

A COMUNICABILIDADE DOS FRUTOS PENDENTES

Pelo Dr. MANUEL PIDWELL BEJA DA COSTA

Pretendo demonstrar :

1.^o — Que os frutos pendentes dos bens próprios de um cônjuge são comunicáveis ao outro cônjuge e, por isso, partilháveis entre ambos ou seus herdeiros, ou qualquer deles e os sucessores do outro.

2.^o — Que as interpretações que limitam este princípio carecem de fundamento, porque a nossa lei não admite a percepção ou separação como justo meio de adquirir.

3.^o — Que o direito de colher os frutos referidos deriva do direito de propriedade, ou da presunção dele no caso de posse, ou da ocupação e não constitui por si só um direito ou forma legal de adquirir; e entre os cônjuges ou seus herdeiros este direito deriva do casamento.

I — SÍNTESE DA QUESTÃO

DA análise de disposições do Código Civil Português resulta a conclusão de que os frutos pendentes dos bens próprios dos cônjuges são partilháveis, no caso de divórcio ou separação ou por morte, entre ambos ou entre o superstite e os herdeiros do falecido ou ainda entre os herdeiros de ambos.

Todavia, há doutrina e há jurisprudência portuguesas entendendo não serem partilháveis, na forma sobredita, os frutos pendentes dos bens próprios.

Por outro lado, a doutrina e jurisprudência francesas e brasi-

leiras, apoiadas em disposições uterinas, convergem para a mesma referida interpretação.

Desta divergência interpretativa resulta a dúvida :

Qual é a interpretação justa?

A franco-brasileira ou a portuguesa?

Eis, em síntese, toda a questão.

Vamos analisá-la.

2 — ARGUMENTO BASEADO NO ART. 1.109.º, § ÚNICO, DO CÓDIGO CIVIL

O art. 1.109.º do Código Civil, aplicável ao regime da comunhão geral de bens e, por força do art. 1.130.º, também aplicável ao regime da simples comunhão de adquiridos, depois de enumerar os bens exceptuados da comunhão, entre os quais, é claro, se encontram os bens próprios, diz que a incomunicabilidade dos mencionados bens não abrange os *frutos e rendimentos* dos mesmos bens.

Esta disposição legal não distingue entre *frutos pendentes* e *frutos colhidos* e daqui podemos concluir que a lei não distinguiu porque quiz abranger as duas categorias de frutos e, além disso, não temos motivos, nem de origem lógica nem de ordem moral, para restringir o justo conteúdo da referida disposição legal.

3 — ARGUMENTO DO ART. 1.969.º, § ÚNICO

Esta disposição, depois de enumerar a ordem por que se defere a sucessão legítima — descendentes, ascendentes, cônjuge sobrevivente — diz no parágrafo único que se consideram bens próprios do cônjuge sobrevivente os *géneros e frutos colhidos ou pendentes*, destinados e necessários ao consumo do casal.

A doutrina deste parágrafo foi estabelecida pelo decreto n.º 19.126. «Por — diz a nota oficiosa do Ministério da Justiça relativa a este diploma — parecer moralizadora».

Com efeito, assim é; mas, neste caso, interessa afirmar que esta disposição estabelece uma excepção ao § único do

art. 1.109.º, como também o reconheceu o Dr. Cunha Gonçalves (Vol. X, pág. 416, Trat. D. Civ.).

Assim, no art. 1.109.º, diz-se que os *frutos e rendimentos* dos bens próprios são comuns e no art. 1.969.º diz-se que são próprios os *géneros e frutos colhidos* ou *pendentes* destinados e necessários ao consumo do casal.

O confronto do § único do art. 1.969.º com o § único do art. 1.109.º, consolida a interpretação que fizemos deste último.

Com efeito, aproximando a expressão *frutos e rendimentos* do § único do art. 1.109.º da expressão «*géneros e frutos*», *colhidos ou pendentes*, do § único do art. 1.969.º, concluímos que a lei, *dos rendimentos que não são frutos*, só excepcionou da comunhão os que têm a natureza de géneros; e *dos frutos, os colhidos e pendentes* — mas, em ambos os casos, os destinados e necessários ao consumo do casal.

Portanto, todos os frutos e rendimentos restantes são comuns.

4 — ARGUMENTO BASEADO NO ARTIGO 1.162.. DO CÓDIGO CIVIL

Diz este artigo: «Os frutos pendentes, e os rendimentos de quaisquer bens dotais, serão partilhados entre o marido e a mulher ou seus herdeiros, em proporção do tempo que tiver durado o matrimónio no último ano».

«No último ano...» diz-se; mas qual último ano?

O anterior à data da dissolução do matrimónio?

O ano corrente?

O último ano agrícola?

Ou deve entender-se que é o período de duração do matrimónio em relação ao período de criação dos frutos?

Não será antes o ano civil que se tem em vista?

A redacção é manifestamente má e admite, à primeira leitura, qualquer das hipóteses formuladas.

Todavia, socorrendo-se do elemento histórico e recorrendo-se ao direito comparado, tem-se entendido geralmente que *último ano*, não é o civil, agrícola ou qualquer outro, mas sim o *ano matrimonial*.

Esta doutrina resulta da comparação com as disposições similares de alguns códigos estrangeiros, tais como o Código Civil Francês, art. 1.571.º, Código Civil Italiano, art. 1.416.º e Código Civil Brasileiro, art. 306.º. Esta doutrina resulta também da circunstância da comissão revisora ter eliminado nos projectos do nosso Código a palavra «matrimonial», por a julgar desnecessária.

No entanto, embora esclarecido, este artigo continua imperfecto e a sua análise literal desacautelada levar-nos-ia ao absurdo de não aplicar o princípio nele consignado aos frutos pendentes com duração inferior ou superior a um ano.

Ora, o período de criação dos frutos pendentes, isto é, o tempo que eles levam a fazer-se desde o momento em que se apercebem até ao momento da maturação, não altera a sua classificação de pendentes, não modifica a sua qualificação jurídica, não diferencia os direitos sobre eles existentes; é uma circunstância independente dos direitos que sobre eles têm os cônjuges ou seus herdeiros.

O conhecido clássico Dias Ferreira, obsecado como os da sua época pela interpretação exclusivista do texto e, na falta deste, recorrendo ao espírito da lei e tomando este como sinónimo da vontade do legislador, diz: «O código, mandando fazer a partilha dos frutos em proporção do tempo que o casamento tiver durado no *último ano*, só aos rendimentos vencidos no último ano e a nenhuns outros se refere, ainda que tenham anos de desenvolvimento, se no último ano não chegarem ao seu estado de maturação» (Com. Código Civil, Vol. II, pág. 401).

Se em vez da *vontade do legislador*, o ilustre comentador pretendesse determinar as realidades ou interesses que o legislador quis regular, para surpreender neles a ideia do justo, certamente a conclusão seria outra. Mais uma vez se desatendeu, na interpretação assim feita, que a vontade do legislador pode ser imperfecta e ao intérprete cabe integrar as lacunas resultantes dessa imperfeição.

A interpretação da lei não deve conduzir a uma solução injusta, imoral ou absurda, pois a interpretação interessa soberanamente para a ideia de julgar e as decisões judiciais têm de obedecer aos imperativos constitucionais do justo, do lógico e do moral.

Mas o mais estranho é que o próprio comentador Dias Ferreira escreve e na mesma página: «As expressões — *frutos pendentes*... — deviam abranger na sua generalidade todos os frutos, qualquer que fosse o período da sua criação, e assim, por exemplo, os cortes de madeira de cinco em cinco anos, e as tiradas de cortiça de dez em dez anos, até porque — acrescenta — seria injusto negar ao marido nesses frutos a parte correspondente ao tempo do matrimónio».

No entanto, Dias Ferreira, apesar de considerar uma injustiça negar ao marido a parte proporcional ao tempo do matrimónio dentro do período da criação, interpreta contra a sua consciência, agarrado àquilo que supõe ser a Lei, base da Justiça, e que é apenas um erro legislativo — expressão errada da ideia do justo imanente à norma regulada.

Ora, repetimos, embora esclarecido o disposto no art. 1.162.", este não pode ser tomado segundo o espírito restrito de quem o concebeu, pois tal interpretação conduziria a absurdos e a injustiças.

Com efeito, a ciência do direito não pode ignorar as outras ciências ou simples factos ou fenómenos que no seu complexo os interesses da convivência a aconselham a regular.

Para tanto e quanto necessário, deve o legislador acompanhar-se das informações técnicas suficientes, procurar os factos da mesma natureza, investigar os fenómenos similares. Quanto mais cuidadoso for o legislador na compreensão dos interesses solicitantes de regulamentação, tanto mais perfeita resultará a lei.

Não foi este o cuidado havido ao redigir-se o art. 1.162." e dessa falta de técnica resultou a sua manifesta imperfeição.

Todavia, lendo mais atentamente esta disposição, vemos que o legislador não pretendeu restringir a comunicabilidade dos rendimentos e frutos pendentes dos bens dotais àqueles bens de criação anual; antes o legislador quiz estabelecer a partilha equilibrada de certos bens comunicáveis por força do casamento e, ao determinar a forma matemática de fazer a partilha dos rendimentos e frutos pendentes, apenas lhe ocorreu à mente os frutos pendentes criados dentro do último ano do matrimónio, por ser este o caso mais normal.

Foi um lapso, pois o princípio de justiça que existe para man-

dar partilhar entre os cônjuges ou seus herdeiros os frutos pendentes dos bens dotais criados no último ano que durou o matrimónio, é o mesmo que existe para partilhar todos os outros frutos pendentes, sejam quais forem os períodos de criação que tiverem.

O senhor Dr. Cunha Gonçalves segue neste ponto a mesma doutrina do citado comentador do Código Civil. Para tanto, restringe a noção de frutos pendentes, considerando tais apenas «os que estão prestes a ser colhidos ou cobrados no *último ano* e não aqueles que estão em início de criação e cuja colheita só se fará no ano seguinte ou em qualquer dos anos posteriores» (Vol. III, pág. 710, do Comentário ao Código Civil), concluindo deste princípio que não se devem partilhar ou indemnizar, na proporção aludida no art. 1.162.º, «a cortiça cuja tiragem não tinha de ser feita no último ano, por não ter, ainda, nove ou dez anos de criação» (C. G., *idem*); quer dizer, o senhor Dr. Cunha Gonçalves, diferentemente do clássico Dias Ferreira, que considerava frutos pendentes... afinal, todos os que pendem e entendia ser uma injustiça não aplicar aos de criação superior ou inferior a um ano o mesmo regime dos de criação correspondente a um ano, posto que, cativa a intelecção a uma exegese estreita do preceito, subjugassem à lei a justiça que a sua consciência de jurista reconhecia evidente — o senhor Dr. Cunha Gonçalves, dizíamos, diferentemente, pretende justificar a doutrina que resulta da análise superficial do art. 1.162.º do Código Civil, restringindo o conceito legal de frutos pendentes. É uma interpretação empírica, sem qualquer realidade na vida ou na técnica do direito, como oportunamente veremos. Não nos ajudou neste trabalho este ilustradíssimo comentador e grande jurisconsulto, que tanta vez tem sido nosso guia e nosso mestre.

Qualquer dos dois referidos jurisconsultos, ambos comentadores da disposição legal em foco, partem da doutrina romana segundo a qual a partilha dos rendimentos entre marido e mulher é baseada no *pressuposto* de que o marido recebe os rendimentos dos bens dotais para custear as despesas do casal (Dias Ferreira, Vol. II, pág. 401; Cunha Gonçalves, Vol. III, pág. 710).

A mesma doutrina segue Coelho da Rocha (Inst. Direito Civil, § 278.) e, de uma maneira geral, todos os praxistas.

Concordamos que a fonte do art. 1.162.º do nosso Código

Civil foi o direito romano, designadamente as Leis 5 e 6 do Digesto, e reconhecemos, naquele direito, ser esse o fim do dote.

Todavia, o direito romano tem cerca de dois mil anos e os seus conceitos evoluíram e de tal forma que nem a expressão «frutos pendentes» nem a palavra «dote» exprimem, no nosso tempo e no romano, a mesma figura jurídica.

Com efeito, no direito romano, «*frutos pendentes* são os não separados da coisa que os produz e constituindo, portanto, ainda *parte integrante dela*» (História Direito Romano, Vol. II, pág. 247, do prof. Cabral Moncada, com referência ao Digesto, 1, 5, 6, 7, 8, 12, 25, 42).

Desta doutrina resultava que só pela separação os frutos podiam ser percebidos e adquiridos, porque só nessa altura se transformavam de imóveis em móveis (Digesto, 22, 1, 25, 1 — citação da referida obra).

Veremos o absurdo a que conduziria a aplicação actual desta doutrina e, consequentemente, a sua inaplicabilidade ao nosso direito.

No entanto, desde já diremos que é bem diversa a razão do dote no direito romano e no direito português e que, por consequência, diversos têm de ser os efeitos derivados da sua constituição.

Esta diversidade deriva dos diferentes conceitos de família, como estes derivam dos desiguais princípios morais que presidiram à constituição do dote, na sociedade romana e na do nosso tempo.

Esta diversidade é evidente e notória:

Todos reconhecem os direitos limitados dos chefes de família actuais em contraste com os poderes quase ilimitados do pater-familiae romano; todos sabem a posição de relativa independência que a mulher tem na família contemporânea em relação ao marido, que apenas se distingue dela pela diversidade de obrigações e correspondentes direitos derivados da própria natureza, posição esta oposta à da mulher romana, que passava, assim como os seus bens, para o poder do marido.

Por isso é que o dote nas duas formas no direito romano — *in manum mariti* ou *sem conventio in manum* — era, como escreve o grande romanista Prof. Artur Montenegro, «uma libe-

ralidade feita pela mulher, ou por outrem, em atenção a ela» a qual «ia enriquecer o património do marido, a *título de compensação dos encargos* que o matrimónio obrigava a sustentar, e não como consequência legal imposta forçadamente por um determinado regime: foi a esta liberalidade que se chamou dote (Do Regime Dotal, págs. 5 e 6 e «Cité Antique», Foustel de Coulanges, pág. 39 e seguintes).

Note-se bem: *o dote era uma liberalidade e não uma consequência legal imposta forçadamente.*

Finalmente, encontramos no velho direito romano as palavras que já leramos nos nossos praxistas e, mais modernamente, em Dias Ferreira, Cunha Gonçalves e outros juristas, palavras em inteira desconexão com os actuais direitos de família e sua base lógica e moral.

Com efeito, no direito romano a razão do dote eram os pesados encargos do matrimónio de que o dote seria uma compensação, ao passo que a razão fundamental que leva a mulher dos nossos dias a escolher o regime dotal é o espírito de previdência da mulher ou de quem a dota; o dote hoje tem principalmente por fim evitar os prejuízos que para a família podem resultar de uma má ou infeliz administração do marido; é uma espécie de fundo de reserva ou, como se escreve na Revista de Justiça, ano 29, pág. 146, «a última tábua de salvação».

Afora esta razão de carácter histórico comparativo que, do confronto das diferentes concepções vigentes respectivamente na Roma antiga e na época contemporânea, tira a ilacção da diferenciada interpretação da doutrina da primeira e do texto da segunda, não libertado ainda da impropriedade na forma de dizer; afora esta razão, dizíamos, há-de notar-se que a sociedade conjugal é uma sociedade, se assim lhe quisermos chamar, diferente da sociedade comercial. Aquela tem um fim familiar, sendo o património dos cônjuges um meio para atingir os fins superiores do agregado familiar que são os estabelecidos na lei e bastante especificados nos costumes que refletem o nível moral do tempo.

Por isso, é menos próprio dizer-se, como o faz o senhor Dr. Cunha Gonçalves, a págs. 710 do Vol. VI do seu Tratado, que «a partilha dos rendimentos entre o marido e a mulher é baseada no pressuposto de que é o marido quem custeia as des-

pesas do casal, recebendo os rendimentos do dote, como compensação».

Isto não é assim. O marido tem por dever legal e moral alimentar a família, sem direito a qualquer compensação material.

O próprio Dr. Cunha Gonçalves, quando o seu espírito se liberta, em plena autonomia, dos formalismos exóticos da velha Roma e se confina à análise do antigo mundo bárbaro constituído neste tempo por nações que aos lares e aos penates substituíram as leis do cristianismo e, pela ética deste, suplantaram, no Direito, as fontes do Lácio; quando assim entregue ao seu próprio esclarecimento, diz o senhor Dr. Cunha Gonçalves, no Vol. X, a págs. 357, referindo-se à compropriedade familiar, que esta não existe no direito moderno, «e cessou com o direito antigo, por ser inconciliável com o direito de testar e a propriedade absoluta do *pater-familias*».

Os frutos pendentes no direito romano não eram considerados *rendimentos* porque, como dissemos, faziam parte do imóvel cujo destino seguiam. A forma de adquiri-los era a colheita, a separação que lhes mudava a natureza e os tornava, ipso facto, apropriáveis. Não eram, por isso, rendimentos.

E agora compreendemos que foi pela razão dos frutos pendentes não serem considerados rendimentos no direito romano que o nosso legislador escreveu no art. 1.162.º «frutos pendentes e os rendimentos».

Notemos ainda e veremos mais adiante que nos códigos que tiveram por fonte o direito romano, o conceito de frutos pendentes se mudou inteiramente. É impróprio, por isso, dar-se actualmente àquela expressão o mesmo alcance que tinha no direito romano, para deste alcance tirar ilações que, forçando a lei, permitam integrar a doutrina romana, em toda a sua pureza, nas disposições do nosso Código Civil.

«Frutos pendentes — como se escreve na Revista de Justiça — são, jurídica e lexicològicamente, os que ainda estão unidos à coisa que os produziu» (Ano 22, pág. 269 e seguintes).

Pelo exposto e em resumo, entendemos, como o senhor Dr. Cunha Gonçalves (Vol. VI, pág. 713) que a «partilha dos rendimentos e dos frutos pendentes, nos termos do art. 1.162.º, não é diversa do que o art. 2.205.º preceitua quanto aos frutos

civis», mas, diferentemente do ilustre Tratadista, que restringe a noção de frutos pendentes de forma a acomodá-la à letra leviana da lei, eu concordo com Dias Ferreira, que declara ser uma injustiça não aplicar aos restantes frutos pendentes o mesmo regime que a lei aplica aos frutos pendentes criados no último ano do matrimónio; mas, ao contrário deste famoso clássico, que sacrifica a justiça àquilo que julga ser a letra da lei, eu entendo que a própria letra da lei não proíbe a interpretação — que ele próprio diz ser justa — e o espírito da mesma lei confirma.

Concluída a interpretação do art. 1.162.º, podemos agora tirar dele o argumento que buscamos. E assim, diremos: se a lei, no casamento segundo o regime dotal, determinou, para os bens dotais, certas consequências, é absurdo supor-se que determinou consequências mais severas para os bens próprios naquele regime ou nos regimes de bens que, como os da comunhão geral ou parcial, são orientados por princípios menos rígidos.

Por este modo fica reforçado o valor da interpretação que demos ao art. 1.109.º, § único, e 1.969.º, § único, do Código Civil.

5 — ARGUMENTOS BASEADOS NO DIREITO COMPARADO

I — Argumento do art. 1.571.º do Código Civil Francês:

Diz este artigo: «Na dissolução do matrimónio, os frutos dos imóveis dotais repartem-se entre o marido e a mulher ou seus herdeiros, na proporção do tempo que ele durou, durante o último ano».

«O ano começa a partir do dia em que o casamento foi celebrado».

Como vemos, esta disposição é similar da do art. 1.162.º do nosso Código, que a transcreveu quase integralmente, apenas omitindo o último período, que a jurisprudência e a doutrina suprimiram no mesmo sentido do texto francês.

Em face deste texto tem-se entendido em França que não há qualquer distinção a fazer — quanto à aquisição — entre os frutos naturais, os frutos industriais e os frutos civis, isto é, os

frutos naturais e os frutos industriais, assim como os civis, adquirem-se dia por dia. É isto que quer dizer a frase «na proporção do tempo que tiver durado o matrimónio» (Entre outros, Baudry, Le Courtois e Surville, III, n.º 1.642, Marcadé, Vol. 6, pág. 104, 16.ª edição).

É esta também a conclusão a que chega o senhor Dr. Cunha Gonçalves, cingido, tal como os escritores franceses, à origem romanista do preceito; mas ao passo que o senhor Dr. Cunha Gonçalves, nisto acompanhado por certa jurisprudência, como vimos, restringe a noção de frutos pendentes só aos amadurecidos ou prestes a colher-se, os escritores e a jurisprudência francesa, penetrando da superficialidade do texto à razão da norma, entendem existir a mesma razão para aplicar a norma quer nos frutos pendentes de colheita anual quer nos de colheita por períodos superiores.

O curioso da doutrina francesa é que, partindo da concepção romana do dote, inaplicável, como vimos, ao direito moderno, chegou, por força do seu elevado senso jurídico, à solução lógica, moral e justa.

Oiçamos Marcadé, que com clareza invulgar resume e justifica a doutrina francesa :

«...É preciso que cada ano tenha sua porção de frutos...»
«O marido encarregado de fazer face às necessidades da vida familiar com os frutos do dote, tem direito a estes frutos em proporção da duração do casamento; é preciso pois aplicar o que acaba de dizer-se acerca das colheitas anuais às colheitas que não se recolhem senão com intervalos de vários anos. Seja, por exemplo, um bosque cujo corte não se faz senão de nove em nove anos, e um casamento que durou seis anos apenas; o marido terá direito aos dois terços do corte, em qualquer época que seja feito: ele entregará um terço, se é ele que fez o corte; ele terá dois terços a reclamar, se este golpe só se faz depois da dissolução ou separação. M. Troplong, é verdade, acha esta doutrina arbitrária (n.º 3.675), e opõe-lhe o silêncio do nosso artigo, que só fala, com efeito, nas colheitas ordinárias. Mas onde estaria a razão de não aplicar às colheitas, cujo desenvolvimento exige vários anos, o que a lei diz das colheitas anuais? Permitir a um marido, que restitui o dote desde o primeiro ano do casa-

mento, que guarde a totalidade duma colheita de nove anos, deixando a mulher privada de todo o recurso durante os oito anos seguintes; reciprocamente, querer que o marido suporte durante oito anos o encargo da vida conjugal, sem ter direito a nenhuma parte dos frutos do imóvel dotal, porque a mulher, depois da dissolução, recolhe num só ano o produto de nove anos, seria colocar-se em flagrante contradição com a vontade manifesta do legislador, e admitir por anos inteiros a injustiça que ele próprio não quiz tolerar por alguns meses. O que o artigo diz duma colheita ordinária deverá pois aplicar-se, com mais forte razão, a uma colheita de vários anos, como o «ensinam todos os autores».

(Código Civil anotado, de Marcadé, Vol.6, págs. 104-105, Edição 16.^a).

Seguem a mesma doutrina:

Toullier (XIV, n.º 314); Tessier (II, p. 172); Proudhon (Usuf., n.ºs 2.735-37); Duranton (XV, n.º 458); Serizat (n.º 303); Pont e Rodière (II, n.º 650); Baudry, Le Courtois & Surville (III, n.º 1.642); Planiol (III, n.º 1.518); Planiol e Ripert (IX, n.º 1.240); Rodière et Pont (III, n.º 1.937); Stolfi (V, n.º 692, etc.).

Em conclusão:

A doutrina francesa confirma a interpretação que fizemos do art. 1.162.º do Código Civil Português.

II — Argumento do art. 306.º e § único do Código Civil Brasileiro:

Diz esta disposição: «Dada a dissolução da sociedade conjugal, os frutos dotais que correspondem ao ano corrente serão divididos entre os dois cônjuges ou entre um e os herdeiros do outro, proporcionalmente à duração do casamento, no decurso do mesmo ano.

Os anos do casamento contam-se da data da sua celebração.

Parágrafo único: Tratando-se de colheitas obtidas em períodos superiores ou inferiores a um ano, a divisão se efectuará proporcionalmente ao tempo de duração da sociedade conjugal, dentro do período da colheita».

O ilustre jurisconsulto brasileiro Conselheiro Cândido de Oli-

veira, no Manual do Código Civil brasileiro, escreve que este artigo está mal redigido e acrescenta que «no Código Civil Português (art. 1.162.º), no Francês (arts. 1.570.º e 1.571.º) e no Italiano (art. 1.416.º), são firmadas disposições quase idênticas e com maior clareza».

Discordo do ilustre escritor e entendo que o art. 306.º do Código Civil Brasileiro está melhor redigido e com mais clareza do que as disposições idênticas dos outros Códigos Civis, designadamente os indicados pelo citado autor como termo de comparação.

Com efeito, no art. 1.162.º do Código Civil Português e no art. 1.571.º do Código Civil Francês fala-se em «último ano», expressão que tem originado as conhecidas e já aludidas dúvidas, expressão esta que o legislador brasileiro substituiu por «ano corrente».

O art. 1.162.º do Código Civil Português é a mais confusa das disposições gémeas citadas, pois nem diz a que espécie de ano se refere, se ao civil, se ao agrícola, se ao matrimonial, dizendo o art. 1.171.º do Código Civil Francês que é o ano matrimonial, e esclarecendo o art. 306.º do Código Civil Brasileiro que é o *ano matrimonial corrente*, iluminando, por esta expressão, as obscuridades que a congénere francesa tinha feito nascer.

Foi, pois, para resolver as dúvidas que se levantavam na jurisprudência francesa e portuguesa, a propósito da expressão «último ano»—quando o casamento durava menos de um ano—, que o art. 306.º do Código Civil Brasileiro preferiu a expressão «ano corrente».

A mesma ideia expressa o senhor Dr. Cunha Gonçalves, a págs. 710 do Vol. VI do seu Tratado.

Entendo que o comparado art. 306.º, afora a circunstância de não abranger a hipótese de a partilha se dar entre os herdeiros dos dois cônjuges, é uma disposição que não oferece dúvidas, posto que seria mais completa se tivesse escolhido a expressão «ano matrimonial corrente à data da dissolução do matrimónio».

Ainda este artigo que, diga-se de passagem, foi estudado e revisto com o mesmo cuidado de todo o diploma em que se

integral, regula com clareza, não só o caso mais corrente das culturas anuais, como prevê, no seu parágrafo único, as hipóteses da partilha ter de incidir sobre colheitas obtidas em períodos inferiores ou superiores a um ano.

Expressando-se por esta forma, os órgãos legislativos brasileiros não criaram doutrina nova; antes rectificaram a doutrina e jurisprudência geradas pela interpretação do art. 306.º e das disposições similares de França e outros países — excepto Portugal, onde a doutrina dos praxistas se fez sentir como repetição automática de concepções jurídicas caídas com a cidade antiga, passadas à história das velhas civilizações do Lácio.

Pelo exposto, verificou-se pelo direito comparado a confirmação de não ser fantasioso, mas antes moral, lógico e justo, o conceito que leio no art. 1.162.º do Código Civil Português e por maioria de razão se justifica a comunicabilidade dos frutos pendentes dos bens próprios.

6 — ARGUMENTOS BASEADOS NO ARTIGO 495.º DO CÓDIGO CIVIL

Com respeito aos frutos pendentes, diz o art. 495.º que o seu possuidor tem direito às despesas que tiver feito com a produção desses frutos e, além disso, a uma parte do produto líquido proporcional ao tempo da sua posse com relação ao da colheita.

Ora, o marido é um possuidor dos frutos pendentes, visto que tem a fruição respectiva, direito que lhe advém, não de um acto facultativo ou de mera tolerância, mas que resulta dos preceitos imperativos dos arts. 1.104.º, 1.109.º, § único, 1.130.º, 1.145.º e 1.153.º, que os cônjuges, por força do art. 1.103.º, não podem alterar.

De resto, o art. 1.117.º diz que a posse dos bens comuns está em ambos os cônjuges enquanto subsiste o matrimónio e o art. 1.122.º diz que, falecendo um dos cônjuges, continuará o sobrevivente na posse e administração do casal, até se ultimarem as partilhas, excepto quanto aos bens incommunicáveis do falecido. Mas já vimos que, mesmo destes, os frutos pendentes são comu-

nicáveis; e assim, se a posse deles se prolonga até às partilhas, é porque já existia anteriormente.

«O fim imediato da posse, porque é mesmo o fim dela, consiste na percepção ou aquisição dos frutos» — diz o senhor Dr. Cunha Gonçalves (Vol. III, pág. 612) e é evidente.

E assim, não fazia sentido que o possuidor, mesmo o de má fé, tivesse direito às despesas e a uma parte proporcional dos frutos pendentes e o cônjuge sobrevivente ou os seus herdeiros, que fizeram despesas e tiveram a posse, por demais de boa fé, não tivessem idênticos direitos.

A lógica, a moral e a justiça residem na identidade dos efeitos provocados pelas causas idênticas.

Por isso, deve ser rejeitada qualquer interpretação conducente a um efeito dispar, por contrariar, como se diz vulgarmente, a equidade e analogia, que outra coisa não são do que o bom senso regulador da norma, lei de equilíbrio que deve dirigir, como princípio fundamental, todo o direito.

Portanto, os cônjuges ou seus herdeiros, devem partilhar os frutos pendentes dos bens próprios e as despesas da respectiva produção, na proporção do tempo que durou o matrimónio em relação ao período de criação da colheita.

7 — ARGUMENTO BASEADO NA ANALOGIA COM OS FRUTOS CIVIS PENDENTES

Os juros são frutos civis nos termos do § 3.º do art. 495.º e, desde que não foram recebidos ainda à data da dissolução do matrimónio, são frutos pendentes. Todavia, embora pendentes, são frutos civis e, como tais, são partilhados; no regime dotal (art. 1.162.º), na proporção do tempo que tiver durado o matrimónio; na posse (art. 495.º), em correspondência com a duração da mesma; no usufruto (art. 2.205.º), dia por dia, em proporção do tempo que dura o usufruto. No fundo, verificamos que todas estas disposições exprimem, por palavras diferentes, o mesmo princípio de justiça, que é, designadamente, o de dar a cada um segundo o seu direito, nestes casos, direito de fruição. Este, derive ele da posse, do usufruto ou do casamento dotal, tem em qual-

quer caso como efeito a percepção dos juros e, no caso de estarem pendentes, isto é, por perceber, o direito a recebê-los proporcionalmente ao tempo que durou o direito de fruição.

Ora, não há qualquer argumento de ordem lógica, moral ou de simples direito, que aconselhe a aplicar aos frutos pendentes dos bens próprios naturais e industriais princípio diferente do princípio de justiça aplicado pelas citadas disposições aos frutos civis. Tanto uns como outros representam valores sobre os quais incidem os mesmos direitos.

E assim, também por esta razão, quaisquer frutos pendentes dos bens próprios são comunicáveis e, por isso, partilháveis na dissolução do matrimónio.

Mas há mais :

8 — ARGUMENTO BASEADO NA CONSIDERAÇÃO DOS FRUTOS PENDENTES COMO RENDIMENTOS E NA APLICABILIDADE AQUELES DA DOCTRINA LEGAL DESTES

Os frutos pendentes são comunicáveis e, por isso, partilháveis, porque são rendimentos e estes, nos termos do § único do arts. 1.109.º, 1.130.º e 1.153.º, não são exceptuados da comunhão.

É claro que tratamos exclusivamente dos frutos pendentes dos bens próprios, porque os bens da comunhão, nos termos do art. 1.123.º do Código Civil, serão repartidos entre os cônjuges ou seus herdeiros, com a devida igualdade, conferindo cada um o que dever à massa comum — consequência lógica da natureza do próprio regime definido no art. 1.108.º.

E claro que também não tratamos dos bens de cada cônjuge no regime da separação absoluta, pois neste regime, diz o art. 1.127.º, cada um dos cônjuges conserva o domínio de tudo quanto lhes pertence.

Feito este esclarecimento, diremos : Se não considerassemos os frutos pendentes redimentos, teríamos de considerá-los partes integrantes dos prédios e, como tais, imóveis — o que seria absurdo.

Tomemos um caso jurídico, para base do estudo.

O marido pode alienar a cortiça nas árvores, dos bens próprios, seus ou do outro cônjuge, porque as cortiças, não sendo partes integrantes e não podendo considerar-se móveis, são, por exclusão de partes e por definição, bens mobiliários e, dada a sua natureza, frutos pendentes; como tais, são rendimentos e, por isso, partilháveis, visto que neles o marido tem a comunhão.

O art. 7.º da Lei n.º 1.645, de 4 de Agosto de 1924 e o art. 9.º do decreto n.º 20.188, de 8 de Agosto de 1931, referem-se ao contrato de arrendamento ou venda de cortiça, fugindo ao encargo de definir a sua natureza.

O direito de extrair as cortiças, durante certo tempo, deriva de um contrato de compra e venda, como o entendera a Gazeta da Associação dos Advogados de Lisboa, vol. V, pág. 127; a Revista dos Tribunais, vol. V, pág. 49; e os acórdãos da Relação do Porto de 10-2-1898, na Revista de Legislação e Jurisprudência, vol. VI, pág. 332 e da Relação de Lisboa, de 11-5-1898, na Gazeta da Relação de Lisboa, vol. XII, pág. 105? Ou deriva de um contrato de arrendamento, como entenderam o Dr. Guilherme Moreira, nas Instituições, vol. II, pág. 372, e a Revista de Legislação, vol. XI, pág. 505? Ou ainda é preferível atender ao caso concreto para, em face dele, determinar a natureza do contrato, como o entende a jurisprudência francesa e os que dela têm tirado doutrina para casos análogos?

Diz o senhor Dr. Azevedo Matos, no bem ordenado trabalho inserto no Boletim da Junta Nacional da Cortiça, ano 1946, n.º 92, pág. 355 e seguintes, que é anti-jurídico o critério da jurisprudência francesa, pois dá lugar a incerteza nas relações jurídicas, nunca sabendo as partes contratantes quais os seus direitos e deveres, pois estes são diferentes quando se trate de uma compra e venda e quando se trate de um arrendamento e a verdade é que a estrutura fundamental do contrato, despido da forma por vezes superficial e aparente que as partes lhe quiseram dar, é sempre a mesma, isto é, o direito de extrair as cortiças durante certo tempo.

A compra e venda é um contrato em que um dos contraentes se obriga a entregar certa coisa, e o outro se obriga a pagar por ela certo preço em dinheiro (art. 1.544.º do Código Civil).

Arrendamento é o contrato pelo qual alguém transfere a

cutrem, por certo tempo e mediante certa retribuição, o uso e fruição de uma coisa imóvel (art. 1.º do Decreto n.º 5.411).

Da comparação destas definições, vemos que o arrendamento só pode recair sobre coisas imóveis ao passo que a compra e venda recai sobre móveis ou sobre imóveis.

São as cortiças móveis ou imóveis?

O Sr. Dr. Azevedo Matos, no estudo que estou acompanhando, diz serem as cortiças imóveis enquanto estão *ligadas* ao prédio, mas que esta ligação cessa virtualmente logo que se vende a cortiça.

Vamos ver se é assim.

Efectivamente, a tradição da coisa vendida efectua-se no próprio momento em que uma parte oferece e outra aceita em forma legal (art. 1.549.º e outros do Código Civil), isto é, no momento em que o contrato se torna perfeito.

O exposto pode levar-nos a concluir que o cônjuge marido pode vender as cortiças, visto que, embora imóveis, tornam-se móveis, instantâneamente, pelo próprio acto da venda.

Embora entenda que, dentro de certos limites, o marido pode vender as cortiças nas árvores, não aceito os argumentos em que se pretende fundar tal conclusão.

Parece-me simplista o critério que faz depender a qualidade de móvel ou imóvel do mero facto material da separação.

Ou os frutos pendentes são móveis ou são imóveis, mas essa qualidade não pode estar na dependência da vontade das partes. Se são imóveis, o marido não pode vendê-los sem consentimento do outro cônjuge. Se são móveis, o marido pode vendê-los por força do art. 1.118.º:

Não é permitido ao intérprete, e tanto menos aos contraentes, alterar os conceitos legais sobre os quais repousam os institutos jurídicos.

Ora, por móveis ou coisas móveis — diz o § único do art. 377.º — entender-se-ão os objectos materiais, que por sua natureza são móveis.

Da própria definição se vê que as cortiças, agarradas como estão à casca das árvores e, por estas, à terra, ao prédio rústico, não são móveis; e qualquer contrato que quisesse alterar a sua

natureza seria nulo, visto a lei não admitir a categoria de *móveis por força dos contratos*.

Aceitar esta doutrina seria acatar a fraude à lei; seria até permitir que os imóveis por disposição da lei e até os imóveis propriamente ditos, se tornassem móveis; seria confundir a tradição da coisa, que significa a passagem desta de um poder jurídico para outro, digamos, uma transferência de direitos, com a natureza jurídica das coisas.

A tradição, para ter base legal, para ser feita por titular legítimo, supõe, exige, um direito pre-existente.

Ora, se a existência do direito de venda de uma coisa pressupõe a *mobilidade física* desta ou a sua *mobilidade simbólica* e qualquer destas características não existe antes do contrato pois é uma consequência dele, então é porque o contrato foi feito sendo as coisas ainda imóveis ou imobiliárias; e assim, o contraente alienou uma coisa que não lhe pertencia ou sobre que não tinha poderes aleatórios, mudando-lhe artificialmente a natureza de imóvel para móvel para legitimar posteriormente um direito que não tinha, «ad contraendo».

Ora, a legitimidade do contraente, derivada da legalidade da transação, tem de ajuizar-se em relação ao *momento do contrato* e, nesse momento, as coisas eram imóveis e, por isso, inalienáveis.

Fica assim provado o absurdo da doutrina, transpirando praxismo e romanismo, em que se baseia o aludido jurista.

Todavia, eu não quero dizer que o marido, ou a mulher nos casos em que a lei lhe permite, não possa vender nas árvores a cortiça dos bens próprios; mas a razão, em que se funda esse poder legal, não resulta da natureza móvel provocada pelo contrato; resulta, sim, da mobilidade legal da própria cortiça, a qual não é imóvel, porque, embora esteja agarrada ao prédio por intermédio da árvore, não faz, contudo, parte integrante dele.

Com efeito, partes integrantes são as partes do prédio — frutos ou não — que não podem separar-se sem prejuízo do serviço útil que devem prestar.

Ora, os frutos pendentes podem separar-se sem prejuízo do serviço útil que o prédio respectivo deve prestar, pois de contrário nem se podiam mesmo chamar frutos.

Já no direito romano «se entendia por frutos os produtos de uma coisa quando conformes ao seu destino económico e quando se reproduzem de uma maneira periódica sem alterar o seu poder produtor, de forma a constituir um rendimento» (Droit Romain, de Eugene Petit, pág. 190).

Assim, a noção de frutos pendentes tira-se logicamente por exclusão e, naturalmente, também por compreensão.

Lógicamente, por exclusão, quer dizer: os produtos que se costumam oportunamente colher com carácter de receita ordinária, chamam-se frutos. Se estes ainda estão agarrados aos produtos ou partes geradoras, chamam-se pendentes.

Todavia, como resulta da própria designação, e se lê no art. 357.º do Código Civil Espanhol, «não se consideram frutos naturais ou industriais, senão os que estão *manifestos* ou *nascidos*». «Com respeito aos animais, basta que estejam no ventre da mãe, ainda que não hajam nascido».

Antes de se manifestarem sobre ou dentro dos produtos ou partes integrantes que os produzem, os frutos são inexistentes.

Logo manifestados ou nascidos, isto é, logo visíveis, logo representam uma parte do valor total que hão de ter afinal, e esse valor, directamente proporcional ao período normal que vai da manifestação à maturidade, natural ou legal, é um rendimento.

Por isso Colin e Capitant escrevem que os produtos que têm o carácter de frutos caiem na comunhão (Curso Elementar de Direito Civil Francês, Vol. III, pág. 76).

Por isso o art. 271.º do Código Civil Brasileiro, referente à comunhão parcial, diz que entram na comunhão os frutos pendentes ao tempo de cessar a comunhão dos adquiridos; e o Conselheiro Cândido de Oliveira, comentando esta disposição, escreve que «a aplicação dos princípios gerais de direito basta para mostrar a sua curialidade» (Manuel do Código Civil Brasileiro, Vol. V, pág. 354).

Por isso, o senhor Dr. Cunha Gonçalves, comentando o art. 1.162.º, afirma que os *frutos pendentes* são também *rendimentos*, posto que depois varie no sentido romanista (Comentário ao Código Civil Português, Vol. III, pág. 710).

Por isso o Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 3 de Janeiro de 1936, decidiu que a venda dos frutos pendentes não

estava sujeita a sisa, que, como sabemos, só é paga pela transmissão de imóveis (O Direito, 69, 5, 145).

Por isso a Revista de Justiça (ano 21, pág. 67 e seguintes) e a Gazeta da Relação de Lisboa (ano 25, pág. 35) não consideram os frutos pendentes incluídos na hipoteca. E isto, é evidente, porque os consideram bens mobiliários, pois se os considerassem produtos ou parte integrantes tinham de considerá-los imóveis por força do art. 375.º do Código Civil e, como tais, seriam forçosamente abrangidos na hipoteca; forçosamente, quero dizer, por força do art. 890.º do Código Civil, que estabelece só poderem ser hipotecados, além de outros, que para o caso não interessa, os bens imóveis, e os imobilizados, de que se faz menção nos n.ºs 1 e 2 do art. 375.º.

Por isso o marido pode vender — e muitos o têm feito — as cortiças nas árvores e outros frutos pendentes dos bens próprios da mulher, sem consentimento desta, por força dos arts. 1.118.º, 1.130.º e 1.148.º, sem que a respectiva venda se considere de bens alheios ou se considere nula por falta de consentimento da mulher, ao contrário do que sucederia se esses bens fossem imóveis ou imobiliários (art. 1.119.º).

Desta concepção de frutos pendentes — que nos parece a legal e a justa — deriva a determinação do momento de aquisição dos frutos, questão de abertura e de fecho, em face da qual se debate o segredo decifrador da propriedade dos mesmos frutos.

O nosso Código Civil, em cujas disposições se representa o embate entre as velhas doutrinas romanas e os direitos germinados de diversas fontes; o nosso Código, onde por vezes a forma se debate com o fundo, onde o espírito de justiça de regulamentação se choca com a exteriorização formal do mesmo; o nosso Código, em cujos preceitos os nossos praxistas viram automaticamente, obsecadamente, uma reedição dos textos latinos do direito romano; não admite interpretação diferente da que fizemos.

Quem colhe um fruto, ou tem o direito de colhê-lo ou não tem: se não tem, pratica um abuso e sujeita-se às suas consequências; se tem esse direito, adquiriu-o por alguma das formas admitidas pelo direito, neste caso, por facto e vontade própria e de outrem conjuntamente, isto é, pela constituição da sociedade conjugal, estabelecida pelo casamento.

Se o casamento é uma instituição, se é um sacramento, é também com certeza um contrato e, como tal, opera os seus efeitos desde logo, desde o momento em que se realiza.

Ora, alguns desse efeitos são de carácter patrimonial; isto é, pelo casamento operam-se transferências de bens segundo as convenções contratadas à sombra das regras institucionais, de interesse público, em que essas convenções se integram.

Mais precisamente: esta sociedade rege-se, quanto aos seus bens, pelas convenções estabelecidas nos arts. 1.096.º e seguintes do Código Civil.

Logo, o direito aos frutos pendentes adquire-se pelo casamento.

Não confundamos com esta outra situação, lícita ou ilícita.

Dias Ferreira, a págs. 351 do Vol. I do seu comentário escreve: «Dizia o Sr. Seabra, em resposta às observações do Sr. Dr. Joaquim José Pais da Silva: ... «E se concedemos ao possuidor de boa fé os frutos recebidos, porque lhe havemos de recusar os pendentes? A diferença talvez de horas não deve fazer variar o direito. Se o simples facto da apreensão dos frutos fosse, como em direito romano, um meio de adquirir, não poderia haver dúvida em quanto à exclusão dos pendentes».

E acrescenta Seabra:

«...é necessário ser coerente...»

De facto é necessário ser coerente.

É certo que as razões de Seabra não foram atendidas e, por isso, parece não ter sido intenção dos autores do Código Civil fazerem passar para ele o espírito daquelas razões.

E assim, a citação de Seabra parece confirmar a doutrina oposta à que defendemos, isto é, a doutrina que acata a separação dos frutos como forma de adquirir direitos.

Todavia, esta suposição é apenas superficial e aparente, pois se os autores do Código, contrariamente aos conselhos de Seabra, quiseram seguir a doutrina romanista da separação, a verdade é que não a gravaram na letra da lei, cuja análise gramatical e lógica nos conduz à doutrina que preconizamos.

Ora, atendendo às regras de interpretação, sintetizadas no art. 16.º do Código Civil, veremos a obrigação de atender primeiro à letra ou texto da lei e só depois ao seu espírito.

De resto, o texto comprova o espírito de justiça que originou a norma.

Principalmente, o nosso direito, como já dizia Seabra, não admite a separação ou apreensão dos frutos como meio de adquirir.

Fiz esta comprovação.

Sei que não pensaram ou não pensam assim: Coelho da Rocha (Instituições de Direito Civil Português, Vol. I, pág. 56, 6.^a edição); Lobão (Sup. às Acções Sumárias, Diss. 10.^a, § 1.^o); Dias Ferreira (Comentário ao art. 375.^o); o Dr. Guilherme Moreira (Instituições de Direito Civil Português, Vol. I, pág. 345); a Revista de Legislação e de Jurisprudência (Vol. XII, pág. 297); o Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 9 de Janeiro de 1917 (Colecção Oficial, ano 16, pág. 89); e ainda o Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 21 de Março de 1924 (Gazeta da Relação de Lisboa, ano 38, pág. 166).

Mas, como escreve Jaime del Barrio, professor da Universidade Pontificia de Comillas, «nada de mestres infalíveis e indiscutíveis: nada tampouco dessas pueris apreensões sobre a superioridade dos sábios, mais ou menos antigos, nem em talento nem em experiência e sabedoria».

«A herança dos séculos passados e dos grandes homens, recebe-se com respeito e gratidão; mas uma dolorosa experiência nos ensina, que a natureza, ainda mesmo aos maiores sábios, não cede os seus segredos, senão como os metais mesmo nas veias mais ricas: com muita ganga, de que é preciso libertá-los com processos cada vez mais perfeitos» (O Átomo e A Moderna Ciência Atómica, págs. 268 e 269, 1946).

O que interessa para a ciência não é a repetição axiomática de uma antiga doutrina, mas a prova da própria doutrina; e ficou provado por documentos, que são os próprios textos legais, e por testemunhas, que são os jurisconsultos a cujos depoimentos escritos me referi, que os frutos pendentes dos bens próprios são comunicáveis e, por isso, partilháveis, porque são rendimentos e estes, nos termos dos arts. 1.109.^o, § único, 1.130.^o e 1.153.^o do Código Civil, não são exceptuados da comunhão.

E assim, o direito a esses frutos deriva do casamento, é uma

consequência patrimonial da adopção de determinados regimes de bens.

É esta a verdade que não viram os clássicos ou neo-clássicos que, desde Lobão ao citado Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, acreditaram, à romana, que era pela separação que se adquiria o direito sobre os frutos.

Já vimos o valor deste conceito quando tratamos do caso da venda das cortiças.

Mas insisto, porque é este o ponto principal.

Frutos maduros não é o mesmo que frutos pendentes, como se tem já entendido.

Com efeito, não é da maturidade que resulta a natureza de frutos nem os direitos sobre eles.

O facto de os frutos estarem criados ou não, não altera a sua natureza jurídica, mas apenas o seu valor, como parece evidente.

A percepção ou colheita, diapasão de todos os novos e velhos praxistas, apenas muda a natureza de mobiliário em móvel propriamente dito e não é acto criador de direitos.

Com efeito, se da separação material dos frutos resultasse o direito sobre estes, todas as pessoas podiam adquirir esse direito, bastando que colhessem a «seara alheia».

A doutrina contrária à que seguimos filia-se no critério romanista aplicável aos frutos, mas precisa revista, pois os próprios romanos não a applicavam aos frutos dos bens dos cônjuges mas sim a outras pessoas e, nesta parte, o nosso código alterou o regime romano estabelecendo a doutrina do art. 495º do Código Civil que se baseia, não na separação, mas no direito de fruição.

Ora, este direito, como direito que é, tem de ter uma base legal.

É preciso ver que o exercício de um direito é uma atitude, é um gesto, é um movimento, para a pressecução de um fim legal.

Toda a lei que reconhece um direito — diz o art. 12.º do Código Civil — legitima os meios indispensáveis para o seu exercício.

A lei legitima os meios; não são os meios, simples actos materiais, que criam os direitos.

O exercício de um direito pressupõe a existência de um direito.

É, pois, absurdo afirmar-se, em face do Código Civil Português e, de uma maneira geral, da técnica jurídica contemporânea, que é do acto material da colheita que resulta a propriedade sobre os frutos pendentes, porque, uma das duas hipóteses: ou a colheita é um meio para o exercício de um direito e, então, pressupõe a existência prévia de um direito de propriedade sobre os frutos pendentes; ou a colheita não se baseia nas regras jurídicas e então é um acto ilícito.

Ora, percorrendo todo o nosso direito civil, não encontro a separação ou colheita como forma de adquirir.

Se, como diz o art. 1.º do Código de Processo Civil, a ninguém é lícito restituir-se ao exercício do seu direito por sua própria força e autoridade, muito mais ilícito é empregar a força e autoridade próprias para exercitar um direito que não se tenha.

O art. 4.º do Código Civil enumera as fontes dos direitos e obrigações e especifica-as nos Livros I, II e III, abrangendo essa especificação toda a Parte II, com a designação «Da aquisição dos direitos».

Ora, tendo em mente a colheita ou separação dos frutos, não como um exercício de direito mas como um acto autónomo, não podemos integrá-la nos Livros II e III da Parte I, visto estes livros regularem os direitos que se adquirem por facto e vontade própria e de outrem conjuntamente e os direitos que se adquirem por mero facto de outrem e por simples disposição da lei; e só podemos enquadrá-la, logicamente, embora em princípio, no Livro I, onde se trata dos direitos originários e dos que se adquirem por facto e vontade própria independentemente da cooperação de outrem.

De entre os direitos originários, enumerados no art. 359.º, só o direito da apropriação pode ter ligação com a separação ou colheita.

O direito de apropriação — diz o art. 366.º — consiste na faculdade de adquirir tudo o que for conducente à conservação da existência e à manutenção e ao melhoramento da própria condição.

Este direito, considerado objectivamente, é o que chama propriedade.

Portanto, incluído no campo dos direitos originários, especificadamente no direito de apropriação, e resolvendo-se este praticamente em direito de propriedade, tenho de concluir que a colheita ou separação só é lícita se constituir o exercício de um direito de propriedade, o qual abrange, nos termos do art. 2.169.º, o direito de fruição.

O parágrafo único do mesmo art. 360.º resume toda a doutrina legal, enunciando o princípio geral e fundamental de que «o direito civil só reconhece a apropriação quando é feita por título ou modo legítimo».

Dentro da Parte I, que estou passando em vista, encontro em seguida o Título III tratando da ocupação.

Diz o art. 383.º: «É lícito a qualquer apropriar-se, pela ocupação, dos animais e outras cousas, que nunca tiveram dono, ou que foram abandonadas ou perdidas...».

Da leitura desta disposição se vê ser a ocupação um meio de apropriação e, como tal, está subordinado ao princípio enunciado no § único do art. 360.º, acima transcrito.

E assim, a ocupação, para ser lícita, tem de ser feita por modo legítimo, quer dizer, a legitimidade da ocupação resulta da condição de ela incidir sobre coisas abandonadas ou perdidas — salvas ainda, é claro, as restrições e declarações exigidas pela lei.

Da simples interpretação do art. 383.º se conclui a sua inaplicabilidade ao caso.

É evidente que não é pela figura jurídica da ocupação que podemos justificar a colheita ou separação como meio de os cônjuges adquirirem os frutos dos bens próprios do matrimónio.

Continuando em vista a Parte II do Código Civil e pondo de lado, por impróprias, as disposições relativas ao trabalho, restamos o Título IV, Capítulo I, concernente aos direitos que se adquirem pela mera posse.

Não interessa discutir — de resto, já tratei do assunto quando argumentei com o art. 495.º — se a posse que os cônjuges têm sobre os frutos pendentes dos bens próprios deriva do direito de propriedade, consequência do casamento, ou se é uma mera

posse; e não interessa porque a solução é, em qualquer dos casos, a mesma.
mesma.

Para tal compreender, basta lembrar que o art. 495.º está integrado no capítulo da posse e que segundo ele o produto líquido dos frutos pendentes será partilhado proporcionalmente ao tempo da posse com relação ao da colheita.

9 — FINALMENTE: ARGUMENTO BASEADO NO ARTIGO 1.165.º

A lei manda aplicar aos bens próprios da mulher as mesmas regras aplicáveis à restituição dos bens dotais (art. 1.165.º).

Porque a restituição dos frutos pendentes dos bens, que directamente pertencem à mulher, é uma consequência da partilha dos mesmos e esta está regulada no art. 1.162.º, parece-me não haver dúvida de que, entre as aludidas regras de restituição, se conta este artigo, que estabelece a proporcionalidade da sua partilha entre os cônjuges ou seus herdeiros, devendo-se para tal tomar como bases de cálculo o período de criação da colheita e a proporção em que nesse período durou o matrimónio.

É esta a regra que temos de aplicar aos bens próprios da mulher no regime dotal, e não faria sentido que a partilha dos frutos pendentes dos bens próprios, no regime dotal, se fizesse por forma diversa da dos mesmos frutos dos mesmos bens, eventualmente existentes nos regimes da comunhão pròpriamente dita ou da simples comunhão de adquiridos.

Manuel Pidwell Beja da Costa