

Questões Práticas

Ação para cobrança de alugueis de casa

Parece á primeira vista que é sem importancia a questão de saber qual a acção que compete aos proprietarios de predios urbanos para cobrança dos alugueis vencidos.

Os Praxistas em geral, e entre elles Corrêa Telles (*Doutrina das acções*) § 375, Pereira e Souza (*Primeiras linhas sobre o Processo Civil*) § 529, Lobão (*Processo Executivo*) § 138, Ramalho (*Praxe Brasileira*) § 304 e Teixeira de Freitas (*Doutrina das Acções de Corrêa Telles*) § 133, dizem que a cobrança dos alugueis de casa é feita pelo meio executivo, que é o que começa por penhora.

A base legal do procedimento executivo se encontra na Ord. L. 4.º titulo 23 § 3.º, que dispõe :

« E se o alugador da casa não pagar o
« aluguel ao tempo que prometteo, o senhor
« della o não poderá por si penhorar, por ser

« escusarem differenças ; mas poderá mandar
« fazer isso ao Alcaide da Villa ou lugar,
« onde acontecer, ao qual mandamos, que por
« seu mandado faça essa penhora, sem outra
« auctoridade de Justiça. »

Cumpre notar que a citada Ord. é invocada apenas como fundamento juridico do processo executivo, o qual actualmente só pode ser posto em movimento por autoridade da Justiça, e consiste em requerer o proprietario ao Juiz do Cível que mande intimar o devedor para que pague *in continenti* os alugueis vencidos, effectuando-se, na falta de immediato pagamento, a penhora e seguindo-se nos ultiores termos até final sentença e sua execução.

Si os Praxistas se limitassem a indicar o meio executivo como o competente para a cobrança dos alugueis das casas, nenhuma duvida haveria, que podesse embaraçar a acção do proprietario.

Mas assim não succede. Elles procuram justificar o procedimento executivo, allegando motivos, que carecem de procedencia e servem para produzir a incerteza e difficuldades para os proprietarios, quando pretenderem fazer effectivo o seu direito de haver as rendas dos seus predios.

Pereira e Souza citado, assentando a doutrina de que aos proprietarios de predios urbanos compete o meio executivo para a cobrança dos seus alugueis (§ 529), diz em nota sob n. 1082 que—A razão deste procedimento é que os bens introduzidos dentro nas casas se entendem por Direito hyppothecados ás rendas dellas». E acrescenta : «Podem penho-

rar-se quaesquer bens não só do inquilino, mas do sublocatario achando-se dentro no predio.»

Lobão também citado, referindo-se á Ord. L. 4. tit. 23 § 3.º, discreveu a forma de practical-a, dizendo no § 139 com Pegas o seguinte: « Faz o dono das casas requerimento ao juiz, e passa-se mandado para que o alcaide vá fazer penhora nos bens que achar dentro das casas. Cita-se no acto da penhora o arrendatario para allegar até á primeira audiencia os embargos que tiver a oppor. »

Resulta da doutrina expendida por Pereira e Souza e Lobão que o processo executivo somente é admissivel contra o inquilino devedor de alugueis ou contra o sublocatario, e quando elles tiverem bens dentro na casa.

Assim se procede geralmente e se acha exposto na *Addicção* á nota 758 da *Doutrina das Acções* de Corrêa Telles por Teixeira de Freitas, o qual se referindo aos arts. 673 a 676 da *Consolidação das Leis Civis*, consubstanciam o direito estabelecido na Ord. L. 4 tit. 23 § 3.º sobre a cobrança executiva dos alugueis de casa, affirma que o mesmo direito não se observa em varias disposições; e mostrando a pratica seguida no fòro, recommenda que se consulte Pereira e Souza.

Tratando dos bens em que deve recahir a penhora na acção executiva diz ainda Teixeira de Freitas no art. 674 da citada *Consolidação das Leis Civis*. « Estam sujeitos á essa penhora os moveis que na casa existirem, ainda que não sejam do inquilino. » Aos moveis das casas, acrescenta Teixeira de Freitas (nota ao mesmo art. 674) dá-se o nome de mobilia,—trastes. .

E' incontestavel que a acção do proprietario de predios urbanos para haver o pagamento dos alugueis vencidos pode ter a forma executiva, que é a que começa por penhora, em face da Ord. L. 4. tit. 23 § 3.º

Outro tanto, porém, não é licito dizer a respeito da limitação, que fazem os citados jurisconsultos, de somente poder-se effectuar a penhora nos bens existentes no predio, isto é, nos moveis—mobilia ou trastes.

A Ord. permittindo a acção executiva não torna a sua propositura dependente da existencia de bens moveis, mobilia ou trastes dentro do predio.

O que a Ord. estabelece é que o senhor da casa, quando o inquilino não paga o aluguel no tempo convencionado póde proceder executivamente, mandando fazer a penhora; o que tambem se estende a outras pessoas que forem encontradas no predio, ou nelle tiverem alguma cousa.

« E se o senhor da casa não achar a pessoa, a que a alugou, e achar outrem nella, poderá requerer o que achar na casa, ou o que nella tiver alguma cousa, que pague o aluguel; e não querendo pagar, pode-o por isso mandar penhorar. »

Como se vê a Ord. não cogita dos bens sobre os quaes deve ser realisada a penhora e menos ainda da situação dos que podem ser apprehendidos para garantia e segurança do proprietario credor de alugueis, si dentro da casa fóra della ou em poder de terceiro; e sim

do alugador, isto, é inquilino que não paga os alugueis no tempo que prometteo, de outra pessoa que for encontrada na casa que não seja o alugador ou que nella tenha alguma cousa, que também não quer pagar os alugueis, e do senhor da casa, ao qual concede o direito de penhora.

A disposição da Ord. não tem outro objectivo além do de defender o direito do proprietario, amparando-o com um meio rapido e cauteloso de haver o pagamento dos alugueis vencidos, como é o meio executivo, que tem por base a penhora, actô judicial que tira os bens do poder do devedor e os colloca sob a guarda de Justiça para garantia do credor.

E tanto assim é que a Ord. não se limita a dar ao senhor da casa o direito de haver somente do inquilino o pagamento dos alugueis; mas lhe concede igual direito contra quem quer que for encontrado na mesma casa ou nella tiver alguma cousa, e de usar contra elles, si não quizerem pagar, da competente acção executiva.

O mesmo pensamento de favorecer aos proprietarios de casas se encontra claramente em outras partes da Ord., como no Liv. 4. tit. 9. princ. que confere ao comprador de alguma casa ou herdade que ao tempo comprada tinha já arrendada ou alugada, o poder de demandar e constranger o alugador ou rendeiro a deixal-a, e no tit. 24 do dito Liv. que dá ao ao senhor da casa o direito de despejar o inquilino, ainda mesmo que haja contracto de aluguel por certo preço e tempo certo, quando por um caso superveniente precisar della para morar ou para algum seu filho, filha, irmão, ou irmã.

Ha nisso uma manifestação do valor que

a Ord. attribue ao dominio, que o Direito Civil apresenta como pleno, illimitado, exclusivo, irrevogavel ou irresoluvel, caracteristicos que se encerram no principio constitucional de que o direito de propriedade se mantem em toda a sua plenitude.

O conceito firmado por Pereira e Souza, citado, de estar a cobrança executiva dos alugueis dependente da existencia de moveis dentro da casa, como uma resultante da hypotheca a que por Direito elles são sujeitos, não tem fundamento.

Pereira e Souza e os Praxistas, que o seguiram, comprehenderam mal a Lei de 20 de Junho de 1774 e o Alvará de 24 de Julho de 1793 que nenhuma referencia fazem ao processo executivo.

A Lei de 20 de Junho, julgando necessario estabelecer certas regras e principios para a decisão das preferencias no concurso dos credores (§ 30), contemplou no § 38 os senhores dos predios rusticos e urbanos, quando concorrerem, para haverem dos rendeiros ou inquilinos as pensões ou alugueis, para preferirem neste caso pela tacita e legal hypotheca a outros credores, posto que a tenham geral ou especial mais antiga.

O Alvará de 24 de Julho no § 2.º restringio a preferencia dos proprietarios de predios urbanos, declarando—«que os credores pelo aluguel de casas urbanas, os quaes, por todas as mais antigas leis têm especial hypo-

theca nos moveis e trastes, que o locador nellas introduz para commodidade e uso da habitação, deverão somente a respeito destes, e não de outros bens, ter preferencia para pagamento dos alugueis a quaesquer outros credores do fallido. »

Nem a Lei e nem o Alvará exigem como condição para o exercicio da acção executiva que hajam bens, moveis ou trastes dentro das casas, cujos alugueis são cobrados pelos respectivos proprietarios.

Regulando as preferencias, a Lei e o Alvará assentam que os senhores de predios urbanos só poderão excluir do concurso outros credores, quanto ao producto dos moveis e trastes encontrados nas casas.

Ora, isso não quer dizer que apenas taes bens podem ser penhorados na acção executiva, e que, portanto, na falta delles é inadmissivel a mesma acção por ser impossivel a penhora.

E não são somente a Lei e Alvará citados, que conferem aos proprietarios de predios urbanos, como credores de alugueis, o direito de preferencia sobre os moveis, que se acharem dentro da casa.

O Codigo Commercial (Parte 3.^a Das falencias) indicando as especies de creditos e suas graduações, classificou como credores privilegiados aquelles cujos creditos procedem de hypotheca tacita especial (art. 876. V.), dizendo que tem o credor hypotheca tacita especial (art. 877. I) nos moveis que se acharem dentro da casa, para pagamento dos alugueis vencidos.

O Decreto n. 917 de 24 de Outubro de 1890, que revogou a referida Parte 3.^a do Codigo Commercial, considerou credores da falencia, com privilegio sobre determinados bens

(art. 70. II a) o proprietario e sublocador, nos moveis de uso pessoal que se acharem dentro da casa, para pagamento dos alugueis vencidos, o que foi reproduzido pela nova Lei de fallencias n. 859 de 16 de Agosto de 1902 (art. 70 II a.)

Cabe ponderar que o proprietario não tem mais hypotheca tacita especial nos moveis do inquilino, a que se referem a Lei de 20 de Junho de 1774, o Alvará de 24 de Julho de 1793 e o Codigo Commercial.

A Lei n. 1237 de 24 de Setembro de 1864, que reformou a Legislação hypothecaria, e o Decreto n. 169 A de 19 de Janeiro de 1890, que a substituiu, limitaram a hypotheca aos immoveis e aos accessorios respectivos com os mesmos immoveis, e portanto não reconheceram outras hypothecas, que podessem recahir somente sobre bens moveis.

Entretanto ambas mantiveram as preferencias, dispondo no art. 5 § 2.º:

« Continuam em vigor as preferencias estabelecidas pela legislação actual, tanto a respeito dos *bens moveis*, semoventes e immoveis não hypothecados, como a respeito do preço dos immoveis hypothecados depois de pagas as dividas hypothecarias. »

O caso é de preferencia, e esta não decorre da forma do processo, e sim da natureza do credito, pois que independente de acção executiva, independente de execução de sentença proferida em qualquer acção, a preferencia se apura nas fallencias por occasião da classificação dos creditos.

A existencia de bens, moveis ou trastes, ou bens de uso pessoal do devedor de alu-

gueis de casa, serve apenas para proteger o direito do credor dando-lhe preferencia a outro credor por titulo differente, uma vez que ditos bens sejam encontrados dentro da mesma casa ; mas não é o determinador legal da forma executiva da acção, porque a Ord. L. 3.º tit. 23 § 3.º confere incondicionalmente ao credor, em attenção a sua qualidade de senhor do predio, o direito de empregar o meio executivo para haver dos inquilinos remissos o pagamento dos alugueis convencionados entre elles.

Caberá o mesmo procedimento contra o fiador e principal pagador ?

Para aquelles que entendem que a acção executiva é uma resultante da existencia de bens moveis dentro das casas, a resposta será necessariamente negativa ; mas para os que pensam de modo contrario, em harmonia com o que ficou ponderado, a solução será : *O fiador e principal pagador póde ser demandado executivamente para o pagamento dos alugueis por elle garantidos.*

A fiança é em geral um contracto accessorio, pelo qual uma pessoa se responsabilisa para com o credor a satisfazer a obrigação contrahida pelo devedor, si este não o fizer por si.

Por isso o fiador em regra só pôde ser demandado depois do devedor, e quando os bens deste já tiverem sido excutidos, de modo que, si for accionado antes, cabe-lhe em defeza oppor o beneficio de ordem ou de discussão.

Mas tratando-se, não de simples fiador e sim de fiador que se responsabilizou como principal pagador, a obrigação do fiador deixa de ser subsidiaria para se tornar solidaria com a do devedor originario, que assim se constituíram *co-reos debendi*.

A obrigação solidaria se regula por outros principios. Os devedores solidarios podem ser demandados conjuncta ou separadamente á escolha do credor.

E' na Ord. L. 4 tit. 59 que se acha apoio para sustentar a proposição enunciada.

Com effeito a Ord, assentando a regra de que a fiador não deve ser demandado em caso algum, até que o principal devedor seja primeiramente demandado e condemnado, e feito execução em seus bens, dispõe no § 3.º o seguinte: « E quando se obrigassem como fiadores e principaes pagadores, ou como principaes pagadores somente, posto que não renunciassem esta Lei, nem outra alguma, sempre poderão ser demandados primeiro que o principal devedor, posto que sê presente, e tenha por onde pagar. »

Si, como ficou demonstrado, a Ord. dá ao senhorio o direito de haver do alugador por meio da acção executiva o pagamento dos alugueis, e si o fiador e principal pagador, pode ser demandado antes do devedor originario, é consequente que, sempre que o proprietario de casa quizer chamar a juizo o fiador e principal pa-

gador, poderá uzar da acção executiva, que é a que a Ord. L. 4 tit. 23 faculta e indica para a cobrança de alugueis vencidos.

Não ha motivo para que a acção do senhorio contra o alugador ou inquilino não seja a mesma, que possa ser intentada contra o fiador e principal pagador.

A obrigação do alugador é a propria obrigação do fiador e principal pagador, porque a obrigação do fiador em virtude da concorrente responsabilidade de principal pagador se confunde com a do alugador, unificando-se pela solidariedade que se forma entre ellas.

O senhorio póde demandar o inquilino sem o fiador, e este sem aquelle, assim como póde demandar ambos ao mesmo tempo.

Como demandar o inquilino e o fiador sem ser pela mesma acção executiva?

Si a acção executiva só é competente contra o devedor e não contra o fiador e principal pagador, como demandal-os ao mesmo tempo?

O senhorio não póde usar de duas acções differentes, uma contra o inquilino e outra contra o fiador, porque isso será pedir duplo pagamento dos alugueis, e violar as leis economicas do processo, fazendo-se despesas inuteis.

Em taes condições só será licito ao senhorio intentar uma mesma acção contra os dois devedores; e a acção será a executiva nos termos da Ord. L. 4. tit. 23 § 3.

Ora, sendo a acção executiva a competente para a cobrança de alugueis de casa, e podendo ser proposta contra o inquilino e contra o fiador e principal pagador, como fica demonstrado, nada impede que o senhorio invoque a mesma acção executiva, quando pretender gosar do favor que a

citada Ordenação lhe concede de demandar primeiro ou exclusivamente o fiador e principal pagador dos alugueis de seus predios.

Vintena

Dá-se em geral a denominação de *vintena* ao premio que o testador concede ao testamentario em remuneração do trabalho da testamentaria, ou que o Juiz arbitra quando o testador não faz disposição alguma, que possa importar uma compensação dos serviços que o encargo reclama.

A vintena é actualmente um direito garantido pelo Decreto n. 1405 de 3 de Julho de 1854, que dispõe que—o premio que ao testamentario compete, quando não é herdeiro ou legatario, será em attenção ao costume do logar, quantia da herança e trabalho da liquidação, arbitrado pelo Juiz dos Residuos, não podendo exceder de cinco por cento, e devendo ser tirado da terça, quando houver ascendente ou descendente, e de toda a fazenda liquida em outros casos.

A testamentaria é por sua natureza uma função graciosa, sendo considerada um officio

de amizade prestado pelo testamenteiro ao testador, independente de qualquer retribuição.

Tal é o conceito emittido por diversos escriptores, embora alguns pensem ao mesmo tempo que é justo que os testamenteiros recebam alguma recompensa pelo seu trabalho, quando o testador não lhes tenha deixado alguma lembrança equivalente.

Pothier (*Tratado das doações testamentarias* n. 230) diz que o executor do testamento não pode pretender salario algum, porque a execução testamentaria é um serviço de amigo, que de sua natureza é gratuito, mas é de costume que o testador faça por seu testamento um presente ao seu executor, em reconhecimento dos cuidados que elle tem na execução.

Laurent (*Curso elementar de Direito Civil* vol. 2 n. 385) referindo-se aos executores do testamento e considerando-os mandatarios de natureza especial, conclue que seu mandato é um serviço de amigo, salvo ao testador lhes dar uma recompensa ou lhes deixar um presente.

Os Civilistas Portuguezes entendem tambem que a testamentaria é de natureza gratuita, e não obstante o testamenteiro pode requerer e o Juiz conceder um premio pelo respectivo trabalho.

Mello Freire (*Instituições de Direito Civil Portuguez* L. 3 tit. 6 § 15) diz que pela lei nenhum premio é assignado aos testamenteiros pela execução do testamento, por que esse officio, provindo da amizade é por sua natureza gratuito; comtudo podem os testamenteiros pedir um salario ao Juiz, que a seu arbitrio deve conceder e estimar segundo as forças da herança e o costume do lugar.

Lobão (*Notas ao mesmo Mello Freire*) diz que o officio do testamenteiro é gracioso, pode porém requerer salario arbitrado competentemente.

Liz Teixeira (*Curso de Direito Civil Portuguez*) commentando as Instituições de Mello Freire, expõe a mesma doutrina nos seguintes termos, « O officio de testamenteiro é gracioso; provem da amisade entre o testador e o nomeado, e por isso é que a lei não estabelece premio, que este lucre por seu trabalho. Mas como tambem é um officio imperfeito, e aquelle, que o acceita, tem incommodos e distracções dos seus proprios interesses, nada mais justo do que, requerendo-a, determinar-lhe o Juiz indemnização em proporção com as forças da herança, diligencia do individuo, e costume do logar, o que não lhe tira o direito para haver o pagamento das despesas da execução que cumpriu, pois tem outro fundamento.»

J. Dias Ferreira (*Codigo Civil Portuguez*) annotando o art. 61 diz: « O encargo de testamenteiro é inteiramente gratuito, art. 1892. Se o testador não lhe deixou alguma retribuição, nenhuma lhe pode ser arbitrada pelo Juiz. Não achamos razão para que se não applique ao testamenteiro o que o art. 247 dispõe com relação ao tutor. No emtanto força é respeitar a lei, ainda nas suas incoherencias.»

A gratuidade do encargo da testamentaria entre nós encontra fundamento na Ord. L. 1

tit. 62 que, estabelecendo nos §§ 9, 12, 14 e 23 para os testamenteiros negligentes e dolosos a pena de perdimento do premio, somente se refere ao que os testadores lhes deixarem nos seus testamentos.

No dominio exclusivo da Ordenação citada o premio só era devido ao testamenteiro quando determinado pelo testador, ou fosse por uma expansão de amizade, ou por sentimento de gratidão, ou em remuneração dos serviços necessários á fiel execução do testamento.

Entretanto o conceito da gratuidade deduzido da Ord. foi amortecendo, e o premio passou a ser exigido como rasoavel indemnização dos trabalhos da testamentaria. A praxe admittio o premio como um direito, e o Alvará de 23 de Janeiro de 1798, reportando-se a mesma praxe, decretou o premio para um caso occorrente.

O Alvará, resolvendo sobre a administração de bens constitutivos de uma terça deixada aos irmãos menores do testador, para lhes serem entregues quando se emancipassem, creou, em vista das condições especiaes do acervo hereditario, que nas outras duas terças partes pertencia aos paes do testador, uma administração economica e mercantil composta do pai herdeiro, de um irmão legatario e do testamenteiro nomeado pelo testador, e dando outras providencias mandou que fossem separadas as sommas necessarias para alimentos dos paes e irmãos do fallecido, que não deveriam exceder dos juros do capital que os administradores achassem em caixa, e dispôz o seguinte: « Os dois administradores legatario e testamenteiro

haverão por premio do seu trabalho a vintena do que se apurar da herança, segundo a praxe testamentaria observada nestes Reinos.»

Desde então a testamentaria deixou de ser um officio gracioso de amizade; e o premio, que o testamenteiro obtinha por equidade e a arbitrio do Juiz, passou a ser conferido em virtude do Alvará, que o estimou na vintena, vigesima parte, ou cinco por cento (5 %) da herança.

A vintena, portanto, ficou sendo o premio dos serviços do testamenteiro quando o testador não o fixava expressamente, ou não fazia um legado com o fim de remunerar a testamentaria.

Foi por isso que a Resolução de 1.º de Julho de 1817 isentou da decima ou sello de herança, que o Alvará de 17 de Junho de 1809 § 8 estabeleceu, os premios ou legados deixados aos testamenteiros, que não excedessem a vintena testamentaria, como tambem o fizeram os Regulamentos approvados pelos Decretos n. 410 de 4 de Abril de 1845 art. 7 § 2.º, n. 5581 de 31 de Março de 1874 art. 13 n. 2, n. 2800 de 11 de Janeiro de 1898 art. 12 n. 5, e outros sobre o imposto de transmissão da propriedade *causa mortis*.

O premio do testamenteiro não tem sido conservado na proporção e importancia do Alvará de 23 de Janeiro de 1798, que mandou tirar a vintena do liquido da herança.

O Regulamento aprovado pelo Decreto n. 834 de 2 de Outubro de 1851, determinou :

Art. 37. O premio que ao testamenteiro compete quando o testador não lhe deixar, ou elle não fôr herdeiro ou legatario, é de 5 % da importancia da terça, depois de apuradas e deduzidas as despesas do funeral e bem d'alma, e será imputado na terça do mesmo testador.

O Decreto n. 1405 de 3 de Julho de 1853, em vigor, dispõe :

« Art. 1.º O premio que ao testamenteiro compete quando não é herdeiro ou legatario, será em attenção ao costume do lugar, quantia da herança e trabalho da liquidação, arbitrado pelo Juizo dos Residuos com os recursos legaes. »

« Art. 2.º O referido premio não poderá exceder de 5 %, e será deduzido da terça, quando houver ascendentes ou descendentes, e de toda a fazenda liquida em outros casos. »

Como se vê o Decreto n. 834 fixava em 5 % o premio do testamenteiro, sendo deduzido da terça dos bens do testador, depois de abatidas as despesas do funeral e bem d'alma. O Decreto n. 1405 estabeleceu o maximo de 5 %, dando ao Juiz dos Residuos o poder de arbitrar o premio de conformidade com o uso do lugar, valor da herança e trabalho da testamentaria, comtanto que não exceda da indicada taxa, devendo ser tirado da terça quando houverem herdeiros necessarios, e de todo o acervo hereditario em outros casos.

Cumpre ponderar que o premio só pode ser calculado sobre o liquido dos bens partilháveis do testador, dos bens que constituem propriamente herança, que é o que fica depois

de abatidas as despesas do funeral, dividas passivas, custas e outras despesas legaes. (*deducto cere alieno.*)

Si houverem herdeiros com direito a legitima ou legitimarios, tambem denominados necessarios, o premio é tirado da terça e não existindo taes herdeiros, o premio é deduzido da herança liquida.

Ha, porem, um caso em que o premio sahe do total do acervo inventariado, ou massa geral dos bens, e é, conforme Ferreira Alves indica no § 177 da *Consolidação das Leis relativas ao Juizo da Provedoria* o seguinte : « Quando as dividas passivas abranjão todos os bens da herança, devem os credores, neste caso excepcional, pagar o premio sahindo este de todos os bens para que o testamenteiro não fique sem remuneração, em beneficio dos quaes trabalhou. (Nova Gazeta dos Tribunaes n. 251.)

Limitando o direito que ao testamenteiro compete de haver o premio, o Decreto n. 1405 usa das expressões—quando não é herdeiro ou legatario, que são equivalentes as do Decreto n. 834—quando o testador não lhe deixar ou elle não fôr herdeiro ou legatario.

As expressões—*quando não é herdeiro*—têm dado lugar a se entender que, sempre que a testamentaria é exercitada por qualquer herdeiro, não é devida a vintena.

E' o que se observa na Consolidação das Leis de Teixeira de Freitas, art. 1139, que re-

produzindo a disposição do art. 1.º do citado Decreto n. 1405, acrescenta as palavras—*quando o testador não lh'o deixar*—, que a nota ao referido art. diz que são do Regulamento de 2 de Outubro de 1851, e que foram conservadas, porque o premio legal, assim como não se dá quando o testamenteiro é herdeiro ou legatário, também não terá lugar, quando o testador deixa premio no testamento, o que equivale a um legado, ficando o testamenteiro reputado legatário, e como tal, compreendido no Decreto n. 1405.

Ferreira Alves—(*Consolidação das Leis relativas ao Juizo da Provedoria* § 176—), diz que não vence o testamenteiro o premio marcado na lei, quando é *herdeiro* ou legatário.

O Supremo Tribunal de Justiça, por Acórdão de 6 de Março de 1880, concedeu revista por injustiça notoria das decisões, que reconheceram competir a um testamenteiro, contemplado em um testamento como legatário, o direito de haver a vintena, porquanto as decisões recorridas eram contrarias á disposição do Decreto n. 1405, que só concede o referido premio ao testamenteiro que *não fôr herdeiro* ou legatário.

Nem Teixeira de Freitas, nem Ferreira Alves, nem o Supremo Tribunal fizeram distincção alguma sobre a qualidade do herdeiro, que não pode haver a vintena ou premio legal, deixando suppor que o Decreto n. 1405 se refere não só aos herdeiros testamentarios, isto é, nomeados voluntariamente pelo testador, como também aos herdeiros legitimarios, isto é, os necessarios, que têm direito a uma certa porção dos bens deixados por seu finado ascendente ou descendente.

Parece, porem, que o dispositivo do Decreto n. 1405 não se applica aos herdeiros legitimarios ou necessarios, e sim aos herdeiros testamentarios ou voluntarios, que são os que podem ser postos em paralelo com os legatarios, porque uns e outros são contemplados nos testamentos por mera liberalidade dos testadores, dictada por sentimentos, que não vem ao caso conhecer.

O direito vigente assenta as seguintes regras, que são observadas geralmente :

1.^a A testamentaria é um encargo, sendo o testamenteiro considerado um verdadeiro administrador, e como tal responsavel até aos casos fortuitos, nos termos da Resolução de 21 de Maio de 1821.

2.^a O trabalho do testamenteiro é remunerado com o premio, que o testador lhe reserva ou estabelece expressamente, ou faz presumir deixando a titulo de herança ou legado alguma cousa ao testamenteiro, ou com o premio que, no silencio do testador, o Juiz arbitra até 5 %.

3.^a O premio deve ser deduzido dos bens disponiveis do testador, de modo que havendo descendentes ou ascendentes com direito á successão, o premio sahe da terça, e nos outros casos sahe da herança liquida, excepto quando não houver propriamente herança, porque o premio deve sahir da massa geral dos bens.

A legitima, isto é, as duas partes dos bens do testador, não pode contribuir para o premio devido ao testamenteiro, porque a legiti-

ma, como a propria palavra exprime, é um direito que compete aos herdeiros necessarios, descendentes ou ascendentes, e não depende de disposição testamentaria, e por isso dispensa a função do testamenteiro, que é um executor da vontade do testador, um mandatario especial para agir depois da morte do mandante e de conformidade com as suas disposições de ultima vontade, as quaes não podem affectar aos herdeiros legitimarios, cujo direito não provem da vontade do testador, mas encontra fundamento no preceito legal sobre a successão.

Si o premio podesse ser deduzido da legitima, esta ficaria anniquilada, desde que o testador quizesse fazel-o, fixando o premio em importancia que, transpondo os limites da terça, invadissem a area das outras duas partes do acervo. O testador teria um meio de fraudar a lei da successão hereditaria, tirando dos herdeiros necessarios o que a mesma lei lhes garante, e dispondo livremente de bens além do que lhe é permittido. Seria um novo modo de desherdação.

Do que ficou expendido resulta que a testamentaria é um encargo remunerado, *pro labore et administratione*, como diz Ferreira Alves citado, sendo o premio do testamenteiro tirado dos bens deixados pelo testador, salva a legitima.

Ora, si o serviço do testamenteiro deve ser necessariamente pago, e tanto que, quando o testador não consigna por disposição expressa

um premio, ou este não se deprehende do facto de deixar o testador alguma coisa ao testamenteiro, o Juiz dos Resíduos arbitra, é incontestavel que quem acceitar a testamentaria terá o direito de haver o premio correspondente.

E si o premio é a justa remuneração do trabalho da testamentaria, é consequente que quem recusa o respectivo encargo, não poderá recebê-lo, assim como o perderá o testamenteiro que não executar com a fidelidade e zelo recommendados pela Ord. L. 1.^o tit. 62 as disposições de ultima vontade do testador.

Não tem igualmente direito á vintena o testamenteiro que for herdeiro ou legatario do testador, conforme o terminante preceito do Decreto já citado n. 1405 de 3 de Julho de 1854.

Quanto ao herdeiro ou legatario instituidos no testamento, não ha duvida de que elles ficam bem recompensados de seus serviços, recebendo a herança ou o legado, porque se subentende que o testador lhe fez a liberalidade em contemplação ao onus, que lhe incumbio.

O mesmo, porem, não se pode dizer a respeito do herdeiro necessario ou legitimario, que desempenhar a testamentaria.

O herdeiro legitimario concorre á successão por direito proprio, nenhuma liberalidade recebe do testador, pois que o que lhe é transmittido não decorre de acto algum do mesmo testador, mas tem a sua fonte na lei. O herdeiro legitimario não succede ao *de cujus* porque este quer, e sim porque a lei ordena de modo absoluto, haja ou não testamento.

Em taes condições, desde que a testamentaria deve ser renumerada, não se pode rasoavelmente pretender que o herdeiro legitimario,

que é testamenteiro, se considere pago dos seus serviços de executor das disposições do testamento com a sua propria legitima. Seria isso tornar gratuito o encargo.

Não se diga que o Decreto n. 1405 de 1854, negando a vintena ao testamenteiro que for herdeiro ou legatário, sem fazer distincção alguma referente á qualidade do herdeiro, comprehende todos os herdeiros de qualquer natureza.

Não. O Decreto n. 1405 com as expressões—*quando não é herdeiro ou legatário*— não pode e nem deve ser entendido materialmente, ou pelas simples palavras em que se enunciou, porquanto ditas palavras levam ao absurdo de ser a testamentaria um favor, um beneficio para o herdeiro testamentario, que é procedente da vontade do testador, e um onus para o herdeiro necessario, a quem a lei assegura a legitima.

A desigualdade seria manifesta, verdadeira incoherencia, si por força do Decreto n. 1405 o herdeiro voluntario, sendo testamenteiro, tivesse direito ao premio e o recebesse nos bens constitutivos da herança, que lhe foi deixada pelo testador, e o herdeiro necessario não tivesse o mesmo direito, quando desempenhasse o mesmo encargo, e nada mais recebesse alem daquillo que é seu, da sua legitima.

Por outro lado nenhum herdeiro legitima-rio se animaria a acceitar o encargo sem uma remuneração qualquer, principalmente havendo

outros herdeiros, que sem perda de tempo e sem o dispendio da menor somma de actividade na execução do testamento, tivessem na partilha dos bens do acervo o mesmo quinhão que o testamenteiro herdeiro.

O Decreto n.º 1405 de 1854 não pode conter a injustiça, com que tem sido observado em sua applicação a todos os herdeiros indistinctamente na parte que priva do premio o herdeiro, que for testamenteiro.

Apreciado o Decreto em seu conjuncto, e se procurando conhecer o espirito de suas disposições á face da historia da vintena, chega-se á evidencia de que o mesmo Decreto, regulando o premio que compete ao testamenteiro, excluiu o herdeiro e o legatario por que qualquer delles, recebendo a herança ou o legado, tem a devida remuneração dos seus serviços.

E' a presumpção legal de que a herança e o legado foram deixados pelo testador em attenção ao encargo da testamentaria.

Essa presumpção, porém, que se adapta perfeitamente ao testamenteiro, que é herdeiro voluntario ou instituido pelo testador, não comprehende o herdeiro necessario, cuja legitima não é producto da vontade do testador e nem pode ser levada a conta dos trabalhos que a testamentaria exige.

Sendo differente a posição do herdeiro instituido e do herdeiro necessario para com o testador, differente deve ser o direito relativo a cada um dos mesmos herdeiros.

Assim como, quando a razão é a mesma, o mesmo direito deve ser estatuido, assim tambem quando a razão é diversa, diverso deve ser o direito.

O herdeiro instituido não recebe o premio da testamentaria, porque este se considera incluido na herança, que o testador lhe deixou; o herdeiro necessario, que nenhuma liberalidade obtem do testador, deve receber o premio, porque a sua legitima não é o pagamento dos seus serviços de testamenteiro.

Só assim é que a testamentaria será uma função remunerada nos termos da legislação em vigor, que determina que, não sendo o premio estabelecido pelo testador, o Juiz dos Residuos arbitre com attenção ao costume do lugar, quantia da herança e trabalho da liquidacão; donde se conclue que, quando o premio não é pago por acto do testador, o pagamento é feito por acto do Juiz.

Ao testamenteiro, portanto que é herdeiro necessario, deve ser dada a vintena, que é o premio dos seus esforços no cumprimento das disposições testamentarias.

Mas essa vintena que é arbitrada pelo Juiz, somente é devida na ausencia de qualquer declaração sobre o premio, ou que lhe seja equivalente.

Quando o testador deixa alguma cousa ao testamenteiro, herdeiro necessario, o legado é reputado o premio, como succede com os outros herdeiros e legatarios.

Convém observar que si o testador dispõe a respeito do premio e faz legado ao testamenteiro, este recebe o premio, o legado e até a herança, si for tambem herdeiro.

Nem pôde deixar de ser assim, por que nos casos, em que ao testador compete dispor de seus bens no todo ou em parte instituindo herdeiros ou fazendo legados, tem elle plena liberdade para deliberar sobre a distribuição dos mesmos bens, beneficiando uns herdeiros ou legatarios mais do que outros.

De accordo com o que fica ponderado está Teixeira de Freitas (*Consolidação das Leis Civis*) nota ao art. 1140, dizendo.—«Se ao testamenteiro, que é herdeiro ou legatario, o testador deixar vintena ou o premio da lei, esta disposição cumpre-se como a de qualquer legado.

Não repugna ao principio de direito, que determinou o Decreto n. 1405, que o herdeiro legitimario, exercendo a testamentaria, receba a herança juntamente com o premio.

Ao contrario, o que repugna ao espirito do citado Decreto é que o herdeiro constituido pelo testador e o legatario, que lhe podem ser completamente estranhos em parentesco, hajam o premio, e o herdeiro necessario, que é consanguineo, descendente ou ascendente do testador, não tenha direito algum ao mesmo premio.

A despeito disso, as expressões *quando não for herdeiro ou legatario* tem occasionado decisões negando o premio ao herdeiro legitimario, e levantado frequentes duvidas até mesmo no caso, em que um testador deixou em verba de solenne testamento a vintena ao seu testamenteiro, do que dá noticia o Aviso n. 45 de

19 de Janeiro de 1869, o qual não resolvendo a consulta, que sobre a hypothese foi feita ao Poder Executivo, declarou que, sendo a questão da exclusiva competencia do Poder Judiciario, o Governo se abstinha de conhecer della; convindo que os Juizes, quando pedirem instrucções para julgar os casos occurrentes, se lembrem que a elles compete supprir a disposição da lei, incorrendo em responsabilidade se demoram a administração da justiça.

A consulta foi: si, em vista do Decreto n.º 1405 de 3 de Julho de 1854, um testamenteiro, casado com herdeira do testador, tem direito a receber a vintena, que este deixou em verba de solemne testamento, ou si o citado Decreto refere-se a hypothese de não ter o testador designado vintena, reclamando o testamenteiro arbitramento do salario.

A solução da consulta é facil a vista dos principios que regulam a successão. Desde que o *de cujus* pode dispor de seus bens, nada obsta que elle dentro dos limites de seu direito deixe o premio da testamentaria a quem já é herdeiro ou legatario, uma vez que lhe é licito fazer diversos legados a mesma pessoa, instituir um herdeiro universal si não tem herdeiros legitimarios, ou na existencia destes, deixar a totalidade da terça á uma só pessoa.

Assim, não tem importancia o facto de ser o testamenteiro casado com herdeira do testador, desde que este deixou expressamente ao seu testamenteiro a vintena, que se cumpre como qualquer legado.

Mas, na falta de disposição sobre a vintena, se deve attender á qualidade da herdeira e ao regimen do casamento. Sendo necessaria

a herdeira, o testamenteiro seu marido tem direito á vintena arbitrada pelo Juiz, em vista da doutrina exposta. Sendo voluntaria ou instituida a herdeira, o testamenteiro somente recebe a vintena, si o casamento está sujeito ao regimen da simples separação de bens ou ao dotal; e não quando o regimen matrimonial é o da communhão, porque da herança deixada á mulher participa o marido, o qual por isso recebe uma vantagem, que é reputada premio do seu trabalho como testamenteiro.

Apresentando as considerações, que ficaram expendidas, não tivemos em mira resolver todas as questões, que tem sido tiradas do Decreto n. 1405, e sim mostrar que as expressões—*quando não for herdeiro*—, contidas no mesmo Decreto, não attingem testamenteiro, que for herdeiro necessário. Elle tem direito ao premio arbitrado pelo Juiz sobre a herança liquida, mas deduzido da terça.

Dr. Augusto Vaz.

ERRATA :

- A' pag. 148, ultima linha, em vez de ser—se.
A' pag. 149, linha 21, depois de *Civis*, leia-se que.
A' pag. 154, linha 24 em vez de semoventetes—
semoventes.