duvida typographico, lendo-se — *fallindo o creador* — onde deve ler-se, como no actual Código, — *fallindo o devedor*; mas é de tão pequena importancia este facil descuido, que, sem nos determos com elle, proseguiremos desde já no proposito que levamos.

É assim que nos achamos face a face com a disposição da artigo 741.

Não encontrando nos trabalhos preparatorios do Código nenhum elemento de interpretação que nos oriente e dirija, forçoso nos é recorrer ás suas fontes.

Não se extranhe este nosso appello. A Berriat-Saint-Prix ³ entregamos a nossa justificação: — «Il n'y a guère que de personnes étrangères à la science du droit qui croient à la possibilité de faire des lois entièrement neuves. La flatterie la plus hyperbolique ne va pas jusqu'à supposer qu'un code ait pu sortir entier du cerveau d'un seul homme. . . . les innovations y sont aussi rares, que les découvertes dans les autres branches des connaissances humaines. Qu'on ne s'étonne donc pas d'entendre proclamer la nécessité de remonter aux sources. L'étude de la loi en vigueur ne dispense pas d'étudier les lois abrogées. Pothier fournira tou-

¹ *Projecto do Cod. Cív. Port.*, part. 2.^a, liv. 2.^a, tit. 1.^o, cap. 9.^o, secç. 5.^a

² *Actas das sessões da com. revis.*, pag. 589. Conf. tambem as mesmas *Actas*, pag. 94 e 385.

³ *Manuel de logiq. judic.*, pag. 36 e seg.

jours le plus sûr commentaire du Code Civil, qui peut-être devrait porter son nom.»

Se, pois, a boa theoria de interpretação juridica não dispensa o recurso ás fontes, dirijamo-nos a ellas confiadamente. *Non est novum ut priores leges ad posteriores trahantur.*

Como fonte remota do nosso art. 741, podemos designar no Direito Romano os seguintes textos: — L. 41, D., *de verb. oblig.*; — § 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.*

Como sua fonte proxima e immediata já encontramos o art. 1188 do Código Napoleão, assim como foi este tambem a fonte dos outros codigos que lhe succederam². Espalharão, pois, grande luz sobre as difficuldades que se levantarem os escriptos dos juriconsultos estrangeiros que se dirigirem a commentar nos respectivos codigos a disposição correspondente ao art. 741.

Vezez que farte, lhes pediremos auxilio.

² *Cod. da Luisiana*, art. 2049; — *de Napoles*, art. 1141; — *do Cantão de Vaud*, art. 844; — *da Sardenha*, art. 1279; — *da Italia* (1865), art. 1176; — *roj. do Cod. Civ. Hispanhol*, art. 1048.

IV

Passamos a examinar a primeira provisão do art. 741, que diz :

a) O cumprimento da obrigação, ainda que tenha praso estabelecido, torna-se exigível fallindo o devedor.

Esta provisão não é nova entre nós : acha-se de ha muito sancionada pelo art. 1138 do Codigo Commercial, quando, estabelecendo as disposições geraes sobre quebras ou fallencias, diz : — «A quebra torna exigiveis, a respeito do fallido sómente, as dividas passivas não vencidas, sejam commerciaes ou civis»; e tão solidos fundamentos a sustentam, que, sem excepção do nosso antigo direito ¹, a maior parte das legislações lhe têm concedido foros de paternidade adoptiva ².

Com effeito, em prol d'esta justissima providencia ha tendente a franquear o pensamento do legislador uma duplice ordem de considerações, que subjugam as adhesões mais firmes, e não deixa abrir larga margem a discussões estereis e arriscadas. Uma respeito ao proprio fundamento das obrigações d'esta natureza; a outra assenta nos effeitos conhecidos da fallencia.

Se o credor fundou a concessão do praso na confiança que lhe inspirava naquelle momento o credito do devedor, e foi determinado por essa confiança, é certo que a fallencia, destruindo-lhe

¹ Cor. Tell., *Dig. Port.*, tom. 1.º, art. 368; — C. da Rocha, *Inst. de Dir. Civ. Port.*, § 147, n.º 4.º

² G. Pereira da Silva, *Font. Proximas do Cod. Com. Port.*, pag. 291 e seg.; — Anth. de Saint-Joseph, *Concord. entre les Cod. Civ. étrang. et le Cod. Nap.*, art. 1188 do *Cod. Nap. passim*. Vej. tambem o *Direito*, de Lisboa, 2.º an., n.º 22, pag. 337 e seg.

essa base, e pondo a descoberto a ruina do devedor, faz consequentemente cessar o effeito do praso, permittindo a exigibilidade antecipada da obrigação que estava suspensa.

Por outro lado, quaes são os effeitos da fallencia? Repartir equitativamente pelos credores o activo do devedor commum. Pois bem: como effectuar essa liquidação deixando aos credores a faculdade de exercerem os proprios direitos, se for estricitamente observado o effeito das obrigações a praso existentes na massa fallida?

Só poderia realizar-se por duas distinctas maneiras, egualmente inconvenientes e egualmente absurdas: — ou distribuindo todo o activo da massa pelos creditos exigiveis, pondo de parte, sem esperanza de pagamento, os creditos não exigiveis ainda, — ou adiando indefinidamente as operações da fallencia até que expirem os prazos necessarios para a exigibilidade dos creditos, obrigando os exigiveis a esperar pelos não exigiveis!

Em ambos estes casos os rigores da logica são inevitaveis.

É por isso que fundadamente se acham equiparados aos creditos exigiveis os não exigiveis, em caso de fallencia, — e é por isso que nos parece solidamente estabelecida a doutrina do artigo 741 na provisão que encerra¹.

¹ Colmet de Santerre, *Cours analyt. du Cod. Civ.*, tom. 5.º (Paris, 1865), pag. 181, n.º 111 bis 1; — Démolombe, *Trait. des contr.* (Paris, 1871), tom. 2.º, pag. 624, n.º 657; — Sr. Dias Ferreira, *Cod. Civ. Port. Annot.*, tom. 2.º, pag. 245.

V

O legislador, referindo-se nesta disposição expressamente á *fallencia*, pretenderia excluir a *insolvencia* do devedor? O cumprimento da obrigação tornar-se-ha exigível antes do praso, achando-se o devedor *insolvente*?

Tal é a primeira difficuldade.

Aqui podemos encostar-nos á solução geralmente acceita pela doutrina e jurisprudencia francezas, porque as razões de decidir são as mesmas: o Codigo Napoleão contém exactamente a mesma providencia.

Avulta só contra esta decisão o argumento deduzido da letra do texto.

A doutrina e a legislação, de mãos dadas, estabelecem differenças characteristics entre a *fallencia* e a *insolvencia*. *Fallencia* é o estado do commerciante, que cessa os seus pagamentos (Cod. Com., art. 1123). *Insolvencia* é o estado do devedor, cujos bens e creditos, estimados no justo valor, não egualam a somma das suas dividas (Cod. Civ., art. 1036). O activo do *fallido* pôde ser superior ao passivo: a simples cessação de pagamentos constitue a *fallencia*, e por isso esta não é senão a presumpção da *insolvencia*: pôde o commerciante cessar os pagamentos, *fallir*, e comtudo não se achar *insolvente*¹. Entretanto, seria um erro dizer que a *insolvencia* é o genero e a *fallencia* a especie: pôde, in-

¹ Silva Ferrão, *Diccion. Elem. Remis. ao Cod. Civ. Port.*, tom. 2.º pag. 12, vb. *insolvencia*; — Tenção do juiz Alvares de Faria no Acc. da Rel. de Lisboa de 23 de janeiro de 1873, publicada no *Direito*, 7.º an., n.º 9, pag. 142; Demolombe, *Trait. des contr. cit.*, pag. 640, n.º 666 e seg.

versamente, o commerciante achar-se em estado de *insolvenca*, e todavia não cessar os seus pagamentos por causa do credito, e em tal caso não poderia declarar-se *fallido*. Estes dois estados são, pois, em rigoroso direito, independentes um do outro; mas, de facto, as duas circumstancias andam quasi sempre reunidas e ligadas uma á outra¹.

Por outro lado, a *fallencia* deve necessariamente fundar-se em obrigações e dividas commerciaes, ainda que depois se accumularem dividas de outra natureza e especie (Cod. Com., art. 1128)², em quanto a *insolvenca* póde basear-se tanto em obrigações commerciaes, como em dividas civís (Cod. Civ., cit. art. 1036).

Sendo tão salientes as differenças entre os dois termos, e não sendo estas desconhecidas do legislador, parece que, mantendo-se a redacção do art. 741, se pretendeu deliberadamente excluir o estado de *insolvenca*, applicando esta provisão unicamente á *fallencia* do devedor.

É certo, porém, que uma tal conclusão estaria em desacordo com o systema seguido no Codigo Civil, excederia as vistas do legislador, e destruiria pela base todas as razões de justiça que presidiram á decisão do artigo.

Em primeiro lugar, percorrendo todo o Codigo Civil no conteúdo das suas variadissimas disposições, encontramos geralmente adoptado para os effeitos civís o termo *insolvenca*³, e só por descuido injustificavel, mas facil de explicar, é empregado o termo *fallencia* nos artt. 741 e 845 § 2.^o⁴ sem nenhuma razão que determine a differença da expressão. Confrontado o art. 741 com a sua fonte já transcripta, e o art. 845 § 2.^o com o § 1.^o e com a sua fonte — o art. 1758 do Proj. do Cod. Civ. Hispanhol, acha-se, porém, a explicação da differença. Não merecem, pois, tanto peso

¹ E. Glisson, *Éléments de droit franc.* (Paris, 1875), tom. 2.^o, pag. 189, n.^o 209.

² Vej. *Dirito*, 2.^o an., n.^o 10, pag. 145.

³ Conf. artt. 753, 754, 758 § 1.^o, 805, 825, 836, 844 n.^o 2.^o, 845 § 1.^o, 847, 1033, 1036, 1039, 1043, 1045, 1342 e 1363 n.^o 4.^o

⁴ O art. 1381 n.^o 3.^o emprega o termo equivalente — *quebra*.

considerações que meramente se fundamentam no descuido do codificador.

Outras razões de momento auctorisam ainda a interpretação extensiva que pretendemos dar ao artigo.

Os motivos que determinam a applicação d'esta doutrina ao caso da fallencia, militam egualmente a favor da insolvencia. *Ubi eadem ratio, ibi idem jus*. Como se vê do art. 1036 do Código, a insolvencia é um estado de ruina do devedor, verificado o qual não seria juridico nem equitativo oppor ao credor um beneficio, que só foi concedido em consideração a fundamentos que desapareceram, e que se converteria em manifesto prejuizo do credor sem actual proveito para o devedor, cujos credores o accionam, o executam, e lhe põem os bens em almoeda ¹. Portanto, as razões que explicam a resolução do direito do devedor para o caso expressamente previsto pela lei, subsistem com a mesma energia para o caso de insolvencia ².

Ainda mais. Um commerciante pôde cessar os seus pagamentos, e portanto achar-se em estado de fallencia, postoque se ache ainda solvente, pela razão de que a fallencia, como está dicto, só induz presumpção e não certeza de insolvencia; mas o não commerciante não se acha em estado de insolvencia senão por effeito da sua propria insolvabilidade. Se, pois, em caso menos grave a lei concede em favor do credito a resolução do direito do devedor relativamente ao beneficio do praso, por força de maior razão a concede em caso mais grave e sem contestação mais melindroso para o embolso do credor. *Qui potest plus, potest minus*. Logo, não é só argumentando *a pari*, é tambem *a fortiori*, que a insolvencia está comprehendida na disposição do art. 741 ³.

Finalmente, os trabalhos preparatorios do Código Napoleão mostram sem vestigio de duvida a intenção dos seus redactores de equipararem no art. 1188 a insolvencia á fallencia. Na exposição de motivos, apresentada ao corpo legislativo por Bigot-Préau

¹ Demolombe, *cit.*, pag. 639, n.º 664.

² Colmet de Santerre, *cit.*, pag. 182.

³ Marcadé, *Expl. théor. et prat. du Cod. Nap.*, tom. 4.º, pag. 454, n.º 576.

meneu, lê-se : — « Il est évident qu'en cas de faillite ou de *déconfiture*, le débiteur ne doit plus être autorisé à réclamer le bénéfice du terme » ¹. Se isto não bastasse, ouvriamos o que na discussão do conselho de estado disse Treilhard : — « Ou peut faillir sans être marchand ; à la vérité, la faillite alors est appelée *déconfiture* ; mais peut importe la dénomination lorsque la chose est la même » ².

Portanto, as considerações expostas levam-nos a assentar esta conclusão — que o art. 741 se deve reputar neste ponto redigido pela seguinte fórmula :

a) O cumprimento da obrigação, ainda que tenha praso estabelecido, torna-se exigível *fallindo o devedor, ou achando-se insolvente*.

¹ *Code Civil ou Recueil des lois, etc.*, tom. 3.º, pag. 221.

² *Fenet*, xiii, p. 69, *cit.* por Marcadé, *log. cit.* — Vej. também *Revista de Legisl. e de Jurispr.*, 4.º an, n.º 167, pag. 161 not.

VI

A generalidade em que está concebida a disposição do art. 741 do Código Civil, unida á inscripção do titulo em que este artigo se acha collocado, tem provocado na applicação practica difficuldades importantes, sobre algumas das quaes já interpoz voto a auctoridade do nosso fôro.

Dando de mão a questões de menos avultado momento, queremos referir-nos nomeadamente á que põe a mira em decidir se o art. 741 do Código pôde applicar-se ás obrigações garantidas por hypotheca.

Esta questão, ha muito disputada com interesse pela jurisprudencia e doutrina de França¹, não perde entre nós a importancia lá adquirida, nem é destituída do interesse que suscitou, especialmente depois que a imprensa juridica deu publicidade a uma sentença devida á penna de um juiz, aliás auctorizado e consciencioso, cuja doutrina, porém, não é licito de nenhum modo aceitar.

Podemos estabelecer a these disputada nos termos seguintes: — a exigibilidade antecipada a que se refere o art. 741 do Cod. Civil, poderá applicar-se aos creditos hypothecários?

Não pôde; — responde terminantemente a sentença.

Pôde; — respondemos nós com a segurança que produz a convicção.

O peso das razões em que se baseia a sentença referida, é o

¹ Demolombe, *cit.*, pag. 625, n.º 658 e seg.; — Marcadé, *cit.* pag. 455, n.º 11; — e decisões dos tribunaes francezes ahí citadas.

que se deduz facilmente dos *considerandos*, que trasladamos para aqui :

«Considerando que egualmente o não pôde ser o disposto no art. 741 do Codigo Civil, porque este artigo só pôde applicar-se ás obrigações pessoas do fallido, e não áquellas que têm por garantia a sua propriedade, a qual nos emprestimos hypothecarios é quem responde pelas obrigações contrahidas, — art. 892 do Cod. Civil;

«Considerando que tanto é esta a intelligencia que deve ter o art. 741 do Codigo, que no art. 901 só se dá ao credor o direito de exigir o inteiro pagamento da divida, quando a hypotheca se torne insufficiente e o devedor a não quizer ou poder reforçar; etc.»¹.

Vê-se, pois, que os fundamentos da sentença se reduzem a estes: — 1.º, o art. 741 do Codigo é unicamente applicavel ás obrigações hypothecarias: estas têm por garantia a propriedade, a qual é que responde pelas dividas contrahidas, sendo certo que tal garantia nada soffre com a fallencia; — 2.º, o art. 901 é o que regula a exigibilidade antecipada das obrigações hypothecarias a praso, e não o art. 741, que só pôde applicar-se ás obrigações que não forem garantidas com hypotheca: se o art. 741 contém uma providencia geral, e o art. 901 uma providencia especial, prevalece a disposição d'este para o caso particular que regula.

Esta argumentação labora em vicios faceis de apreciar.

O art. 741 do Codigo Civil está redigido com tão ampla generalidade, que não deixa distinguir entre obrigações pessoas e obrigações hypothecarias: abrange-as todas indistinctamente. *Ubi lex non distinguit, nec nos distinguere debemus*. Se pelas dividas hypothecarias responde especialmente a propriedade, nada nos auctorisa a decidir que pesa exclusivamente sobre ella o onus da obrigação; antes, em homenagem á verdade, é forçoso reconhecer que não fica de todo o ponto annullado o credito pessoal com

¹ Sentença de 23 de dezembro de 1871, proferida pelo juiz, o sr. José Maria Borges, e publicada no *Direito*, 4.º an., n.º 12, pag. 180 e seg.

as obrigações que buscam o seu principal apoio nas garantias reais.

Presuppor que a obrigação garantida por hypotheca nada soffre com a fallencia do devedor, só porque o onus hypothecario acompanha a propriedade através de todas as alienações que possam verificar-se, é outro erro que não devemos preterir sem correctivo. Um dos fundamentos da exigibilidade antecipada que promana da fallencia, é, dissemol-o já, a repartição equitativa do activo do devedor, que ha de fazer-se pela totalidade dos credores. Ora, esta liquidação geral não poderia effectuar-se, se os creditos hypothecarios não fossem exigiveis como outros quaesquer (Vej. *supra*, § IV). Logo, da generalidade do art. 741 do Codigo Civil não são exceptuados os creditos hypothecarios.

Não procedem com melhor fundamento as outras considerações da sentença.

Sustentar que a exigibilidade antecipada das obrigações hypothecarias a praso é exclusivamente prevista e regulada pelo artigo 901 do Codigo Civil, seria, quando muito, interpretar literalmente o texto sem dispor em briga, nem levar em conta os outros poderosos elementos de interpretação. Mas nem isso chega a ser. O art. 901 do Codigo Civil prevê só o caso da hypotheca se tornar insufficiente: o art. 741, geral e applicavel a todas as seguranças, regula hypotheses distinctas das comprehendidas naquelle artigo. Os dois artigos occupam-se, portanto, das diversas causas que motivam a exigibilidade antecipada das obrigações a praso; mas o art. 741 com referencia a todas as obrigações, mesmo hypothecarias, e o art. 901 com exclusiva applicação a estas. Demonstral-o-hemos circumstanciadamente (Vej. *infra* o cap. II, e especialmente os §§ IV e VI).

A estes accrescem outros fundamentos, com que se escuda a opinião que francamente abraçamos.

Os credores hypothecarios, no systema contrario ao nosso, seriam expostos a maiores durezas, e tractados pelas leis com mais rigor, do que os simples credores communs. Seriam concedidas aos creditos não garantidos vantagens que se negariam aos pri-

vilegiados; e o direito de hypotheca, longe de favorecer, iria prejudicar notavelmente a acção pessoal do credor¹. Ora estas deducções contêm em si mesmas a condemnação da doutrina que as auctorisa.

Finalmente, sendo equivalentes aos nossos os textos do Código Napoleão que têm relação com esta dificuldade, ser-nos-hão elles de valioso auxilio, e terão indisputada auctoridade quaesquer elementos que venham em soccorro da questão debatida á face do direito francez. Esses elementos existem nos trabalhos preparatorios do conselho de estado. Levantou-se ahi esta mesma dificuldade, e pediu-se que do art. 1188 do Código Napoleão fossem exceptuados os creditos hypothecarios. É certo, porém, que a maioria dos conselheiros defendeu a redacção geral do artigo, o qual foi adoptado sem restricção alguma².

Eis-ahi a solução que damos a esta dificuldade³: eis-ahi os fundamentos em que a apoiamos.

¹ Delvincourt, *Cours. de Cod. Civ.* (Paris, 1834), tom. 2.º, pag. 491; — Demolombe, *Trait. des contr. cit.* n.º 659, pag. 627.

² Demolombe, *cit.*, pag. 626, n.º 659; — Marcadé, *Obr. cit.*, pag. 455, n.º 577.

³ Sr. Dias Ferreira, *Cod. Civ. Port. Annot.*, tom. 2.º, pag. 245,

VII

A generalidade do art. 741 do Código ainda motiva outras dificuldades.

A fallencia do devedor, diz o artigo, torna a obrigação antecipadamente exigível. Mas, até onde se estende esta exigibilidade? Mais explicitamente: fallindo um dos condevedores solidarios, a obrigação tornar-se-á exigível só em relação ao fallido, ou essa exigibilidade estender-se-á a todos os condevedores?

O texto nada nos auctorisa a affirmar: impõe-nos o indeclinavel dever de appellar para os argumentos de razão.

Nós desde já nos decidimos abertamente a favor dos condevedores solidarios oppoentes ás pretensões do credor. Apreciando as razões que podem offerecer nos os adversarios, exporemos ao mesmo passo as bases da nossa opinião.

Se o laço de solidariedade, que liga estreitamente os devedores entre si, lhes impõe a pesada obrigação de responderem — *um por todos e todos por um* — (art. 752 e 754 *in fin.*), parece logico, e legitimamente derivado d'este principio, o corollario de que, na obrigação solidaria a praso, os effeitos da fallencia de um devedor fazem desaparecer o beneficio do praso, não só para com o devedor fallido, mas tambem com relação aos outros devedores solidariamente responsaveis.

Em soccorro d'esta deducção parece levantar-se o art. 753 do Código Civil, quando estabelece: — «O credor que exigir de algum dos condevedores a totalidade ou parte da prestação devida, não fica por isso inhibido de proceder contra os outros, no caso de insolvencia d'aquelle.» — Com effeito, duvidar da applicação

da exigibilidade antecipada estabelecida no art. 741 do Código, pelo menos, ao devedor fallido, seria uma extravagancia casuística que supponmos estar longe da intenção de todos: o credor pôde, pois, exigir do condevedor fallido o cumprimento da obrigação antes do prazo estabelecido (art. 741). Ora, segundo o disposto no citado art. 753, se o credor, usando d'esse direito, achar o devedor em estado de insolvencia, *não fica por isso inhibido de proceder contra os outros condevedores*. Logo, a exigibilidade antecipada respeita a todos os condevedores solidarios, e não sómente ao fallido.

Esta solução é ainda confirmada por um *caso analogo prevenido em outra lei* (Cod. Civ., art. 16), ultimo argumento irrecusavel e decisivo. Diz o art. 1140 do Código Commercial: — «Os coobrigados com o fallido em divida commercial, não vencida ao tempo da quebra, serão sómente obrigados a dar fiança ao pagamento no vencimento, não preferindo pagar-a immediatamente.» O legislador reconhece a necessidade de offerecer ao credor, no caso de fallencia de um dos condevedores, uma garantia que *suppra* a falta produzida pela mesma fallencia. Em direito commercial manda expressamente assegurar as dividas por meio de fiança. Logo, o art. 741 do Código Civil deve ser interpretado de modo tal, que, desligando do laço da solidariedade um dos obrigados, não deixe ao mesmo tempo o credor abandonado de qualquer segurança equivalente.

Esta argumentação tem por si unicamente a apparencia enganadora do sophisma.

É innegavel que nas obrigações solidarias os condevedores respondem — *um por todos e todos por um*; — mas é igualmente innegavel que, se a obrigação é *uma* com relação á *cousa* que faz o seu objecto, não o é relativamente ás *pessoas* que a constituem, pois a este respeito se considera haver tantas obrigações differentes, quantas as pessoas obrigadas. — «*Et si maxime parem causam suscipiant, nihilominus in cujusque persona, propria singularum consistit obligatio*»¹. — É assim que um dos condeve-

¹ L. 9, § 2.º, D., *de duobus reis*.

dores póde ser obrigado a praso, e os outros não; póde um ser obrigado condicional, e os outros pura e simplesmente; — modalidades que, sendo expressas na legislação franceza, não são excluidas, antes implicitamente admittidas pelo nosso direito (Cod. Civ., art. 756)¹. Logo, é-nos licito concluir com Duranton que — «tout ce que l'on peut dire à l'égard du débiteur privé du bénéfice du terme, c'est qu'il doit être considéré comme s'il ne lui en avait pas été accordé; mais cela ne fait pas qu'il n'en ait point été accordé aux autres»². — Depois, onde encontrar a des-harmonia d'esta consequencia com o principio invocado da responsabilidade solidaria? onde a negação da coexistencia de ambos? Não as vemos: a exigibilidade antecipada póde não transpor a esphera das obrigações pessoaes do convededor fallido, e podem simultaneamente todos os convededores permanecer responsaveis *um por todos e todos por um*.

A invocação do art. 753 do Codigo Civil é tão infeliz, quanto mostramos ser illegitima e inconsequente a razão que acabamos de combater. O citado artigo não previne a questão que se disputa, e porisso não póde resolvel-a. Determina elle que pela insolvencia de um convededor não fica inhibido o credor de proceder contra os outros. Mas quem o nega? como concluir d'ahi que a insolvencia de um convededor permite ao credor o procedimento *immediato* contra os outros, ainda antes do praso convencionado por elles?

A analogia, que se pretende estabelecer com a hypothese prevenida no Codigo Commercial, não procede de nenhum modo. A providencia do art. 1140 é fundada em considerações excepcionaes, por dizer respeito ao que mais altamente importa ao commerciante; é uma disposição especial tendente, como se exprime Demolombe³, a justificar, de um modo particularmente energico, o credito dos effeitos commerciaes.

¹ *Cod. Nap.*, art. 1201. Vej. Ahrens, *Cours de droit. nat.* (Leipzig, 1868), tom. 2.º, pag. 218.

² Duranton, *Cours de droit civ.* (Bruxelles, 1841), tom. 6.º, pag. 261, n.º 119. *Junge*: Delvincourt, *cit.*, tom. 2.º, pag. 134, 490 e seg.

³ Demolombe *cit.*, n.º 703, pag. 665.

Para complemento da nossa demonstração, usaremos, finalmente, das proprias palavras do insigne Pothier. Ensinando doutrina identica á que temos defendido, diz o classico juriconsulto: — «A razão é porque este devedor solvavel não póde sem facto seu ser obrigado a mais que aquillo a que elle quiz obrigar-se. Não se póde, pois, obrigar a dar uma fiança que elle se não obrigou a dar: a fallencia de seus convedores não é facto d'elle, e ella não póde prejudicar-lhe, segundo a regra — *Nemo ex alterius facto praegravari debet*»¹.

Por isso é que convictamente sustentamos que a fallencia de um convedor solidario não torna o cumprimento da obrigação exigivel antes do praso senão com relação ao convedor fallido.

É o que esperamos ter demonstrado.

² Pothier, *Trat. das Obrig.*, trad. por C. Tell., tom. 1.º, pag. 178, n.º 236; — Delvincourt, *obr. e log. cit.*; — Picot, *Cod. Nap. expliq. art. par art.*, tom. 1.º, pag. 719; — Garcia Goyena, *Concord., mot. e coment. del Cod. Civ. Españ.*, tom. 3.º, pag. 86; — Sr. Dias Ferreira, *Cod. Civ. Port. An.*, tom. 2.º, pag. 245. Contra: Santayra, *Manuel compl. pour les asp.*, etc., 2.º exam. pag. 313; — e referencias de Demol. *cit.*

CAPITULO II

SUMMARY — I. Objecto d'este capitulo. — II. Condições requeridas na diminuição das seguranças para tornar exigivel a obrigação antes do praso. — III. Desenvolvimento e explanação d'essas characteristics. Realizada a diminuição por facto do devedor, o credor póde recusar o offercimento de novas seguranças. A alienação parcial do predio hypothecado constitue diminuição de seguranças; não assim a alienação total. O facto da diminuição deve ser posterior ao contracto: jurisprudencia da Relação de Lisboa. A redacção do nosso art. 741 suppre a deficiencia do correspondente no Codigo Napoleão. — IV. Combinação dos artt. 741 e 901 do Codigo Civil. Opinião do sr. Dias Ferreira, e sua refutação. — V. Historia das fontes do art. 901 do Codigo Civil. — VI. Interpretação que se adopta, e objecção que se refuta.

I

Propomo-nos examinar, com o desenvolvimento que a natureza d'este trabalho comporta, a segunda provisão contida no art. 741 do Codigo Civil Portuguez, que diz :

b) O cumprimento da obrigação, ainda que tenha praso estabelecido, torna-se exigivel, se, por facto do devedor, diminuíram as seguranças, que no contracto haviam sido estipuladas a favor do credor.

Segundo esta providencia, a exigibilidade antecipada da obrigação resulta, não da fallencia ou insolvencia do devedor, mas da diminuição das seguranças que elle estipulou no contracto, quando essa diminuição lhe for imputavel.

Aqui avultam os embaraços; multiplicam-se as difficuldades; surgem de toda a parte duvidas que se afiguram inextrincaveis.

Brigam as antinomias, e encontram-se as opiniões. No renhido combate dos argumentos que vão formular-se, raro a luz se fere aos nossos olhos. Entretanto, proseguiremos serenamente no propósito que levamos.

É nosso intuito determinar com precisão o sentido d'esta providencia da lei, e combinal-a com as providencias analogas dos artigos 825, para a fiança, — 860 n.º 4.º, para o penhor — e 901, para a hypotheca. Por conveniencias que o methodo reclama, e a extensão da materia justifica, dividiremos esta parte do nosso trabalho em duas secções distinctas que nos fornecerão o thema d'este e do seguinte capitulo. No discurso d'este escripto achar-se-á o fundamento da preferencia que damos ao objecto d'este capitulo para, alterando a ordem da numeração, começarmos pela combinação dos artigos 741 e 901 do Codigo Civil. Lograremos por ventura tornar assim mais facil e clara a exposição das doutrinas.

II

Esta causa de antecipada exigibilidade das obrigações a prazo requer condições especificadas e excepcionaes que se encontram expressas no texto. Não basta a simples diminuição das seguranças estipuladas pelo devedor, para que desde logo assista ao credor o arbitrio de exigir antecipadamente a obrigação: o texto é expresso: é mister o concurso de outras circumstancias. Não só essa *diminuição* deve ter uma *causa determinada* — o facto do devedor; mas tambem é indispensavel que se tracte de *seguranças especiaes*, isto é, d'aquellas que *no contracto haviam sido estipuladas a favor do credor*. Assim, para que a diminuição das seguranças possa extinguir o beneficio do prazo, devem ajuntar-se-lhe duas condições essenciaes, — uma relativa á *causa* que determina a diminuição, — outra relativa á *qualidade* das seguranças da obrigação. Quanto á primeira condição:

A *diminuição* das seguranças póde resultar das seguintes causas:

- 1) d'uma causa inherente ás proprias seguranças;
- 2) de caso fortuito, ou força maior;
- 3) de facto de terceiro;
- 4) de facto do credor;
- 5) de facto do devedor.

O texto refere-se unicamente a esta ultima causa: exclue todas as outras. Se, pois, a diminuição promanar de causa que não seja imputavel ao devedor, não fica este irremissivelmente sujeito á exigibilidade antecipada da obrigação. É que as penas só devem affectar os actos imputaveis, e a exigibilidade antecipada é para o devedor uma pena, quasi sempre gravantissima.

Quanto á segunda condição requerida pelo texto para determinar a resolução do prazo concedido ao devedor :

As *seguranças* podem, pelo seu lado, consistir :

1) na *segurança geral* de todos os bens do devedor que as suas dividas affectam ;

2) na *segurança especial* que o devedor designadamente estipula no contracto a favor do credor.

Não se tracta aqui da primeira: o texto refere-se exclusivamente ás *seguranças que no contracto haviam sido estipuladas a favor do credor* ¹.

Appliquemos estes principios.

¹ Demolombe, *Trait. des contr.*, cit., pag. 644 e seg., n.º 671 e seg.; — E. Acolas, *Manuel de droit civ.* (Paris, 1870), tom. 2.º, pag. 830

III

São variadíssimos os factos pelos quaes o devedor pôde diminuir as seguranças estipuladas. Enumeral-os todós, classifical-os mesmo, seria impossivel, e por ventura inutil. Basta dizer, de um modo generico e absoluto, que as seguranças podem achar-se diminuidas — por qualquer facto de administração, fruição ou disposição, cujo resultado seja alterar o valor da garantia, ou tornar mais difficil e dispendiosa a sua realisação, — comtanto que o facto seja posterior ao contracto, — quer seja de commissão, quer de omissão, — ou seja acto de má fé, ou de simples negligencia; em todo o caso, porém, imputável ao devedor¹.

Se, para segurança do credor, foi no contracto estipulada uma hypotheca voluntaria constituida sobre um predio de qualquer natureza — uma casa, ou um campo, — pôde a segurança dizer-se diminuida, se o devedor demolir a casa, ou talar o campo. O devedor, por facto seu, *alterou assim o valor da garantia*, e ao credor é por isso concedida a faculdade de exigir antecipadamente o cumprimento da obrigação.

Estes factos, para surtirem effeito, não dependem do gráu de diminuição da garantia: essa diminuição pôde ser maior ou menor. Embora o predio hypothecado, após as depreciações feitas pelo devedor, ainda constitua *sufficiente* garantia da obrigação, não deixa esta de ser immediatamente exigivel. O texto não faz distincções, nem determina o gráu da diminuição: basta, pois, que esta se dê por facto imputavel ao devedor, embora os bens one-

¹ Demolombe, cit., pag. 649, n.º 681.

rados com a hypotheca fiquem sufficientes para o pagamento. Era ao credor que pertencia o direito de avaliar as seguranças que se lhe afiguravam necessarias ao tempo em que o devedor as estipulou. Se este posteriormente as diminuiu, illudindo a fé da convenção, soffra as consequencias do seu facto: a exigibilidade antecipada é então uma pena que lhe é infringida em attenção ao facto que praticou ¹.

Diminuidas por facto do devedor as seguranças estipuladas, o credor tem o direito incondicional de pedir immediatamente o cumprimento da obrigação. O devedor pôde no entanto oppôr-se-lhe offerecendo novas seguranças em reforço das antigas. Será procedente estã opposição?

A causa da exigibilidade antecipada parece ter desaparecido, dando logar á applicação da maxima — *sublata causa, cessat effectus*, — e pôde nesse campo parecer sustentavel a affirmativa; mas é certo que os verdadeiros fundamentos da confiança já não existem a favor do devedor, desde que elle, por facto seu, pôz uma vez em risco as seguranças que garantiam a obrigação. O credor tem justos motivos de receiar que as novas seguranças venham a ter o mesmo destino das antigas, e não deve por isso ser constrangido a acceitar as garantias, por ventura illusorias, que o devedor lhe offerece. O proprio art. 741 repelle outra interpretação ².

Consideremos um caso particular que tem sido objecto das mais desvairadas apreciações: discutamol-o nas suas consequencias juridicas em referencia á materia que nos occupa. Queremos falar da alienação de um predio hypothecado feita pelo devedor: — produzirá diminuição de seguranças nos termos e com os effeitos prescriptos no art. 741 do Codigo Civil?

A alienação do predio, em si mesma, não altera o valor da

¹ Paul Pont, *Des Privilèg. et Hypoth.*, tom 2.º, n.º 692, pag. 688; — Zachariae, *Le droit civ. franc.* (1854-1860), Massé et Vergé, tom. 3.º, pag. 386, not. 11 ao § 537; — Demolombe, cit. n.º 687, pag. 653; — G. Goyena, *Concordancias*, etc., tom. 3.º, pag. 86.

² Marcadé, *Éapl. théor.*, etc., cit., n.º 576, pag. 455.

garantia. Neste sentido póde afoitamente assentar-se que não ha diminuição das seguranças estipuladas. Havel-a-á, porém, no sentido de *tornar mais difficil ou dispendiosa a realisação do pagamento?*

É o que vamos examinar desde já.

Que o devedor hypothecario não está inhibido de alienar o predio que sujeitou ao onus real da hypotheca, é tão evidente, quanto são explicitos o art. 938 do Codigo Civil, e o 231 do Regulamento do Registo Predial de 28 de abril de 1870; mas essa alienação em nada affecta a segurança hypothecaria, a qual permanece no predio, seja qual for o seu possuidor (Codigo Civil, art. 892; — Regul. cit., art. 231).

O comprador adquire, porém, com o predio o direito a expurgal-o das hypothecas inscriptas sobre elle, e póde effectual-o pelos modos que a lei indica (Cod. Civ., art. 938 e numeros; — Regul. cit., art. 233 e numeros), os quaes todos se dirigem ao pagamento immediato do credor.

Sejam quaes forem as transformações por que haja de passar o predio, e quaesquer que sejam as convenções relativas ao pagamento da obrigação garantida, a hypotheca é sempre de sua natureza indivisivel (Cod. Civ., art. 893), e esta indivisibilidade é tão absoluta e tão poderosa, que nunca póde o credor ser constringido a acceitar dividido em partes o pagamento da obrigação.

Com estes elementos podemos esclarecer o problema.

A alienação do predio póde ser total ou parcial.

Se é total, — as seguranças estipuladas não diminuem. O predio, ficando integralmente nas mãos de um terceiro, não é por esse facto depreciado no seu valor; e, como o onus hypothecario o acompanha para toda a parte, sujeitando-o directa e immediatamente ao cumprimento das obrigações a que serve de segurança, seja quem for o seu possuidor (Cod. Civ., art. 892), tambem se não torna *mais difficil nem mais dispendiosa a realisação do pagamento*. É verdade, que, tendo o adquirente a faculdade de expurgar a hypotheca, póde o credor ser obrigado a receber o ob-

jecto da obrigação antes do prazo, se lhe não convier a consignação em depósito ordenada pela lei (Cod. Civ., art. 759 n.º 1.º); e, quando o prazo tiver sido estipulado em seu benefício (Cod. Civ., art. 740), serão alteradas na essência as bases do contracto, e parece ficar de todo o ponto illudida a fé dos contrahentes. Assim é, com effeito; mas não será differente o resultado, se nos decidirmos pela applicação do art. 741 do Código Civil. O pagamento antecipado, ou haja de ser feito pelo proprio devedor, ou tenha de effectual-o o novo adquirente, é sempre a consequencia da expurgação hypothecaria. É por isso que neste ponto nos afastamos da opinião abraçada pelo judicioso jurisconsulto Colmet de Santerre¹.

Se, porém, a alienação é parcial, — outra deve ser, por força de necessidade, a solução do problema. Então é flagrante a diminuição das seguranças, porque se offende o principio da indivisibilidade das hypothecas. A obrigação torna-se desde logo exigível. Em nosso conceito, não ha logar a abrir excepções, nem mesmo para o caso do valor da parte alienada ser sufficiente para assegurar o credito hypothecario². O credor, exigindo ao tempo do contracto uma hypotheca mais valiosa do que a requerida pela importancia do credito, premuniu-se por esta fórma contra todas as eventualidades que no futuro podessem vir a realizar-se, ou houvessem de ser derivadas das condições economicas constantemente variaveis, ou fossem relativas ás deteriorações fortuitas do immovel hypothecado. Na propria divisão do predio, além d'isso, está frequentemente a sua depreciação, quer esta se reflecta na parcella conservada, quer vá affectar a parte que o devedor alienou. Portanto, dizemos, a alienação parcial, *tornando mais difficil a realisação do pagamento*, constitue diminuição³ de seguranças, e fornece ao credor o direito de proceder antecipadamente contra o devedor, exigindo-lhe o cumprimento da obrigação.

É necessario que o facto da diminuição, dissemos nós, seja

¹ Colmet de Santerre, *Cours analyt.*, cit., tom. 5.º, pag. 183, n.º 111, iv.

² Contra: Paul Pont, *Des Privil. et Hypoth.*, cit., n.º 694, pag. 691; — Demolombe, *Traité*, cit., n.º 685, pag. 652.

posterior ao contracto. Isto é evidente. Se as depreciações da garantia são anteriores, não podem dizer-se diminuídas as seguranças estipuladas no contracto. Já a este tempo se achavam diminuídas, não foram posteriormente alteradas, não sobreveiu motivo de rescisão; e o credor, contractando, tinha obrigação de precaver-se contra a insolvabilidade do devedor, informando-se previamente do estado e sufficiencia da segurança estipulada. Se não o fez, *sibi imputet*, culpe a sua negligencia, não incrimine a innocencia do devedor ¹.

Mencionaremos neste logar um caso julgado proferido pela Relação de Lisboa, que mais ou menos se coordena com esta doutrina. A especie dos autos era uma obrigação de mutuo, que o auctor (credor) pretendia rescindir com fundamento no art. 741. Allegava-se que o devedor era responsavel para com terceiro por uma divida anterior ao contracto, occultando-a ao credor com evidente má fé, e se achava por isso em estado de insolvencia e completa fallencia de bens. Os juizes tencionantes, não vendo provada a arguida má fé, nem demonstrada a pretendida insolvencia, e declarando que *o art. 741 do Codigo Civil legislou para depois da convenção feita, e não para antes, porque da imprevidencia anterior queixei-se só de si quem lhe deu causa*, confirmaram a sentença appellada em Accordão de 4 de dezembro de 1869 ², e decidiram que não havia motivo para a rescisão do contracto. Embora não vejamos expendidos os melhores fundamentos nas tenções que precedem o Accordão, e com quanto se nos afigure pouco juridica a ultima tenção lavrada, pensamos que esta decisão se compadece com os principios da justiça e com as disposições da lei. A ultima das tres tenções auctorisa a consequencia de que a diminuição dos meios de fortuna do devedor constitue diminuição das seguranças estipuladas, para o effeito do art. 741 do Codigo Civil. É-nos, todavia, impossivel subscrever á legiti-

¹ P. Pont., cit., n.º 698, pag. 689.

² Publicado no *Direito*, 2.º anno, n.º 10, pag. 159 e seg., — e citado pelo sr. Dias Ferreira no seu *Cod. Civ. Port. Ann.*, tom. 2.º pag. 247.

midade d'esta illação por manifestamente opposta a todos os principios que temos estabelecido. O artigo refere-se ás seguranças especiaes, ás que foram ajustadas no contracto a favor do credor; e não á segurança geral que resulta do melhor ou peor estado da fortuna do devedor. Já o dissemos, e aqui o repetimos.

O art. 741 do Codigo refere-se expressamente ás *seguranças estipuladas no contracto a favor do credor*. É para notar a differença dos termos empregados em o nosso Codigo a respeito dos que se encontram na sua fonte — o art. 1188 do Codigo Napoleão. Neste codigo o legislador fala das *seguranças dadas no contracto ao credor*. Seria intencional esta divergencia? Assim o cremos. Á face do Codigo Civil francez discutem os commentadores se a providencia do artigo é applicavel tanto ás *seguranças dadas*, como ás *promettidas*, e decidem-se pela affirmativa ¹. O nosso legislador, que nem sempre procedeu com intuitos egualmente louvaveis, porque, cheio de timidez, raro assume a responsabilidade de cortar as difficuldades existentes, quiz dirimir entre nós este pleito, e avisadamente usou do termo *estipuladas* comprehensivo de umas e outras seguranças. Assim é que não temos necessidade de socorrer-nos de argumentos de razão, quando o texto é expresso: *optima lex quae minimum relinquit arbitrio judicis* ².

¹ Demolombe, cit., pag. 647, n.º 677; — Marcadé, cit., pag. 454, n.º 576; — Acolas, cit., pag. 829; — etc.

² Não volvemos neste logar a attenção para uma difficuldade que póde ter-se por connexa com esta, e cremos proceder fundadamente nesta omissão. Alludimos á questão que se debate para decidir se a obrigação se torna antecipadamente exigivel, quando o devedor *não dá* as seguranças que prometeu no contracto. A nosso vér, esta questão entra na generalidade do art. 676 do Codigo Civil, e não acha tão natural cabimento no artigo que nos occupa. Eis o fundamento da omissão.

IV

Vamos em seguida proceder á confrontação da materia do art. 741 do Codigo Civil com a dos artigos, cujas disposições se lhe similham, principiando pela do art. 901 relativo á segurança hypothecaria. Sômos chegado ás mais arduas difficuldades d'esto trabalho.

O sabio auctor do — «Codigo Civil Portuguez Annotado» — provocando este confronto, declara em contradicção as duas providencias, contradicção que lhe parece manifestar-se sob dois aspectos¹.

Servir-nos-emos das proprias expressões do illustrado jurisconsulto.

Em primeiro logar, ao passo que o art. 741 declara pura e absolutamente que se torna exigivel a divida diminuindo por facto do devedor as seguranças que a garantiam, o art. 901, para o caso da hypotheca se tornar insufficiente, dá ao credor acção *subsidiaria* para pedir a divida, quando o devedor não reforce a hypotheca.

Por outro lado, o art. 741 só torna exigivel o cumprimento da obrigação pela diminuição das seguranças, quando a diminuição teve logar por culpa do devedor, como se elle incendiou o edificio que o tornava soluvel, mas não se a perda do edificio foi consequencia de facto de terceiro, como se outrem o incendiou, ou resultado de força maior. O art. 901, pelo contrario, torna exigivel o cumprimento da obrigação no caso de recusa do

¹ *Obr. cit.*, 2.^o tom., pag. 246 e seg.

devedor a reforçar a hypotheca, quando o predio hypothecado diminuiu de valor, *qualquer* que fosse o *motivo* d'essa diminuição, isto é, ou a causa da diminuição proviesse do devedor, ou de terceiro, ou de força maior, comtanto que não proviesse, sem embargo da redacção do art. 901, de facto do credor, porque ninguém deve lucrar com o seu dolo.

Em tal contradicção, qual das duas disposições ha de prevalecer: — a do art. 741 ou a do art. 901?

Responde o sr. Dias Ferreira: — «Na especie da hypotheca ha de prevalecer a disposição do art. 901, que regula especial e determinadamente a hypothese a que respeita, sobre a prescripção do art. 741, que estabelece apenas uma regra geral, sem determinar nenhum dos casos especiaes a que ella é applicavel.»

Este mesmo systema é empregado para mostrar a desharmonia entre o art. 741 e o 860 n.º 4.º, relativo ao penhor, e, quanto a este, a mesma solução é offerecida por parte do illustre annotador do Codigo Civil. Nós accrescentaremos que o art. 825, relativo á fiança, pôde submeter-se ao mesmo processo de analyse, pedindo que para elle se decrete identica solução na antinomia que levanta.

Vejamos se as idéas expendidas resistem aos embates da critica, e se a interpretação proposta é comportada pelo systema do Codigo. Cremos que não, e esperamos demonstral-o.

Apontando o grave absurdo que está inherente á conclusão deduzida pelo respeitavel e auctorizado escriptor, teremos levantado o véu que esconde os vicios fundamentaes da sua argumentação.

Se nas especies de fiança, penhor e hypotheca devem prevalecer, sobre o art. 741, as disposições dos artt. 825, 860 n.º 4.º e 901, que regulam *especial e determinadamente* as hypotheses a que respeitam, seguir-se-á que a disposição do art. 741, que estabelece uma *regra geral*, ou fica inutil e sem objecto a que se applique, ou, convertida a regra geral em mera excepção, fica essa providencia reduzida a ser applicada a um caso excepcional, unico e restrictissimo. Qual d'estas illações é menos absurda, não o diremos nós; que o digam o bom senso e a theoria da interpretação juridica.

As seguranças que, em geral, são dadas no contracto pelo devedor ao credor, e ás quaes o art. 741 é ordinariamente applicavel, são — a hypotheca, a fiança, o penhor. É um facto de observação e uma verdade juridica que Demolombe attesta com firmeza ¹. Se para a hypotheca prevalece o art. 901, se para a fiança regula exclusivamente o art. 825, e se para o penhor providencia o art. 860 n.º 4.º, a que especie de seguranças será applicavel a *regra geral* do art. 741? Não lhe vemos objecto, nem applicação: embalde foi pela commissão revisora mandado inserir no Projecto do Código um artigo de tão manifesta inutilidade.

Se, porém, quizermos ser tão gravemente meticulosos, que não percamos de vista nenhuma das quatro diversas garantias ou seguranças dos contractos estabelecidas e reguladas pelo Código Civil ²; se quizermos tomar em consideração a *consignação de rendimentos*, a despeito do character mixto e indefinido d'esta segurança, applicando-lhe a *regra geral* do art. 741, — veremos então convertida em excepção a *regra* que se proclamava *geral*, e a applicação d'ella restringida e limitada a uma unica das seguranças, e áquella que é menos empregada nos usos da vida civil. *Lex statuit de eo quod plerumque fit.*

Estas considerações bastam para fazer conhecer o nenhum fundamento da opinião emittida pelo aliás abalisado jurisconsulto. No seguimento da exposição das nossas idéas, outras razões nos acudirão á penna, e acabarão de convencer-nos.

¹ Demolombe, obr. cit., pag. 645, n.º 674.

² *Cod. Civ.*, part. 2.ª, liv. 2.ª, tit. 1.ª, cap. 10, artt. 818 e seg.

V

A provisão do artigo 901 é:

«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, póde o credor pedir o inteiro pagamento da divida, como se estivera vencida.»

Digamos a largos traços a historia d'este artigo do Codigo Civil. Seja-nos ponto de partida o Codigo Napoleão, em cujo artigo 2131, sob diversa redacção, se lê a mesma providencia:

«Pareillement, en cas que l'immeuble ou les immeubles présents, assujettis à l'hypothèque, eussent péri, ou éprouvé des dégradations, de manière qu'ils fussent devenus insuffisants pour la sûreté du créancier, celui-ci pourra ou poursuivre dès à présent son remboursement, ou obtenir un supplément d'hypothèque.»

Este artigo do Codigo Napoleão contém, dissemos nós, a mesma providencia do nosso artigo 901, sob diversa redacção; e contem-na tanto em relação á hypothese que domina, como á materia dispositiva que encerra. Exporemos as razões do nosso aserto.

A simples comparação dos artigos mostra que ambos regulam o caso da *hypotheca se tornar insufficiente para segurança da obrigação contrahida*. Neste ponto não ha suspeita de duvida.

Avultam, porém, algumas duvidas quanto á segunda parte da demonstração que nos propomos fazer. Derivam ellas egualmente da simples comparação dos artigos transcriptos. A divergencia parece assumir todas as proporções de uma verdade, quando se

attende unicamente a que o nosso artigo, para o caso previsto, concede ao credor uma acção *subsidiaria*; em quanto o artigo francez lhe concede, para o mesmo caso, uma acção *alternativa*. Esta divergencia, que a diversa redacção dos artigos toma a seu cargo justificar, é, porém, desmentida pela natureza intima das obrigações respectivas e pelas mais legitimas deducções da razão.

Em França nenhum commentador o põe em duvida, e vamos por isso respigar nas obras dos mais auctorizados os fundamentos da nossa opinião.

Leiamos Paul Pont¹ na parte em que, referindo-se ao art. 2131 do Codigo Napoleão, favorece os nossos intuitos: — «Mais on l'a accusé de manquer d'exactitude dans cette phrase: «Le créancier pourra ou poursuivre dès à présent son remboursement, ou obtenir un supplément d'hypothèque.» On a prétendu en faire résulter que le créancier aurait le choix entre les deux partis indiqués par la loi, à savoir: le remboursement immédiat ou le supplément d'hypothèque; et que, dans ce cas aussi bien que dans celui de l'art. 1188, le débiteur n'aurait aucun moyen de résister à l'action en remboursement dès que le créancier l'aurait intentée. Mais c'était mal entendre la loi que de la prendre en ce sens: elle n'a pas voulu que le débiteur fût nécessairement déchu du bénéfice du terme lorsque le gage hypothécaire a péri ou a été dégradé par cas fortuit ou par force majeure; au contraire, elle fait entendre clairement que si, dans ce cas, le créancier peut demander le remboursement immédiat de sa créance, il appartient toujours au débiteur d'arrêter l'action tendente au remboursement, en offrant de compléter l'insuffisance du gage hypothécaire par un supplément d'hypothèque, et que ce supplément, une fois offert, ne pourra pas être refusé, pourvu d'ailleurs qu'il procure des sûretés évidemment suffisantes. Ainsi, le choix, dans l'alternative posée par notre article, appartient autant au débiteur qui a la faculté d'offrir un supplément d'hypothèque, soit principalement avant toute demande, soit par exception à la demande en paye-

¹ P. Pont, *Des Privilèg. et Hyp.*, cit., pag. 692, n.º 695.

ment, qu'au créancier qui demandera presque toujours le remboursement immédiat. Telle est la pensée de notre article.»

No mesmo sentir concordam todos os outros commentadores, e designadamente Demolombe¹, Zachariae², Duranton³, Delvincourt⁴, Colmet de Santerre⁵, Rogron⁶, e Picot⁷. Todos assentam como base da interpretação dada ao artigo 2131 o principio regulador das obrigações alternativas, cheio de justiça e ao mesmo tempo de fecundas consequencias, que se formúla assim: — *electio est penes debitorem*.

Não obstante a profundissima convicção, em que estamos, de que é esta intelligencia dada ao artigo a unica que os seus termos comportam, é certo, porém, que a sua redacção não é a mais appropriada a desviar os golpes de cerebrinas interpretações. Por isso é que a Faculdade de Direito de Caen, no louvavel intuito de abafar discussões estereis, propoz em 1841 um projecto de reforma do artigo em questão, reforma que Paul Pont⁸ acoima de *inutil e desgraçada*, mas que, apesar d'isso, foi adoptada na Belgica pela lei de 16 de dezembro de 1851, cujo artigo 79 é concebido nos seguintes termos:

«Si les immeubles affectés à l'hypothèque ont péri ou ont éprouvé des dégradations, de manière qu'ils soient devenus insuffisants pour la sûreté du créancier, celui-ci a le droit de réclamer le remboursement de sa créance. Néanmoins le débiteur sera admis à offrir un supplément d'hypothèque, si la perte ou les dégradations ont eu lieu sans sa faute.»

Commentando este artigo da lei belga, Martou⁹ emitta o juizo

¹ Obr. cit., n.º 693, pag. 657.

² Obr. cit., *Massé et Vergé*, tom. 5.º, pag. 181, not. 8 ao § 801.

³ Obr. cit., tom. 6.º, pag. 262, n.º 121.

⁴ Obr. cit., tom. 3.º, pag. 163 e 309.

⁵ Obr. cit., tom. 5.º, n.º 111 bis, II.

⁶ *Code Civil Expliqué* (Bruxelles, 1846), pag. 528.

⁷ Obr. cit., tom. 2.º, pag. 642 e seg.

⁸ Obr. cit. e log. transcripto, not. (3).

⁹ M. Martou, *Des privilèg. et Hypoth.* cit., tom. 3.º, pag. 105 e seg.

de que elle torna consideravelmente melhor a redacção do artigo 2131 do Código Napoleão, porque «cette disposition paraissait attribuer au créancier la faculté d'opter à son gré entre le payement de la créance et la demande d'une hypothèque supplémentaire», accrescentando logo: — «mais il était impossible qu'elle eût cette signification.»

Para demonstrar esta affirmativa, soccorre-se Martou, embora guarde cauteloso silencio, das idéas que Delvincourt firmára no seu «Cours de Code Civil»¹, as quaes trasladaremos textualmente para aqui: — «C'est ici une obligation dite *facultative*. L'art.^o dit que le créancier peut *poursuivre* son remboursement, ou *obtenir* un supplément d'hypothèque. Il ne peut donc demander que son remboursement; il ne peut obtenir de condamnation contre le débiteur, ni le faire exécuter, que pour cela, sauf à ce dernier à se libérer de l'obligation de rembourser, en offrant un supplément d'hypothèque, si toutefois ce n'est par son fait que les sûretés ont été diminuées. . . C'est donc le remboursement seul qui est *in obligatione*; le supplément d'hypothèque est seulement *in facultate solutionis*.»

Como se viu, a estas idéas de Delvincourt se adaptam sob todos os respeitos as de P. Pont; e logo veremos o partido que entre nós se pôde tirar d'esta interpretação, applicando-a ás disposições analogas do nosso Código.

O moderno Código Civil Italiano², encontrando estas divergencias, adoptou no seu artigo 1980 a seguinte redacção: — «Lorsque les biens soumis à l'hypothèque auront péri ou éprouvé des détériorations telles qu'ils seraient devenus insuffisants pour la sûreté du créancier, celui-ci a droit à un supplément d'hypothèque, et, à défaut, au payement de sa créance»³.

E a nossa lei hypothecaria de 1 de julho de 1863, como que tomando-o por modelo, redigiu pela seguinte fórma o seu art. 97,

¹ Obr. cit., pag. 309.

² Promulgado em 1865.

³ Huc et Orsier, *Le Cod. Civ. Ital. et le Cod. Nap.*, tom. 2.^o, pag. 413.

o qual passou levemente alterado para o Código Civil: — «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, póde pedir o pagamento integral da divida, como se estivera vencida.»

Tal é a historia das transformações por que passou a disposição do Código Napoleão até conseguir ser transplantada para a legislação patria.

VI

Pondo de parte a interpretação proposta pelo sr. Dias Ferreira ácerca dos artigos que nos occupam, impozemo-nos a indeclinavel responsabilidade de a substituir por outra. Fal-o-emos seguidamente, recordando ao mesmo passo algumas das idéas que já deixámos precedentemente esboçadas.

Os artigos 741 e 901 existem ao mesmo tempo no Codigo Civil: não é permittido extender tão largamente a applicação de um, que vá offender-se a efficacia do outro. É, pois, necessario conciliar-os.

Os dois artigos sustentam entre si similhanças e differenças.

Ambos se applicam á hypothese de se acharem diminuidas as seguranças da obrigação estipuladas no contracto: ambos regulam para essa hypothese os direitos e obrigações do credor e devedor. Mas o artigo 741 refere-se exclusivamente ao caso das seguranças se acharem diminuidas *por facto do devedor*, seja qual for o gráo d'essa diminuição, ou quer as seguranças ainda fiquem sufficientes para garantia do pagamento, ou quer o devedor offereça novas e por ventura melhores seguranças (Vej. *supra*, § III), — e para esse caso concede o mesmo artigo ao credor o direito de exigir o cumprimento da obrigação; em quanto o artigo 901 prevê o caso da segurança hypothecaria não se achar tão somente diminuida, mas insufficiente para garantir a obrigação, *qualquer* que seja o *motivo* d'essa anomalia, — e para esse caso só concede ao credor o direito de exigir o cumprimento da obrigação, quando o devedor se não preste a reforçar a hypotheca.

Taes são as disposições nas respectivas divergencias.

..

Guiado pelas doutrinas congêneres da torrente dos commentadores francezes, estamos firme na crença de que os dois artigos só podem interpretar-se e conciliar-se pela maneira seguinte :

A hypothese que o artigo 741 regula, é aquella em que a diminuição das seguranças provém de facto do devedor ;

A hypothese regulada pelo artigo 901, é aquella em que a diminuição da segurança hypothecaria provém de facto extranho ao devedor, ou seja de uma causa inherente á propria segurança, ou seja de um caso fortuito ou força maior, ou seja, emfim, de facto de terceiro (Vej. *supra*, § 11).

Pensamos que nenhum d'estes nem dos artigos correlativos comprehende a hypothese das seguranças se acharem diminuidas por facto do credor. Sendo esta a causa da diminuição, não póde duvidar-se de que, longe de ao credor se conceder um direito tão valioso em detrimento do devedor, ao contrario sobre elle pesam gravissimas responsabilidades: proclamal-o-iam bem alto os principios do direito, se o não indicassem expressamente os textos da legislação, porque, «se a providencia dos legisladores é limitada, a natureza é infinita» ¹.

Ajuntaremos apenas algumas considerações em apoio da nossa interpretação. É que a ordem de idéas, que desde o principio d'este trabalho havemos seguido, preparára d'antemão este resultado, e dispensa-nos agora de entrar em mais largo desenvolvimento.

Esta interpretação parece-nos baseada na equidade, que é a fonte de todas as leis, e afasta para longe as inconsequencias e illações que legitimamente derivam da interpretação opposta. *In omnibus quidem, maxime tamen in jure aequitas spectanda* ².

Com effeito, tractar egualmente o devedor que, abusando da boa fé, — alina dos contractos, — deteriora culposamente as seguranças que offerece e estipula, equiparando-o ao que, por im-

¹ Portalis, *Disc. publ.* na obra intit. — *Cod. Civ.* ou *Recueil*, etc., — cit. tom. 1.º, pag. 16.

² L. 90, D., *de regul. jur.*

posição da sorte, ou por outras causas imprevistas e extranhas á propria vontade, assiste, tomado de receios pelo seu futuro, ao triste espectáculo da perda ou diminuição da sua fortuna, que era a esperança do seu bem estar, — tractar com egualdade, repetimos, seres que se acham naturalmente collocados em circumstancias tão deseguaes, seria uma injustiça tão revoltante e uma dureza tão condemnavel, que o proprio legislador recuaria ante consequencias que em si mesmas conteriam o germen de tão manifesto absurdo. Nós, pela nossa parte, estamos longe de contribuir para vê-las auctorizadas pela doutrina dos juriconsultos ou sancionadas pela jurisprudencia dos tribunaes.

Pelo contrario, achamos consideravelmente mais consentanea com as vistas do legislador, com os dictames da equidade, e com as prescripções da justiça distributiva, a interpretação que se dirige a considerar, como devem sê-lo, as diversas posições em que o devedor pôde encontrar-se eventualmente situado.

É, por ventura, ao facto do devedor que é devida a diminuição das seguranças contractadas na esphera da lei? Pois bem: caiam sobre elle todos os rigores; seja-lhe antecipadamente exigido o cumprimento da obrigação garantida; torne-o a lei responsavel pelo facto que praticou dolosamente.

É, pelo contrario, a um facto extranho á sua imputabilidade, é a um acontecimento fortuito ou a um caso de força maior que se deve a diminuição das seguranças? Então, olhe-se com benignidade o desgraçado de boa fé; afastem-se os rigores da lei tanto, quanto o permittir a conservação dos direitos do credor; considere-se que já é muito, talvez de mais, exigir d'elle o cumprimento da obrigação, quando não poder offerecer um reforço de segurança.

Eis-ahi quanto, em nosso conceito, é bastante para fundamentar a interpretação que adoptamos. Tambem não occultaremos que é este o pensamento que tem dominado a maior parte dos juriconsultos francezes, quando tractam de conciliar os artigos correspondentes do Código Napoleão¹.

¹ Demolombe, cit., pag. 655, n.º 692 e seg.; — Duranton, cit., pag. 262,

Debalde se opporá a esta interpretação a generalidade em que se acham concebidos os termos do artigo 901 na phrase — *por qualquer motivo*; — em vão se dirá que na hypothese geral prevista pelo artigo se comprehendem todas as hypotheses particulares, incluindo o *facto do devedor*, e que a vontade do legislador deve ser respeitada em todas as suas manifestações; inutilmente se allegará que a lei não faz distincções, e consequentemente nos não permite fazel-as.

A esses observaremos: — que o artigo abrange na latitude d'aquella expressão muitas hypotheses além da que se pretende incluir nelle (Vej. *supra*, § II); — que, por isso, nada nos prova que o legislador tivesse a intenção de comprehender esta, quando dahi resultariam momentosos inconvenientes; — que á generalidade do texto do artigo 901 póde oppor-se a especialidade do texto do artigo 741, e é sabido que *specialia generalibus derogant*; — que, se o legislador nos não permite fazer distincções sem fundamento, sem duvida nos auctorisa, e até nos impõe a obrigação de fazel-as, quando se baseiem na propria lei. *Ubi lex non distinguit, nec nos distinguere debemus, nisi sit ratio distinguendi*.

Permaneceis ainda dispostos a manter com fanatica religiosidade o texto da lei?

Pois bem: então, sêde consequentes.

A lei, não fazendo distincções, comprehende todos os casos em que a hypotheca se tornar insufficiente, *qualquer* que seja o *motivo*: comprehende, portanto, o *facto do credor*. Se, pois, este incendiar o edificio ou talar o campo hypothecado, se, por *facto* que lhe seja imputavel, diminuir as garantias do proprio credito, quereis premiar estes graves attentados, permittindo-lhe que vá

n.º 121; — Delvincourt, cit., tom. 2.º, pag. 493 e seg.; — Colmet de Santerre, cit., log. cit.; — Zachariae, obr. e log. cit.; — Rogron, obr. e log. cit.; — P. Pont e Marcadé, obr. e logg. citt. Junge: — *Revist. de Leg. e Jur.*, 6.º an., n.º 263, pag. 41 e seg. — Tambem neste ponto abraçamos a opinião professada pelo illustrado lente de Direito Civil, o sr. dr. Sanches da Gama, nas preleções da respectiva cadeira.

por outro lado aggravar a situação do devedor com exigencias molestas? quereis dar ao credor mais poder que á lei, pondo nas suas mãos a faculdade de alterar as bases do contracto?

Mas recuais perante o absurdo d'estas consequencias? admittis que, *sem embargo da redacção do artigo 901*, o facto do credor não é comprehendido entre os motivos que podem tornar a hypotheca insufficiente para os effeitos do mesmo artigo?¹

Nesse caso tendes caminhado um passo para nós. E, se abris uma excepção destruidora da generalidade do artigo 901, fundados unicamente nos principios geraes do direito, porque não deixais abrir outra excepção, que, mais que a vossa, é fundada na propria lei?

Não pareis no caminho. Andae mais um passo, e encontraremos todos no mesmo terreno.

¹ Sr. Dias Ferreira, obr. cit., pag. 247.

CAPITULO III

SUMMARIO. — I. Fontes e trabalhos preparatorios do Codigo attinentes ao art. 860 n.º 4.º — II. Interpretação e combinação da primeira parte d'este artigo com o art. 741: intendimento da expressão — *sem culpa sua*. — III. Interpretação e combinação da segunda parte do artigo com o artigo 741: refutação dos que pretendem corresponder correlativamente as disjunctivas do artigo. — IV. Interpretação do art. 825: doutrina do Direito Romano, do Codigo Napoleão, do Projecto do sr. Visconde de Seabra, e da Comissão revisora. — V. Combinação dos artt. 825 e 741 do Codigo Civil. Conclusão.

I

No exame comparativo dos artigos 741 e 901 do Codigo Civil, a que procedemos minuciosamente no capitulo anterior, deixámos firmadas as bases da sua conciliação com os artigos 860 n.º 4.º e 825. Quasi nos limitaremos a applicar os principios estabelecidos.

O artigo 860 n.º 4.º diz:

«O credor adquire pelo penhor o direito de exigir do devedor outro penhor, ou o cumprimento da obrigação, ainda antes do praso convencionado, se o objecto do penhor se perder ou diminuir, sem culpa sua, ou se for exigido por terceiro, a quem pertença, e que não haja consentido no penhor.»

Sem abandonar o methodo até agora seguido, procuraremos nas fontes e nos trabalhos preparatorios do codigo a origem d'esta disposição.

O Codigo Napoleão não contem nenhum artigo que justamente lhe corresponda (vej. artt. 2073 a 2084), nem o Projecto do Co

digo Civil Hespanhol (vej. artt. 1771 a 1781), nem o moderno Codigo Civil Italiano (vej. art. 1885). Foi outra a fonte da providencia do artigo 860 n.º 4.º

Investiguemos.

No Codigo da Prussia ¹ acha-se a disposição seguinte: — «Quand on a accepté pour sûreté un gage ou une hypothèque, on ne peut plus rien réclamer jusqu'au payement, au moins que la valeur du gage ne soit diminuée par la faute du débiteur ou par des accidents.»

Este codigo desconheceu a differença jurídica e equitativa que ha entre o devedor innocente e o doloso, differença a que é mister attender na determinação dos direitos do credor a respeito da obrigação pignoratícia.

Antes d'elle escreveu Strichio ²: — «... asseritur, in hanc actionem venire, quod interest creditoris; illud autem non praecise in eo consistit, ut aliud recipiat pignus, sed ut omne incommodum, quod ratione vitiosi pignoris sensit, reparetur; forte enim pignus hoc alteri dedit pignori, quod facere potuit, por tit. C. si pign. pignor. dat. et eapropter a novo hoc creditore judicio conventus, expensas facere non necesse haberet, quod utique prior debitor refundere tenetur, praesertim cum dolus quoque debitoris, rem vitiosam oppignorantis, coercendus sit. Illud autem facile largior, debitorem se ab hac actione liberare posse oblatione pignoris sufficientis, quia sic nullum amplius interesse allegare potest, nisi, ut dictum, creditor occasione vitiosi pignoris expensas facere necesse habuerit.»

Advertiremos de passagem que o jurisconsulto allemão pretende decidir qual é a acção competente no caso de ser dado um penhor vicioso ou alheio: a sua doutrina é especialmente applicavel á hypothese do artigo 741 e á ultima parte do artigo 860 n.º 4.º;

¹ *Cod. da Pruss.*, part. 1.ª. tit. 20, artt. 22 e 23, na collecç. de Anth. de S. Joseph, cit., tom. 3.º, pag. 267.

² *Samuelis Strichii operum praestant. collectio nova* (Halaë Magdeburgicae, 1746), *Usus modernum Pandectarum*, liv. 13.º, tit. 7.º, § 18, vol. 1.º, pag. 322.

mas, como veremos, os nossos juriconsultos generalisaram a decisão de Strichio ás outras hypotheses.

No Codigo da Austria ¹, a proposito do contracto de *antichrese*, deparam-se-nos as providencias seguintes: — «Art. 456. Si la chose d'autrui a été engagée, le propriétaire peut la réclamer; mais si l'engagiste était de bonne foi, le propriétaire doit, ou le dédommager, ou renoncer au gage et se contenter du droit de réclamer des dommages intérêts contre celui qui a constitué le gage.» — «Art. 458. S'il devient insuffisant par suite d'un vice postérieurement reconnu ou par la faute de l'engagiste, le créancier peut demander un autre gage.»

A primeira disposição perfeitamente se compadece com os principios d'aquellas legislações que se baseam na regra — *en fait de meubles, possession vaut titre*. — Em França pôde contar adeptos; entre nós não podia ser admittida sem contradicção de principios ².

A segunda, alem de incompleta e nimiamente restricta, é tão defeituosa, como a disposição arguida do Codigo da Prussia.

Sem embargo d'isto, não podemos deixar de vêr em todas estas divergentes providencias o germen da doutrina que veiu a desenvolver-se nos escriptos dos nossos juriconsultos, até ser mais explicitamente inserida no corpo do nosso actual direito civil.

No primeiro quartel d'este seculo ensinava entre nós o insigne juriconsulto Correia Telles ³ — 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. O mesmo notavel juriconsulto escrevia posteriormente no *Digesto Portuguez* ⁴ o seguinte: — Se ou por facto do devedor, ou por defeitos da cousa empenhada, o penhor ou a hypotheca vem a não ser segurança idonea da divida, o credor tem direito de pedir melhor penhor, ou aliás pôde demandar o que lhe é devido sem demora.»

¹ Anth. de S. Joseph, *Concord. etc.*, cit., tom. 1.º, pag. 202.

² Anth. de S. Joseph., *Concord. cit.*, tom. 1.º Introd., pag. LXXXVII.

³ *Doutr. das Acç.*, ediç. de 1824, § 332 e not. (2).

⁴ *Dig. Port.*, tom. 3.º, art. 1202.

Baseada na disposição do Código da Prussia, e nos ensinamentos de Samuel Strichio, não podia a doutrina de Correia Telles deixar de resentir-se dos defeitos já prenotados. Todavia, ao mesmo passo que ainda estabelece inteira equipollencia entre cousas distinctas e divergentes, vai fixando com mais adequada precisão esta providencia juridica, e propositando ao legislador mais commodo ensejo de sem custo a traduzir fielmente para o campo da legislação.

Elaborada pela intelligencia esclarecida de Coelho da Rocha, e transfigurada á feição d'este elevado espirito, a providencia, cuja evolução vamos estudando, encontra-se finalmente nas *Instituições de Direito Civil Portuguez*¹ sob esta fórma: — «Como o credor só detem o penhor em segurança da divida, se o penhor se perdeu, ou tem diminuido sem sua culpa, póde exigir do devedor melhor penhor; ou o pagamento da divida, ainda que não tenha expirado o praso.»

Abandonando a fórma estreita com que a revestira a penna do auctor do *Digesto Portuguez*, vemos aqui esta doutrina generalisada e applicavel a todos os casos de perda ou diminuição do penhor, seja qual for a natureza da causa que a produzir, uma vez que não proceda de culpa do credor.

Encontrando-a assim no ultimo estado do nosso direito antigo, o sr. Visconde de Seabra transplantou-a, sem alteração de idéa nem de fórma, para o art. 956 n.º 4.º do *Projecto do Código Civil Portuguez*, que dizia assim: — «O credor poderá exigir do devedor outro penhor, ou pagamento da divida, ainda antes do praso convencionado, se o penhor se perder ou diminuir sem culpa sua.»

A Comissão Revisora d'este Projecto, em sessão de 26 de junho de 1861,² propoz-lhe o seguinte additamento, que foi approvedo: — «... ou for reclamado por terceiro a quem pertença e que não haja consentido no penhor» —; e em sessão de 8 de fe-

¹ C. da Roch., *Inst. cit.*, edic. de 1848, § 628 n.º 5.º, tom. 2.º, pag. 492.

² *Actas das sess. da Comm. Rev.*, pag. 165.

vereiro de 1865 ¹ votou-se que se dissesse — «ou o cumprimento da obrigação» em vez de — «pagamento da divida.»

E, a tal proposito, nada mais se resolveu que das respectivas actas conste.

Creemos que o pensamento do sr. Visconde de Seabra fôra abranger na generalidade da redacção que deu ao projecto, assim a diminuição do penhor proveniente de facto do devedor, que é a hypothese do art. 741 do actual Codigo, artigo que não tinha correspondente no mesmo Projecto, como as outras hypotheses vagamente comprehendidas no art. 860 n.º 4.º, taes como — as causas inherentes ao proprio penhor, o caso fortuito ou força maior, e o facto de terceiro. A ausencia da materia do artigo 741 no Projecto reforça-nos esta presumpção.

É certo, porém, que a introdução posterior de alguns artigos supplementares, entre os quaes foi incluído o artigo 741 (vej. *supra*, cap. I, § III), alterou radicalmente o primitivo plano do auctor do Projecto, e feriu com uma restricção, aliás justissima, a generalidade absoluta e incondicional do artigo 860 n.º 4.º; assim como a do artigo 901 do actual Codigo Civil. Alguma discordancia que por ventura a comparação d'estes differentes artigos faça avultar ao nosso espirito, tem, pois, esta obvia explicação: — é que, preparado por muitos homens, incongruentes nas opiniões, e nem sempre confundidos nos mesmos intuitos, o ultimo Projecto do Codigo não podia manter a unidade de systema, nem a harmonia de methodo, que são indispensavelmente reclamadas na codificação das leis.

¹ Act. cit., pag. 594.

II

Preparada d'este modo a solução do problema, não pôde o artigo resistir facilmente á força da nossa interpretação.

A obrigação alternativa imposta aqui ao devedor, analogamente em França dispõe o Código Napoleão para a hypotheca no artigo 2131, está natural e juridicamente subordinada á escolha do devedor. É uma obrigação *facultativa*, no sentido em que lh'ò chama Delvincourt ¹.

Já o demonstrámos exuberantemente (vej. cap. II, § v); e se, por ocasião do exame do artigo 901, tão de espaço nos demorámos em fixar esta doutrina a respeito do artigo francez, é que para logo resolvemos furtar-nos agora a esse trabalho. Achamos imperdoavel o fastio das repetições inuteis.

Approximando, pois, um do outro os artigos 741 e 860 n.º 4.º, combinamos-os assim :

Se o objecto do penhor se perder ou diminuir por facto do devedor, o credor tem o direito de exigir, antes do prazo convencionado, o cumprimento da obrigação (art. 741);

Se, porém, a perda ou diminuição for devida a um facto extranho á culpa do devedor, se for devida a uma causa inherente ao proprio penhor, ou a um acontecimento fortuito ou de força maior, ou a facto de terceiro, nesse caso o credor só poderá exigir o cumprimento da obrigação, se o devedor se recusar a fornecer outro penhor em reforço do primitivo (art. 860 n.º 4.º).

As razões que nos determinam são as mesmas que expendemos

¹ Delv., obr. cit., . cit. no cap. II, § v.

largamente no capitulo anterior. O processo da demonstração é exactamente o mesmo.

Póde, todavia, questionar-se qual das pessoas juridicas — *credor ou devedor* — está comprehendida no possessivo *sua* da phrase *sem culpa sua* que se lê no artigo 860 n.º 4.º

Referir-se-á esta phrase á ausencia da culpa do devedor? Será, pelo contrario, á falta de culpa do credor?

Ambas as opiniões podem contar sectarios: — a primeira, porque na syntaxe do artigo está mais proximo o termo — *devedor*, e os pronomes d'esta especie parece deverem referir-se ao nome mais conjuncto; — a segunda, porque o sujeito da oração principal é o termo — *credor*, e a elle deve referir-se o possessivo, segundo as indicações que resultam da natureza d'este pronome.

Apezar de termos por irrecusavel este ultimo fundamento, mormente quando attendemos á fonte proxima d'esta providencia¹, crêmos que, de se adoptar um ou outro dos pareceres, não resulta divergencia para as soluções juridicas do problema. Aferindo-os pelo criterio da unica interpretação que julgamos comportar a disposição do artigo, apreciemos-lhes as consequencias.

Se referirmos a phrase questionada ao credor e ao devedor, e nos propozermos definir os direitos de um e outro, segundo a causa particular a que póde attribuir-se o facto da perda ou diminuição do penhor, teremos em ambos os casos identicas soluções:

1) Se o penhor se perde ou diminue *por culpa do devedor*, — art. 741;

2) Se o penhor se perde ou diminue *por culpa do credor*, — art. 861 n.º 1.º e 862;

3) Se o penhor se perde ou diminue *sem culpa do credor nem do devedor*, mas por facto extranho a ambos, — art. 860 n.º 4.º

Como se vê, o art. 860 n.º 4.º é applicavel ao caso em que a perda ou diminuição do penhor tenha sido produzida por qualquer motivo, mas *sem culpa do credor nem do devedor*. Podendo, pois, aquelle termo referir-se indifferentemente a uma e outra das

¹ C. da Rocha, *Inst.*, log. cit. no § 1 d'este cap.

peçoas jurídicas — *credor e devedor*, — torna-se evidente a inutilidade de suscitar a discussão de um tal problema. Póde a questão reputar-se de magnitude á face da grammatica da lingua, que nunca poderá alcançar esses fóros em frente das suas consequencias jurídicas.

Por isso, desde já largaremos mão d'esta difficuldade.

III

A parte final do artigo adicionada pela Comissão Revisora á doutrina do Projecto do sr. Visconde de Seabra póde subordinar-se tambem aos mesmos principios, e reger-se pelas mesmas leis de interpretação.

Estabelece-se ahí que, sendo o penhor exigido por terceiro, a quem pertença, e que não haja consentido na sua constituição (Cod. Civ., art. 859), assiste ao credor o direito de exigir outro penhor ou o pagamento da divida.

Esta segunda hypothese do artigo parece estar comprehendida na generalidade da primeira parte, quando expressamente menciona a *perda do objecto do penhor*. Sendo assim, a Comissão teria procedido levianamente na alteração do primitivo Projecto. Devemos, todavia, attender a que o Codigo Civil em outro lugar define e especifica os casos em que a perda do objecto póde verificar-se, limitando-os por tal fórma, que, segundo as prescripções do mesmo Codigo, a perda só póde dar-se: — 1) perecendo a cousa; — 2) sendo posta fóra do commercio; — 3) desaparecendo de modo que se não possa recuperar, ou que d'ella se não saiba (Cod. Civ., art. 717 § 1.º). Ora, não se achando a hypothese do artigo comprehendida em nenhum d'estes casos, era de reconhecida necessidade prevel-a e regulal-a nomeadamente. A Comissão Revisora deu-se pressa em reconhecê-lo, e avisadamente approvou esta modificação.

Suppõe o artigo que é empenhado pelo devedor um objecto pertencente a outrem que não haja consentido nisso. Dirige-se ao mesmo fim a disposição do artigo 456 do Codigo da Austria (vej. § 1 d'este cap.).

Façamos applicação dos principios anteriores :

O devedor podia estar na posse d'esse objecto de boa ou de má fé (Cod. Civ., artt. 475, 476 e 663 § un.).

Havendo o devedor procedido de boa fé e sem facto que lhe deva ser imputado, é applicavel a hypothese do artigo 860 n.º 4.º, e o credor tem o direito de exigir outro penhor ou o cumprimento da obrigação, ainda antes do prazo convencionado.

Se, porém, o devedor se fingiu senhor do objecto, conhecendo os vicios da sua posse, mas dissimulando-os, então o facto é-lhe imputavel, e entramos no dominio da hypothese prevista no artigo 741 : o credor póde desde logo exigir o cumprimento da obrigação, e, mais ainda, o devedor acha-se incurso nas penas infligidas pelo Codigo Penal¹ ao crime de *burla*, ao qual já as Ordenações do Reino² chamavam *bulra* ou *inlicio*, e alguns dos nossos antigos juriconsultos, de accordo com o Direito Romano, denominavam *estellionato*³.

Tal é a interpretação que se nos afigura mais ajustada e conforme ao systema do Codigo Civil.

Ha, todavia, quem, desattendendo inconsequencias de momento, procure intender de um modo extranho o artigo 860 n.º 4.º No vasto campo da sciencia ergue-se um culto para cada opinião; e nós, que a todas prestamos leal homenagem, impomo-nos o preceito de submettel-as todas, na esphera que nos é propria, ás prescripções da nossa critica sincera.

Pretende-se que a primeira disjunctiva do artigo se combine correlativamente com a segunda disjunctiva condicional do mesmo artigo⁴.

Nesse presupposto, regular-se-iam os direitos do credor por esta fórma : — 1.º) o credor adquire pelo penhor o direito de exigir do devedor, ainda antes do prazo convencionado, outro penhor, se

¹ Cod. Pen., art. 450, n.º 1.º

² Ord., liv. 5.º, tit. 65.

³ Silva Ferrão, *Theor. do Dir. Pen.*, tom. 8.º, pag. 122.

⁴ Sr. Tavares de Medeiros, *Estudo sobre o art. 741 do Cod. Civ. Port.*, Coimbra, 1873, pag. 15 e seg. — *Vej. Instituto*, vol. xx, n.º 12, pag. 241 e seg.

este se perder ou diminuir sem culpa sua; — 2) se o penhor for exigido por terceiro, a quem pertença, e que não haja prestado o seu consentimento, tem o direito de exigir o cumprimento da obrigação.

Esta interpretação, dizemos nós, oppõe-se — á mais obvia e natural significação que resulta da disposição dos termos empregados, — ás mais legitimas deducções que os trabalhos preparatorios, de mãos dadas com as fontes, auctorisam, — e ao systema do Código manifestado em disposições analogas, e consequentemente á presumida intenção da lei.

Tal é o objecto da nossa demonstração.

A intelligencia grammatical que se pretende impor está longe de parecer consoante com a natural-estructura da syntaxe do artigo. É indubitavel que as conjuncções disjunctivas, quando repetidas no mesmo periodo, frequentes vezes se correspondem respectivamente de geito a auctorisarem a intelligencia que se pretende: não vai isso de nenhum modo encontrar a natureza e indole especial d'esse termo. Mas requerem as mais elementares indicações da grammatica da lingua que essa intelligencia resulte espontanea e naturalmente da propria construcção e consonancia do periodo, e que para esse effeito se não separem demasiadamente umas das outras as partes correlativas. Ora, não concorrendo no artigo estas indispensaveis condições, não ha fundamento bastante para suppor determinada a correlação pretendida.

As fontes e trabalhos preparatorios da lei correm tambem em nosso apoio, a fim de tornarem mais legitima a base da nossa demonstração. Para nos convenceremos d'esta verdade basta, com effeito, recordar a doutrina do texto consoante nos é offerecida por Correia Telles, por Coelho da Rocha e pelo sr. Visconde de Seabra (vej. § 1 d'este cap.). Examinando os logares transcriptos, vê-se que, não obstante lhes faltar a ultima parte do artigo adicionada pela Commissão Revisora do Projecto, todavia a doutrina da parte inicial está ahi redigida pela mesma fórma que no actual Código. Esta consideração permite-nos inferir que não entrou na mente da Commissão alterar com o additamento votado o pensamento do Projecto, mas que teve unicamente em vista prevenir

expressamente outra hypothese que podia verificar-se, equiparando-a, quanto aos effeitos, á que já se achava prevenida pela doutrina dos jurisconsultos e pela disposição do Projecto primitivo.

Se, finalmente, compararmos esta com a disposição analogá que no artigo 901 se encontra para a outra segurança das obrigações — a hypotheca, crescerá de ponto a firmeza da nossa convicção. A insufficiencia da hypotheca, por facto superveniente que não seja imputavel ao devedor, permite ao credor o direito de pedir o reforço da mesma hypotheca, e, na sua falta, o cumprimento da obrigação: ora, no caso de diminuição de penhor, caso perfeitamente analogo ao da hypotheca, a lei sem motivos excepçionaes não podia deixar de reconhecer os mesmos effeitos, estabelecendo a mesma providencia.

Não é, pois, de nenhum modo acceitavel, por falta de base, a opinião que vimos combatendo.

IV

Depois da longa peregrinação que havemos feito atravez das intrincadas difficuldades do Codigo Civil, animado pelos mais puros esforços da vontade, e poderosamente soccorrido pelas proficientes lições dos mestres mais auctorisados, entramos na ultima parte do nosso trabalho. Examinaremos, finalmente, a providencia do artigo 825 do Codigo.

Por ser de mais facil e menos embaraçosa intelligencia, deliberadamente lhe destinamos este logar. É que desde logo previmos quanto a fadiga nos embargaria os passos, quando, no percurso do nosso caminho, nos abeirassemos do termo que a natureza d'este trabalho irrevogavelmente lhe assignava.

Estabelece o artigo :

«Se o fiador prestado mudar de fortuna, de fórma que haja risco de insolvencia, poderá o credor exigir outro fiador.»

No dominio do Direito Romano já o jurisconsulto Paulo tinha ensinado : — «Quod si medio tempore calamitas fidejussoribus insignis, vel magna inopia accidit, causa cognita ex integro satisfidandum erit.»¹.

Ia, porém, mais longe o Direito Romano na cautela assegurada ás obrigações affiançadas, porque não só se dirigia a precaver os direitos creditorios dos accidentes posteriores á constituição da fiança, mas retroagia tambem até aos vicios anteriores da caução fidejussoria. É expressa a L. 6.^a, D., *Qui satisd. cogantur*, quando estabelece : — «Quotiens vitiose cautum vel satisfidatum est, non videtur cautum.»

¹ L. 10.^a § 1.^o, D., *Qui satisd. cogantur*.

O direito moderno, exceptuando o da Gran-Bretanha¹, conformou-se com a primeira d'estas disposições.

No *Projecto do Codigo Civil Portuguez* o sr. Visconde de Seabra, modelando a correspondente disposição pelo artigo 2020 do Codigo Napoleão, redigira assim o artigo 924: — «Se o fiador prestado mudar de fortuna, de fórma que haja risco de insolvencia, poderá o credor exigir outro fiador, excepto se o prestado foi escolhido e designado pelo proprio credor.»

Das *Actas das sessões da Comissão Revisora*² consta que, em sessão de 8 de maio de 1861, depois de alguma discussão sobre a segunda parte do artigo, foi a primeira parte approvada, e a segunda, que começa «excepto, etc.», rejeitada. Diz o sr. Dias Ferreira³ que, eliminando a Comissão Revisora o final d'aquelle artigo, que continha a referida excepção, manteve em toda a sua generalidade o preceito de que a insolvencia do fiador obriga a nova fiança, ou a escolha d'este tenha sido feita pelo devedor, ou pelo credor, ou por terceiro: e assim é com effeito.

Este ponto foi tenazmente discutido no seio das commissões que em França prepararam o Projecto do Codigo Napoleão, dividindo-se as opiniões entre Cambacérès, Portalis, e Tronchet por um lado, e Treilhard, Berlier e Bigot-Préameneu por outro lado⁴. Cada qual pretendia mostrar que a sua opinião era a mais consoante á justiça, e a mais conforme assim ao objecto da fiança, como á intenção das partes; mas prevaleceu a defesa dos primeiros na votação do artigo francez, o qual, assim o nosso Projecto, como o Projecto do Codigo Civil Hespanhol⁵ propozeram que fosse admittido no direito da península.

Todavia, como vimos, a excepção do Projecto do sr. Seabra, importada do Codigo Napoleão, foi entre nós rejeitada.

¹ Anth. de S. Joseph, *Conc. cit.*, tom. 1.º, Intr., pag. LXXXVI.

² *Act. cit.*, pag. 144.

³ *Obr. cit.*, tom. 2.º pag. 246.

⁴ Vej. P. Pont, *Comment. — trait. des petits contr.*, tom. 2.º, pag. 74, n.º 137.

⁵ *Proj. do Cod. Civ. Heep.*, art. 1741.

Redigida como está, a disposição d'este artigo não offerece difficuldades de grande tomo: limitar-nos-emos a fazer sobre ella algumas ligeiras considerações.

O artigo 825 está subordinado ao anterior. Não assiste ao credor, em todas e quaesquer circumstancias, o direito de exigir outro fiador; a natureza da convenção e, d'accordo com ella, a disposição da lei congregam-se para conferir esse direito ao credor, unicamente *quando algum devedor é obrigado a dar fiador*. Se o devedor prestou espontaneamente esta caução, sem que a lei lh'a impozesse, sem que a convenção o determinasse, o credor, embora ella se tornasse insufficiente depois de prestada, não teria o direito de exigir melhor segurança. É que nem tinha contado com ella, porque foi devida a um acto espontaneo do devedor, nem o contracto se havia celebrado em consideração a esta garantia, porque ficára perfeito e acabado sem ligação alguma com ella. Desapparecendo, pois, em qualquer estado da convenção, não ficam de nenhum modo alteradas as bases do contracto: o devedor continua obrigado nos mesmos termos em que primitivamente o fôra ¹.

Se, porém, o devedor se tinha obrigado no contracto a dar fiança, ou se a lei lhe impozer a obrigação de a prestar, não só o fiador prestado ha de satisfazer ás condições requeridas pelo artigo 824 do Codigo Civil, mas, ainda mais, se, depois de prestado, a sua fortuna soffrer uma diminuição tal, que possa inspirar receios de não chegar para o inteiro pagamento da divida, póde o credor exigir outro fiador que satisfaça ás condições requeridas. O artigo, para conferir este direito ao credor, não exige que o fiador *esteja insolvente*; exige apenas que a mudança da sua fortuna o ponha em *risco de insolvencia*. O legislador, determinando cuidadosamente no artigo 824 as condições externas demonstrativas da solvabilidade do fiador, permite-nos inferir que a falta de qualquer d'essas condições, por mudança superveniente das suas circumstancias, constitue *risco de insolvencia*,

¹ P. Pont, cit. *Comment.—trait. des petits contr.*, tom. 2.^o, pag. 75, n.^o 140

e confere ao credor o direito de exigir nova e melhor fiança, consoante a disposição do artigo 825 o está indicando. Contractando em attenção á segurança prestada, e exigindo uma caução perfeita, com todos os requisitos indispensaveis para inspirar a maior confiança, o credor quiz assegurar por este modo o seu credito em toda a duração da obrigação principal até á sua definitiva execução; e o legislador, em homenagem a esta intenção natural, determinadora do contracto, quiz, não desmentindo a confiança do credor, manter a base primordial da convenção, concedendo-lhe o direito conferido pelo artigo 825.

Eis-aqui o pensamento do artigo.

V

A fiança, sendo uma das seguranças que podem ser estipuladas no contracto a favor do credor, é uma d'aquellas a que se refere o artigo 741 do Codigo Civil.

A mesma antinomia que se pretende vêr entre o artigo 741 e os artigos 860 n.º 4.º e 901 do Codigo, existe entre aquelle artigo e o artigo 825: não ha razão para excluir este da briga que se imagina (vej. cap. II, § IV).

Entretanto, o sr. Dias Ferreira ¹, achando em visivel contradicção aquelles artigos, menciona simplesmente a disposição d'este, e, sem accumular mais antinomias, deixa crer que ao artigo 825 não são applicaveis as mesmas considerações que os outros artigos nas suas mutuas relações podem suscitar.

A verdade é que este artigo, na sua combinação com o 741, levanta as mesmas prenotadas difficuldades; porque, estabelecendo de um modo generico o direito do credor a exigir outra fiança, no caso da primeira ter diminuido a ponto de haver risco de insolvencia, sem distinguir entre as variadas causas que podem motivar essa diminuição, permite-nos concluir, tanto como os outros artigos, que nessa ampla generalidade está tambem comprehendido o facto do devedor.

Poderíamos agora trazer para aqui tudo quanto já extensamente levamos dicto nas precedentes paginas, se d'esse trabalho fructeassem bons resultados, e podessem derivar-se vantagens de proveito. Temos, porém, a mais arreigada convicção de que

¹ Obr. cit., log. cit.

não seríamos lido sem fastio, nem nos seria levado em conta um trabalho que só daria em resultado tomar nos inutilmente o estreito tempo que demasiadamente nos aperta.

Tomando por base tudo o que sobejamente está escripto, restringiremos as nossas considerações a esta conclusão :

Se a fiança diminuir por facto que seja imputavel ao devedor, o credor poderá, antes de findo o praso convencionado, exigir o cumprimento da obrigação. A hypothese está então sob o dominio do artigo 741.

Se a fiança diminuir tanto, que o fiador esteja em risco de insolvencia, mas por facto extranho á imputabilidade do devedor, então o credor poderá exigir somente outro fiador, e só no caso do devedor se recusar a prestar nova fiança tem o credor o direito de exigir o cumprimento da obrigação. Tal é a hypothese do artigo 825.

Guiado pela coherencia que é necessário manter na combinação das providencias homogeneas da lei, não podia deixar de ser este o resultado das nossas investigações. De ha muito estava elle preparado. O methodo da demonstração está precedentemente exposto com o maximo desenvolvimento, e por isso nada accrescentaremos para justificar a legitimidade das nossas opiniões.

No terreno em que nos achámos collocado, em frente da redacção descurada das disposições do Codigo, e asperamente subjugado pelo peso da enorme responsabilidade que nos cabia como interprete, quasi nos falleceu o animo, e repetidas vezes nos foi necessario envidar as maiores energias do espirito para não estacionarmos exanimé em meio da escura e longa estrada que nos era necessario percorrer em tão curto lapso de tempo.

Chegámos, emfim, ao termo assignado pela natureza d'este trabalho.

Mais largo era, por sem dúvida, o nosso plano, se o praso fatal da lei não viesse embargar-nos o designio, e estorvar de momento a execução da obra que ao principio nos propunhamos levar ao cabo.

Na incerteza dos passos sejam-nos motivo de indulgencia a reconhecida escabrosidade do assumpto, e o improbo trabalho a que nos não poupámos.



INDICE

INTRODUÇÃO

	Pag.
SUMMARIO. — I. Logar que as <i>obrigações a prazo</i> occupam nas legislações romana e modernas. — II. Noção d'estas obrigações, e sua distincção das <i>condicionaes</i> . Corollarios. — III. Diversas especies de <i>obrigações a prazo</i> . Principio e excepções do artigo 739. — IV. A qual dos contrahentes aproveita o prazo estipulado, e consequencias que dahi derivam: interpretação do artigo 740. — V. Fundamento e interpretação do artigo 742: nas obrigações que têm de ser pagas em prestações, são motivo de exigibilidade antecipada, não só a falta de pagamento de uma prestação, mas tambem a fallencia do devedor, e a diminuição, por facto d'este, das seguranças estipuladas a favor do credor.	9

PARTE UNICA

CAPITULO I

SUMMARIO. — I. Objecto d'este trabalho. — II. Fundamento geral do artigo 741 do Codigo Civil. — III. Trabalhos preparatorios e fontes. — IV. Fundamento da provisão relativa á fallencia. — V. A fallencia abrange aqui a insolvencia. — VI. O artigo 741 é applicavel aos creditos hypothecarios. — VII. A fallencia de um devedor solidario não prejudica os outros credores para o effeito de lhes negar o beneficio do prazo.....	27
---	----

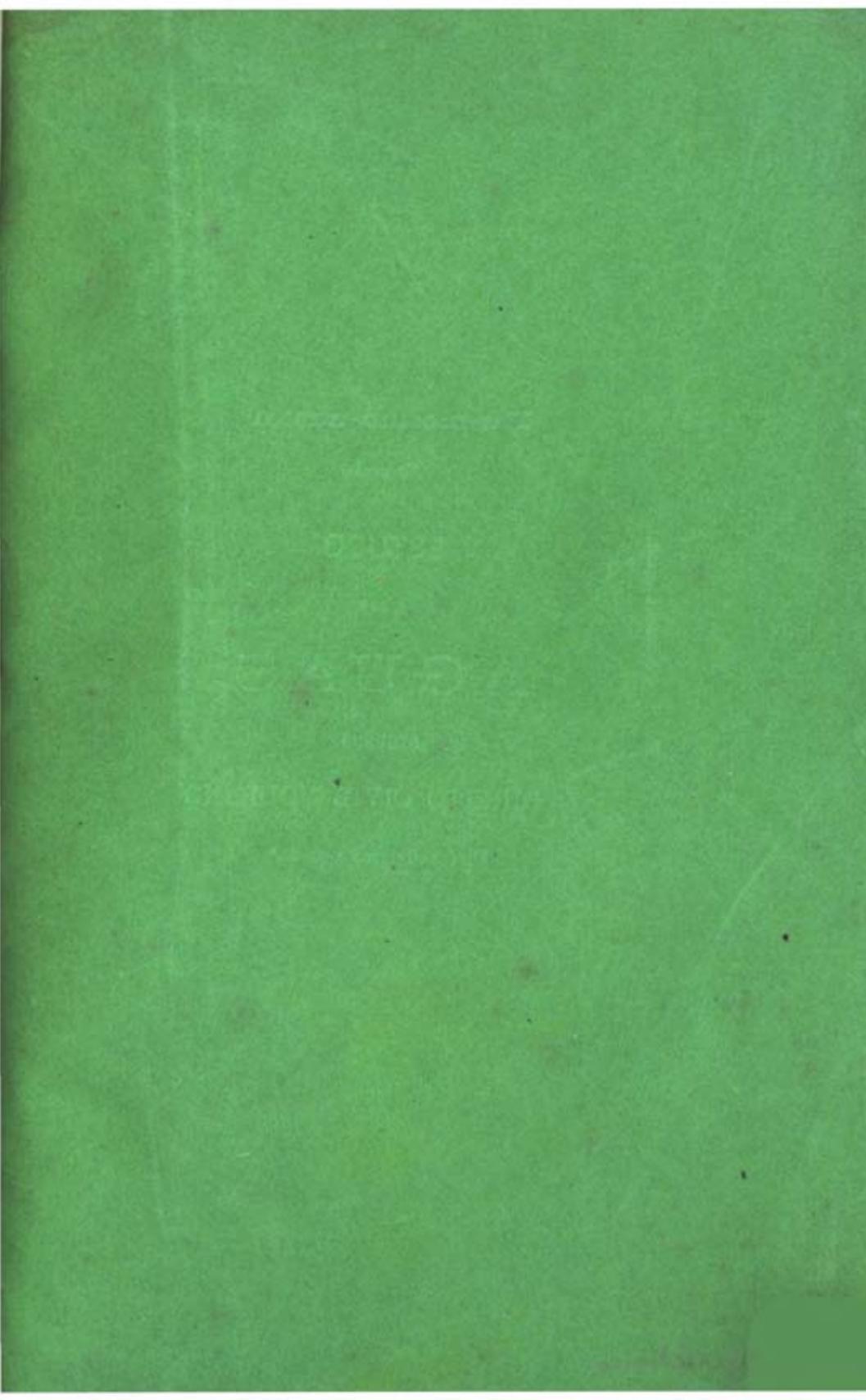
CAPITULO II

Pag.

SUMMARIO. — I. Objecto d'este capitulo. — II. Condições requeridas na diminuição das seguranças para tornar exigível a obrigação antes do praso. — III. Desenvolvimento e explanação d'essas characteristics. Realizada a diminuição por facto do devedor, o credor póde recusar o offerecimento de novas seguranças. A alienação parcial do predio hypothecado constitue diminuição de seguranças; não assim a alienação total. O facto da diminuição deve ser posterior ao contracto: jurisprudencia da Relação de Lisboa. A redacção do nosso artigo 741 suppre a deficiencia do correspondente no Codice Napoleão. — IV. Combinação dos artigos 741 e 901 do Codice Civil. Opinião do sr. Dias Ferreira, e sua refutação. — V. Historia das fontes do artigo 901 do Codice Civil. — VI. Interpretação que se adopta, e objecção que se refuta..... 49

CAPITULO III

SUMMARIO. — I. Fontes e trabalhos preparatorios do Codice Civil attinentes ao artigo 860 n.º 4.º — II. Interpretação e combinação da primeira parte do artigo 860 n.º 4.º com o artigo 741: entendimento da expressão — *sem culpa sua*. — III. Interpretação e combinação da segunda parte do mesmo artigo com o artigo 741: refutação dos que pretendem corresponder correlativamente as disjunctivas do artigo. — IV. Disposição do artigo 825. do Codice Civil. Doutrina correspondente do Direito Romano, do Codice Napoleão, do Projecto do sr. Visconde de Seabra, e da Commissão Revisora. — V. Interpretação do artigo 825 do Codice Civil. — VI. Combinação dos artigos 825 e 741. Conclusão..... 73



Do mesmo auctor

(No prelo)

ESTUDO

SOBRE

AGUAS

SEGUNDO

O DIREITO CIVIL MODERNO

Um volume em 8.º

Do mesmo auctor

(No prelo)

ESTUDO

SOBRE

AGUAS

SEGUNDO

O DIREITO CIVIL MODERNO

Um volume em 8.º

