

O CABECEL NOS EMPRAZAMENTOS DE PRETÉRITO

Pelo DR. MANUEL TARUJO DE ALMEIDA

1 — Breve notícia histórico

Pode-se dizer que o nosso direito estatuiu desde sempre a indivisibilidade dos prazos (1) com o fito de fornecer ao senhorio directo uma maior garantia para o seu direito; e, sendo assim, aparece-nos como lógica a divisão, naqueles casos em que, este, expressamente ou por qualquer outra forma, a consinta. Precisamente porque assim era já, é que a lei, anteriormente ao Código Civil, lhe permitia assegurar-se uma compensação convencionada, nos casos de consentimento expresso, e legal nos outros casos, consentindo que a cobrança fosse feita de um só dos coenfitteutas, único responsável perante ele, eleito no 1.º caso, e de sua livre escolha no 2.º, o que evitava os inconvenientes duma divisão em parcelas mínimas, muitas vezes custosa e difícil.

A este dos coenfitteutas, que respondia perante o senhorio directo pela totalidade do foro e que o representava junto dos restantes no que respeitava à cobrança das várias partes que o integravam, dava-se o nome de cabecel.

Com a entrada em vigor do nosso Código Civil, na secção referente aos empraçamentos de futuro, acabou-se expressamente com este encargo (2).

(1) «Ordenações», liv. IV, tít. 36, § 7.º; Lobão, «Tratado de Direito Enfitéutico», I, § 726.º e segs.; Coelho da Rocha, «Instituições de Direito Civil Português», I, § 545.º; Código Civil, artigo 1662.º

(2) Antes mesmo deste momento, mas já dentro daquele período de tão grande actividade legislativa que o precedeu, houve uma série de leis, alvarás e decretos que, por se referirem ao encargo de cabecel desenhada e imperfei-

É o que se diz no artigo 1662.º e seu § 4.º: «Os prazos são hereditários, como os bens alodiais; não podem, porém, dividir-se por glebas, excepto se nisso convier o senhorio.

§ 4.º Se o senhorio consentir na divisão por glebas, cada gleba ficará constituindo um prazo diverso, e o senhorio só poderá exigir o foro respectivo de cada um dos foreiros, conforme a destrição que se fizer».

No que se refere aos empraçamentos de pretérito, e por virtude do preceito do artigo 1694.º, a solução é ainda a mesma: «São applicáveis aos empraçamentos de pretérito as disposições dos artigos 1661.º, 1662.º e 1663.º e da sub-secção IV da secção precedente».

Quer dizer, nos empraçamentos de futuro, isto é, nos que se venham a constituir depois do Código, e nos empraçamentos de pretérito, que são os já constituídos à sua data, qualquer divisão de prazos que se faça, implica sempre uma divisão do foro.

A compensação que a lei agora permite ao senhorio directo pelo incómodo da cobrança dividida, a que ele se não pode já esquivar ao consentir na divisão, consiste num aumento do foro, de cada um dos coenfitteutas, equivalente a esse incómodo.

Resta-nos apenas considerar aqueles empraçamentos de pretérito em que, à data do Código, se houvesse procedido já à divisão e em que se tivesse estipulado, no caso de divisão expressamente consentida, a cobrança por cabecel, ou, no caso de consentimento tácito, estivesse o senhorio directo no uso desse direito que a lei então lhe facultava.

E aqui é que nos vai surgir o nosso problema.

2 — O problema : em que consiste

Em face das disposições expressas dos artigos 1662.º e 1694.º do Código Civil, pergunta-se :

Também aqui, neste caso especial em que o cabecel já funcionava, perderá o senhorio directo o direito havido ?

tamente, deram origem a divergentes opiniões dos autores sobre a sua subsistência e classificação. Cfr. Dias Ferreira, «Código Civil Português Anotado», 2.ª edição, vol. III, pág. 241 e 242.

Artigo 1662.º, § 6.º e 1694.º

Ou então, respeitará a lei nova, estas situações que constituem um verdadeiro direito adquirido?

É da resposta a estas perguntas que nos propomos tratar.

3 — Várias soluções que têm sido dadas ao problema

a) O cabecel está extinto em qualquer caso

Como principal defensor desta solução vamos encontrar o douto anotador do Código Civil, Dias Ferreira (1).

Diz ele: «é certo, porém, que o serviço dos cabeças não só não pode estipular-se de futuro, mas que acabou também de pretérito por força do disposto no artigo 1694.º

O artigo 1694.º aplicando o artigo 1662.º aos empenhamentos de pretérito, quis evidentemente sujeitar aos seus preceitos as divisões de prazos feitas com o consentimento do senhorio antes da promulgação do Código, como já se julgou; e o artigo 1689.º, mantendo os empenhamentos de bens particulares, anteriores à promulgação do Código, só — com as modificações estabelecidas na presente secção — extinguiu o encargo pessoal de cabecel, ónus odioso, e incompatível com os preceitos da lei vigente.

Além de que o Código de Processo Civil, regulando nos artigos 559.º a 563.º a destrinça dos foros e censos, não faz a mais leve referência à eleição e ao serviço de *cabecel* nos prazos quer de presente quer de pretérito.

Hoje, pois, bem podem recusar-se os cabeceis ao desempenho do encargo sem daí lhes advir responsabilidade».

Quer dizer:

Para Dias Ferreira, além da letra da lei, nos artigos 1662.º, 1694.º e 1689.º, há ainda o argumento tirado do Código de Processo Civil, que, na secção respectiva, se não refere ao cabecel. Mais modernamente, surge-nos um outro distinto e conhecido comentador do Código Civil, Cunha Gonçalves, que não hesita em seguir o mesmo caminho de Dias Ferreira, baseando-se ainda e principalmente naquele argumento que se procura extrair da letra da lei (2), aduzindo

(1) «Código Civil Português Anotado», 2.ª ed., III vol., pág. 240 e segs.

(2) «Tratado de Direito Civil».

como em possível reforço daquela posição a refutação dos argumentos produzidos em contrário.

Vejamos o que a este propósito diz :

«a) o artigo 1694.º não permite a distinção entre os prazos anteriores ou posteriores à publicação deste Código, pois que se limita a aplicar aos emprazamentos de pretérito o artigo 1662.º, e, por isso, o senhorio directo só poderá exigir os foros aos próprios foreiros, ainda que em tais emprazamentos, e em divisões anteriores ao Código, se tenha previsto a eleição dum cabecel ;

b) esta eleição era temporária ; a função de cabecel não é transmissível por herança ; e, não é possível na vigência deste Código, fazerem-se novas eleições, que a lei actual não preceitua e para as quais não há processo legal ;

c) o artigo 1689.º manteve os emprazamentos de pretérito com as modificações estabelecidas na respectiva secção, isto é, dos artigos 1662.º e 1694 ; e, portanto, extinguiu o cabecel, a que nenhum preceito legal vigente faz referência ;

d) o cabecel não era elemento natural da divisão dos prazos, como já vimos ; e a extinção da sua função não constitui efeito retroactivo da lei, nem ofensa de direito adquirido, porque a supressão do cabecel foi compensada pelo direito que o § 6.º do artigo 1662.º concedeu ao senhorio, de aumentar o foro relativo a cada herdeiro, pelo incómodo da cobrança dividida, aliás multiplicada».

Neste sentido se pronunciou também a Revista de Legislação e Jurisprudência, a páginas 325 e seguintes do seu ano 9.º. Aí se repetem as razões já atrás expostas.

Perfilharam esta opinião os acórdãos do Supremo Tribunal de Justiça de 15 de Maio de 1874, in «Gazeta da Associação dos Advogados de Lisboa», ano 1.º, págs. 582, e de 10 de Abril de 1891, in «Boletim dos Tribunais», ano 7.º, págs. 274.

b) O cabecel subsiste nos casos em que estivesse já a funcionar

Entre aqueles que se pronunciam pela manutenção do encargo de cabecel nos emprazamentos de pretérito em que se achasse constituído já, à data da promulgação do Código Civil, avulta a figura do sábio professor e grande jurista Guilherme Moreira.

Diz ele (1) : «o que se discute é se ela (refere-se à disposição do artigo 1662.º, §§ 4.º e 6.º) constitui uma modificação que deva considerar-se introduzida no título respectivo do contrato de empraçamento, de forma que, se o prédio for dividido posteriormente ao Código Civil, tenha de ser aplicado o artigo 1662.º e não a cláusula contratual, ou se deverão, em virtude da referida disposição, considerar-se extintos os encargos de cabecel já existentes nos prazos que se dividiram anteriormente à publicação do Código Civil.

Quando se considere extinto o encargo de cabecel já estabelecido, haverá a ofensa dum direito legitimamente adquirido pelo senhorio directo, que ficará sem o direito de ser indemnizado, nos termos do § 6.º do artigo 1662.º, do incómodo que resultará da cobrança dividida, aumentando o foro com uma quota.

Não se considerando extinto o encargo de cabecel já existente, mas apenas caduca qualquer cláusula contratual por que se pudesse estabelecer, ou modificado o direito que os senhorios directos tinham a esse respeito pela antiga legislação, estes não só ficarão com o direito de ser indemnizados, nos termos do § 6.º do artigo 1662.º, mas podem opor-se à divisão do prazo. Posta assim a questão nos seus devidos termos, vejamos como deve ser resolvida».

Refere, então, os argumentos daqueles que consideram extinto o encargo de cabecel, para fazer em seguida a sua crítica.

Como sabemos, são três os argumentos por estes apresentados :

- 1.º O artigo 1694.º:
- 2.º A falta de referência do Código de Processo Civil, ao regular a destrinça dos foros, ao encargo de cabecel, tanto nos empraçamentos de presente como nos de pretérito;
- 3.º A nossa antiga jurisprudência, que considerava o encargo de cabecel como um serviço pessoal e, portanto, extinto ao tempo em que o Código Civil foi publicado (2).

E diz, então, Guilherme Moreira :

«Esta razão de modo algum pode admitir-se. Já anteriormente ao Código Civil a maioria dos juriconsultos opinava em sentido contrá-

(1) «Lições de 1902-1905», págs. 618 e segs.

(2) V., por todos, Dias Ferreira, obra e lugar citados.

rio, e o encargo de cabecel não só foi reconhecido na lei de 22 de Junho de 1866, artigo 4.º, § 5.º, mas no decreto de 25 de Novembro de 1869 que, reconhecendo, no artigo 9.º, aos consortes, o direito de preferência, no caso de haver cabecel, com relação à sua gleba, partiu com certeza do princípio de que o encargo de cabecel não só havia sido extinto pelas leis que suprimiram os direitos banais, mas que também não foi suprimido pelo Código Civil.

Nem a proibição do encargo de cabecel relativamente aos empra- zamentos de presente e de pretérito teria razão alguma de ser, se porventura esse encargo já não existisse em virtude das leis que acabaram com os serviços pessoais e direitos banais ao tempo em que foi publicado o Código Civil.

E bastará atender à origem e carácter do encargo de cabecel, para que se veja que este não pode ser incluído no número dos direi- tos banais ou serviços pessoais que foram extintos.

*
* *

O argumento deduzido do artigo 1694.º não tem, em nosso enten- der, valor algum.

A aplicação que nesse artigo se faz do artigo 1662.º aos empra- zamentos de pretérito, deve entender-se nos precisos termos do artigo 1689.º, isto é, foram por essa aplicação modificados os títulos consti- tutivos dos empra zamentos relativamente a quaisquer factos futuros, mas não aos passados.

Estes, que representam direitos adquiridos, devem como tais ser respeitados, e só o não deveriam ser quando houvesse uma lei que expressamente declarasse a sua extinção.

Ora essa disposição é que se não encontra no Código Civil, sendo ainda de notar que o Parlamento que o aprovou tinha poderes ordi- nários, e que só as Cortes Constitucionais é que podem dar às leis efeito retroactivo.

Quanto ao argumento deduzido do facto de o Código de Processo Civil não fazer referência alguma ao encargo de cabecel, também não pode considerar-se procedente.

É evidente que esse Código não podia tratar, no processo de des- trinça de foros, do encargo de cabecel, visto que não é permitido

estipular, nem quanto aos emprazamentos constituídos antes do Código Civil, nem quanto aos posteriores, que um dos consortes fique, dividido o prazo, com o encargo de cabecel.

Notaremos ainda que, tendo os senhorios directos, cujos prazos se dividam depois da publicação do Código Civil, direito a serem compensados do incómodo que resulta da cobrança dividida, não seria justo que se privasse desse direito o senhorio directo que havia consentido na divisão do foro, ficando um dos foreiros com o encargo de cobrar dos outros consortes a parte do foro que lhes ficou pertencendo pela destriça.

A jurisprudência dos tribunais tem-se pronunciado, em geral, no sentido da doutrina que acabamos de expor (1).

Pronunciaram-se, também, neste sentido, a «Revista de Legislação e Jurisprudência», a págs. 33 e segs. do seu volume 36.º, ao fazer o estudo da proposta de lei de 7 de Fevereiro de 1903, em que se propunha, a este propósito, o acrescentamento de um § único ao artigo 1694.º, nos seguintes termos: «considera-se extinto o encargo de cabecel estabelecido nos referidos emprazamentos» (2); a mesma Revista, a págs. 376 do seu volume 52.º; e «O Direito», a págs. 257 do ano 4.º

4 — Solução adoptada

Feita a exposição das duas soluções propostas, dos seus argumentos e críticas recíprocas, resta-nos agora tomar partido por uma

(1) V. acórdãos do Supremo Tribunal de Justiça, de 17 de Abril de 1901, na «Gazeta da Relação de Lisboa», vol. 15.º, pág. 232, da Relação do Porto, de 16 de Fevereiro, de 19 de Abril, de 12 de Novembro e de 25 de Outubro de 1872, e de 28 de Agosto de 1881, na «Rev. de Leg. e Jurisp.», 5.º, pág. 603, 6.º, págs. 157 e 365, e 21.º, pág. 398, e os da mesma Relação, de 1 de Julho de 1890, de 15 de Novembro de 1892, de 10 de Junho de 1894 e de 6 de Março de 1900, na «Rev. dos Trib.», 9.º, pág. 185, 12.º, pág. 359, 13.º, 169 e 19.º, pág. 116.

(2) Os argumentos que apresenta são os seguintes: Os direitos enfiteuticos que resultam da própria enfiteuse são direitos reais, mas, ao lado destes, existem também direitos de natureza contratual, nos quais se incluem os do senhorio directo — o cabecel é um direito do senhorio directo — a estes é aplicável, em princípio, a lei em vigor ao tempo em que a enfiteuse é constituída.

O preceito do artigo 1694.º está subordinado ao preceito geral do artigo 1689.º, devendo, por isso, ser entendido dentro dos limites aí postos.

delas, justificando a preferência, se possível, com quaisquer outras razões que se possam apresentar em seu favor. Ao tomarmos contacto com este problema, sentimos logo a convicção de que a solução perfeita é a proposta pelo professor Guilherme Moreira, pela verdadeira esquematização feita dos termos do problema e pela lógica dos seus argumentos.

De facto, a rigorosa interpretação dos artigos 1694.º e 1662.º tem que ser feita tendo sempre em conta o preceito dominante do artigo 1689.º

E, assim, devemos entender que, nos empraçamentos de pretérito, o encargo de cabecel já estabelecido não é mais que um direito legitimamente adquirido pelo senhorio directo e que, como tal, deve ser mantido.

A redacção do § 4.º do artigo 1662.º, mostra claramente que só se teve em vista qualquer divisão futura, parecendo não haver lugar a uma interpretação extensiva, tanto mais que nenhuma razão vemos para ela.

Uma simples razão de justiça vem ainda crescer, pois não se nos afigura justo que um senhorio que consentiu na divisão pela única razão de que para ele tudo continuaria na mesma, como até aí, se veja, de um momento para o outro, na desagradável situação de ter de se sujeitar à incómoda cobrança dividida sem ter qualquer compensação, ao contrário do que acontece numa divisão consentida posteriormente ao Código.

Depois da reforma de 1930 veio ainda reforçar esta posição o § 7.º que ela acrescentou ao artigo 1662.º, prevenindo a hipótese da divisão não consentida, por escrito, e em que se estabelece um regime que poderemos considerar muito mais duro do que o de cabecel, dada a responsabilidade de qualquer das glebas, indistintamente, pela totalidade do foro.

Mostra-se assim que não houve da parte da lei aquela repugnância, ou ódio, que Dias Ferreira lhe atribuiu (1), ao encargo de cabecel.

De que a solução que preconiza seria, de certo modo, injusta, se apercebeu bem Dias Ferreira, quando diz: É duro que feito um contrato à sombra da lei vigente, entre o senhorio directo e os foreiros,

(1) «Código Civil Português Anotado», 1.ª edição, pág. 121.

constituindo a divisão do prazo em glebas, e ficando a cargo de um dos consortes fazer a cobrança dividida, e entregá-la por inteiro ao senhorio, venha uma lei posterior expoliar os pactuantes dos direitos adquiridos, obrigando o senhorio a tentar uma acção para obter o reconhecimento especial de cada foreiro, e o aumento da quota do foro, que o compense da cobrança dividida, e obrigando os consortes a pagar, em consequência, uma quota de foro superior à estipulada no contrato, deixando apenas ao possessor o favor de ser dispensado do encargo de cabecel, a que aliás se obrigara livremente por contrato.

No entretanto a lei, por ser dura, não há-de deixar de ser cumprida».

Foi esta uma razão que serviu para nos forçar a procurar outra interpretação que, cabendo perfeitamente dentro da lei, evitasse estes inconvenientes que a outra solução que Dias Ferreira propõe, a todos acarreta, objectivo que julgamos ter atingido ao considerarmos como subsistente o encargo do cabecel, naqueles emprazamentos de pretérito em que ele existisse já, por efeito de divisão do prazo, anterior à promulgação do Código Civil.

MANUEL TARUJO DE ALMEIDA