

DIREITO CIVIL

É necessaria a hasta publica para a venda de immoveis pertencentes a menores sob o patrio poder?



Não se confunde esta questão com a de saber se é necessaria a hasta publica para a alienação de bens de *orfams*. O nosso fito é verificar exclusivamente se a lei exige a praça para a transferencia de bens de raiz, de que são proprietarios *menores* que têm pae vivo, sob cujo poder estão.

As duas hypotheses são muito distinctas, especialmente quando se attende á natureza dos interesses que importa acautelar. O patrimonio do orfam está exposto aos conluios do tutor com terceiros para a aquisição dos bens da tutela por baixo preço. Demais, ao tutor é indifferente não raro que a venda se faça por mais ou por menos. O patrimonio do menor sob o patrio poder está exposto sobretudo á dilapidação do pae, que, na qualidade de usufructuario, é proprietario dos bens fungiveis do usufructo, com a obrigação de restituir bens da mesma qualidade em egual quantidade, ou o seu valor (CARLOS DE CARVALHO, *Nova Consolidação*, art. 579); e consequentemente, podendo dispôr do producto da venda dos immoveis do

filho menor, tem todo o interesse em que se faça a alienação pelo mais alto preço. De que serviria vender o predio pelo preço maximo, em hasta publica, se o dinheiro é entregue ao pae como usufructuario e administrador dos bens do filho? Vê-se, pois, que, além do interesse do pae coincidir com o do filho quanto á elevação do preço (o que não se dá no caso do tutor), a hasta publica de modo algum garantiria a conservação do patrimonio do filho. Os paes, em geral, têm no seu coração um tribuno eloquentissimo, que a todos os momentos pleitêa a causa dos filhos. Quando, por excepção, essa voz emmudece, e os paes abusivamente querem aproveitar-se dos bens dos filhos, de nada vale a hasta publica: o remedio é outro, e consiste em vedar a alienação dos immoveis sob qualquer fórma, ou em medidas ainda mais graves, permittidas pelo direito patrio (Ord., liv. 3.º, tit. 9.º, § 4.º, C. DE CARVALHO, obra citada, art. 1579).

A differença entre a venda de immoveis de *orfams* e a venda de immoveis *de menor sob o patrio poder* está claramente consagrada pela lei. A Ord., liv. 1.º, tit. 88, §§ 22 a 30, trata dos *bens dos orfams*. Obriga os tutores, ou manda que os juizes obriguem os tutores a arrendarem os bens «que forem para arrendar». Manda vender os moveis em hasta publica, d'onde concluem muitos que os immoveis tambem devem ser vendidos em praça. Alludindo aos bens de *menores* (§ 26), apenas preceitúa que só se alienem no caso de necessidade indeclinavel.

A torrente dos civilistas não alimenta a menor vacillação neste ponto: para a venda de bens de menor sob o patrio poder, absolutamente não é necessaria a hasta publica. Se para a transferencia de bens de orfams são requisitos essenciaes *a justa causa, o despacho do juiz, a intervenção do tutor*, e, como querem

muitos, *a hasta publica*, para a venda de bens de menor sob o patrio poder só exige a lei a justa causa e o decreto judicial, sendo este algumas vezes dispensado, como se vae vêr.

GOMES, (*Commentarii in Leges Taurinas*, lex XLVIII, n. 18), depois de expôr a opinião, professada por muitos, de que, havendo justa causa, o pae nem sequer precisa de licença do juiz para alienar bens dos filhos menores, «*quia patria potestas plus debet operari et majorem effectum habet quam potestas tutoris, et quia lex multum confidit de patre*», ensina que para maior segurança deve exigir-se o decreto judicial: *sed his non obstantibus, ego teneo contrarium, imo quod requiratur decretum et auctoritas judicis*.

NAS *Variae Resolutiones, de restitutione minorum*, cap. XIV, n. 13, aconselha de novo que se faça a alienação mediante autorisação judicial; porquanto deve ser precedida a alienação de justa causa, apreciada pelo juiz, como, por exemplo, a necessidade de pagar dividas, de alimentos, ou outra semelhante: «*quod debet praecedere et interponi ex justa causa, puta aeris alieni, alimentorum, vel ex simili causa*». Verdade é que no mesmo numero 13 faz uma limitação, que o inclúe no numero dos que hoje dispensam a propria autorisação judicial, exigindo unicamente a justa causa, necessidade, ou, pelo menos, utilidade da alheiação; visto como, acrescenta, só ao pae que é tutor, ou curador do filho emancipado, cumpre solicitar o decreto do juiz, decreto que se dispensa, quando o pae é legitimo administrador e usufructuario, sendo esta a opinião commum dos doutores (*ibi etiam communiter doctores*).

SABELLI (*Summa Diversorum Tractatumum*, tomo I.º, alienatio, XXIII, n. 20) doutrina que a alienação dos bens do menor sob o patrio poder, quando se faz por justa causa, e em consequencia de um acto

licito, dispensa quaesquer solemnidades peculiares, para ser valida: «*alienatio rerum immobilium minoris valet sine solemnitatibus, quando fieret ex necessitate et consequentia actus permissi*».

PEGAS (*Resolutiones Forenses*, tomo 5.º, cap. 99, ns. 22, 23, 24 e 25) reproduz um julgado, em que se decretou: «*O que tudo visto e o mais dos autos, disposição de direito, e resolução dos doutores, conforme a qual, havendo justa causa, pode o pay, ainda sem decreto do juiz, vender os bens immoveis dos filhos que têm em seu poder. . . ficando os compradores mais seguros, intervindo a auctoridade do juiz, que tem por si a presumpção de direito, e faz os contractos firmes, por ser injustiça que os contrahentes sejam enganados pelo juiz que lhes segurou a validade do contracto*» etc., etc. A sentença foi confirmada nos seguintes termos: «*Alienationem praecessit causae cognitio, et decretum iudicis, sub cuius fide nefas foret emptorem decipi; confirmetur ergo sententia*».

MACEDO (*Decisiones, decisio, XII*) discute a questão de saber se o pae, em caso de urgente necessidade, pôde alienar sem decreto judicial, e reproduz a distincção de GOMES (*Antonius Gomesius*) entre a hypothese em que o pae é usufructuario e administrador dos bens do filho sob o patrio poder e a em que o pae é tutor do filho emancipado:

«*Scio esse opinionem distinguentem inter casum quo pater agit tanquam filii familias administrator, de quo lex multum confidit, atque ita per se solum possit alienare, et casum quo agit tanquam emancipati tutor, de quo minor fiducia habetur, atque ita per se alienare nequeat*» (n. 3). Termina aconselhando que se impetre a licença sem alludir á hasta publica (n. 6).

SYLVA (*Ad Ordinationes*, liv. 3.º, tit. 42, § 2.º) affirma ser *opinião commum* que o pae, legitimo admi-

nistrador dos bens do filho menor, pôde alienar os bens de raiz do filho, havendo causa necessaria, permittida pelo direito, sem dependencia de decreto do juiz: *Secundum autem opinionem communem, pater legitimus administrator filii ex causa justa, et necessaria, et a jure permessa, potest aliënare bona immobilia filii minoris absque decreto judicis, et sine ejus auctoritate*» (n. 31).

SYLVA se apoia em OLEA, *De Cessione Jurium*, que no tit. II, Quaest. VI, n. 28, escreveu: *Si vero filius in potestate sit, subdistingendum est: an cessio ex justa causa, an vero sine justa causa fiat; si enim et legitima causa adsit, magis recepta et vera sententia est, posse parentem immobilia alienare sine decreto... Et transactionem a patre factam super adventitis sine decreto validam esse... Necessaria vero et legitima causa non stante, non posset pater actionem ad immobilia cedere, nec immobilia alienare; et cessio, sive alienatio, sine decreto non subsistere*».

OLEA cita *Pinelus* (AYRES PINHEL), que, *Ad Constitutiones Cod. de Bonis Maternis*, parte 3.^a, n. 19 e seguintes, estuda a nossa questão; e, depois de examina-la com o máximo rigor, chega á conclusão de que, em regra, havendo necessidade, o pae pôde alienar os bens do filho sob o seu poder, sem alludir á impetração do decreto judicial: «*Constat igitur ex praedictis regulariter interdici patri alienationem adventitiorum, excepta causa necessaria*».

GABRIEL PEREIRA DE CASTRO, (*Decisiones, decisio decima nona*, n. 3) tambem se occupa com a nossa questão, ensinando que o pae, quando administrador dos bens dos filhos sob o patrio poder, pôde alienar taes bens, desde que proceda sem fraude, e por justa causa: «*ergo cum patri commissa sit potestas administrandi bona filiorum, imo et illi liceat sine fraude ex*

causa legitima talia bona alienare . . . adeo ut, non data fraude consilio vel re, teneat alienatio». Não exige a licença do juiz, desde que o pae proceda de bôa fé, e por necessidade. Todavia, lembra que alguns juriconsultos julgam mais seguro obtêr a licença do juiz: «*ubi securius tamem dicit quod adhibeatur iudicis auctoritas*». Fundado na lição de AYRES PINHEL, e na pratica lusitana, GABRIEL PEREIRA DE CASTRO doutrina que, havendo bôa fé da parte do pae, e justa causa para a alienação, não é mister exigir o consentimento do filho, seja impubere ou pubere, porque, explica, os paes são os mais zelosos defensores dos bens dos filhos, as pessoas que mais cuidam das coisas pertencentes aos seus filhos, a cujo patrimonio estão ligados o interesse e o prejuizo dos mesmos paes: «*remota fraude, quae semper videtur abesse in patre, respectu filiorum, supervacaneus videtur filii juvenis consensus, tam in prima quam in adulta et maiori aetate, cum parentes de rebus filiorum magis solliciti sint, et illis majori cura invigilent, in quibus etiam eorum vertitur praejudicium, et ideo inutilis videtur filiorum consensus*» (n. 4).

MENDES DE CASTRO, no *Tractatus de Bonis Liberiorum*, que se lê no fim da *Practica Lusitana*, parte segunda, *de bonis adventitiis*, n. 121, reproduz a *commun opinio* dos doutores, que distinguem muito accentuadamente a alienação de bens de orfams da alienação de bens de menores sob o patrio poder. Se é administrador dos bens do filho menor, diz MENDES DE CASTRO, o pae póde alienar esses bens sem dependencia sequer de decreto judicial, desde que proceda com justa causa: «*si admistrator est, alienare poterit*». E logo adeante: «*potest enim ut pater etiam res immobiles sine decreto alienare*». Os proprios immoveis póde alienar sem decreto do juiz. A razão é que ha grande differença entre o poder do pae e as facul-

dades do tutor: «*quia potestas patris major est re filii, quam tutoris, vel curatoris, in re minoris*». Nem se deve presumir que o pae aliene temeraria, ou inconsideradamente, os bens do filho, porquanto, além da afeição paternal, elle tem interesses ligados aos bens do filho: «*Nec enim praesumendum est res filii patrem ita temere alienaturum, cum maxime praeter affectionem paternam commodum in re filii habeat*».

LÔBÃO começa, notando que a Ord., liv. 1.º, tit. 88, § 6.º, parece proibir ao pae toda especie de alienação dos bens adventicios do filho. Observa depois que a lei patria, de accôrdo com o direito romano, não pôde ter esse sentido. Exceptúa quatro casos, em que ao pae é permittido alienar os bens do filho, inclusive os adventicios, sem necessidade sequer de decreto judicial: 1.º — quando os bens adventicios do filho foram transmittidos a este já gravados com dividas; 2.º — quando se faz necessario pagar os legados com que o testador onerou o filho — herdeiro; 3.º — quando ha urgente necessidade de alimentos para o proprio filho, ou para o pae; 4.º — quando os bens são onerosos, de qualquer modo damnosos. Em todos esses quatro casos, procedendo o pae com bôa fé, justa causa, sem dóllo, ou fraude, com piedade paterna, são validas as alienações, sem dependencia do decreto judicial. *Em todos os mais casos, é indispensavel o decreto judicial.* (Notas a MELLO, vol. 2.º, pags. 97 a 103).

BORGES CARNEIRO assignala a distincção entre vendas de bens de orfams e venda de bens de filhos sob o patrio poder, e affirma ser *opinião commum que o pae, legitimo administrador dos bens de raiz do filho menor, pôde alienal-os, mesmo sem autoridade do juiz.* (Direito Civil, tomo 3.º, § 239, ns. 44 e 45.)

COELHO DA ROCHA expõe a doutrina commum, a saber — que o pae, para vender bens do filho sob o

seu poder, precisa ser autorizado pelo conselho de família (entre nós pelo juiz de orfãos), e só deve alienar taes bens no caso de necessidade urgente, ou manifesta utilidade (*Direito Civil*, § 306).

LAFAYETTE julga necessario o consentimento do filho ou o decreto judicial, se o filho é menor, para o pae empenhar, hypothecar, ou alienar por qualquer titulo, o peculio adventicio do filho, salvo nos casos seguintes: *a)* para pagar dividas ou legados, de que viesse onerado o peculio; *b)* para provêr á propria subsistencia, ou á do filho, em falta de outros meios; *c)* quando os bens são de sua natureza susceptiveis de rapida deterioração; *d)* ou, sendo immoveis, não pôdem ser, por estereis, convenientemente aproveitados. (*Direitos de Família*, § 116, C. III).

C. BEVILAQUA baseado nas lições de LAFAYETTE e PEREIRA DE CARVALHO, tambem só requer a autorisação do juizo para o pae alienar o peculio adventicio do filho sob seu poder, repetindo que a autorisação é dispensavel em certos casos, já expostos por LOBÃO, e aqui reproduzidos.

A doutrina ensinada pela torrente dos civilistas patrios nada mais é do que a lição de GODOFREDO (no *Corpus Juris*, DIONISII GOTHOFREDI), onde a nota n. 45 á Const. 8.^a, § 5.^o, *De bonis quae liberis in potestate*, diz: *Mobilia et immobilia onerosa et damnosa parens sine solemnitate potest vendere.*

A regra de direito patrio, em summa, é que, excepto os quatro casos mencionados, em todos os mais é licito ao pae vender os bens do filho sob o patrio poder sem necessidade de hasta publica, e sómente com licença do juiz, licença dispensada nos quatro casos alludidos.

Dr. Pedro Lessa.