

DIREITOS
DE
FAMILIA

12 cat.

BIBLIOTECA DO SENADO FEDERAL

Este volume acha-se registrado

sob número 2 254

do ano de 1946

INTRODUÇÃO



I

No traçar os limites dentro dos quaes se devia encerrar o assumpto deste livro, tivemos sob os olhos a classificação do Direito Civil, modernamente usada na Allemanha e de que foram iniciadores Heise e Thibaut.

Aceitámol-a, não porque nos parecesse a mais perfeita, sinão como das inventadas a melhor e a mais accommodada para uma distribuição regular das diversas instituições do Direito Civil.

— Uma idéa mãe, cujas divisões e subdivisões se succedam, umas ás outras, de maneira vinculadas pelos laços da subordinação que as classes posteriores entrem nas anteriores e estas venham a perder-se no tronco commum: eis o typo de uma classificação verdadeiramente scientifica.

O Direito Civil, porém, como tantas outras sciencias moraes, difficilmente se presta a entrar nos quadros de uma classificação assim modelada.

Está a difficuldade na propria natureza do assumpto.

O Direito Civil é um todo organico, cujas partes integrantes são entre si tão intimamente ligadas, que é quasi impossivel dividil-as sem ao mesmo tempo mutilal-as.

Ao demais, os elementos constitutivos dos direitos são de sua natureza invariaveis. Em qualquer grupo, onde por differenças e semelhanças accidentaes se ache collocado o direito, na essencia é sempre o mesmo.

Como, pois, descobrir nos seus elementos substanciaes as bases de uma classificação regular?

Ao contrario: os caracteres secundarios que o direito reveste nas diversas instituições em que funciona, são tão variados que é difficil achar delles que por sua generalidade possam servir de principios classificadores.

Por isso, embalde lidam os escriptores por dar ao Direito Civil uma classificação rigorosamente scientifica.

Genio habituado ás mais elevadas cogitações metaphisicas, Leibnitz aventurou-se um dia a resolver a difficuldade, imaginando uma classificação que tivesse por principios determinadores as *causas* geradoras dos direitos.

O celebre philosopho reduziu as *causas* a cinco: natureza, convenção, posse, successão, delicto.

Além de assentar em uma enumeração inexacta, é falso o systema porque a differença de *causas* não determina a *differença* de direitos. (1)

Não preenche tambem os intuitos da sciencia a classificação fundada na differença de direitos—*reaes* e *personas*—classificação tão brilhantemente preconizada pelo Sr. Dr. Teixeira de Freitas, o sabio e eminentemente jurisconsulto, que como a mestre estamos habituados a respeitar, todos que nos damos a esta ordem de estudos.

Esta classificação tem por base uma noção exacta, deduzida da natureza dos direitos. (2)

Mas não basta que o principio classificador seja fundado na natureza da cousa. E' mister ainda que seja sufficiente para determinar a justa distribuição do assumpto em classes, nas quaes venham a se

(1) O mesmo direito póde ter *causas diversas*: ex. o usufructo que provém já de lei, já de contracto e já de testamento.

Direitos diversos nascem ás vezes da *mesma causa*, como a obrigação de indemnisar (direito pessoal) e a hypotheca (direito real), os quaes podem resultar ao mesmo tempo do delicto.

(2) *Direito pessoal* toma-se em dous sentidos. Em sentido lato, "direito pessoal é aquelle em que alguém é individualmente o sujeito passivo do direito, ou, em termos mais simples: direito pessoal é aquelle que dá a faculdade de constringer individualmente alguém a uma prestação qualquer, isto é, a dar, prestar, fazer ou não fazer alguma cousa." Nesta accepção os direitos

aggrupar entidades analogas, ligadas por caracteres salientes.

Ha caracteres naturaes que, ou por muito genericos ou por muito individuaes, não servem de fundamentar classificações: — muito genericos, determinam a reunião de cousas profundamente diversas; muito individuaes, não podem dar base para a divisão.

Incorrem na primeira censura os caracteres tirados da natureza *real* e da natureza *pessoal* dos direitos.

“A noção, diz um escriptor, é larga: — todos os direitos, sem excepção, vêm se collocar n’uma ou n’outra categoria.”

Mas, estabelecidas as duas grandes divisões, como fazer as subdivisões?

Desloca-se; — não se resolve a difficuldade.

Tem ainda este systema dous graves defeitos.

peessoaes comprehendem os direitos de familia na parte relativa ás pessoas, (Vej. § 1.)

Em sentido restricto direitos peessoaes são aquelles a que correspondem obrigações, susceptiveis de apreciação monetaria, e como taes constituem um desmembramento do direito de propriedade.

“Ils appartiennent au *droit qui concerne les biens, le patrimoine*, parce que ces créances ne sauraient avoir pour object que des prestations qui ont pour le créancier un intérêt appréciable et qui peuvent au besoin être ramenées à une estimation en argent, représentation général de valeurs qui composent notre patrimoine.”
Marezol. § 48.

Ha instituições do Direito Civil que, sem quebrar a sua integridade, não podem accommodar-se em nenhuma das duas categorias. Onde collocar a successão?

Nos direitos reaes?

Nos pessoaes?

Mas a successão abrange ao mesmo tempo direitos reaes e pessoaes. Por que, pois, classifical-a antes n'uma do que n'outra categoria?

Em segundo lugar, o principio classificador produz a alliança dos direitos de familia com as obrigações.

Que analogia, porém, que conformidade guarda o casamento, o poder marital, o patrio, o estado de filho-familias, a tutela e a curatela, com as obrigações que nascem do contracto, do quasi-contracto, do delicto e do quasi-delicto?

O character escolhido não é tão relevado que oblitere as diferenças profundas, existentes entre os direitos de familia e as obrigações.

O principio classificador submerge-se no meio de diferenças reaes e patentes e dá em resultado uma reunião disparatada de entidades estranhas.

A classificação usada na Allemanha é tambem incorrecta, mas é fóra de duvida que presta-se a uma exposição clara das materias: — o que é o primeiro merecimento das classificações.

Não tem por fundamento, é verdade, um principio superior do qual sejam divisões as classes em que se

aggrupam os direitos. Mas não se lhe póde recusar a excellencia de distribuir as materias em classes parallelas, em cada uma das quaes se accomoda uma collecção de direitos que se ligam naturalmente por suas affinidades e pelos caracteres exteriores.

Eis a classificação allemã: (1)

Parte geral

1. Pessoas.
2. Cousas.
3. Actos juridicos.

Parte especial

1. Direito das cousas. (2)
2. Direito das obrigações. (3)
3. Direitos de familia. (4)
4. Direito de successão. (5)

A criação de uma *Parte geral* para a definição das *pessoas*, agentes do direito, das *cousas*, objectos do

(1) Makeldey, § 120 ; Marezol, § 48.

(2) Esta secção comprehende: posse, dominio, seus modos de aquisição e extinctão; e os direitos reaes, desmembrados do dominio (*jura in re aliena*) a saber: emphitheuse, servidão, usufructo, uso, habitação, antichrese, penhor e hypotheca.

(3) Obrigações e causas das obrigações (contractos, quasi-contractos, delictos, quasi-delictos).

(4) Casamento, effeitos do casamento, poder marital, poder patrio, filiação, alimentos, tutela e curatela.

(5) Successão *ab intestato* e successão testamentaria.

direito, dos *actos juridicos*, causas do direito, tem sido geralmente aceita.

E' ácerca da distribuição das materias da *Parte especial* que surge a controversia.

Alguns escriptores imaginaram uma quinta divisão para o concurso de preferencias.

Não ha, porém, necessidade desta nova categoria.

O concurso de preferencias é uma phase que a *Execução* pôde tomar; pertence, pois, ás leis do processo.

As questões de prelação e rateio entre os credores são sem duvida reguladas pelos principios do Direito Civil, mas taes principios não constituem uma classe á parte. O penhor e a hypotheca têm o seu logar definido no direito das cousas; os privilegios são expostos a proposito dos direitos a que alludem.

As leis do processo regulam o modo pratico do concurso de preferencias, e ahi estabelecem a classificação dos credores, segundo os principios fornecidos pelo Direito Civil.

II

Alinhar em quadros resumidos os principios de direito que regem as relações de familia, segundo a sua filiação logica, travando-os com as razões que os esclarecem e prendendo os ás fontes de que derivam: taes são os intuitos do livro que hoje timidamente

offerecemos aos que começam a dar os primeiros passos no estudo do Direito Civil.

O estudo directo das fontes e a intelligencia do elemento philosophico das leis—eis a base e a luz das investigações que tem por objecto o Direito Positivo.

O decreto da lei, exposto em sua simplicidade e nudez natural, só poderão interpretar-o em toda a sua extensão os espiritos formados na constante lição do Direito.

As disposições das leis positivas não são sinão corollarios de principios superiores, que constituem a razão, a mente, a explicação do texto escripto.

Estes principios superiores, ou são maximas do Direito Natural, ou são um motivo creado pelas necessidades da sociedade.

Sem a luz do principio superior (razão philosophica ou historica) de que o texto é a consequencia, as disposições legaes se complicam, se emmaranham e se tornam muitas vezes inintelligiveis.

Mas sem o estudo das fontes o espirito perde-se em cogitações vagas, e na ausencia de normas fixas oscilla entregue ás perplexidades da controversia.

III

Bem pobres e mesquinhas, porém, são as fontes do nosso Direito Civil.

Sabem as pessoas dadas a este genero de estudos

quão defectivos, incoherentes e disformes são os subsidios que as nossas leis escriptas offerecem para a organização de trabalhos scientificos.

Ácerca dos *Direitos de familia* particularmente, não temos lei que regulasse a materia sob um plano systematico e completo.

No esboçar de cada assumpto deparam-se a todo o momento lacunas, que deixam em claro pontos da maior importancia.

Essas lacunas é mister preenchel-as com o Direito consuetudinario e com o Romano, corrigido segundo as declarações legaes. (1)

Póde-se, pois, affirmar que um grande numero, si não a maxima parte dos principios do Direito Civil Patrio formaram-se pelos costumes, pelas decisões dos tribunaes e pela elaboração scientifica.

IV

A nossa legislação escripta, pelo que respeita ao Direito Civil, é em grande parte o resultado da fusão dos costumes com o Direito Romano.

E', porém, tenue e escasso o peculio com que têm contribuido para a formação do Direito Patrio os costumes que ainda não estão traduzidos em lei escripta.

(1) Lei de 18 de agosto de 1769, §§ 9 e 14; Estatutos da Universidade de Coimbra, L. 2, T. 5, cap. 2 e 3.

Sem os requisitos legais os costumes não constituem fonte authentica de direito. E, pois, só podem ser invocados pela autoridade moral que lhes dá o tempo, a sua conformidade com a indole do Direito e a extensão de sua pratica.

V

Na constante applicação do direito ás hypotheses occorrentes, o poder judiciario vai dando com as obscuridades e com as omissões da legislação escripta. Não lhe é licito deixar indecisa a questão, ou porque a lei é obscura ou porque é omissa. Cumpre-lhe, pois, por via de interpretação doutrinal e pela combinação dos elementos que lhe fornecem as fontes, aclarar os textos e preencher as lacunas. (1)

Este corpo de doutrina, que se construe com o trabalho lento dos tribunaes, supposto de um character eminentemente pratico, nasce e se organisa sob o influxo da inspiração scientifica.

(1) As decisões e praticas dos tribunaes não fazem lei. Carta Regia de 7 de Junho de 1605, § 8, e lei de 18 de agosto de 1769, § 14.

“ A praxe e estylo de julgar e a decisão dos arestos seguida universalmente dos doutores do Reino é o melhor interprete das leis. ”
Assento de 23 de março de 1786.

Os Assentos da Casa da Supplicação constituem interpretação authentica, e portanto pertencem ao Direito escripto.

A jurisprudencia pratica que herdámos dos tribunaes portuguezes, força é confessar, não tem sido augmentada pelos nossos tribunaes com as accessões que era de esperar e que reclamavam a mudança das instituições, a variedade das circumstancias e os progressos do Direito.

Para esta esterilidade contribuem principalmente duas causas:—a timidez dos magistrados em exercer a faculdade de interpretar o Direito e a falta de um tribunal de *Cassação*.

A timidez do poder judiciario chegou ao ponto de forçal-o a abdicar o direito de entender as leis e a pedir ao executivo a solução das difficuldades occorrentes!

O Supremo Tribunal de Justiça, como se acha constituido, é impotente para fixar a intelligencia pratica das leis. Falta-lhe a faculdade de *Cassação*: as suas decisões, mesmo no ponto de vista da doutrina, podem ser annulladas pelas Relações revisoras.

Dahi essa variedade e contradições perpetuas nos julgados dos nossos tribunaes.

VI

Papel importantissimo representa na organização do Direito Civil Patrio a elaboração scientifica.

Tendo por órgãos professores e escriptores, ella gira em uma esphera mais elevada do que a

jurisprudencia practica; obedece á inspiração de uma ordem superior; caminha illuminada pelas luzes da philosophia: — os tribunaes esforçam-se por chamar o Direito ás necessidades da vida; a sciencia lida por approximal-a do seu ideal.

Tem a elaboração scientifica por missão preencher as lacunas das leis escriptas e dar ao Direito uma forma systematica, aperfeiçoando-o e pondo-o em harmonia com as necessidades do tempo.

Esta missão ella a desempenha por um trabalho constante sobre os materiaes existentes: — delles extrahe os elementos substanciaes, desenvolve-os, combina-os e tira deducções logicas conformes com o espirito e com o genio do Direito vigente. (1)

Entre nós constituem os materiaes deste trabalho:

As leis escriptas,

Os estylos e os costumes, (2)

E o Direito Romano como subsidiario.

VII

A elaboração scientifica do Direito teve em Portugal dias de esplendor e de decadencia, acompanhando

(1) Marezol, § 21.

(2) Por *estylos e praxe* entendem-se as practicas dos tribunaes ácerca do processo e tambem o modo pratico de interpretarem o Direito.

parallelamente as lettras, as artes e as demais sciencias nas vicissitudes por que passaram.

A escola dos civilistas theoricos do seculo XVI e começos do XVII emulou dignamente com as escolas que tão alto levantaram por esses tempos os estudos juridicos em França e na Hollanda. (1)

Os seus escriptos são, no geral, notaveis pelas excellencias que caracterisavam a escola Cujaciana.

Mas si, praticando o methodo largo e fecundo de Cujacio, esses grandes escriptores plantaram boas tradições, todavia fraca e tenue foi a acção que exerceram nos estudos do Direito Patrio.

Era a época em que se renovava com ardor e energia o culto do Direito Romano.

Todos esses escriptores eram romanistas; todos consumiram as suas admiraveis faculdades em explicar e commentar a Instituta, o Digesto e o Codigo.

Alguns, é verdade, como P. Barbosa, e Caldas Pereira, prolongaram suas investigações de Direito Romano até o Direito Patrio.

Mas o Direito Patrio occupava a segunda plana e desse contacto sahiu-lhe adulterado e pervertido o

(1) Principaes escriptores desta escola — Antonio de Gouvêa (*Gouveanus*), Manoel da Costa Ayres Pinhel, E. Caldeira, Altamirano, Pedro Barbosa, Caldas Pereira.

Professores—Costa Quintella, Heitor Rodrigues, Vaz Pinto, Gabriel da Costa, F. Caldeira e Ruy Lopes da Veiga.

espírito e a indole. Deante da preocupação do romanismo e da magestade das leis imperiaes, admiradas e veneradas como a *razão escripta*, os modestos *estatutos locais* perdiam os seus caracteres peculiares, e, por muita honra, eram recebidos como simples restricções do texto romano.

A escola pratica que se formou ao lado dos theoricos do seculo XVI, si bem que contribuisse com grande peculio para a organização do Direito Patrio, e conte alguns escriptores de nomeada, é muito inferior em merecimento. (1)

Forçada pela necessidade diariã de applicar e explicar o Direito vivo, ella fez do Direito Patrio o objecto de seus estudos.

Mas esses estudos são imperfeitissimos na fôrma e no fundo.

Tomaram o teor da polemica e da controversia; são, pela maior parte, antes discussões de pontos isolados, de hypotheses, de casos occorrentes, do que investigações systematicas e aprofundadas.

Fallece-lhes, de ordinario, a intelligencia intima do genio do nosso Direito; domina-os o falso principio de que as leis patrias não eram sinão meros correctivos do Direito Romano.

No longo espaço que se estende dos começos do

(1) Alvaro Valasco, Antonio da Gama, Jorge de Cabedo e Melchior Phebo são os mais notaveis escriptores da escola pratica.

seculo XVII aos meados do XVIII, periodo fatal á litteratura portugueza, foi quasi total a ruina dos estudos juridicos.

Perderam-se as tradições da escola cujaciana ; cahiu em abandono o estudo das fontes ; a razão philosophica e historica dos textos foi substituida por um jogo esteril das subtilezas da Gloza. Nos escriptos deste periodo reina uma erudição falsa e de mau gosto e o pensamento cardeal dos monumentos legislativos se confunde e se dilue, emmaranhado n'uma infinidade de distincções, limitações e ampliações, a qual mais arbitraria. (1)

Os trabalhos desta quadra exerceram uma influencia funesta no Direito : — delles derivam sua origem muitas maximas falsas, que ainda hoje corrompem a nossa jurisprudencia.

Mas afinal surgiram dias mais felizes. As idéas philosophicas que no seculo XVIII tão rudemente abalaram a França, a paixão ardente e a audacia, com que se renovavam as sciencias ao impulso dos methodos de Descartes e Bacon e as aspirações de reformas profundas e radicaes que nesses tempos agitavam a Europa, estenderam a acção da sua influencia até o reino do extremo occidente.

Desse grande movimento intellectual são magni-

(1) Pertencem a este periodo Manoel Alvares Pêgas, Cordeiro, Cardoso, Guerreiro, Silva, Moraes e Solano.

ficos efeitos, os grandes trabalhos do Marquez de Pombal na politica, na administração e no ensino publico.

A reforma da Universidade de Coimbra, consummada pelo grande ministro de D. José I, abriu uma nova éra nos estudos juridicos em Portugal.

O plano para o ensino do Direito Civil Patrio, dado nos Estatutos da Universidade, resumia os intuitos da sciencia naquelle tempo. Lançaram-se os lineamentos de estudos largos e profundos. No proprio texto dos Estatutos foi exposto com complacente prolixidade o methodo, a que a Allemanha devia os admiraveis trabalhos de Thomaz, de Boehmero, de Heinecio — methodo que tem por instrumentos a philosophia, philologia e a historia.

Os progressos da Universidade, cumpre confessal-o, não corresponderam aos intuitos da reforma. As velhas praticas continuaram a oppor tenaz resistencia ao espirito innovador. No ensino, como em politica, é obra lenta e difficil desarraigal habitos inveterados, extirpar os erros da tradição.

Mas, sem embargo, o pensamento da reforma foi por deante.

A Paschoal José de Mello Freire estava reservada a insigne honra de interpretal-o e traduzil-o em realidade.

Paschoal era um homem de genio. Estava preparado para a ardua empreza que commettera. O seu

espírito formara-se ao influxo das idéas philosophicas do tempo e na meditação dos escriptos com que a escola Allemã do seculo passado iniciara os trabalhos que foram tão brilhantemente continuados por Thibaut, Hugo e Savigny.

Profundamente versado nas origens do nosso Direito e guiado pelo fanal de uma critica superior, Paschoal levou a luz e a ordem ao cahos, e alcançou reduzir a um corpo de doutrina systemático e regular, claro e simples, o vasto labyrintho da jurisprudencia patria.

Antes de Paschoal jaziam dispersos e mutilados os elementos do Direito Patrio; elle os reuniu, escolheu-os das fezes que os deturpavam, organisou-os, deu-lhes unidade, restituiu-lhes a côr nacional e fundou em Portugal a sciencia do Direito Civil.

As suas obras, verdadeiros monumentos para a época em que foram escriptas, são ainda preciosas; mas os tempos caminharam e ellas hoje não correspondem nem ao estado da legislação nem aos progressos da sciencia.

Paschoal já repousava no tumulto quando se ergueu em Portugal um escriptor infatigavel, que ousara emular com o grande reformador. Sabe já o leitor que fallamos de Manoel de Almeida e Souza, conhecido pelo nome de *Lobão*, aldeia onde residia e donde datava os seus escriptos.

Homem de grande talento, Lobão amalgamava em

seu espirito qualidades as mais estranhas. Agudo e perspicaz, sem methodo e sem ordem, rude e indigesto, escrevendo n'um estylo barbaro, acrimonioso como um polemista do seculo XVI, ousado e timido ao mesmo tempo, o advogado da Beira, a vastos conhecimentos do Direito Civil e Canonico juntava largas noticias das leis e costumes patrios e grande lição das praticas forenses.

Os seus numerosos e extensos escriptos, em fórma de *Tratados*, *Dissertações* e *Notas*, abrangem quasi todo o cyclo do Direito e do Processo Civil.

Foi elle o primeiro jurisconsulto portuguez que fez uso deste excellentes instrumento de interpretação — o estudo da legislação comparada. Para esclarecer e firmar os pontos duvidosos e preencher as lacunas da legislação patria, não raro invoca elle as disposições parallellas dos codigos estrangeiros que haviam sido promulgados até o seu tempo.

Dos escriptores que no seculo passado trataram de accommodar o Direito Romano ao *uso moderno*, colheu magnificos subsidios para illustrar o Direito Patrio.

Mas grandes e graves defeitos maculam-lhe as obras: — desordem na exposição das materias, vulgaridade e incorrecção de linguagem, abuso das citações e por vezes falta de boa critica para repellir doutrinas falsas.

O desejo de reunir, a proposito de cada assumpto,

um grande numero de opiniões, fal-o cahir em repetidas contradicções. É dahi que provém o dizer-se que suas obras são um arsenal, onde se encontram com igual profusão o pró e o contra.

Lobão exerceu extensa influencia sobre a nossa jurisprudencia. As suas opiniões gozam de certa autoridade no fôro.

Em tempos mais recentes floresceram dous civilistas portuguezes de grande distincção — Manoel Borges Carneiro e José Homem Corrêa Telles.

Espirito mais vasto do que profundo, muito versado na legislação patria, dotado de notavel senso juridico, B. Carneiro deixou-nos um bom tratado do Direito das Pessoas.

Esse livro, rico de erudicção e de extensas noticias das leis patrias, seria um bello monumento, si tivesse mais rigor scientifico, mais elevação, e si as suas syntheses não afrouxassem, diluidas n'uma serie infinda de divisões e subdivisões, que só servem de emmaranhar o assumpto.

As investigações de B. Carneiro pelos dominios da legislação patria trouxeram para a sciencia materias importantes, que jaziam ignorados e perdidos.

Corrêa Telles era um talento exacto, uma intelligencia concisa, ornada de boa erudicção juridica, mas sem grande propensão para os estudos especulativos.

Das suas publicações a melhor incontestavelmente é a *Doutrina das acções*.

Nesta obra, é verdade, o seu trabalho consistiu em accommodar ao fôro portuguez o primoroso opusculo de Boehmero—*De Actionibus*; mas fel-o com criterio e saber.

O *Digesto Portuguez* resente-se da precipitação com que foi escripto. É má a distribuição das materias; os assumptos não são deduzidos em sua ordem logica e natural; a doutrina trasladada no texto nem sempre é a fiel interpretação do Direito vigente: omissio em uns pontos, prolixo em outros, falta-lhe o espirito de unidade e de systema.

Sem embargo, é um livro de valor.

O *Commentario critico á lei da boa razão* é a obra em que melhor reflectem as qualidades e os defeitos de Corrêa Telles: bom senso, justeza de idéas, clareza e concisão; mas embalde hão de procurar nesse opusculo a discussão que penetra o intimo do assumpto e illumina-o com as luzes de uma razão superior.

Taes são em rapidos traços os principaes escriptores portuguezes que têm cooperado para a elaboração scientifica do Direito Civil Patrio.

Entre nós Brasileiros não ha muito gosto para o estudo do Direito Civil.

A politica attrahe os grandes talentos. A gloria modesta do civilista se offusca diante dos fulgores da gloria do orador parlamentar e do jornalista. Só uma vocação energica e decisiva pôde afastar a intelligencia das luctas brilhantes e estrondosas da carreira

publica para central-a nos estudos solitarios do Direito Civil, estudos tão difficeis e trabalhosos, mas tão pouco estimados.

Todavia temos já uma pleiade brilhante de jurisconsultos da maior distincção. (1)

VIII

Organizado com elementos tão inconsistentes, sobre a base de uma legislação escripta insufficiente, acanhada e cheia de omissões, o corpo do nosso Direito offerece largo campo para a controversia.

Dahi a perplexidade, a duvida e a contradicção.

Nesta variedade e encontro de opiniões, como formar a consciencia e fixar normas claras e firmes?

A methodologia juridica indica-nos um processo

(1) Entre outros, os Srs. Augusto Teixeira de Freitas, João Chrispiniano Soares, Agostinho Marques Perdigão Malheiro, F. de Paula Baptista, Joaquim Ignacio Ramalho, são com justa razão contados entre os mais illustres jurisconsultos brasileiros.

Os trabalhos do Sr. Dr. Teixeira de Freitas, pela profundidade das investigações, pela audacia do pensamento e pela riqueza de erudicção, competem com o que de melhor se tem publicado no estrangeiro.

Os diversos escriptos do Sr. Dr. Perdigão Malheiro recommendam-se pelo estudo consciencioso e aprofundado das materias, pela justeza das idéas e pela concisão do stylo. 13

profundamente racional : — tomar por guias os principios directa e immediatamente deduzidos das fontes, e o criterio que dá a indole e o genio do Direito vigente.

É a esse toque que devem de ser contrastados os costumes, as praticas forenses, as opiniões dos escriptores e as disposições parallelas dos codigos estrangeiros. (1)

Foi esse o methodo que na medida de nossa fraqueza empregámos na composição deste livro.

O resultado absolutamente não corresponde ao intuito. O instrumento era excellente, mas o obreiro não soube manejar-o.

(1) Para a composição deste livro consultámos um grande numero de escriptores antigos e modernos, nacionaes e estrangeiros. Delles adoptámos francamente as opiniões que nos pareceram mais justas, consignando-as no texto e citando de ordinario a obra de que foram extrahidas.

Por vezes allegámos o Codigo Civil Portuguez, o qual deve ter para nós mais autoridade do que os outros codigos estrangeiros.

O Codigo Civil Portuguez em substancia não é sinão a cedificação do Direito Civil Portuguez preexistente, completado em suas lacunas e augmentado com as reformas que os progressos da sociedade exigiam.

E é de notar que no geral o dito Codigo resolveu no sentido mais justo e razoavel muitas das duvidas e difficuldades que, ou por obscuridade ou por omissão da antiga legislação, faziam o tormento dos interpretes.

É difficil comprehender e dominar o pensamento alheio, como é o da lei. É difficil percorrer, sem fraquear uma e muitas vezes, tão longa serie de assumptos, de si mesmos complicados e abstrusos.

Mil inexactidões, pois, nos terão escapado. Para ellas pedimos a benevolencia dos homens versados neste genero de estudos.

Elles hão de reprehender a nossa ousadia, mas hão de perdoar os erros. ¹⁴



DIREITOS DE FAMILIA

§ 1. *Noção dos Direitos de familia*

A divisão do Direito Civil, hoje conhecida sob o titulo—*Direitos de familia*—tem por objecto a exposição dos principios de direito que regem as relações de familia, no ponto de vista da influencia dessas relações não só sobre as *peessoas* como sobre os *bens*.

O *casamento*, fundamento legitimo da familia; o *patrio-poder*; o *estado-civil* das *peessoas*; a *tutela*, criação artificial para supprir a autoridade do chefe de familia, e a *curatela*, instituição destinada a proteger os que estão inhibidos de governar suas *peessoas* e *bens*: taes são, em geral, os assumptos que formam o quadro dos *Direitos de familia*. (1)

(1) Veja-se Makeldey, Droit Romain, § 538; Marezoll, Droit Privé des Romains, §§ 81 e 158.

SECÇÃO PRIMEIRA

DO CASAMENTO

CAPITULO PRIMEIRO

DOS ESPONSAES

§ 2. *Natureza dos esponsaes*

O casamento pode ser precedido de esponsaes.

Denomina-se em direito — *esponsaes* — a promessa que o homem e a mulher reciprocamente se fazem e aceitam de se casarem em um prazo dado. (1)

Acto preliminar, os esponsaes têm por fim assegurar a realização do casamento, difficultando, pelas solemnidades que os cercam, o arrependimento que não seja fundado em causa justa e ponderosa.

Constituem os esponsaes um verdadeiro contracto, e, pois, lhes são applicaveis as regras de direito ácerca da essencia dos actos juridicos.

(1) Fr. 1. D. de sponsalibus. (23. 1): Sponsalia sunt mentio et re promissio nuptiarum futurarum.

Assim que podem ser annullados, por motivo de incapacidade d'um dos contrahentes, como a que provém de demencia (1); por falta de consentimento livre e serio (2); por dóllo ou por erro sobre a pessoa ou sobre as qualidades essenciaes della. (3)

§ 3. *Pessoas que podem contractar esponsaes*

Da natureza dos esponsaes, acto que tem por objecto a realisação do casamento, resulta que só são capazes de contractar esponsaes as pessoas que, sendo maiores de sete annos (4), podem de futuro contrahir entre si justas nupcias. (5)

(1) Fr. 8. D. tit. eod.; B. Carneiro, L. 1^o Tit. 10 § 96 n. 9.

(2) B. Carneiro, cit. § 96 n. 3.

(3) B. Carneiro, cit. § 96 n. 4. O erro sobre as qualidades essenciaes da pessoa é qualificado segundo a natureza do contracto e a convenção das partes. Ha erro sobre qualidade essencial da pessoa, si, por exemplo, a esposa é escrava e o esposo ignorava; si no contracto se declarou que a esposa é viuva sem filhos e verifica-se depois que ella tem filhos.

(4) Fr. 14. D. de sponsalibus (23. 1) C. 7. 8. X de desponsal. impub. (4. 2).

(5) Fr. 60 § 5 D. de ritû nupt. (23. 2): Cum qua nuptiae contrahi non possunt, hæc plerumque nequidem despondere potest.

O impubere maior de sete annos pôde contrahir esponsaes mas não casamento. Provém isto da differença de idades que a lei requer como condição de capacidade para um e outro acto.

Havendo entre os esposos impedimento para casamento, os esponsaes não podem ser contrahidos, sinão sob a condição de obterem dispensa legal. Lei de 6 de outubro de 1784, § 3.

Os filhos familias, porém, e os menores de vinte um annos, quer legitimos, quer illegitimos, não podem validamente contrahil-os sem o consentimento de seus pais, tutores ou curadores. (1)

Da denegação de consentimento pelo pai, tutor ou curador ha recurso para o juiz de orphãos, que póde dar ou recusar a licença pedida. (2)

Os maiores de vinte um annos, que não estão sob o patrio poder, são obrigados a sollicitar o consentimento paterno, tão sómente por dever de obediencia e respeito filiaes; mas a negação da licença não os inhibe de celebrarem os esponsaes. (3)

§ 4. *Das formalidades dos esponsaes*

No intuito de cercar o acto de garantias, que evitem a irreflexão e lhe dêem o character de plena authenti-

(1) Lei de 6 de outubro de 1784, § 4.

(2) Lei cit. *ibidem*; lei de 22 de setembro de 1828, art. 2, § 4; Reg. de 15 de março de 1842, art. 5, § 5.

A provisão de consentimento incorpora-se á escriptura de esponsaes. Lei cit. de 6 de outubro de 1784, § 4.

Segundo a dita lei (§ 5) é secreto o processo do supprimento de consentimento pelo juiz.

(3) Cit. lei de 6 de outubro de 1784 § 6. Esta disposição comprehende tambem os filhos illegitimos, reconhecidos ou legitimados. Com esta modificação deve ser entendido o § 3 do Assento de 9 de abril de 1772.

cidade, a lei prescreve que na celebração dos esponsaes se observem as formalidades seguintes :

1. O contracto esponsalicio deve ser reduzido á escriptura publica, lavrada pelo tabellião do logar. (1)

2. A escriptura deve ser assignada pelos contrahentes, por seus paes (2), e na falta destes pelos tutores ou curadores, e por duas testemunhas ao menos. (3)

3. Todavia, residindo o tabellião a mais de duas leguas do logar da habitação dos contrahentes, pôde o contracto fazer-se por escripto particular, assignando, além das pessoas referidas, quatro testemunhas.

O escripto particular, não sendo reduzido á escriptura publica dentro de um mez, deixa de valer. (4)

Estas solemnidades são substanciaes; a omissão, pois, de qualquer dellas acarreta a nullidade do contracto e de todas as promessas, pactos e convenções que porventura lhe tenham sido accrescentadas. (5)

Na escriptura esponsalicia, além da expressa declaração de que foram feitas e aceitas as promessas reci-

(1) Lei de 6 de outubro de 1784, § 1.

(2) O pai pode se fazer representar por procurador com poderes especiaes.

(3) Lei cit. de 6 de outubro, *ibidem*. São também competentes para lavrar estas escripturas os escrivães dos juizes de paz, nos casos, em que fazem as vezes de tabelliães. Lei de 30 de outubro de 1830.

(4) Cit. lei de 6 de outubro de 1784, § 2.

(5) Cit. lei, § 1.

procas com inteira liberdade e sem a menor coacção, se devem consignar :

1. Os nomes dos paes dos contrahentes ;
2. A idade dos contrahentes ;
3. O lugar onde nasceram e foram baptisados ;
4. A freguezia onde residem ;
5. E, si são parentes, a natureza e o grau de parentesco, accrescentando-se, no caso do parentesco importar impedimento, a clausula de que se obrigam a obter a dispensa legal. (1)

§ 5. *Pactos e condições que se podem additar aos esponsaes*

E' licito aos contrahentes juntarem ao contracto esponsalicio quaesquer condições, pactos ou clausulas que não forem contrarias ás disposições das leis e á natureza e fim do casamento. (2)

A condição impossivel ou torpe invalida o contracto. (3)

Póde-se restringir o effeito dos esponsaes a certo prazo. (4)

(1) Cit. lei, § 3.

(2) Ord. L. 4, T. 46 pr.; Lei de 6 de outubro de 1784, § 1.

(3) B. Carneiro, L. 1, T. 10, § 97, n. 5.

(4) B. Carneiro, cit. § 97, n. 6. 18

É permittido estipular-se indemnização pecuniaria para ser paga pelo esposo que se arrepende sem justa causa. (1)

Não está em uso entre nós o darem ou prometterem os contrahentes *arrhas sponsalicias* (2) para penhor e segurança do casamento, si bem que uma semelhante pratica não é prohibida por lei. (3)

No silencio dos contrahentes a respeito do destino das arrhas, prevalecem as disposições seguintes:

Realizando-se o casamento, voltam as arrhas ao conjuge que as deu (4) ou confundem-se na communhão dos bens, segundo o regimen que foi adoptado. (5)

Não se realizando o casamento:

Por justa causa; restituem-se as arrhas aos contrahentes ou a seus herdeiros; (6)

Por injusta causa; o contrahente culpado restitue as que recebeu e perde para o innocente as que deu,

(1) Cit. lei de 6 de outubro de 1784, § 8.

(2) Arrhas sponsalicias como penhor e garantia da realização do casamento são cousa muito diversa de arrhas no sentido usual do nosso direito (Ord. L. 4, T. 47.) Valasc. Consult. 2 n. 3.

(3) Ord. L. 4, T. 46 pr.; Mello Freire, L. 2, T. 9, § 28.

(4) Const. 3. 5 C. de spons. et arrh. spons. (5. 1.) As arrhas têm por fim assegurar a realização do casamento. Realizado o casamento, perdem a razão de ser (*causam*); é pois logico que voltem ao que as deu.

(5) Ord. L. 4, Tit. 65 in fin. (arg.)

(6) Const. 15, C. de donation ant. nupt. (5. 3.)

e, si não deu nenhuma, é obrigado a dar outro tanto das que recebeu. (1)

§ 6. *Effeitos dos esponsaes*

Póde acontecer que, depois de assignada a escriptura de esponsaes, um dos esposos, por uma dessas subitas variações de vontade, tão proprias da mobilidade do espirito humano, mude de resolução e se recuse a cumprir a promessa feita.

Forçal-o nestas circumstancias a contrahir as nupcias ajustadas fôra contrariar d'uma maneira cruel a natureza e os fins do casamento, preparando dest'arte um futuro de lutas, de odios e de perturbação no seio d'uma sociedade onde só deve reinar o amor, a paz e a mais intima união.

Dahi provém que a obrigação resultante dos esponsaes não é absoluta, sinão alternativa.

Assim que a cada um dos contrahentes compete acção :

Ou para exigir o cumprimento da promessa feita ;

Ou para pedir a indemnização devida pela quebra da promessa. (2)

A obrigação de indemnizar, porém, cessa, havendo justa causa para o repudio. (3)

(1) Const. 3.5. C. de spons. et arrh. spons., (5.1.) Mello loc. cit. § 27, nota.

(2) Lei de 6 de outubro de 1784, § 8.

(3) Citada lei, *ibidem*. 19

A indemnização, no caso de não ter sido taxada na escriptura, deve ser arbitrada pelo juiz segundo as circumstancias occurrentes. (1)

A promessa, em falta de estipulação sobre prazo, só pôde ser exigida até dous annos depois da data dos esponsaes. (2)

A acção que resulta dos esponsaes é a de assignação de dez dias (3); torna-se, porém, ordinaria, si a indemnização subsidiariamente devida é illiquida. (4)

§ 7. *Dissolução dos esponsaes*

Os esponsaes dissolvem-se :

- 1º Pela morte de um dos contrahentes ;
- 2º Pela superveniencia de impedimento para o casamento ; (5)

(1) Cit. lei de 6 de outubro de 1784, § 8. Lobão, Acç. Sum. § 696 e seguintes, nos quaes explica em que consistem os damnos emergentes e lucros cessantes.

(2) Fr. 2. D. de sponsalib. (23.1); Const. 2. C. de repudiis (5.7); Digest. Port. P. II. art. 73.

(3) Lei de 6 de outubro de 1784, § 6.

(4) É incompetente a acção de assignação de dez dias para demandar quantias illiquidas: Ord. L. 3, T. 25. Pereira e Souza nota 957.

(5) B. Carneiro L. 1, T. 10, § 99, n. 6. Tal é o recebimento de ordens sacras; a entrada em religião approvada; o casamento com outra pessoa.

3º Pela falta da condição imposta; (1)

4º Expirado o prazo marcado ou o legal, sem reclamação dos contrahentes; (2)

5º Pelo mutuo dissenso; (3)

6º Pela recusa d'um dos esposos fundada em justa causa. (4)

Constituem justa causa para a recusa: a enfermidade, ou contagiosa ou repugnante, ou a que inhabilita para os misteres da vida; a infidelidade; a impudicicia, e, em geral, todos os vicios e costumes torpes. (5)

É, porém, de notar que estas causas não valem ou quando occorrem depois, ou quando já existiam ao tempo da celebração dos esponsaes, e não eram ignoradas. (6)

(1) B. Carneiro, cit. § 99, n. 7.

(2) Este modo de dissolução equivale ao mutuo dissenso.

(3) B. Carneiro, cit. § 99, n. 1.

(4) B. Carneiro, cit. § 99, n. 2.

(5) B. Carneiro, cit. § 99, n. 3; D. Port. P. II, art. 68.

(6) Dig. Port. P. II, arts. 66, 67, 68 e 69.

A dissolução dos esponsaes nos casos acima referidos realiza-se sem dependencia de sentença ou de qualquer solemnidade. B. Carneiro, cit. § 99, n. 8. 20

CAPITULO SEGUNDO

CASAMENTO; DIVERSAS ESPECIES; SOLEMNIDADES DA
CELEBRAÇÃO§ 8. *Noção do casamento*

O casamento é o acto solemne pelo qual duas pessoas de sexo differente se unem para sempre, sob a promessa reciproca de fidelidade no amor e da mais estreita communhão da vida. (1)

Legitimar a procriação da prole, envolvendo no véo do direito a relação physica dos dous sexos é, certo, um dos principaes intuitos do casamento; mas o fim capital, a razão de ser desta instituição, está nessa admiravel identificação de duas existencias, que, confundindo-se uma na outra, correm os mesmos destinos, soffrem das mesmas dores e compartilhem, com igualdade, do quinhão de felicidade que a cada um cabe nas vicissitudes da vida.

O casamento, attenta a sua natureza intima, não é um contracto, antes differe delle profundamente, em

(1) Fr. 1. D. de ritu. nup. (23.2): Nuptiæ sunt conjunctio maris et fœminæ et consortium omnis vitæ: divini et humani juris communicatio. § 1. J. de patr. potest (1.9): Nuptiæ sive matrimonium est viri et mulieris conjunctio, individuum vitæ consuetudinem continens. C. 3. C. 27. q. 2: Consensus cohabitandi et individuum vitæ consuetudinem retinendi conjuges facit.

sua *constituição*, no seu modo de ser, na duração e alcance de seus effeitos.

O casamento abrange a personalidade humana inteira; crêa a familia; funda a legitimidade dos filhos; dá nascimentos a relações que só se extinguem com a morte: os direitos e obrigações que d'elle resultam trazem o cunho da necessidade e, no que dizem respeito ás pessoas, não podem ser alterados, modificados ou limitados pelo arbitrio dos conjuges.

Os contractos, ao contrario, têm por objecto actos individuaes, temporarios; interesses materiaes, ephemeros e susceptiveis de apreciação monetaria. Os direitos e obrigações que delles derivam, são regulados pela vontade das partes e por consenso dellas podem ser alterados ou supprimidos. (1)

Ha, porém, um ponto de contacto entre o casamento e o contracto, e é: que para a formação d'um e de outro, é mister o consentimento das partes. E' d'ahi que provém o erro daquelles que pretenderam regular o casamento e definir-lhe os effeitos pelos principios que regem os contractos.

Certo, no que diz respeito ao consenso da vontade das partes, são applicaveis ao casamento os principios geraes de direito que regulam a liberdade, a certeza e a manifestação do consentimento em materia de con-

(1) Savigni, Droit Rom. § 141; Lord Robertson, Notas a Ferguson.

tractos ; (1) mas fôra desconhecer-lhe a natureza intima equiparal-o aos contractos para regulal-o como si fôra uma convenção. (1)

Instituição da maior importancia pela magnitude e extensão de seus effeitos na vida social, o casamento entra naturalmente na esphera do direito civil.

Assim que : a lei civil é competente para marcar-lhe as condições de validade, estabelecer as solemnidades de sua celebração e definir-lhe os effeitos.

§ 9. *Intervenção do elemento religioso no casamento*

Não ha seita religiosa que não considere o casamento como um facto de sua competencia e que não tenha estabelecido para sua celebração um systema de prescripções.

O christianismo, desde sua fundação, chamou-o a si e o elevou á dignidade de sacramento.

D'ahi os constantes esforços da igreja catholica para regulal-o e subtrahil-o á acção do poder temporal.

(1) Nuptias enim, non concubitus, sed consensus facit. Ulpiano. Estas palavras alludem tão somente á necessidade do consentimento para formação do casamento.

(2) Os juriconsultos romanos não consideravam o casamento como contracto. No systema de sua classificação o casamento toma logar, não na theoria dos contractos, mas na parte que trata do *estado civil* das pessoas. (Gaius, Com. 1 n. 108; Inst. L. 1, Tit. 10.)

E inquestionavel o direito que a cada religião pertence, de regular a intervenção do elemento divino no casamento, marcando-lhe as condições de validade e a fôrma, para que o acto se torne perfeito ante suas prescripções e possa receber a graça que lhe é promettida.

Mas é, tambem, fóra de toda a duvida que, por sua natureza e por seus effeitos na vida social, entra o casamento na esphera das attribuições do Estado, o qual, para fixar-lhe a fôrma, condições e effeitos, emquanto acto civil, tem tanta competencia quanta para regular o estado das pessoas, a organização da propriedade, as successões e os demais assumptos do dominio do Direito Privado.

Facto religioso, o casamento é da competencia da autoridade religiosa; acto civil, é da alçada do Estado.

O Estado não póde interferir nas prescripções da religião ácerca do casamento. A religião nada tem que ver com as disposições da lei civil que entendem com o casamento. (1)

Assim que :

Nenhuma seita religiosa póde exigir que o Estado só aceite como valido o casamento celebrado conforme as suas prescripções. Consagrar em lei uma

(1) Vej. os Estudos do Sr. A. Herculano sobre o casamento civil. 22

semelhante pretensão seria plantar no seio da legislação uma tyrannia cruel e intoleravel, que acarretaria, para os que não professam a religião favorecida, a usurpação do direito de fundar familia legitima, direito que, por congenito com o homem, não ha na terra poder com autoridade para desconhecê-lo e abolil-o!

O Estado a seu turno não tem o direito de impor que os contrahentes se casem segundo as prescripções da religião que professam. A observancia dos deveres religiosos deve ser deixada á liberdade de consciencia. A coacção sob qualquer fórma, neste assumpto, desvirtua o acto aos olhos da moral e da propria religião, e dá logar a scenas de ignominiosa hypocrisia.

Deante da lei do Estado, o casamento deve ser um acto meramente civil, sem character religioso, accessivel a todas as pessoas, que se mostrem legalmente habilitadas.

O Estado não póde, não tem o direito de forçar a consciencia do individuo para aceitar antes uma religião do que outra. Não póde, pois, privar do direito de fundar familia legitima aos que não professam a religião preferida.

Tal é a verdadeira doutrina.

Entretanto não tem ella podido triumphar de preconceitos antiquissimos e profundamente radicados.

Entre muitos povos prevalece ainda o principio de que a autoridade religiosa é a unica competente para

marcar as formalidades do casamento, assistir á sua celebração e julgar da sua validade, limitando-se a legislação temporal a definir-lhe os effeitos puramente civis. (1)

§ 10. *Diversas fórmulas de casamento*

No estado actual do Direito Civil Brasileiro só são recebidas como validas e capazes de effeitos civis as tres seguintes fórmulas de casamento:

1º O casamento catholico, celebrado conforme o Concilio Tridentino e a constituição do arcebispado da Bahia; (2)

2º O casamento mixto, isto é, entre catholico e pessoa que professa religião dissidente, contrahido segundo as formalidades do Direito Canonico; (3)

3º Finalmente, o casamento entre pessoas pertencentes ás seitas dissidentes, celebrado em harmonia com as prescripções das religiões respectivas. (4)

(1) Vej. a Nota 1 no fim do volume.

(2) Decret. de 11 de setembro de 1564; Lei de 8 de abril de 1569; ord. L. 4, T. 46, § 1; Lei de 3 de novembro de 1827.

(3) B. Carneiro, L. 1, T. 13, § 127 n. 11; Aviso n. 491 de 21 de outubro de 1865 e n. 495 de 25 do mesmo mez e anno; Av. de 20 de julho de 1867 e circular da mesma data.

O casamento mixto é contrahido segundo as formalidades essenciaes do Concilio Tridentino. E', portanto, nos termos de nossa legislação, um casamento valido.

(4) Lei n. 1144 de 11 de setembro de 1861, e decreto n. 3069 de 17 de abril de 1863.

Prevalece, pois, entre nós, doutrina que attribue á religião exclusiva competencia para regular as condições e a fôrma do casamento e para julgar da validade do acto.

Todavia, a recente lei ácerca do casamento entre os membros das seitas dissidentes, consagrou uma innovação que cumpre assignalar: passou para a autoridade civil a faculdade de dispensar os impedimentos e a de julgar da nullidade desta fôrma de casamento. (1)

(1) Cit. lei de 11 de setembro de 1861, art. 1, § 4; cit. reg. de 17 de abril de 1863, arts. 9 e seguintes.

TITULO PRIMEIRO**Do casamento catholico**

§ 11. *Por que lei é regulado o casamento entre os catholicos ?*

Para que os casamentos dos catholicos possam ser recebidos como validos e produzir effeitos civis, é mister que sejam celebrados segundo a fôrma estabelecida pela igreja catholica. (§ 10).

Assim pois, são entre nós reguladas pelo Direito Canonico as condições de idoneidade dos contraentes catholicos, as solemnidades do acto e as questões de nullidade que lhe dizem respeito.

O casamento entre catholicos se inicia, se perfaz e termina no dominio do Direito Canonico: a lei temporal toma-o das mãos da igreja; recebe-o feito e acabado e marca-lhe tão sómente os effeitos civis.

§ 12. *Das qualidades e condições para se poder contrahir o matrimonio catholico*

Tomando por base a natureza juridica e o character moral do casamento, as prescripções divinas e considerações d'uma ordem elevada, o Direito Canonico

24

estabelece uma serie de condições sem o preenchimento das quaes o casamento não póde ser legalmente contrahido.

A falta de qualquer daquellas condições recebe o nome de *impedimento*.

Os impedimentos são ou *dirimentes* ou *prohibitivos*. (1)

Dirimentes são aquelles cuja infracção acarreta a nullidade do casamento. (2)

Prohibitivos ou *impedientes* são os que, supposto sejam um embaraço legal á celebração do casamento, todavia não o invalidam, embora não tenham sido dispensados. (3)

Os *dirimentes* dividem-se em *absolutos e relativos*.

Absolutos se dizem os que importam inhabilidade para contrahir casamento com quem quer que seja. (4)

Relativos são os que impedem o casamento com pessoa determinada. (5)

(1) Monte, Direito Eccl. § 936.

(2) *Vetant facienda ; facta retractant.*

(3) *Impediunt fieri ; facta tenent.*

(4) Monte, § 943.

(5) Monte, § 943.

§ 13. *Dirimentes absolutos sob a relação da capacidade*

Não póde o casamento ser validamente celebrado, faltando a um ou a ambos os contrahentes capacidade para contrahil-o.

Reputam-se *capazes* todos os que não são por lei declarados *incapazes*.

São incapazes de se casar:

1. Os impuberes (menores de quatorze annos, sendo homens; de doze, sendo do sexo feminino. (1)
2. Os impotentes; (2)
3. Os castrados; (3)
4. Os que já são casados; (4)
5. Os clerigos de ordens sacras maiores; (5)

(1) C. 7, 10. X. de desponsation. impub. (4, 2). Todavia precedendo licença, o impubere que está proximo á puberdade póde casar *si malitia supplet ætatem*.

(2) C. 2. C. 33. q. 1. E' mister que a impotencia seja incuravel, anterior ao casamento, e que tenha sido ignorada do outro contrahente. C. 2, 3, 4. X. de frigidis. (4. 15).

(3) Const. Cum frequenter, Sixti V, an. 1589.

(4) S. Math. 19, 6.; C. 2. C. 34. q. 1.

(5) Concil. Trident. Sess. 24, canon de sacram. matrim. O recebimento de ordens sacras não annulla o casamento anterior, ainda mesmo não tendo sido consummado; a lei canonica sómente pune aquelle que se ordena depois de casado. Const. unic. Extravag. Joan. XXII de voto, in VI, 16

6. Os que entram em religião approvada e se ligam por voto solemne de castidade; (1)

7. Os loucos de todo o genero, emquanto perdurar a loucura. (2)

§ 14. *Dirimentes absolutos quanto ao consentimento*

O casamento, supposto se distingue do contracto, tem por base o consentimento reciproco dos contrahentes.

O consentimento deve ser livre, sério e manifestado d'uma maneira inequivoca. (3)

E', portanto, nullo o casamento :

1.º Si o consentimento d'um dos contrahentes foi extorquido por violencia (*vi*) ou por ameaça (*metu*); (4)

2.º Si houve erro, fosse ou não filho de dóllo, sobre a identidade da pessoa, ou sobre qualidade a ella inherente tal, que, si fosse previamente conhecida, teria exercido, segundo presumpções razoaveis, decisiva influencia na deliberação do contrahente illudido,

(1) C. unic. de voto et vot. redempt. in VI (3. 5). O voto solemne de castidade desfaz o casamento anterior, não estando ainda consummado. Concil. Trident., sess. cit. canon 6. E' esta a unica hypothese em que o direito canonico estabelece differença entre casamento consummado e não consummado com effeito pratico.

(2) Mont. Direito. Eccles. § 945.

(3) C. 5. X. de sponsalib et matrim. (4. 1).

(4) C. 6. 15. X eod. tit.: Metus qui potest in virum constantem cadere. Concil Trident. Sess. de reformat. matr. cap. 9; Fr. 1, 2, 3, 5. D. quod metus causa (4. 2): Metum accipiendum Labeo dicit, non quemlibet timorem, sed maioris malitatis.

como é, por exemplo, a condição servil, a enfermidade de espirito. (1)

Tanto nos casos de violencia e ameaça como no de erro, póde a nullidade resultante ser sanada pela ulterior acquiescencia dos contrahentes, expressa ou tacita. (2)

§ 15. *Dirimentes relativos*

Estas prohibições decorrem em primeiro logar do parentesco.

Entre parentes o casamento é prohibido:

1. Na linha recta, entre ascendentes ou descendentes consanguineos *in infinitum* (3); entre affins no 1º grau (4) e entre o adoptante e a adoptada; (5)

(1) C. 2. X. de eo qui duxit in matr. (4, 9). A respeito de erro sobre qualidade da pessoa a pratica é mui restricta e circumspecta.

(2) C. 2. X. de conjugio serv. (4, 9); C. 21, de sponsalibi et matr. (4.1).

(3) Fr. 53, D. de ritu nupt. (23.2); § 1. J. de ritu nupt. (1.10); Cons. 17 C. de nupt. (5.4). Direito sempre aceito pela igreja catholica. Walter, § 304.

(4) Entre o padrasto e a enteada; a madrasta e o enteado; entre o sogro e a nora, a sogra e o genro. Pratica fundada em costume antiquissimo. Monte, § 971.

(5) O impedimento é perpetuo: não se extingue pela emancipação do adoptado. E' igualmente perpetuo entre o adoptante e a mulher do adoptado, e entre a mulher do adoptante e o adoptado. Fr. 14, pr. e § 1º, D. de ritu nupt. 23. 2.) A adopção não está em uso entre nós. 26

2. Na linha collateral, entre os consanguineos ou affins até o 4º grau inclusive (1); até o 2º sómente si a affinidade provém de copula illicita; (2)

3. Entre homem e mulher vinculados pela quasi-affinidade que resulta do matrimonio rato, até o 4º gráo, inclusive (3); sómente no 1º grau vindo a quasi-affinidade de esponsaes; (4)

4. Entre os que se acham ligados por parentesco espiritual; (5)

Vêm depois as prohibições que resultam de certos factos criminosos, as quaes se podem reduzir aos impedimentos seguintes:

5. Entre o conjuge que mata o outro conjuge e o complice com quem concertára o crime para o fim de se casarem; (6)

6. Entre o conjuge adultero e o seu complice,

(1) C. 9 X. de consanguin. et aff. (4.14). Cessa o impedimento, estando um dos contrahentes no 5º grau. C. 10, X. eod. tit.

(2) Conc. Trident. Sess. 24: de reformat. matr. cap. 4.

(3) Mont. § 973. Subsiste o impedimento, ainda que o matrimonio rato tenha sido júlgado nullo, uma vez que não seja por falta de consentimento.

(4) Concilio Trident. Sess. cit. cap. 3. O impedimento proveniente de esponsaes importa prohibição no 1º grau assim na linha recta como na collateral.

(5) Conc. Trident. Sess. cit. cap. 2. A cognação espiritual provém do *baptismo* e da *confirmação*: produz impedimento: 1º entre os padrinhos e afilhados, 2º entre os paes do baptisado e os padrinhos.

(6) C. I. X. de convertionib. infidelium (3.33.) Homicidio sem adulterio.

tendo havido promessa, ainda em vida do conjuge innocente, de se casarem ; (1)

7. Entre o conjuge adultero e o complice do adulterio, tendo sido a morte do conjuge innocente causada por um ou por ambos elles, para o fim de se casarem ; (2)

E' ainda o casamento prohibido :

8. Entre o raptor e a raptada, salvo si a raptada, posta em liberdade, consente ; (3)

9. Entre catholicos e pessoas que não são baptisadas. (4)

§ 16. *Impedimentos impedientes*

No estado actual da disciplina da igreja, acham-se estes impedimentos reduzidos aos seguintes :

1. Voto simples de castidade ; (5)

2. Esponsaes validos ; (6)

(1) C. 4. C. 33. q. 1. Adulterio e promessa de casamento.

(2) Gratian. ao C. 1. C. 33. q. 1. Adulterio e homicidio.

(3) C. 7. X. de raptorib. (5. 17.)

(4) C. 17. C. 28. q. 1. ; Const. "Singularis nobis." Benedict. XIV §§ 9 e 10.

(5) C. 9. C. 27. q. 1. Voto de entrar em religião, de tomar ordens, de não casar.

(6) C. 31. X. de sponsalib. (4. 1) ; C. 12, X. de despons. impuber. (4. 2). Os esponsaes constituem impedimento a um dos esposos para casar com pessoa que não seja o seu esposo. 12

3. Disparidade de culto (entre catholico e he-rege); (1)

4. Proibição da autoridade ecclesiastica competente, para não celebrar-se o casamento antes da solução de difficuldades sobrevindas. (2)

§ 17. *Dispensa dos impedimentos*

Não são *dispensaveis* os impedimentos de direito natural e os que foram instituidos por direito divino. (3)

Não podem, portanto, ser dispensados :

1. A falta de idade, a impotencia em certas circumstancias e o parentesco consanguineo na linha recta; (4)

2. O duplo crime de adulterio e homicidio. (§ 15, n. 7.); (5)

3. A prohibição de contrahir segundas nupcias na constancia do primeiro matrimonio. (6)

(1) C. 16. C. 28. q. 1.; Bened. XIV de synodo dioecesana, L. 6. cap. 5.

(2) C. 1, 3. X. de matrim. contr. interdict. (4, 16); C. 3. X. de clandest. desp. (4. 3).

Classificam os canonistas entre os impedimentos impiedentes : a falta de consentimento dos paes e mães (Concil. Trident. Sess. 24 de reformat. matr. cap. 1^o); a prohibição de celebrar-se o casamento no advento e na quaresma (Concil. Trident. loc. cit cap. 10); a omissão das denunciações; a ignorancia da doutrina christã, etc.

(3) Mont. § 1015.

(4) Mont. citado.

(5) Bened. XIV. Epistol. ad Ign. Realem, §§ 13, 14, 1

(6) Mont. cit. § 1015.

Nos casos em que é permittida, a dispensa não deve ser concedida sinão por causa justa e grave. (1)

Pertence ao Summo Pontifice o direito de dispensar os impedimentos dirimentes, e, entre os *prohibitivos*, os provenientes de esponsaes e voto simples de castidade. (2)

Todavia, em attenção á distancia das dioceses, a Santa Sé delega ordinariamente este poder aos bispos, reservando-se a dispensa dos mais graves. (3)

§ 18. *Solemnidades externas do casamento catholico*

Com o fim de dar ao casamento a necessaria publicidade, de assegurar o livre consentimento dos contrahentes e authenticar o acto, communicando-lhe a certeza de que ha mister, o Concilio Tridentino estatuiu para a celebração do matrimonio certas formalidades que devem ser rigorosamente observadas.

Estas formalidades são em summa as seguintes :

1. Deve o casamento ser precedido de tres denuncias (*banhos, proclamas*) feitas pelo parochio do

(1) Concil. Trident. Sess. 24, de reformat. matr. cap. 5.

(2) Walter, § 309 ; Mont. §§ 1017 e 1018.

(3) Walter, loc. cit.

Ainda sem delegação, podem os bispos dispensar impedimentos dirimentes nos casos graves e urgentissimos. Mont § 1018.

A dispensa póde ser concedida depois de celebrado e consummado o matrimonio. Acerca do processo da revalidação do casamento, vej. Mont. § 1025 e seg. 28

domicilio de cada um dos contrahentes, na matriz, por occasião da missa, em tres dias continuados; (1)

Taes denunciações podem ser reduzidas a uma só ou adiadas ou totalmente dispensadas, ao prudente arbitrio do ordinario. (2)

2. A manifestação ao sacerdote do livre e mutuo consentimento dos contrahentes, expressada regularmente por palavras, ou por signal inequivoco; (3)

3. A presença simultanea do parochio (proprio d'um dos contrahentes, ou de ambos, ou de sacerdote autorizado pelo parochio ou pelo bispo) e de duas testemunhas, ao menos; (4)

4. A benção nupcial, formalidade aconselhada pelo Concilio, mas sem character substancial. (5)

Do casamento nesta conformidade celebrado deve o parochio lavrar em livro competente o assentamento, no qual se hão de declarar os nomes dos conjuges e das testemunhas, e o dia e o logar em que se passou o acto. (6)

(1) Concil. Trident. Sess. 24, de reform. matrim. cap. 1º.

(2) Concil. Trident., cit. cap. 1º.

(3) *Viro et muliere interrogatis et eorum mutuo consensu intellecto.* Concil. cit. cap. 1º.

(4) Concil. Trid., cit. cap. 1. verb: *Qui aliter quam presente parochio....*

(5) Concil. cit. cap. 1: "*Præterea eadem sancta synodus hortatur....*"

(6) Concil. Trident., cit. cap. 1º

A presença simultanea do parochio competente e de duas testemunhas é formalidade substancial, cuja infracção acarreta inevitavelmente a nullidade do casamento. (1)

§ 19. Casamento clandestino

Antes do Concilio Tridentino eram tolerados os casamentos *clandestinos*.

Desta pratica resultavam gravissimos abusos: o sigillo que envolvia o acto, facilitava a bigamia, e a falta de authenticidade deixava na incerteza a constituição da familia.

Este estado de cousas reclamava energicas providencias.

Sob a pressão de motivos tão ponderosos e em attenção á solicitação de diversos soberanos, o Concilio declarou para sempre írritos e nullos os casamentos eivados do vicio da clandestinidade. (2)

(1) Concil. Trident. cit cap. 1º: "Qui aliter quam presente parochio..."

Veja-se Mont. § 908 e seguintes.

(2) Concil. Trident. Sess. 24 de reformat. matr. cap. 1: "Qui aliter quam presente parochio vel alio sacerdote de ipsius parochi seu ordinarii licentia et duobus vel tribus testibus, matrimonium contrahere attentabunt, eos sancta synodus ad sic contrahendum omnino inhabiles reddit, et hujusmodi contractus irritos et nullos decernit prout eos presente decreto irritos facit et annullat."

O Concilio autoriza o Ordinario a punir com severas penas aos que contrahirem matrimonio clandestino, e ao parochio que com

Na accepção juridica casamentos *clandestinos* se dizem aquelles que são contrahidos sem a presença simultanea do sacerdote competente e de duas testemunhas ao menos (§ 17, n. 3).

Assim que o casamento é clandestino:

1. Quando é contrahido sem a assistencia do sacerdote competente e das testemunhas;
2. Ou quando com a assistencia do sacerdote mas sem a presença das testemunhas em numero legal;
3. Ou quando em presença das testemunhas mas sem o parochio. (1)

menor numero de testemunhas, e as testemunhas que, sem o parochio, assistirem ao acto. Cit. cap. 1.

A lei de 13 de novembro de 1651, dada á solicitação das Côrtes, infligia rigoroso castigo aos contrahentes e a todas pessoas que houvessem cooperado para o casamento clandestino.

Esta lei acha-se hoje derogada pelo art. 248 do cod. crim. do Imperio, o qual prohibe contrahir matrimonio clandestino, sob pena de prisão de dous mezes a um anno.

(1) Ha uma especie de casamento occulto, conhecido sob o nome de *casamento de consciencia*. E' contrahido em segredo, mas não é clandestino, porque em sua celebração guarda-se a formalidade substancial da presença do parochio e testemunhas. (Const. Bened. XIV, Satis vobis, § 1º e seg. an. 1741.) Pois que é celebrado conforme as prescripções do Concilio Tridentino, é valido perante o nosso direito.

O casamento *salio* ou *morganatico*, contrahido segundo o Concilio de Trento, é valido.

As clausulas civis, porém, que o acompanham e lhe dão uma feição singular, taes como — a prohibição de participar a mulher da dignidade do marido, a exclusão dos filhos da successão paterna — não valem diante do nosso direito, por contrarias a disposições de lei que os contrahentes não podem revogar. E pois taes clausulas reputam-se nullas e como si não foram escriptas, subsistindo no emtanto o casamento com os seus effeitos legaes. Mello, L. 2, T. 5, § 8, nota.

TITULO SEGUNDO**Do casamento mixto**

§ 20. Por que direito é regulado a fórma do casamento mixto ?

Os casamentos entre catholicos e pessoas pertencentes ás religiões dissidentes não são validos perante o nosso Direito Civil sinão quando celebrados de conformidade com as prescripções da igreja catholica (§ 10, n. 2.)

§ 21. Condições para permissão do casamento mixto

Posto nos primeiros seculos a igreja houvesse declarado puniveis (1) os casamentos mixtos, pela desarmonia que ao seio da sociedade conjugal podiam levar convicções religiosas divergentes, cedeu afinal á força das circumstancias e condescendeu em permittil-os.

Esta permissão, porém, não é dada sinão quando occorrem motivos graves e sob garantias tendentes

(1) C. 16. C. 28. q. 1.

a resguardar de erro a fé do conjuge catholico e a educação dos filhos.

Assim que a igreja só concede a dispensa precisa e consente na assistencia do sacerdote catholico, precedendo as cautelas seguintes :

1. Ser a parte catholica admoestada para esforçar-se quanto em si couber por converter á sua fé a parte acatholica ;

2. Prometter o contrahente acatholico sob juramento :

a) Não impedir ao contrahente catholico a livre pratica de sua religião ;

b) Consentir em que sejam educados os filhos d'um e d'outro sexo nos princípios da religião catholica. (1)

§ 22. *Dos impedimentos em relação ao casamento mixto*

São applicaveis a esta especie de casamento as disposições do Direito Canonico que regulam os impedimentos do casamento catholico.

É, porém, de notar que, por isso que os casamentos mixtos não são favorecidos da Igreja, não é de uso se dispensarem para elles as prohibições provenientes

(1) Benedict. XIV. de syn. dioces. L. 6. cap. 5 ; L. 9. cap. 3 ; Const. *Litteris Pii VIII.* an. 1830. Mont. § 982.

de parentesco, nem quaesquer outros impedimentos dirimentes. (1)

§ 23. *Solemnidades externas*

Diverge do cerimonial da celebração do casamento catholico o modo pratico de realizar-se o casamento mixto. (2)

São, porém, guardadas, sob pena de nullidade, as solemnidades substanciaes ordenadas pelo Concilio de Trento, a saber : a manifestação do consentimento dos contrahentes na presença simultanea do parochio e de duas testemunhas. (3)

Devem preceder as tres denunciações de estylo.

(1) Mont., § 982.

(2) Mont., § 983.

(3) Hæreticos quoque ubi decretum dicti cap. I. est promulgatum, *teneri talem formam* observare et præterea ipsorum etiam matrimonia *absque forma* concilii, quamvis coram ministro hæretico vel magistratu loci contracta, nulla atque irrita esse. Declar. da S. Congreg. do Concil. de 19 de janeiro de 1605.

TITULO TERCEIRO**Do casamento acatholico**

§ 24. *Em que condições esta forma de casamento é aceita*

Para que os casamentos entre pessoas que professam religião differente da catholica possam ser recebidos como validos perante o nosso Direito, é mister que sejam celebrados segundo os usos e as prescripções das respectivas communhões e conforme as disposições da lei que lhes deu sancção civil. (1)

§ 25. *Dos impedimentos*

O casamento acatholico não póde ser validamente celebrado si entre os contrahentes se dér impedimento que, segundo o Direito Canonico, obsta ao casamento catholico. (2)

(1) Lei n. 1144 de 11 de setembro de 1861 e decreto n. 3069 de 17 de abril de 1863.

(2) Lei de 11 de setembro de 1861, art. 1, § 4; Decreto de 17 de abril de 1863, art. 7. 32

Todavia não se comprehendem nesta regra os impedimentos que, por provirem exclusivamente das instituições catholicas, não podem ser applicaveis a contrahentes de religião differente, como são o que resulta da entrada em religião approvada e os impedientes. (1)

Para estes casamentos são dispensaveis os impedimentos nos mesmos casos em que podem sel-o para o casamento catholico. (2)

Na concessão das dispensas deve se attender aos usos e prescripções da religião dos contrahentes no que forem compatíveis com as praticas da igreja catholica. (3)

Compete a faculdade de conceder taes dispensas: na Côrte, ao governo imperial; nas provincias, aos presidentes. (4)

(1) Lei cit., *ibidem*: “naquillo que lhes possa ser applicavel”; Decret, cit., art. 7.

Constituirá o caracter de ministro ou pastor das religiões dissidentes o impedimento *ordinis*? Parece que não. O ministro de taes religiões não é aceito como sacerdote perante a igreja catholica. O seu *character*, pois, não póde constituir o impedimento *ordinis*, o qual, á luz do Direito Ecclesiastico, só resulta do recebimento das ordens sagradas maiores segundo o rito catholico.

(2) Cit. Decret. art. 7.

A dispensa do impedimento, concedida depois de contrahido o casamento, sana o vicio original, sem necessidade de revalidação em fórma. Os efeitos civis nesta hypothese entendem-se começar a existir desde a data da celebração. Art. 18 do Decret.

(3) Decret, art. 17.

(4) Decret. art. 17.

§ 26. *Solemnidades externas*

É mister que precedam denunciações segundo o estylo ou prescripção da religião dos contrahentes. (1)

Estas denunciações podem ser dispensadas pelo juiz municipal do logar, mediante justificação d'algunha das causas pelas quaes o Direito Canonico permite taes dispensas. (2)

O acto, sob pena de nullidade, deve ser celebrado conforme os ritos ou prescripções da religião dos contrahentes, com assistencia do ministro ou pastor competente, revestido das qualificações necessarias para validamente exercitar suas

(1) Decret. art. 56.

(2) Cit. Decret. art. 57.

A falta das denunciações não induz nullidade. Decret. art. 56. Sendo opposto qualquer impedimento á celebração do casamento, deve o ministro sem embargo proseguir nas denunciações até se concluirem; mas o casamento ficará suspenso até que se prove ter sido o impedimento dispensado ou julgado improcedente. Art. 58 do Decret.

Ao juiz municipal compete tomar conhecimento da opposição, procedendo por via summaria com audiencia dos interessados. De sua decisão cabe appellação com effeito suspensivo para o juiz de direito da comarca. Decret., art. 59.

Não é mister advertir que a jurisdicção do juiz municipal limita-se a verificar simplesmente a existencia do impedimento.

funções (1), e na presença de duas testemunhas. (2)

Do casamento contrahido nesta conformidade cumpre ao ministro lavrar certidão (3) com as declarações legaes e registral-a dentro d'um mez no livro competente. (4)

(1) Lei, art. 1 § 2; Decreto, art. 5, §§ 1 e 2.

Estão especificadas no cap.4 do Decreto citado, as condições necessarias para que os ministros das religiões dissidentes possam praticar legalmente os actos de sua competencia, a saber: a nomeação ou eleição do ministro ha de ser feita segundo os usos ou prescripções da religião respectiva, e o titulo deve ser registrado na secretaria de estado do Imperio ou na das presidencias de provincia, segundo o pastor reside na Côrte ou nas provincias. Art. 52 do Decret.

Si a nomeação é feita no estrangeiro, o titulo deve vir authenticado pelo consul brasileiro. Art. 53.

(2) Decreto, art. 37 § 6. Esta disposição é uma consequencia necessaria do § 4 do art. 1º da lei. A *clandestinidade* é qualificada pelo Direito Canonico como pertencente á classe dos impedimentos dirimentes, portanto entra virtualmente na comprehensão do dito § 4.

(3) Decreto cit. art. 36. A certidão deve conter as declarações enumeradas no art. 37. A omissão de qualquer daquellas declarações póde ser reparada pela fórma estabelecida no art. 38.

(4) Lei, art. 1, § 3; Decret., art. 5 § 3.

A lei exige o registro, não como *substancia* do acto, sinão como necessario *ad probandum* "comtanto que o acto religioso seja *provado* pelo competente registro."

Consiste o registro na transcripção *verbo ad verbum* da certidão authentica passada pelo ministro. Art. 36 do Decret.

Registrada a certidão dentro do prazo legal (um mez) subsistem os effeitos civis do casamento desde a data da celebração; registrada depois do dito prazo, os effeitos em relação a terceiro só se reputam existir da data do registro. Art. 6 e 40 do Decret.

TITULO QUARTO

Regras de direito applicaveis a todas as
fórmãs de casamento§ 27. *Do consentimento prévio para o casamento*

Si os contrahentes não tocaram ainda ao completo desenvolvimento de sua razão, ou si estão sob a dependencia de outrem, exige a lei civil, como condição prévia para a celebração das nupcias — o consentimento das pessoas sob cujo poder vivem, para dar ao acto o cunho de reflexão e tornar effectivo o cumprimento de certos deveres de respeito e obediencia.

Assim que, não podem os filhos familias e os menores de vinte um annos contrahir matrimonio, sem consentimento, a saber :

1.º Os filhos familias, qualquer que seja a sua idade, sem o consentimento do pae ; (1)

(1) Assento de 9 de abril de 1772, § 2, n. 5 ; Lei de 6 de outubro de 1784. O dito Ass. foi cofirmado pelo Alvará de 29 de agosto de 1776 ; portanto a sua doutrina prevalece contra as disposições das leis de 19 de junho e 29 de novembro de 1775.

Quando o pae está impedido de exercer o patrio poder (§ 119) o consentimento deve ser dado pelo tutor do filho. 84

2.º O menor que foi pelo pae demittido do patrio poder, sem o consentimento do proprio pae, que fica sendo o seu tutor ; (1)

3.º Os menores, orphãos de pae, sem o consentimento do tutor ou do juiz de orphãos ; (2)

4.º Os menores, filhos illegitimos, reconhecidos ou legitimados, sem o consentimento de seus paes ; (3)

5.º E, finalmente, o soldado de linha sem licença do chefe de seu corpo. (4)

As palayras da citada lei de 6 de outubro, § 4: "*os filhos familias e os menores* até a idade de 25 annos (hoje vinte um) sem o consentimento de seus paes, tutores ou curadores" alludem: 1.º ao filho familias qualquer que seja a sua idade (confira-se o § 6); 2.º ao filho familias que se acha sob tutela por ser menor e estar o pae impedido de exercer o patrio poder; 3.º ao filho familias menor demittido do patrio poder; 4.º ao menor, orphão de pae.

Não está em uso no fôro exigir-se o consentimento da mães. Parece que esta pratica foi consagrada pela lei de 22 de setembro de 1828, art. 2 § 4 e Reg. de 15 de março de 1842, art. 5 § 5, os quaes só fallam do consentimento do *pae* ou *tutor*. Not. (1) ao art. 101 da Consolidação das Leis Civis.

(1) O filho familias, ainda menor, pôde ser pelo pae voluntariamente demittido do patrio poder. Provis. de 25 de setembro de 1787. Veja-se § 145.

O § 6 da lei de 6 de outubro de 1784 só exime da necessidade de pedir consentimento aos filhos *maiores*; portanto os menores demittidos do patrio poder estão virtualmente comprehendidos na disposição do § 4.

(2) Ord. L. 1.º, T. 88 § 19; cit. Lei de 6 de outubro, § 4.

(3) Cit Assento de 9 de abril de 1772 § 3; citada Lei de 6 de outubro, § 6. A generalidade do § 6 isentando a todos os maiores da necessidade de pedir consentimento aos paes, comprehende tambem os filhos illegitimos, e assim restringe a disposição do § 3 do Ass.

(4) Art. 27 cap. 26 do Regim. confirmado pelo Alv. de 18 de fevereiro de 1673.

Os maiores de vinte um annos só são obrigados a solicitar o assentimento dos paes como um mero conselho; e, pois, si se casam a despeito da negação do consentimento pedido, não incorrem em pena alguma. (1)

Nos casos em que o consentimento é necessario, si fôr negado, póde o filho familias ou o menor recorrer para o juiz de orphãos do logar, ao qual, depois de ouvir as partes interessadas e de informar-se dos motivos allegados (2), compete julgar de plano pela verdade sabida, concedendo ou denegando a licença pedida. Da decisão do juiz cabe sempre o recurso de agravo de petição. (3)

A falta do consentimento, ou porque não foi solicitado ou porque foi recusado, não acarreta a nullidade do casamento; mas os contrahentes incorrem em certas penas, a saber :

(1) Cit. Lei de 6 de outubro, § 6.

(2) Não estão definidos por lei, á excepção do caso de desigualdade de condição e fortuna (L. 1º Tit. 88 § 19) os motivos justos para negação do consentimento.

Reputam-se justos e fundados os seguintes motivos: existencia de impedimento legal; perigo de saude do menor; máos costumes, como embriaguez habitual, paixão immoderada do jogo; falta de meios para sustentar os encargos do matrimonio.

(3) Cit. Lei de 6 de outubro, § 4 e 5; Lei de 22 de setembro de 1828, art. 2 § 4; Reg. de 15 de março de 1842, art. 5, § 5. Este agravo é sempre de petição, qualquer que seja a distancia em que esteja o juiz superior. Lei de 25 de novembro de 1875 § 4; Assento de 10 de junho de 1775; cit. Decr. de 15 de março de 1842, art. 15 § 12. 35

O filho familias, na pena de desherdação e privação de alimentos, a arbitrio do pae (1): (si é filha familias sómente soffre aquellas penas casando-se antes de completar vinte um annos); (2)

O menor de vinte um annos demittido do patrio poder, nas mesmas penas; (3)

Os menores, orphãos de pae, si o casamento é desigual, na de ficarem privados da administração de seus bens até completarem vinte annos; (4)

Os menores, filhos illegítimos, reconhecidos ou legitimados, na de desherdação e privação de alimentos. (5)

Nos casos acima enumerados, a perda do direito de pedir alimentos aos paes importa igualmente a perda do direito de pedil-os aos irmãos. (6)

(1) Cit. Assento de 9 de abril de 1772 § 2 n. 5; cit. Lei de 6 de outubro, § 4.

(2) Cit. Ass. *ibidem*, Ord. L. 4. T. 88 §§ 1, 2 e 3. Em relação á filha familias a pena de desherdação varia quanto á applicação e effectos, segundo as circumstancias occorrentes, nos termos da cit. Ord.

(3) Assent. cit. § 2, n. 5. O Ass. impõe a pena de desherdação e perda de alimentos a todos os filhos legítimos *menores* que se casam sem o consentimento do pae.

(4) Ord. L. 1º T. 88 § 19. E' a unica pena em que incorre o menor orphão de pae, que casa sem consentimento do tutor ou do juiz.

(5) Cit. Ass. § 3; lei de 6 de outubro, § 6.

(6) Cit. Ass. §§ 6 e 7

§ 28. *Proibição de celebrarem-se casamentos contra as leis do imperio*

Não é licito celebrar-se matrimonio, qualquer que seja a sua fórma, contra as leis do imperio.

A infracção de semelhantes leis faz incorrer em pena criminal o ecclesiastico ou o ministro que assiste ao acto. (1)

Assim que: incide na culpa notada o sacerdote que recebe em matrimonio os contrahentes, verificando-se qualquer das faltas seguintes :

1º Si não precedeu consentimento do pae ou tutor, nos casos em que é necessario ;

2º Si não foram feitas as denunciações do estylo, não tendo havido dispensa legal; (2)

3º Si existiam impedimentos dos que não são dispensaveis, ou que, o sendo, todavia não foram dispensados.

A clandestinidade importa violação da mais importante formalidade externa do casamento.

São d'uma natureza grave as consequencias que della resultam em relação á tranquillidade das familias.

(1) Art. 247 do Cod. Crim.; art. 56 do Decreto de 17 de abril de 1863; Avis. de 20 de julho de 1867.

(2) As denunciações podem ser feitas antes da apresentação do consentimento do pae; Decreto de 15 de maio de 1778, que revogou o Avis. Circular de 10 de janeiro de 1771. 36

Dahi provém que a lei pune com pena especial os que contrahem casamento clandestinamente. (1)

É, porém, de notar que a justiça criminal não pôde tomar conhecimento da clandestinidade antes della ser declarada pelo juizo competente. (2)

§ 29. *Dos casamentos celebrados fóra do imperio*

As questões relativas aos casamentos contrahidos fóra do imperio são resolvidas por principios differentes, segundo a relação de direito sob a qual são esses casamentos considerados.

1. A forma exterior é, no geral, regida pela lei do lugar, onde é o matrimonio contrahido: *lex loci regit actum*. (3)

2. As solemnidades internas (capacidade, impedimentos) e os effeitos civis são determinados pela lei do domicilio do marido. (4)

(1) Art. 248 do cit. Cod. Crim., o qual derogou a lei de 13 de novembro de 1651, na parte penal.

(2) Cit. Lei de 13 de novembro de 1651. Si o casamento é catholico ou mixto, é competente para julgar da clandestinidade o juiz ecclesiastico; si acatholico, o juiz de direito. Art. 9 Decret. de 17 de abril de 1863.

O juizo ecclesiastico, segundo o testemunho dos antigos escriptores, se recusou sempre a dar certidão do julgamento da clandestinidade.

(3) Felix, Droit International Privé, L. 2, T. 1, cap. 1, n. 73; Dr. Perdígão, Manual, nota 1431.

(4) Felix, loc. cit., ns. 88 e 90.

3. No que é relativo aos efeitos civis sobre os immoveis, a doutrina exposta soffre modificações causadas pela influencia da lei onde estão situados os immoveis: *lex loci rei sitæ*. (1)

O Direito Patrio, tal como o constituiram as disposições de leis recentes, a elaboração scientifica e a pratica de julgar, é, ácerca desta materia, o seguinte:

I. CASAMENTOS ENTRE ESTRANGEIROS CELEBRADOS FÓRA DO IMPERIO.— São recebidos como validos perante o nosso Direito os casamentos entre estrangeiros ou entre estrangeiro e brasileira contrahidos fóra do Imperio, comtanto que sejam celebrados, quanto á *fôrma*, segundo as leis e usos do logar (2), e quanto á *capacidade e impedimentos* conforme as leis do domicilio dos contrahentes. (3)

Os efeitos civis de taes casamentos em relação aos conjuges, aos filhos e aos bens, são determinados pelas leis do domicilio do marido ao tempo da celebração do acto. (4)

(1) Demangeat, nota a Felix, n. 90, pag. 194.

(2) Lei de 11 de novembro de 1861, art. 1, §§ 1 e 2; Felix, cit. n. 73.

(3) Lei de 1 de setembro de 1860, art. 1, § 1; cit. lei de 11 de setembro de 1861, art. 1 §§ 1 e 2: Decreto de 17 de abril de 1863, arts. 1 e 2. A capacidade para o casamento e os impedimentos pertencem á alçada do Estatuto Pessoal.

(4) Valasc. Consult. 138, n. 11: "Matrimonium transit uxorem ad originem mariti." Cabedo, Decis. 165 n. 3: "Quando enim

A mudança posterior de domicilio não altera em nada aquelles effeitos, fixados d'uma vez pela lei segundo a qual foi constituido o acto de que resultam. (1)

Pelo que diz respeito aos bens de raiz situados no Imperio, as disposições das leis estrangeiras recebem uma restricção e vem a ser:— que não podem ter execução na parte em que porventura importem alteração no systema de organização da propriedade consagrado pelo Direito Patrio. (2)

II. CASAMENTOS ENTRE BRASILEIROS CELEBRADOS FÓRA DO IMPERIO.— São recebidos como validos:

1º O casamento catholico e o mixto, entre brasileiros ou entre brasileiro e estrangeira, contrahidos em paiz estrangeiro, quando em sua celebração forem guardadas as solemnidades substanciaes, internas e

mulier contraxit matrimonium... censetur contraxisse secundum consuetudinem regni viri." P. Bueno, Direito Inter. Privad., n. 111 3º. B. Carn. L. 1, T. 13 § 127 n. 5.

(1) Felix, L. 2 n. 91; P. Bueno, Direito Int. n. 112; Dig. Port. P. II art. 270.

(2) Demangeat, nota ao n. 90 de Felix cit. pag. 195; B. Carneiro, L. 1 T. 2 § 27 n. 6 nota (a). Assim que si em contracto antenupcial se estipulasse em Portugal a instituição de um morgado no Imperio, semelhante clausula seria nulla, por contraria á lei que aboliu entre nós os morgados. As disposições, porém, das leis estrangeiras que regulam o direito dos conjuges sobre os bens, como as que regem o dote, a communhão, são exequiveis no Imperio.

externas, estabelecidas pela lei canonica aceita no Imperio. (1)

2º Os casamentos entre pessoas que não professam a religião catholica quando tiverem sido celebrados de conformidade com os ritos e prescripções das respectivas religiões. (2)

Os casamentos celebrados nos termos ditos produzem os mesmos effeitos civis que os casamentos contrahidos no Imperio.

§ 30. *Como se provam os casamentos*

I. CONTRAHIDOS NO IMPERIO.— O casamento catholico prova-se regularmente por certidão extrahida do livro ecclesiastico competente. (3)

(1) Savigny, Droit Rom. vol. 8 pag. 352; Demangeat, nota (a) ao n. 73 de Felix; Pimenta Bueno, n. 111. O Direito Patrio não aceita como validos o casamento catholico e o mixto sinão celebrados na fórma estabelecida pela Igreja Catholica. A lei reveste ácerca deste assumpto um caracter rigorosamente obrigatorio e não póde deixar de produzir o seu effeito em relação ás pessoas que, sendo domiciliadas no Imperio, se casam no estrangeiro. Assim o casamento civil contrahido por brasileiros em paiz onde tal fórma de casamento é permittida, não vale perante o nosso Direito. Vej. os arts. 171, 179 e 180 do Reg. 11 de junho de 1847.

(2) Lei de 11 de setembro de 1861, art. 1, § 1; Decreto de 17 de abril de 1863, arts. 1 e 2.

Cumpra notar que si o casamento fôr entre brasileiro e estrangeira, as condições de capacidade e os impedimentos quanto á mulher são regulados pela lei do domicilio della. P. Bueno, n. 111, 2.

(3) Ord. L. 3, T. 25 § 5; L. 4, T. 46 § 1; Concilio Trident. Sess. 24 de reformat. matr. cap. 1.

Na impossibilidade de obter-se a certidão, ou porque o assento não fosse feito em tempo, ou por se ter perdido o livro, aceitam-se como prova as certidões extrahidas dos assentamentos, posteriormente abertos em virtude de sentença proferida pelo juizo ecclesiastico em justificação perante elle dada, segundo os estylos dos bispados. (1)

Sem embargo, póde a prova ser feita por instrumento publico (2) e até pelo depoimento de testemunhas. (3)

Tem applicação ao casamento mixto a doutrina exposta.

O casamento acatholico não póde ser provado sinão por via de certidão extrahida do livro respectivo. (4)

Todavia, extraviado o livro do registro, é permitido aos interessados provarem o casamento pelos

(1) Lobão, Not. a Mello, L. 2, T. 6 § 2 n. 5. Veja-se o Decreto n. 3607 de 10 de fev. de 1866, art. 4, § 6.

(2) Cit. Ord. L. 3, T. 25 § 5.

(3) Silva, ad Ord. L. 3, T. 59, § 21; Thom. Valas. Allegation. 72, ns. 105 e 106; Lobão, Not. a Mello, loc. cit.

(4) Lei de 11 de setemb. de 1861, art. 1 § 3; Decreto de 17 de abril de 1863, art. 5 § 3. Os casamentos desta especie, celebrados no imperio antes da promulgação da citada lei de 11 de setemb. de 1861, provam-se pelas certidões passadas pelo ministro ou pastor, donde conste a celebração do acto religioso (Art. 9 § 2 da Lei, art. 4 do Decret.). Estas certidões podem ser lançadas no livro do registro na fôrma do art. 42 do Decreto.

meios admittidos em direito para supprir o desaparecimento de instrumentos publicos. (1)

I I.— CONTRAHIDOS ENTRE NACIONAES FÓRA DO IMPERIO — O casamento catholico e o mixto celebrados em paiz estrangeiro provam-se ou por certidão extrahida do livro competente do consulado (2), ou por certidão passada em fôrma legal pelo ecclesiastico que houver funcionado no acto e legalisada pelo consul. (3)

O casamento acatholico prova-se por documentos donde conste a sua celebração, passados na fôrma do rito ou leis do respectivo paiz. (4)

Si os ditos documentos forem registrados no Imperio nos livros competentes, as certidões que delles se extrahirem fazem prova em juizo. (5)

III.— CONTRAHIDOS ENTRE ESTRANGEIROS FÓRA DO IMPERIO — Os casamentos entre estrangeiros, celebrados fóra do imperio, provam-se por documentos

(1) Decreto de 17 de abril de 1863, art. 41; Ord. L. 3 T. 6o § 6; Pereira e Souza, Prim. Linh. not. 475. Este principio abrange até o caso em que a escriptura é da substancia do contracto. Valasc. Emphyt. q. 7 n. 38.

(2) Decreto de 11 de junho de 1847, art. 180.

(3) Cit. Decreto de 17 de abril de 1863, art. 2.

(4) Cit. Decreto *ibidem*.

(5) Cit. Decret., art. 42. 39

passados na fórma dos estylos ou leis do logar da celebração, authenticados pelo consul. (1)

§ 31. *Da nullidade do casamento*

I. Os casamentos catholicos e mixtos são actos em cuja geração não intervem o poder civil. Elle os recebe perfeitos e acabados das mãos da Igreja, e, tomando-os como factos consummados, lhes marca os effeitos juridicos na sociedade temporal. (§ 11)

Assim que: os casamentos catholicos e mixtos só são validos perante o Direito Patrio, quando o são segundo a lei canonica.

Deste presupposto resulta :

Que só o poder espirital é o competente para tomar conhecimento e julgar da nullidade de taes casamentos. (2)

Mas como o poder judiciario não pôde reconhecer os effeitos civis dos casamentos sem a prova de sua celebração, segue-se: que, supposto não lhe seja per-

(1) Cit. Decret., art. 2.

(2) Ord. L. 5 T. 19; Lei de 13 de novembro de 1651; Mello L. 1 T. 5, § 45; Avis. de 12 de setembro de 1835 e de 6 de abril de 1850.

mittido entrar na questão da validade, tem todavia competência para julgar da existencia do casamento, como facto de que resultam direitos sujeitos á sua alçada. (1)

II. O conhecimento e a decisão da nullidade dos casamentos entre pessoas, que não professam a religião catholica, compete ao juiz de direito do domicilio conjugal. (2)

III. A declaração de nullidade do casamento, qualquer que seja a sua fórmula, importa o aniquilamento de todos os seus effectos, tornando-o írrito e nullo

(1) Ord. L. 3 T. 25 § 5; L. 4 T. 46 § 1.

Si occorre no decurso de causa civil questão ácerca da validade do casamento, não é licito ao juiz secular, por força do principio exposto, decidil-a, mas deve referil-a ao poder espirital, suspenso no emtanto o andamento da acção. Valasc. Consult. 159. Remettem-se ao juizo ecclesiastico os proprios autos.

(2) Decreto de 17 de abril de 1863, art. 9 e seg.

A nullidade deve ser pedida por acção ordinaria, observando-se, no que fôr applicavel, a pratica seguida no fóro ecclesiastico.

Nomeia-se curador para defender a validade do casamento assim na primeira como na segunda instancia. Arts. 10, 11 e 12 do cit. Decreto.

A nullidade, si provém de impedimento publico, póde ser demandada: 1º, por qualquer dos conjuges; 2º, por quem tiver interesse na questão; 3º, pelo promotor publico da comarca; si de impedimento privado, só pelos conjuges ou seus representantes. Consistindo a nullidade em falta ou vicio de consentimento, o direito de allegar-a é privativo do conjuge em relação ao qual dá-se a falta ou o vicio. O direito de allegar a nullidade, resultante de impedimento privado, prescreve em tres annos. O conjuge menor, depois de completar vinte um annos, tem ainda o prazo de um anno para demandar a nullidade, proveniente da falta ou vicio de consentimento. Decret. cit. arts. 13, 14, 15 e 16.

desde a data da celebração. Diante da lei o casamento é havido como si nunca tivera existido: desfaz-se o poder marital e o patrio; reputam-se illegítimos os filhos; cada conjuge recupera os bens que trouxera para o casal. (1)

(1) Const. 4, C. de incestuos. et inutilib. nupt. (5. 5.); Const. 1. C. de nupt. ex rescript. pet. (5. 8); Lobão, Notas a Mello, L. 2 T. 8 § 7 n. 3.

“Eis que o matrimonio seja julgado nullo, cessa a communicação dos bens como si tivesse sido dissolvido por morte de um dos conjuges.” Digest. Port., P. II, art. 331. Ha evidente equivoco. Quando a communhão cessa por morte de um dos conjuges, o sobrevivente fica com *metade* dos bens, e a outra *metade* passa aos herdeiros do conjuge defunto. Si, porém, o casamento é annullado, cada conjuge separa-se, não com metade dos bens, mas com os bens com que entrara para o casal e com os lucros correspondentes. A doutrina de Corrêa Telles só procede quando o casamento annullado é declarado putativo.

TITULO QUINTO

Da dissolução da sociedade conjugal

§ 32. *Modos pelos quaes se dissolve a sociedade conjugal*

A sociedade conjugal termina:

1º Pela morte d'um dos conjuges;

2º Pela entrada d'um delles em religião approvada ou pelo recebimento de ordens sacras maiores, precedendo em ambos os casos o consentimento do outro conjuge; (1)

3º Pela sentença de nullidade que declara o casamento putativo; (2)

4º Pela sentença de divorcio perpetuo. (3)

O vinculo conjugal é perpetuamente indissolúvel e só se rompe pela morte d'um dos conjuges. (4)

(1) C. 22. C. 27. q. 2; C. 7. 8. 13. 18 X de convers. conjug. (3. 32); Riger, P. IV § 220; B. Carneiro, L. 1, T. 11, § 114, n. 7. Mont. Direito Eccles. § 1034.

(2) A sentença de nullidade, quando o casamento não é julgado *putativo*, torna-o írrito desde o momento da celebração; e pois uma tal sentença não se póde reputar *modo* de dissolução da sociedade conjugal: ella não dissolve, declara que a sociedade nunca existiu.

(3) Concilio Trident. Sess. 24 canon 8, de *sacram. matrim.*

(4) Concil. Trid., loc. cit. canon 7. 41

A entrada em religião approvada, o recebimento de ordens sacras maiores e o divorcio perpetuo não importam o rompimento do vinculo matrimonial, mas operam tão sómente a separação material dos conjuges e a dissolução da sociedade conjugal. (1)

§ 33. *Do casamento putativo*

Casamento *putativo* é o que, sendo nullo, foi todavia contrahido em boa fé por ambos os conjuges ou por um só delles.

Em attenção á boa fé dos conjuges, a lei protege a união e dá-lhe todos os effeitos civis do casamento valido até á sentença de declaração de nullidade. (2)

Assim pois, o casamento putativo dissolvido pela sentença de nullidade póde ser correctamente equiparado ao casamento valido dissolvido por morte d'um

(1) Veja adiante § 34.

(2) Fr. 57 § 1 D. de ritu nupt. (23. 2); Const. 4. C. de incestuos. et inutilib. nupt. (5. 5.) C. 8, 10, 14, X. qui fillii legitimi sint. (4. 17). Mello L. 2, T. 5, § 13 nota; B. Carneiro, L. 1 T. 11 § 113, n. 2.

Para que o casamento se considere putativo é mister que elle tenha sido contrahido pela manifestação do consentimento reciproco, embora faltasse alguma formalidade externa, como a presença de duas testemunhas. Omittidas todas as formalidades externas, a presumpção de má fé prevalece contra ambos os conjuges, e, pois, o casamento deixa de ser putativo. E' neste sentido que deve ser entendido o § 1 do cap. 1 X de clandestin. dispons. (4. 3). Veja Lobão, Notas a Mello, L. 2, T. 5, § 13, ns. 2 e 3.

dos conjuges. Ha entre um e outro identidade de effeitos. (1)

A validade do casamento putativo é, como a do casamento verdadeiro, *indivisivel*. Seria erro tomal-o como valido para certos effeitos e ao mesmo tempo como nullo para outros. (2)

Si um só dos conjuges andou de boa fé, o casamento é reputado putativo em relação a elle e aos filhos; prevalecendo, porém, a nullidade com todos os seus consecutarios pelo que respeita ao conjuge de má fé. (3)

Assim que :

1º O conjuge de boa fé póde pedir: que o casamento seja tido como absolutamente insubsistente; ou invocar em seu favor todos os effeitos que resultam do casamento verdadeiro, taes como a validade dos pactos antenuciaes, a communhão dos bens, o direito

(1) O Direito Romano fazia cessar os effeitos do casamento putativo desde o momento em que a causa da nullidade se revelava aos conjuges. Const. 4. C. de incestuos. et inutilib. nupt.

Neste ponto, porém, a disposição imperial tinha contra si razões ponderosas, (Mourlon, Repet. Ecrit. L. 1. T. 5, n. 699) e pois o *uso moderno* corrigiu-a no sentido declarado no texto. Guerr. Tract. 2, L. 6, cap. 1, ns. 19 e 20; Digest. Portug. Part. II, art. 332.

(2) Mourlon, Repet. Ecrit. L. 1. T. 5, n. 703.

A lei por *ficção* iguala o casamento putativo ao verdadeiro.

A *ficção legal* vale como a *realidade*, salvo as restricções impostas pela lei. *Tantum operatur fictio in casu ficto quantum veritas in casu vero*. Alteserre, de fictionibus, tract. I cap. II.

(3) Const. 4. C. de incestuos. et inutilib. nupt. (5. 5); C. 10. X. qui filii legitimi sint. (5. 5), Mello, L. 2, T. 5, § 13. 42

de succeder ao outro conjuge. (1) Não lhe é licito, porém, tomar o casamento como bom em parte, em parte nullo. (2)

2º O conjuge de má fé, pois que em relação a elle o casamento é nullo, fica privado da qualidade de esposo e consequentemente dos direitos que della derivam: não tem patrio poder, não succede aos filhos, nem ao conjuge de boa fé. (3)

3º Os filhos, visto como são considerados legitimos em relação a ambos os conjuges, succedem tambem ao conjuge de má fé e aos seus parentes como si o casamento fôra valido. (4)

§ 34. *Divorcio, suas causas*

O divorcio, no sentido em que o admite a Igreja Catholica, consiste na separação material dos con-

(1) Mourlon, cit. n. 703; Voet, L. 23, T. 2, n. 29; Digest. Port. P. II, art. 333.

A hypothese de poder um conjuge succeder ao outro (Ord. L. 4, T. 94) só pôde verificar-se quando o fallecimento do conjuge occorre antes do julgamento da nullidade; porquanto, cessando o casamento de existir da data da sentença, os conjuges deixam de ser taes um em frente do outro; e pois desaparece o fundamento da successão reciproca.

(2) Mourlon, cit. n. 703.

(3) Mourlon, cit. 703, n. 2.

(4) Mourlon, cit. 703; Lobão, Notas a Mello, L. 2, T. 5, § 13, n. 5.

judges, temporaria ou perpetua, sem o rompimento do vinculo matrimonial. (1)

Assim que, o conjuge divorciado não pôde passar a segundas nupcias, em vida do outro.

São causas do divorcio temporario: as suggestões criminosas de um conjuge ao outro; as sevicias graves; as insidias contra a vida. (2)

O divorcio perpetuo, regularmente, só pôde ser decretado em virtude de crime de adulterio commettido por um dos conjuges. (3)

O adulterio, porém, deixa de ser fundamento para o divorcio:

1º Quando é o resultado de violencia ou de erro escusavel; (4)

(1) Concil. Trident. Sess. 25 canon 8, de sacram. matrim.

A palavra divorcio é tomada em duas accepções. No sentido rigoroso (sentido do Direito Romano) significa a dissolução do casamento; no sentido do Direito Canonico exprime tão somente a separação dos conjuges *quoad thorum et habitationem*, sem rompimento do vinculo matrimonial.

As seitas dissidentes declaram falsa a doutrina da indissolubilidade do vinculo conjugal e permitem em varios casos o divorcio na accepção do Direito Romano. Walter, Droit. Eccless. § 316.

(2) C. 5, C. 28 q. 1. Cap. 2 X. de divort. (4. 19); C. 8. 13. X de restit. spoliat. (2. 12) A enfermidade nunca pôde ser motivo de divorcio. Walter, cit. § 314, not. (m).

(3) C. 4. C. 32, q. 4; C. 20. C. 32. q. 5.

Monte, Direit. Eccl. § 1035. Sustentam alguns canonistas que podem motivar o divorcio perpetuo sevicias graves, insidias á vida. Veja-se Monte, cit. § 1035.

(4) C. 7. C. 32. q. 5; C. 1. C. 34. q. 1. 48

2º Quando um dos conjuges concorreu directamente para que o outro o commettesse; (1)

3º Quando ambos os conjuges têm incorrido no mesmo crime; (2)

4º Quando um perdôa ao outro, expressa ou tacitamente. (3)

A acção para pedir em juizo o divorcio é privativa do conjuge innocente. (4)

O divorcio entre conjuges pertencentes ás seitas dissidentes é recebido pelo Direito Patrio, não como importando rompimento do vinculo matrimonial (5), mas tão somente com os effeitos, que produz o divorcio entre catholicos.

(1) C. 6. X de eo qui cognovit consang. (4. 13).

(2) C. 1. C. 32, q. 1.

(3) C. 25. X. de jurejur. (2. 24).

(4) Walter, § 314.

As causas de divorcio são da competencia do juizo ecclesiastico. Acerca do processo veja-se Monte. *Direit. Eccl.* L. 3, secç. 1. T. 2. cap. 2.

(5) Nem a lei de 11 de setembro de 1861, nem o decreto de 17 de abril de 1863 contém providencia alguma expressa ácerca do divorcio quanto ao casamento acatholico. Todavia de suas disposições (lei, art. 1, § 4; Decreto, art. 7) deduz-se a doutrina exposta no texto.

O Direito Canonico considera o casamento acatholico como impedimento para o casamento catholico. (*Benedict. XIV*, de synod. diocesana, L. 13, cap. 22; Walter § 313). A citada lei de 11 de set. de 1861 e o Decreto de 17 de abril de 1863 tornaram applicavel ao casamento acatholico a lei canonica que regula a materia dos impedimentos em relação ao casamento catholico.

Portanto segue-se que, diante da nossa lei, o divorcio no casamento acatholico não rompe o vinculo matrimonial.

§ 35. *Effeitos do divorcio*

O divorcio traz como effeito immediato a separação material dos conjuges. (1)

O conjuge innocente fica desligado da obrigação de viver conjuncta e inseparavelmente com o outro conjuge.

Mas um e outro podem a todo tempo reconciliar-se e restabelecer a vida commum. (2)

Dahi é que provém o dizer-se que a sentença de divorcio nunca passa em julgado. (3)

Na ordem *civil* o divorcio perpetuo produz a dissolução da sociedade conjugal. Em virtude d'elle, pois, cessa o poder mari 1; a mulher readquire a sua capacidade juridica (4); os bens se dividem e se partilham segundo o regimen que tiver sido adoptado, como si o casamento se dissolvesse por morte de um

Qual a autoridade competente para julgar as causas do divorcio em relação ao casamento acatholico? A cit. lei e decreto nada dizem a respeito. Deve-se, pois, entender que taes causas se hão de julgar segundo os usos e prescripções das religiões a que pertencem os conjuges.

(1) Concil. Trident. Ses. 24 cant. 8 de sacr. matr.

(2) Van-Espen P. II. Sect. 1. cap. 2, n. 23; Walter, § 314; B. Carneiro L. 1, T. 11, § 115, n. 23.

E' mister sentença do juizo ecclesiastico. B. Carneiro cit. 115, n. 19.

(3) B. Carneiro, loc. cit.

(4) Cod. Com. art. 1, § 4. 44

dos conjuges (1); os filhos continuam sob o poder do pai (2), mas a mãe é obrigada a criar de leite os de peito até a idade de tres annos. (3)

O divorcio temporario tem por unico effeito a separação material dos conjuges, por certo prazo, mas não importa dissolução da sociedade conjugal, a qual persevera com todos os seus effeitos: marido e mulher guardam sua posição juridica anterior. (4)

Mas enquanto perdura a separação, o marido é obrigado a prestar a mulher os alimentos, que, segundo as regras de direito, judicialmente lhe houverem sido arbitrados. (5)

(1) Guerr. T. 2, L. 6, cap. 8, ns. 37, 40, 50, 51, 68, 70, 81. Peg. Forens. 9, n. 354; Lobão Notas a Mello L. 2, T. 9, § 21, n. 9.

(2) Valasc. Consul. 192 ns. 10 e 11; Mello L. 2, T. 6, § 14 not. Os filhos são alimentados pelo pai, qualquer que tenha sido o regimen dos bens. Na falta do pai, ou por não poder ou por ter fallecido, seguem-se as regras de direito a respeito desta materia. Veja a Secç. 4.

(3) Ord. L. 4, T. 99; Assento de 9 de abril de 1772.

(4) Lob. Notas a Mello L. 2, T. 9, § 21, n. 9.

(5) Lob. Notas a Mello L. 2, T. 7, §§ 1 e 2, n. 10 *in fine*.

Emquanto pende a acção de divorcio, decretam-se á mulher alimentos provisionaes. Lob. Acções sum. §§ 264 e seguintes.

SECÇÃO SEGUNDA

EFFEITOS DO CASAMENTO

§ 36. *Enumeração dos efeitos do casamento*

Do casamento legalmente contrahido resultam extensos e numerosos efeitos.

Estes efeitos, uns por sua grande importancia tomam posição proeminente nos desenvolvimentos do Direito Civil, e outros, de menor alcance, sem occupar logar distincto e especial, entram na deducção dos assumptos á maneira que sua influencia se vai fazendo sentir.

Os efeitos mais importantes, e cuja theoria fará assumpto desta secção, podem ser naturalmente agrupados em tres categorias, dispostas assim:

- I. Relações de direito entre os conjuges;
- II. Relações de direito entre os conjuges quanto aos bens;
- III. Relações de direito entre os pais e os filhos legitimos.

CAPITULO PRIMEIRO

RELAÇÕES DE DIREITOS ENTRE O MARIDO E A MULHER;
PODER MARITAL E INCAPACIDADE DA MULHER

§ 37. *Direitos e deveres communs a ambos os conjuges*

Da natureza e do fim da sociedade conjugal derivam os direitos e os deveres reciprocos do marido e da mulher.

As relações que formam a têa da vida intima pertencem ao dominio da moral; o direito só intervem para regular e garantir aquelles deveres, cuja inobservancia, contrariando o fim do casamento, pôde occasionar graves perturbações.

Entre os direitos e os deveres communs a um e outro conjuge, a lei consagra os seguintes:

1º O direito de exigir um do outro fidelidade reciproca; (1)

(1) Cod. Crim. do Imperio, arts. 250 a 253.

A fidelidade deve ser guardada com perfeita igualdade por um e outro conjuge; e tal é a disposição do Direito Canonico. (C. 4 C. 32. q. 4).

E' innegavel comtudo que a infracção de um tal dever por parte da mulher reveste um character mais grave: 1º, porque ella, em razão do seu sexo e das idéas recebidas, é obrigada a maior recato e pois a sua falta fere mais pronunciadamente a moral e os costumes publicos; 2º, porque a sua infidelidade pôde dar logar ao

2º O direito de viverem em *commun*, conjuncta e inseparavelmente; (1)

3º O direito á mutua assistencia nas enfermidades e desgraças da vida. (2)

§ 38. *Poder marital (direitos particulares ao marido)*

Não poderia a sociedade conjugal subsistir regularmente si o poder de dirigir a familia e reger-lhe os bens não estivesse concentrado em um só dos conjuges. Sem esta criação surgiriam diariamente conflictos que, não achando solução prompta, entreteriam no seio da familia perpetua perturbação.

Desta necessidade resultou a formação do *poder marital*, cuja denominação provém de ter sido elle exclusivamente conferido ao marido, como o mais apto pelos predicados do seu sexo para exercel-o. (3)

nascimento de filhos adulteros e dest'arte introduzir no seio da familia elementos de perpetua luta e desordem. (Mourlon Repet. Ecrit. L. 1, T. 5, n.)

E' por isso que o nosso Codigo Crim., á imitação das legislações estrangeiras, estabelece para o adulterio da mulher pena mais severa do que para o do marido.

(1) Ord. L. 4. T. 94 e T. 95 pr.

(2) Fr. 22 § 7 Dig. de soluto matrim. (24. 3): Quid enim tam humanum quam est fortuitis casibus mulieris maritum vel uxorem viri participem esse? Cfr. Ord. L. 4, T. 88, § 14; T. 103, § 1.

(3) Ord. L. 4 T. 66 pr. verb. "*sob seu poder*" e em muitas outras passagens. 46

O marido figura na scena juridica debaixo de tres caracteres: como chefe da sociedade conjugal; como socio com direitos seus; e finalmente como representante da mulher em tudo que diz respeito aos direitos e interesses particulares della.

Ao marido, em virtude do poder marital, compete:

1º O direito de exigir obediencia da mulher, a qual é obrigada a moldar suas acções pela vontade delle em tudo que fôr honesto e justo; (1)

2º O direito de escolher e fixar o domicilio conjugal, no qual a mulher deve acompanhal-o; (2)

3º O direito de representar e defender a mulher nos actos judiciaes e extrajudiciaes; (3)

4º O direito de administrar os bens do casal, podendo dispor dos moveis livremente, dos immoveis com as restricções da lei; (4)

(1) Const. 8 § 2 C. de repud. et judic. (5. 13).

O marido não tem o direito de castigar a mulher. As disposições da Ord. L. 5. T. 36 § 1 e T. 95 § 4, que permittiam um tal uso, tão repugnante com a dignidade humana e com a civilização moderna, acham-se hoje derogadas pelo Codigo Criminal. (Veja art. 14 § 6 cit. codigo).

(2) Fr. 5 D. de ritu nupt. (23. 2); fr. 65 D. de judic. (5. 1) Valasc. Consult. 138 n. 11; Cab. P. I, Decis 165.

(3) Const. 21 C. de procuratorib. (2. 13) Ord. L. 4 T. 66. Lobão, Notas a Mello, L. 2, T. 8, § 19, n. 40.

(4) Direito consuetudinario antiquissimo, cuja existencia varias ord. presuppõem, como a do L. 4 T. 48, a do T. 64 e T. 66; Lobão Notas a Mello L. 2 T. 9 § 15, n. 4.

§ 39. *Limitações do poder marital*

Todavia, como a mulher não perde a sua personalidade jurídica e é, como socia, altamente interessada na conservação dos haveres do casal; a lei exige, como requisito essencial, a livre intervenção della em certos actos que reclamam maior ponderação, ou porque taes actos se referem a disposição de bens a que o direito ligou sempre grande importancia, ou porque envolvem compromissos que podem acarretar prejuizos sem contingencia de lucro.

Dahi resultam as seguintes disposições, que são outros tantos limites ao poder marital:

1º Qualquer que seja o regimen do casamento, sem o consentimento expresso da mulher (1), não póde o

(1) Ord. L. 4, T. 48. O consentimento deve ser por escriptura publica ou particular, segundo a especie de instrumento que o acto exigir.

A outhorga é necessaria, mesmo para os immoveis que são particulares do marido. Lob. Notas a Mello, L. 2 T. 8 § 18.

O consentimento dado posteriormente revalida o acto; Ord. cit. § 3 verb. "porque nelles está approvar o contracto." Barbosa ad Ord. cit. pr. ns. 22 e 26.

Ainda mesmo quando o immovel é dado em dote *venditionis causa* estimado, é necessaria a outhorga para a alienação. E é justamente ao dote consistente em immovel estimado *venditionis causa* que allude a Ord. nas palavras "por dote e arrhas", porquanto seriam inapplicaveis ao dote em immovel inestimado, visto como é inalienavel.

A prohibição da alienação sem outhorga da mulher comprehende todos os actos translativos do dominio e seus elementos, como: doação, dação *in solutum*, compromisso, transacções,

marido, sob pena de nullidade: vender ou alienar os bens de raiz e os direitos e acções que são por lei equiparados aos immoveis, taes como o dominio util, as rendas vitalicias, as perpetuas, etc. (1); nem tampouco litigar em juizo sobre semelhantes bens. (2)

Recusando a mulher dar a sua outhorga tanto em um como em outro caso, póde o marido recorrer ao juiz do lugar, ao qual, ouvidas as partes, compete denegar o consentimento pedido, ou suppril-o de sua autoridade, segundo se convencer da conveniencia ou inconveniencia do acto ou pleito. (3)

divisão, constituição de servidão, usufructo, emphytheuse, etc. Lob. Notas a Mello, L. 2 T. 8 § 16 n. 4 e seg.

Os immoveis de uma sociedade commercial podem ser alienados sem necessidade da outhorga das mulheres dos socios. A razão é porque os immoveis reputam-se pertencer á sociedade, entidade juridica distincta dos socios, e enquanto a sociedade existe, os socios só têm direito e acção para haver os rendimentos do capital. Consolidação das Leis Civis, not. (4) ao art. 119; Mourlon, Repet. Ecrit L. 3. T. 5 n. 54

(1) Ord. L. 4. T. 48 pr. e § 8; L. 3 T. 47 pr.

As apolices da divida publica não entram na classe dos immoveis. Veja-se no fim a Nota 11.

(2) Ord. L. 3 T. 47 pr. Para arguir a nullidade da arrematação de bens de raiz por não ter sido citada a mulher, não carece o marido de outhorga della. Lobão, Seg. Linhas, nota 101.

(1) Ord. L. 3, T. 47 § 5; T. 63, § 4; lei de 22 de setembro de 1828 art. 2, § 1; Guerreiro, Tract. 2, L. 6, cap. 2, ns. 82 e 83; Pereira. Decis. 123, n. 6; Lobão, Notas a Mello, L. 2, T. 8, § 16, n. 34.

Si a mulher é menor suppre o juiz de orphãos o consentimento. Reg. do Desemb. do Paço, § 93; Lei de 22 de setembro de 1828, art. 2, § 4; Reg. de 15 de março de 1842, art. 5, § 3.

2º Não vale a hypotheca constituída pelo marido sem a outhorga da mulher. (1)

Todavia, independentemente da outhorga, prevalece a hypotheca si é constituída em segurança de contractos pelos quaes o marido toma para si rendas publicas ou particulares, quer vitalicias quer temporarias, como foros, pensões, prestações annuas. (2)

3º A fiança prestada pelo marido sem consentimento da mulher não alcança a meiação della, nem os bens incommunicaveis que lhe pertencem. (3)

(1) Cod. Com. do Imp. art. 267; Lei de 24 de setembro de 1864, art. 2, § 4.

(2) Ord. L. 4, T. 6o. E isso mesmo... se não entenderá quando os maridos tomarem para si *nossas rendas* ou *outras de quaesquer outras pessoas e derem á fiança seus bens*. "Dar á fiança seus bens" quer dizer o mesmo que *hypothecar*.

As palavras da Ord. "*nossas rendas*" alludem á antiga pratica de transferir-se em hasta publica aos licitantes o direito de arrecadar certos impostos. (Vej. a carta de lei de 22 de dezemb. de 1761, T. 2, §§ 25 e seguintes.) Estas arrematações não eram na realidade sinão cessões de direitos e impostos. Consol. das L. C., nota (3) ao art. 134.

As palavras "*outras quaesquer (rendas) de outras pessoas*" comprehendem a cessão de rendas particulares, como são o censo, as prestações e os reditos annuos. Cumpre notar que a Ord. só falla da cessão de *rendas* e não do contracto de arrendamento da cousa ou objecto, como de uma casa. Repert. das Ords. vol. 1, pag. 365, nota (a).

(3) Ord. L. 4, T. 6o. A fiança, na hypothese figurada, só obriga a meiação do marido em moveis e não a meiação em bens de raiz; porque os bens de raiz, no todo ou em parte, não podem ser alienados sem outhorga da mulher:— prohibição que seria illudida si a fiança sem outhorga da mulher obrigasse a parte do marido nos immoveis. Repert., vol. 1, pag. 365, nota de Themudo.

Com outhorga da mulher a fiança obriga todos os bens do casal, sem que ella possa invocar o Velleano, Consolid. das Leis Civis, nota (2) ao art. 131.

Mas si fôr prestada em favor de alguém que contractou rendas publicas, obriga *todos os moveis* do casal, e tão sómente a metade do marido nos immoveis, ficando em salvo a metade correspondente da mulher e os seus bens incommunicaveis. (1)

4º Imputam-se na meiação do marido, depois de dissolvida o sociedade conjugal, as doações de causas *moveis* que elle fizer sem consentimento da mulher (2); salvo si taes doações forem modicas e em remuneração de serviços ou a titulo de esmola. (3)

É de notar que á mulher, sempre que as doações, incommunicaveis nos termos ditos, excederem a meiação do marido, assiste o direito de pedir aos donatarios a restituição do excesso. (4)

§ 40. *Direitos especiaes da mulher*

A posição de ente mais fraco e de companheira subordinada, que occupa a mulher na sociedade conjugal, dá-lhe certos direitos especiaes, os quaes têm

(1) Ord. L. 4, T. 6o verb. “E isto queremos.”

(2) Ord. L. 4, T. 64.

(3) A. cit. Ord. diz “doações immensas.” A qualificação da immodicidade da doação depende da proporção da doação com os haveres do casal.

(4) Ord. cit. verb. “Salvo si as ditas doações...” A mulher só póde desfazer a doação si excede a meiação do marido, e só pelo excesso.

por fim garantir-lhe interesses sagrados que se prendem intimamente á sua pessoa e dignidade.

Assim que assiste-lhe :

1. O direito de exigir do marido protecção para sua pessoa, honra e bens ; (1)

2. O direito de ser alimentada por elle, trouxesse ella, ou não, bens para a sociedade conjugal ; (2)

3. O direito de participar da consideração social, dos privilegios e das honras pessoases do marido, isto é, das que não andam ligadas ao exercicio dos cargos publicos ; (3)

4. O direito de reivindicar os bens de raiz alienados sem sua outhorga ; (4)

A acção para pedir a nullidade da alienação e reivindicar o immovel compete só á mulher, e na falta aos seus herdeiros (5). Todavia, precedendo au-

(1) Dahi provém que ao marido incumbe dar queixa e promover a accusação pelas offensas e injurias que forem commettidas contra a mulher. (Cod. do Process. Crim. art. 72) e requerer e intentar no civil as diligencias e acções competentes para conservar, fazer valer e reivindicar os direitos e bens que forem particulares della. Const. 21 Cod. de procuratorib. (2. 13).

(2) Fr. 20 § 2. D. famil. ersciscund. (10. 2) ; Valasc. Consult. 1, n. 4 ; Repert. das Ordd. vol. 3, pag. 601, nota (a).

(3) Ord. L. 1, T. 91, § 7 ; L. 2, T. 59, § 15 ; L. 3, T. 86, § 23, Const. do Imperio, art. 179, § 16.

Em relação ás viúvas e ainda sob o antigo regimen, observava Reinoso : Distinguendum est inter privilegia quæ competunt marito ratione nobilitatis et inter ea quæ competunt ratione officii et dignitatis illi annexæ. Observat. 3, n. 11.

(4) Ord. L. 4, T. 48, § 2.

(5) Ord. cit. § 3. 49

torização della, ou de seus herdeiros, a dita acção pôde ser intentada pelo marido. (1)

5. O direito de reaver as cousas moveis dadas ou alienadas pelo marido á sua concubina ou á mulher com quem tenha tido affeição carnal. (2)

A acção competente para este fim pôde ser proposta pela mulher, ainda estando ella sob o poder do marido, mas prescreve depois de quatro annos da data da separação dos conjuges por morte ou por outra qualquer maneira. (3)

Esta acção passa aos herdeiros da mulher, os quaes a poderão iniciar emquanto não se findar o prazo dos quatro annos. (4)

Mas, si já tiver começado a correr o prazo, os herdeiros só terão para intentar a acção o resto do tempo que ainda faltar para completal-o. (5)

(1) Ord. cit. *ibidem*.

(2) Ord. L. 4, T. 66. A mulher não é obrigada a restituir o preço pelo qual foi a cousa alienada. Ord. cit. pr. "sem por ella pagar preço algum."

A Ord. prohibe a venda pela presumpção juris et jure que ella envolve doação occulta.

A prohibição de doar á concubina não se estende aos actos de ultima vontade: 1º, porque ao tempo que taes actos produzem os effeitos, já está o casamento dissolvido pelo decesso do marido; 2º, porque dali não resulta prejuizo algum á mulher, visto como a meiação e os bens proprios do marido têm de passar em todo o caso aos herdeiros. Gama, Decis. n. 226; Barb. á Ord. cit. n. 3; Egidio, de Revel. honest., art 8, n. 11.

(3) Ord. L. 4, T. 66.

(4) Ord. cit.

(5) Nemo plus commodi heredibus relinquit quam ipse habuit. Paulo, L. 12, ad *Edictam*.

§ 41.— I.— *Da incapacidade da mulher casada*

O *poder marital* fórma-se pela deslocação de certos direitos da pessoa da mulher para a pessoa do marido.

Roubando-lhe a faculdade de governar-se a si mesma, de contractar e de dispor dos bens, e pondo-a em consequencia sob a direcção do marido, essa deslocação de direitos constitue a mulher em estado de incapacidade.

Assim d'um lado o poder marital e, em frente, como effeito, a incapacidade da mulher.

Creação da lei, a incapacidade da mulher não resulta de defeito natural: tanto que são capazes as viúvas e as solteiras emancipadas.

Uma semelhante incapacidade não é, pois, absoluta; antes soffre excepções, variando de grãos segundo o regimen do casamento e cessando accidentalmente para fins determinados.

E' dupla a incapacidade da mulher casada. "Em regra, sem autorisação do marido, qualquer que seja o regimen do casamento, não póde ella validamente praticar actos que tenham por fim gerar ou extinguir direitos ou obrigações, nem tampouco estar em juizo." (1)

(1) Pheb. Decis. 62, n. 5; Decis. 98, ns. 3 e 4; Cabedo, P. 1; Decis. 106, n. ultimo; Moraes, Execution, L. 2, cap. 20, n. 119. Lobão, Notas a Mello, L. 2, T. 8, § 18, n. 40. 60

§ 42.— II.— *Incapacidade quanto aos actos extra-judiciaes*

A mulher casada, sem autorização do marido, não póde :

1º Fazer doações, remittir dividas e desfazer contractos ; (1)

2º Alienar, por qualquer titulo, cousas moveis ou immoveis ; (2)

3º Constituir hypotheca, usufructo, servidões e quaesquer outros onus reaes ; (3)

4º Adquirir por titulo oneroso ou gratuito ; (4)

5º Aceitar ou repudiar herança ou legado ; (5)

A doutrina exposta não se acha expressamente consagrada em nenhum texto positivo do Direito Civil Patrio ; mas tem por fonte antiquissimos costumes, cuja observancia a lei escripta presuppõe em mais d'uma passagem, como por exemplo, a da Ord. L. 4, T. 66, nas palavras : “ E possa fazer della (da cousa reivindicada á concubina do marido) tudo o que lhe aprouver assi e tão perfeitamente *como si não fôra casada* ” ; Vej. o Codigo Com. no art. 1, § 4 e arts. 27, 28 e 29.

“ Ex receptissima generalique regni consuetudine mulier non potest esse in judicio tam circa immobilia quam mobilia absque mariti consensu. ” Egidio in L. Ex hoc jure, cap. 7, n. 57.

(1) Cabedo, P. I. Decis. 105, n. 4. Portugal, de Donationib. L. 1 proelud. 2, § 3, n. 103 ; Lobão, Notas a Mello, L. 2, T. 8, § 18, ns. 44 e 46.

(2) Veja o paragrapho antecedente, nota (1)

(3) Só póde hypothecar quem póde alienar. Lei de 24 de setembro de 1864, art. 2, § 4.

(4) Murlon, L. 1, T. 5, n. 768.

(5) Egid. in. L. Ex hoc jure, P. II, cap. 7, n. 29 ; Arouca L. 9 de stat. hom. n. 49. Não póde aceitar porque a aceitação da herança é um quasi-contracto ; si não póde aceitar, não póde tambem

6º Contrahir obrigações de qualquer especie; (1)

7º Exercer profissão de commerciante. (2)

Mas presume-se legalmente autorizada pelo marido:

Para comprar os objectos e miudezas que entram na classe das cousas necessarias á economia domestica, podendo para esse fim tomar dinheiro por emprestimo; (3)

Para fazer contractos e contrahir obrigações que forem connexas com a profissão que exerce de con-

repudiar, porque: "quód quis si velet habere non potest, id repudiare non potest." Fr. 174 D. de reg. jur. (50, 17).

(1) A prohibição, em virtude da qual a mulher casada, sem o consentimento do marido, não póde obrigar-se por contracto, não comprehende as obrigações que se formam por outra causa que não as *convenções*. Assim pois, é ella responsavel pelas obrigações que resultam de seus delictos, quasi-delictos e dos quasi-contractos que emanam de acto de terceiro e não da vontade della, como si em sua ausencia alguem tomou a gestão de seus bens. Marcadé ao art. 217 do Cod. Civil Franc.

Dissolvida a sociedade conjugal, é a mulher obrigada a cumprir a obrigação que contrahiu na constancia do matrimonio, sem consentimento do marido? Não, porque o contracto é nullo por falta de autorização do marido, e só póde valer si a mulher, depois de isenta do poder marital, o ratificar.

Subsiste, porém, para a mulher a *obrigação natural* de cumprir o contracto, visto como a sua incapacidade não é de direito absoluto.

Assim que a fiança prestada em garantia de um tal contracto é civilmente obligatoria. Arouca, á L. Stat. hom. n 49; Egid. in L. Ex. hoc. jure. P. II, cap. 7, n. 33.

(2) Cod. Com. art. 1, § 4; arts. 27 e 29. Veja-se a Nota III no fim.

(3) Lobão, Notas a Mello, L. 2, T. 8, § 59. Esta presumpção assenta em um factio real e constante:— a mulher ordinariamente é encarregada da economia domestica. 51

sentimento do marido, como quando é mestra-escola, parteira, actriz, directora de collegio; (1)

Para vender os bens que lhe foram doados ou deixados sob a condição de poder dispor livremente delles. (2)

§ 43.— III.— *Incapacidade de estar em juizo*

Comparecer em juizo para pedir o reconhecimento d'um direito ou para repellir uma pretensão injusta é um acto que presuppõe no sujeito a faculdade de funcionar livremente como agente de direitos. (3)

Dahi provém — que só podem estar em juizo os que são *capazes*.

Pelo facto do casamento a mulher cahe em estado de incapacidade.

Assim que :

“A mulher casada, em regra, não pôde, por autoridade propria, litigar em juizo, ou como autora ou

(1) Repert. das Ordd. vol. 2, pag. 237; “Tenetur tamen ad debita ex contractibus factis a muliere ratione *negotiationis et officii* quod de consensu viri exercet.” B. Carneiro, L. 1, T. 12, § 121, n. 13.

(2) Eg. in L. Ex hoc jur. P. II, cap. 7, n. 42; Pheb, Decis. 107. O consentimento do marido para a mulher aceitar a herança ou o legado contém virtualmente a autorização para poder ella cumprir a obrigação adjecta.

(3) Const. 1. C. de Bonis matern.; fr. 7, § 2, D. de jure delibe- rand. (28. 8): Est enim observandu mei cui alienatio interdicitur, permitti actionem exerceri: ita Labeo scribit”; Reinos. Obser. 28. n. 2; Pheb. Decis. 62, n. 5.

como ré, qualquer que seja a natureza da causa controvertida." (1)

Deste principio resulta que, casando-se a solteira ou a viuva que têm causa em juizo; o processo não pôde regularmente ir por diante, si a mulher não é autorizada pelo marido para continual-o. (2)

§ 44.— IV.— *Casos em que a autorização do marido pôde ser supprida pelo juiz*

E' possível que, ou por capricho ou por qualquer outro motivo infundado, recuse o marido a autorização de que a mulher ha mister para praticar em juizo ou fóra d'elle actos que importam aos seus interesses e mesmo aos do casal. Pôde ainda occorrer que esteja elle na impossibilidade physica ou moral de prestar a autorização solicitada.

Para obviar a estas difficuldades a lei permite á mulher recorrer ao juiz do domicilio conjugal, para

(1) Ord. L. 4, T. 66: "Mandamos que seja recebida em juizo a demandar esta causa *sem autoridade e procuração do marido*", excepção que confirma a regra. Pheb. Decis. n. 62, ns. 3 e 4; Arouca in L. 15 de Adoptionib. n. 8.

A nullidade proveniente de estar a mulher em juizo sem autorização do marido pôde ser sanada pelo consentimento d'elle dado posteriormente, emquanto não é allegada pela parte contraria. Silva, ad. Ord. L. 3, T. 47, pr. n. 19.

(2) A omissão desta formalidade acarreta a nullidade dos actos ulteriores; todavia uma tal nullidade não pôde ser invocada si a parte adversa não foi intimada do casamento, porque não é ella obrigada a saber que a mulher mudou de estado. 52

de sua autoridade supprir ou denegar o consentimento pedido. (1)

Assim pois, o consentimento negado pelo marido á mulher póde ser supprido pela justiça nos casos seguintes :

1º Para alienar os bens de raiz incommunicaveis, pertencentes a ella, provada a necessidade ou a utilidade da alienação ; (2)

2º Para tomar por empréstimo dinheiro destinado a tirar o marido da prisão, ou a salvar-o de qualquer pena grave ; (3)

3º Para promover as acções e diligencias tendentes a conservar, defender e reivindicar os bens e direitos do casal quando o marido deixa de fazel-o e não consente que ella o faça ; (4)

4º Para propor a acção competente afim de reaver os immoveis alienados sem outhorga sua ; (5)

(1) Egid, in L. Ex hoc jure, Part II, cap. 7, n. 56; Cabedo, P. I. Decis. 106, ns. 5 e 7. Esta doutrina, fundada em antiquissima pratica, acha-se consagrada na Ord. L. 3, T. 47, § 5 *in fine* e na do L. 4, T. 48, § 2, para os casos de que nos citados paragraphos se faz menção. E' competente o juiz municipal. Lei de 22 de setembro de 1828, art. 2, § 1.

(2) Egidio, loc. cit.

(3) Lobão, Notas a Mello, L. 2, T. 8, § 18, n. 61; B. Carneiro, L. 1, T. 12, § 21, n. 12.

(4) Ord. L. 3, T. 47, § 5 *in fine*; Silva, á mesma Ord. pr. n. 4; Lobão, loc. cit. n. 63.

(5) Ord. L. 4, T. 48, § 2; cit. lei de 22 de setembro de 1828, art. 2, § 1.

5º Para reivindicar o dote ou os bens particulares della, illegalmente alienados ou penhorados ou envolvidos na massa fallida do marido ; (1)

6º Para obstar, pelos meios convenientes, que venha a alcançar a sua meiação ou aos seus bens particulares a fiança prestada pelo marido sem consentimento della ; (2)

7º Para requerer a inscripção da hypotheca que lhe confere a lei, sobre immoveis do marido, pelo dote e pelos bens incommunicaveis ; (3)

8º Para alienar bens immoveis do casal na hypothese de necessidade absoluta para alimentar-se a si e aos filhos ou para evitar damno maior, quando ella é curadora do marido, ou administradora dos bens do casal por se achar o marido ausente em logar remoto e não sabido. (4)

§ 45.— V.— *Casos em que só o juiz é competente para dar a autorização*

Ha hypotheses em que o marido não póde conceder autorização á mulher para contractar ou estar

(1) Mello, L. 2, T. 9, § 14 ; B. Carneiro, L. 1, T. 15, § 145, n. 16 ; art. 874, n. 6 do Cod. Com.

(2) Pereira e Souza, Prim. Linh. nota 890.

(3) Lei de 24 de setembro de 1864, art. 3, § 1.

(4) Lobão, Notas a Mello, L. 2, T. 8, §§ 18 e 19, ns. 50 e 60 ; Accções Sum. § 638, n. 10. 53

em juizo, porque elle mesmo está inhibido de praticar taes actos. (1)

Nos ditos casos só o juiz é competente para dar á mulher o consentimento necessario. Estes casos são os seguintes:

1º Si o marido é menor de dezoito annos; (2)

2º Si é orphão menor de vinte annos, e casou-se sem licença do juiz, com mulher de condição e fortuna desiguaes; (3)

3º Si ainda não completou vinte annos e se trata da alienação de bens de raiz, embora houvesse casado com licença do juiz ou tivesse obtido carta de supplemento de idade. (4)

§ 46. *Casos em que a mulher pôde contractar e estar em juizo sem autorização do marido e do juiz*

A incapacidade da mulher casada é de direito civil e não de direito natural: o casamento não a reduz ao estado de incapacidade absoluta. (§ 41)

(1) Moraes, Execut. L. 2. cap. 20, n. 83; Qui non potest alienare, non potest alienationem consentire.

(2) Ord. L. 1, T. 88, § 27.

(3) Ord. cit., § 19.

(4) Ord. cit., § 28.

O juiz competente para dar a autorização nas hypotheses figuradas é o juiz de orphãos, porque á sua jurisdicção estão sujeitos os menores.

Ha, pois, casos e posições em que a lei, por motivos altamente ponderosos, lhe permite contractar e estar em juizo, independentemente de autorização do marido ou da justiça.

I.— Assim, sem necessidade d'uma ou d'outra autorização, póde ella :

1º Estando o marido em logar remoto e não sabido, contrahir dividas para alimentar-se a si e aos filhos, dispor das cousas moveis que forem de vender, fazer compras de manifesta utilidade ao casal e praticar em geral todos os actos de administração ; (1)

2º Praticar os actos de administração mencionados no numero antecedente, sendo curadora do marido por se achar elle interdicto por demencia ou prodigalidade ; (2)

3º Alienar e administrar os bens sobre os quaes nos pactos antenupciaes se reservou semelhante direito ; (3)

4º Dispor livremente dos bens que, por terem sido

(1) Ord. L. 1, T. 90 pr.: "não tiver mulher... que seus bens deva administrar." Guerr. T. 2, L. 6, cap. 2, n. 120; Lobão, Notas a Mello, L. 2, T. 8, § 19, n. 60; Acções Sum. § 638, n. 10.

Que é necessario decreto judicial: Cabedo, P. 1. Decis. 106, ns. 5 e 6; Reinos. Obser. 28, n. 20.

A autorização judicial é sempre necessaria para a venda de immoveis.

(2) Ord. L. 4, T. 103, §§ 1, 2, 3; Acções Sum. § 638, n. 1.

(3) Ord. L. 4, T. 46 pr.; Mello, L. 2, T. 9, § 2 e nota. 34

dados ou alienados pelo marido á concubina, ella houver reivindicado ; (1)

5º Doar para depois da morte e deixar por acto de ultima vontade a sua meiação e os bens que lhe pertencerem. (2)

II.— Independentemente das ditas autorizações pôde estar em juizo ;

1º Quando vive separada do marido por sentença de divorcio perpetuo ; (3)

2º Para reivindicar os bens doados ou alienados pelo marido á concubina ; (4)

3º Para propor as acções que não admittem demora, estando o marido ausente ; (5)

4º Quando é curadora do marido demente ou prodigo ; (6)

5º Quando tem de accionar o proprio marido, como por exemplo, para divorciar-se, para pedir o dote. (7)

(1) Ord. L. 4, T. 66.

(2) Fourgole, Testament. cap. 14, ns. 31 e 32 ; Dig. Port. P. II, art. 411.

(3) Mendes, P. I, L. 1, cap. 3, n. 13 ; Silva ad. Ord. 3 T. 47 pr. n. 11.

(4) Ord. L. 4, T. 66.

(5) Silva, Ord. L. 3, T. 47 pr. n. 18.

(6) Barbosa, ad. Ord. 4, T. 48, § 3, n. 8 ; Prim. Linh. nota 98.

(7) Silva, ad. Ord. L. 3, T. 3, pr. n. 25 ; B. Carneiro, L. 1, T. 12, § 125, n. 12.

§ 47. VII. — *Do tempo e modo em que deve ser dada a autorisação do marido*

A autorisação do marido é o facto que vae levantar a incapacidade da mulher casada e torna-a habil para contractar e estar em juizo; em regra deve, pois, ser dada antes ou ao tempo em que se consumma o acto.

Si o acto se faz sem autorisação, fica desde sua origem affectado de nullidade.

Todavia, como o vicio contrahido não provém de omissão de um requisito exigido como *forma* (pro forma), o consentimento posterior, expresso ou tacito (1), revalida o acto por força do principio de direito, segundo o qual a ratificação vale como o consentimento precedentemente dado. (2)

(1) Non tantum verbis *ratum* haberi potest, sed etiam *actu*.
Fr. 5 D. Rat. Rem. haber. (46.8)

(2) Alguns escriptores antigos consideravam a autorisação do marido como uma solemnidade exigida *pro forma* e pois concluíam que a omissão della feria o acto de nullidade radical e o collocava na impossibilidade de ser ratificado; porquanto, como é sabido, o vicio substancial de *forma* não póde ser sanado pela ratificação. (Mor. de Execut. L. 5, cap. 5, n. 16 verb. *Inde etiam*.)

E' sem duvida logica a conclusão, mas é falso o principio de que deriva.

A autorisação do marido, como já ficou demonstrado, não é sinão a intervenção de sua vontade para aperfeiçoar a deliberação da mulher; insufficiente para por si só gerar direitos e obrigações; — é um elemento moral que fundindo-se no consentimento da

A autorisação pôde ser expressa ou tacita.

A expressa é dada verbalmente, por escriptura publica ou por escripto particular, segundo a fórma determinada por lei para o acto. (1)

A tacita induz-se ou do concurso do marido no acto, como quando assigna o instrumento do contracto conjunctamente com a mulher (2), ou de factos delle emanados que não podem ter outra explicação sinão o seu consento, como quando pela sua parte exerce

mulher, completa-o e dá-lhe a integridade necessaria para produzir efeitos juridicos.

Evidentemente, pois, a acção de um principio moral que tem por fim suscitar a capacidade de contractar em um ente que estava della privado, não pôde confundir-se com os *caracteres e circumstancias* que a lei requer para imprimir ao acto uma certa *forma* sem a qual é reputado não existente. (*Forma dat esse rei.*)

O consentimento da mulher que contracta sem autorisação do marido entende-se perseverar emquanto ella não manifesta vontade em contrario. A superveniencia da autorisação do marido completa o consentimento da mulher subsistente e suprime consequentemente o vicio original do acto.

Esta é hoje a doutrina corrente ácerca deste assumpto. Voet. ad. Pandect. L. 23 tit. 2, n. 42; Lobão Not. a Mello, L. 2, T. 8, § 19, n. 56; Marcadé ao art. 225 do cod. civil franc.

(1) A autorisação, posto que extrinseca do acto, é todavia elemento essencial para sua validade; deve, portanto, revestir a fórma do contracto para o qual é dada, conforme a lei prescreve, escriptura publica ou particular. A verbal pôde ser provada por confissão da parte ou por testemunhas si o contracto, por não exceder a taxa da lei, admite este genero de prova. Lobão, loc. cit. n. 56; Mourlon, Repet. Escrit. L. 1, T. 5, n. 737.

(2) Repert. das Ord. Tom. 3, pag. 769 verb. Nulla é a venda... not. (d)

direitos ou cumpre obrigações resultantes do procedimento da mulher não autorizada. (1)

E' porém de notar que não importa consentimento tacito o simples silencio, desacompanhado de factos de significação positiva. (2)

§ 48.—VIII. *Dos effeitos da autorisação*

I. A RESPEITO DA MULHER.—O consentimento dado pelo marido, ou supprido de autoridade da justiça, tem por effeito fazer cessar a incapacidade da mulher casada como tal, afim de que possa ella validamente perfazer os actos a que allude a autorisação.

O effeito da autorisação não vae além dos termos que a restringem. Assim, a mulher casada autorizada a commerciar pôde regularmente contractar todo o genero de obrigações de natureza mercantil, mas não valem os actos della emanados que não forem connexos com a sua mercancia. (3)

(1) Lob. loc. cit. n. 56; Mor. de Execut. L. 5, cap. 5, n. 27 e seguintes.

(2) "Qui tacit non utique fatetur." Fr. 142 d. de reg. jur (50. 17) Moraes, loc. cit. n. 33.

A diuturnidade do silencio só pôde aproveitar para a validade do acto quando dura tanto quanto basta para a prescripção da acção de nullidade.

(3) Por excepção a mulher commerciante fica privada do beneficio do *Vellano* mesmo para "os casos que não são do commercio." Ass. de 2 de Dezembro de 1791, publicado em Avis. de fevereiro de 1793. O Cod. Com. art. 27 nas palavras: "sem que em *nenhum caso* possa allegar *beneficio algum* de direito" parece 86 confirmar aquella excepção.

Tudo que se não contém nos limites da autorisação cahe na prohibição geral, sob a qual normalmente vive a mulher casada.

A incapacidade, pois, subsiste sempre como regra; a autorisação é uma derogação do direito *commum*, a qual não póde ser ampliada além dos termos em que é concebida.

II. EMQUANTO AO MARIDO.— No regimen da communhão os proveitos e vantagens dos actos validamente praticados pela mulher aproveitam por igual ao marido; é, pois, de justiça rigorosa que por sua pessoa e bens participe da responsabilidade. (1)

Dahi o principio de que no dominio deste regimen os actos da mulher legalmente autorisada obrigam todos os bens do casal. (2)

(1) *Ex quâ personâ quis lucrum capiat, ejus factum prætare debt.* Fr. 143 D. de regul. jur. (50. 17)

(2) Até os bens particulares do marido: (Mourlon, *Repet. Ecrit.* L. 1. tit. 5 n. 810.) O Cod. Com. art. 27, 1ª parte, confirma este principio, ao qual fez uma excepção: segundo a disposição do citado artigo, os actos da mulher commerciante obrigam os bens proprios do marido, excepto quando os respectivos titulos são devidamente registrados. Convem notar: 1º, que a alludida disposição, especial ao commercio, prevalece ainda sendo o casamento dotal; 2º, que para obrigar os bens de raiz, é mister autorisação especial.

A autorisação supprida pela justiça produz em relação ao marido os mesmos effeitos que a que é por elle dada.

Não póde haver a menor duvida quando a autorisação é por estar o marido impossibilitado de dal-a. Nesta hypothose o magistrado representa o marido; a autorisação é então, no rigor da expressão, não *correctiva*, mas *suppletiva* da vontade marital.

Si o casamento, porém, foi contrahido com pacto exclusivo da communhão, não prevalece o mesmo principio, porque são outros os termos da questão: os lucros e augmentos trazidos pelos contractos da mulher não accrescem ao marido; seria, portanto, iniquidade tornal-o responsavel pelos onus resultantes. Assim pois, é de direito que—os actos da mulher nos regimens deste genero não obrigam os bens do marido, sinão os particulares della. (1)

§ 49. — IX. *Consequencias da falta de autorisação*

A falta de consentimento do marido, ou da autorisação supprida pela justiça, pois que deixa a mulher casada em sua incapacidade legal, induz a nullidade do acto. (2)

A questão surge quando a autorisação é correctiva da vontade do marido.

Não seria summa injustiça obrigar o marido pelos effeitos de um acto que elle reprovou e ao qual obstinadamente recusou o seu assenso? (Mourlon. Repet. Escrit. loc. cit. ns. 813 e 814.)

No terreno do nosso direito semelhante injustiça é difficil, sinão impossivel de verificar-se. A autorisação da justiça, tanto em relação aos actos judiciaes, como extra-judiciaes, em contradição á vontade do marido, só póde ser dada, ou quando se trata de actos que tão sómente alludem aos bens proprios da mulher, ou para actos que têm por fim defender os direitos e reivindicar os bens do casal. (§ 44) Taes actos não podem prejudicar ao marido.

(1) Ubi emolumentum, ibi et onus esse debet.

(2) Lobão Not. a Mello, L. 2. tit. 8, § 9, n. 40 *in fine*; B. Carneiro, L. 1. tit. 12, § 121, n. 3. 67

Esta nullidade não é absoluta (pleno jure) sinão *relativa*, tanto que póde ser sanada por via de ratificação. (1)

Por isso que é *relativa* não póde ser invocada sinão por aquelles em favor de cujos direitos foi ella estabelecida. (2)

Deste presuppuesto resulta que a acção para demandar semelhante nullidade compete tão sómente ao marido e a mulher, e na falta delles a seus herdeiros. (3)

Si, porém, o acto annullavel só é relativo aos bens proprios da mulher, é evidente que o direito de annullal-o não passa aos herdeiros do marido. Um tal acto não póde alcançar a herança em que succedem; elles, pois, não têm nenhum interesse em invalidal-o; para elles, a acção não teria objecto. (4)

(1) Lobão, Fasciculo, tom. 1. Dissert. 4, § 41, n. 7, App. Droit. Emphyt. § 98 nota; Mourlon, Rept. Escrit. L. 1. T. 5, n. 792.

(2) Lob. loc. cit.; Prim. Linh. nota; Barb. ad ord. L. 4, tit. 48, § 2, n. 3.

(3) Guerreiro, Forens. q. 50; Lob. Not. a Mello, L. 2, T. 8, § 19, n. 66.

Que a mulher póde annullar o proprio contracto que fez sem autorisação do marido ou da justiça, é fóra de toda a duvida. E' licito contravir o proprio acto, quando nullo. (Mor. de Execut. L. 2, cap. 18, n. 12 e cap. 19, n. 3.) O direito de invalidar o acto tende a resguardar interesses pecuniarios; é portanto essencialmente *hereditario* e como tal passa aos herdeiros da mulher.

(4) E' de si mesmo evidente. Quando, porém, o contracto feito pela mulher é daquelles que obrigam os bens communs, então a acção para annullal-o é transferivel aos herdeiros do marido, os quaes, si fossem privados della, ficariam desarmados para defender ou reaver seus direitos compromettidos pelo acto annullavel.

Desfeito o acto, repõe-se tudo no antigo estado: volta a coisa nullamente transferida, restitue-se o objecto ou valor recebido em troca. (1) Todavia, si do acto nenhum proveito resultou á mulher ou ao casal, e o terceiro com quem ella contractou estava de má fé, cessa a obrigação de restituir o objecto ou o preço correspondente. (2)

(1) Guerreiro e Lobão loc. cit.

(2) Eis as hypotheses a que allude a doutrina do periodo final do §:

1.^a Do contracto nullamente feito pela mulher resultou vantagem a ella ou ao casal; desfeito o contracto, estivesse a pessoa, com quem a mulher contractou, de boa ou má fé, lhe é sempre devida a restituição da coisa ou valor que deu em troca, porque a ninguem é licito enriquecer-se á custa alheia. Non convenit lucrare; alicuique cum damno alterius. Ord. L. 4. tit. 48, § 4 arg.

2.^a Do contracto não resultou vantagem á mulher ou ao casal i mas a pessoa com quem foi feito estava de boa fé (ignorava que a mulher fosse casada); a restituição lhe é devida, porque seria iniq. que, entrando em conflicto a má fé da mulher com a boa fé do terceiro, triumphasse a má fé.

3.^a Não veiu á mulher ou ao casal beneficio nenhum do contracto e o terceiro com quem contractou estava em má fé, isto é, sabia que a mulher era casada; a restituição não é devida (arg. da cit. Ord. § 6). Quod quis ex culpâ sua damnus sentit, non intelligitur damnus sentire.

CAPITULO SEGUNDO

RELAÇÃO ENTRE OS CONJUGES QUANTO AOS BENS

TITULO PRIMEIRO

Pactos antenupeciaes

§ 50. *Do regimen dos bens no casamento*

A communhão de vida (*individua vitæ consuetudo*) que o casamento estabelece entre a mulher e o marido não pôde deixar de exercer influencia directa sobre os bens que os conjuges trazem para o casal e sobre os que de futuro adquirem.

E' mister dar a esses bens uma constituição que os ponha em perfeita harmonia com a natureza e os fins da sociedade conjugal: — necessidade que determina um complexo de modificações importantes nos principios geraes que regulam o direito de propriedade.

Estas modificações formam uma collecção de regras que, supposto entendam directamente com a theoria dos direitos *reaes* e *pessoaes*, todavia, como consequencias immediatas do casamento, tomam logar nos quadros dos *Direitos de familia*. (1)

(1) Marezoll, Droit Privé des Romains, § 81.

As ditas *modificações* podem variar entre si dentro de uma certa latitude, sem contudo desdizerem dos fins da sociedade conjugal. Dahi a diversidade de regimens de bens, segundo os quaes póde ser contrahido o casamento.

A lei, pois que se trata do direito de propriedade, deixa aos esposos grande liberdade para regularem os seus interesses pecuniarios. E'-lhes permittido, não só escolherem o regimen que lhes aprouver, como ainda accrescentarem as clausulas que lhes parecerem convenientes (1); comtanto que não sejam ellas contrarias á natureza e aos fins do casamento e a certos principios que têm por fundamento razões de interesse publico. (2)

No estado actual do nosso direito ha tres especies cardeaes de regimens de bens no casamento, a saber :

1º O regimen da communhão universal; (3)

(1) Ord. L. 4 T. 46, pr. : " Salvo quando entre as partes *outra coisa* fôr *accordada*, porque então se guardará o que entre elles fôr *contractado*. T. 60, *in fine* : " Salvo si no contracto dotal, quando casaram fôra do costume do reino, *outra coisa* foi *contractada*. " T. 96 § 24, *in fine* : " E quanto aos que casarem por dote e arrhas, guardar-se-ha o que entre elles fôr *accordado*. "

(2) Const. 1. C. rei uxor. act. (5 13; Valasc. Consult. 135, n. 2; Lobão, Not. a Mello. L. 2; T. 9 § 25 n. 10, B. Carneiro, L. 1, T. 14, § 134, n. 1.

(3) Ord. L. 4 T. 46 pr.

2º O regimen da simples separação dos bens; (1)

3º E o regimen dotal. (2)

Podem os contrahentes escolher um destes regimens, ou modifical-os e combinal-os entre si, de modo a formar uma nova especie, como si por exemplo convencionam a separação de certos e determinados bens e a communhão de todos os mais. (3) Neste caso torna-se mixto o regimen e cada especie de bens é regulada pelos principios do regimen cardeal a que é sujeita. (4)

Os actos, pelos quaes os esposos fixam préviamente o regimen de bens segundo o qual querem casar-se, recebem indistinctamente as denominações de—*pactos antenupciaes, convenções matrimoniaes, ou pactos dotaes.*

§ 51. *Das pessoas que figuram nos pactos antenupciaes*

Os pactos antenupciaes celebram-se entre os dous esposos, mas muitas vezes toma parte nelles e as-

(1) Ord. cit. " Porque então se guardará o que entre elles fôr contractado. " Art. 3º § 2, da lei de 24 de setembro de 1864 verb. pelos contractos antenupciaes *exclusivos da communhão.*

(2) Ord. L. 4 T. 96 § 24.

(3) Ord. L. 4 T. 95 § 3: " E o que dito é não haverá logar nos casamentos feitos por cartas d'arrhas, salvo em aquelles bens em que por bem e virtude do contracto devem ser meeiros o marido e a mulher. " Cabedo, P. I. Decis. 185; n. 4; Consolid. das Leis Civis, nota (3) ao art. 88.

(4) Cit. ord. L. 4 T. 95 § 3; Pereira, Decis. 53, n. 12.

signa tambem o instrumento a pessoa, ascendente, collateral ou estranho, que faz doações subordinadas ao casamento. (1)

São capazes de estipular semelhantes pactos todas as pessoas que podem contrahir matrimonio.

Não podem, porém, fazel-o :

1º O interdicto por prodigalidade, sem o consentimento do seu curador e do juiz de orphãos. (2)

2º Os menores e os filhos familias, sem licença da pessoa ou da autoridade de cujo consentimento não mister para se casarem. (3)

Fôra absurdo que a lei denegasse aos prodigos, aos filhos familias e aos menores faculdade para livremente disporem de seus bens quando apenas se trata de interesses parciaes e temporarios, como são os que ordinariamente fazem objecto dos contractos, e ao mesmo tempo lhes permittisse disporem irrevogavel-

(1) Ord. L. 4 T. 46 pr. Lobão, Not. a Mello, L. 2 T. 8 § 8, ns. 3 e 4.

(2) Ord. L. 4 T. 103 § 6, verb. Mandará... aprégoar...

Não ha lei alguma que abra na incapacidade do prodigo uma excepção a respeito dos pactos antenupciaes. Vej. o Cod. Civil. fr. arts. 499 e 513 e Lastarria, Instituta de Direito Civil Chileno, L. 4 T. 5, § 1.

Si o prodigo se casa sem pacto antenupcial: do seu casamento (para o qual não ha necessidade de consentimento do curador) resulta a communhão por força da lei.

(3) Pegas, tom. 7 ad. Ord. L. 1, T. 87, § 28, n. 10; Lobão, Not. a Mello, L. 2, T. 8, § 8, n. 4. Cipr. lei de 6 de outubro de 1784.

Em contrario C. Telles, Theoria da interpretação das leis § 91.

mente em convenções matrimoniaes de toda sua fortuna.

§ 52. *Das formalidades externas dos pactos antenupciaes*

São nullos e, portanto, não produzem effeito algum, os pactos antenupciaes que não são celebrados por escriptura publica. (1)

A exigencia de escriptura publica como fórma substancial do acto é determinada pela necessidade de dar a maior firmeza e segurança a esses pactos, os quaes, pela importancia dos direitos que regulam, interessam profundamente a sociedade civil.

Que seria da irrevogabilidade das convenções matrimoniaes, si sua existencia legal dependesse, não d'um instrumento solemne cujo original permanece sob a guarda d'um official publico, mas d'um escripto particular, que as partes poderiam á vontade alterar ou supprimir?

Não são sujeitos á formalidade da insinuação os pactos antenupciaes, salvo si envolvem acto de liberalidade, como quando delles consta a doação feita

(1) Coelho da Rocha § 256; Consol. das Leis Civis, nota (1) do art. 88; Código Civil fr., art. 1394; C. Civ. Port., art. 1097.

A necessidade da escriptura publica resulta logicamente das disposições da lei de 6 de outubro de 1784.

por um terceiro para o casamento ou por um dos conjuges ao outro. (1)

Mas si é feita pelo pai ou pela mãe, a doação só deve ser insinuada na parte que excede a legitima e mais a taxa da lei. (2)

§ 53. *Da irrevogabilidade dos pactos antenuptiaes*

O regimen dos bens reputa-se definitivamente estabelecido depois de celebrado o casamento. (3)

E uma vez definitivamente estabelecido, não pôde mais ser alterado ou modificado. (4)

Esta salutar disposição legal é determinada por motivos os mais ponderosos. A pèrmissão de alterar o regimen dos bens na constancia do matrimonio, além de deixar os direitos do conjuge mais fraco e condescendente expostos aos perigos da seducção e da astucia do outro, collocaria os haveres do casal em um estado de incerteza incompativel com a estabilidade que por bem de interesses de ordem publica lhes é mister. (5)

(1) Ord. L. 4 T. 62 ; Lei de 25 de janeiro de 1775 e Assento de 21 de julho de 1797. Lobão. Fascic. tom. 1 Dissert. 3 § 29 ; Manual do Tabellião, § 142 not. 3 ; Consolid. das L. Civis, art. 417 § 1, not. (1)

(2) Cit. Assento de 21 de julho de 1797.

(3) Paul Setent. recept. L. 2, T. 2, § 12 : Sed ante nuptias data (dos) earum expectat adventum.

(4) Mourlon, Rep. Escrit. L. 3, T. 5, ns. 2 e 3.

(5) Mourlon, loc. cit.

E' outro principio de direito que, no silencio dos contrahentes, o regimen dos bens firma-se por força da lei. (1)

Sendo, pois, certo:

Que o regimen dos bens, uma vez definitivamente estabelecido, não póde ser alterado ;

Que no silencio das partes o regimen firma-se por força da lei ;

Segue-se :

1º Que os pactos antenupciaes não podem ser validamente feitos sinão antes da celebração do casamento. (2)

2º Que pelo facto do casamento se tornam irrevogaveis. (3)

§ 54. *Clausulas prohibidas nos pactos antenupciaes*

Não é permittido inserir nos pactos antenupciaes clausulas e estipulações que repugnem á natureza e aos fins do casamento, ou que sejam contrarias aos bons costumes e aos principios de direito que não podem ser alterados pela vontade das partes.

(1) Ord. L. 4, T. 46 pr.

(2) Consolidação das Leis Civis, nota (1) ao art. 88 ; Cod. Civil fr. art. 1394.

(3) Lob. Not. a Mello, L. 2, T. 9, § 25, n. 12 ; B. Carneiro, L. 1, T. 14 § 133, n. 7 ; Consolid. das Leis Civis, not. citada. A alteração no pacto antenupcial importaria mudança no regimen.

Assim que são prohibidas e reputadas como não escriptas as clausulas seguintes :

1º As que offendem o *poder marital*, como a que privasse o marido do direito de fixar o domicilio conjugal, ou de ser o cabeça de casal ; (1)

2º As que importam cerceamento do *poder patrio*, como a que tirasse ao marido o direito de corrigir os filhos, de dirigir-lhes a educação ; (2)

3º As que consagram quaesquer pactos successorios ou alteram de qualquer modo a ordem legal do direito de successão necessaria, quer em relação aos conjuges, quer em relação aos filhos que delles nascerem. (3)

A nullidade da *clausula prohibida* não acarreta a nullidade do pacto, mas tão sómente a das estipulações que são logicamente dependentes da *clausula nulla*. (4)

(1) Lobão, not. a Mello, L. 2, T. 9, § 25, n. 11 ; B. Carneiro, L. 1, T. 14, § 134, n. 3 ; Consolidação das L. Civis, nota (1) ao art. 88.

(2) Consolid. das Leis Civis, not. cit. ; Mourlon, Repet. Escrit. L. 3, T. 5, n. 16, 3º.

(3) Fr. 16 D. de suis et legitimis (38.16). Successionem esse juris publici quod pactis privatorum mutari nequit.

Mourlon, cit. L. 3, T. 5, n. 16, 7º.

No estado actual do nosso Direito são nullos todos os pactos successorios, ou *de succedendo* ou *de non succedendo*, ainda mesmo quando incluídos nas convenções matrimoniaes. Veja-se a nota IV no fim.

(4) Mourlon, cit. L. 3, T. 5, n. 17 ; Cod. Civil Port. art. 1103. Utile per inutile non vitiatur. 62

TITULO SEGUNDO**Do regimen da communhão universal de bens**§ 55. *Noção da communhão de bens*

Neste regimen tornam-se communs entre os conjuges os bens com que cada um entra para o casal e os que de futuro adquirem, por qualquer titulo—oneroso ou gratuito. (1)

Consiste a communhão em que todos os haveres do casal—moveis e immoveis, direitos e acções—permanecem *indivisos* na propriedade commum dos conjuges, a cada um dos quaes pertence *uma metade ideal*,

(1) O regimen da communhão universal de bens foi nos primeiros tempos da monarchia portugueza uma méra criação do direito consuetudinario, limitada a certos municipios. Em época posterior foi este costume consagrado em lei. (Ord. Aff. L. 4, T. 12, § 5.) As Ord. Manuelinas e depois as Philippinas generalisaram aquelle costume para todo o reino e dominios.

Ao dito costume allude a Ord. nas palavras: “casamento segundo o *costume do reino*. ” (Ord. L. 4 T. 46 pr.; T. 48 pr.; T. 60 e 65.)

Producto o mais notavel do direito costumeiro em Portugal, a communhão universal de bens constitue um typo original, de que não ha exemplo nas legislações de outros povos, á excepção da Hollanda, onde prevalece um regimen semelhante, postas de parte differenças accidentaes. Vej. a nota V, no fim.

intransmissível durante a existencia da sociedade conjugal. (1)

A communhão universal de bens, tal como a constituiram os costumes e as leis, é dominada dos principios seguintes:

1º Tudo o que entra para o acervo dos bens do casal fica, em regra, subordinado á lei da communhão. (2)

2º Tudo o que cada conjuge adquire, no mesmo momento em que se opera a aquisição, torna-se *communum*. (3)

3º Os conjuges são meeiros em todos os bens do casal, embora um delles nada trouxesse ou nada adquirisse na constancia do matrimonio. (4)

Da communicação dos bens deriva logicamente a communicação das dividas contrahidas no decurso da sociedade conjugal. (5)

(1) Valasc. Partition cap. 5; Cabedo, P. I. Decis. 183 n. 2. Segundo o costume attestado por antiguissima pratica consagrada em lei (Ord. L. 4. T. 46 pr. e § 3; Tit. 95 e 96) a communhão resultante do casamento é universal, isto é, abrange todos os bens, presentes e futuros, uma vez que sejam alienaveis. Mello; L. 2, T. 8 § 3, nota.

(2) Valasc. Consult. 103, n. 7; Gama, Decis. 314, n. 6.

(3) Valasc. Partition. cap. ns. 5, 9, 14 e 16.

O titulo, pelo qual cada um dos conjuges adquire, é ao mesmo tempo titulo de aquisição para a communhão, de modo que provar que o conjuge adquire, é provar que a coisa adquirida é *communum*.

(4) Valasc. cit. n. 14. E applicação á communhão de um principio que rege a sociedade universal.

(5) Ord. L. 4 T. 95 § 4. 63

Tal como é em sua natureza e effeitos a communhão é por certo o regimen que mais se coaduna com a índole da sociedade conjugal.

A communhão universal de bens reproduz no mundo material a identificação da vida e destinos dos conjuges e contribue poderosamente para fortifica-la e consolida-la, confundindo na mais perfeita igualdade os interesses de um e de outro.

§ 56. *Na falta de pacto em contrario prevalece o regimen da communhão*

O casamento reputa-se feito segundo o regimen da communhão universal de bens, desde que não é precedido de convenção que expressa ou tacitamente a exclua. (1)

Póde, todavia, o dito regimen ser expressamente estipulado (2), como quando os esposos declaram nos pactos antenupciaes que se casam *segundo o costume geral do Imperio* (3), ou por *carta de metade* (4), ou

(1) Ord. L. 4, T. 46: "Todos os casamentos feitos em nossos reinos e senhorios se entendem serem feitos por cartas de metade."
A communhão julga-se tacitamente excluida quando os contrahentes estipulam pactos incompativeis com ella. Lobão, Not. a Mello, L. 2, T. 8 § 8 ns. 5 e 10.

(2) Ord. L. 4, T. 95 § 3: "em que por bem e virtude do *contracto* devem ser meeiros."

(3) Ord. L. 4, T. 48 pr.; Tit. 65 pr.

(4) Ord. L. 4, Tit. 46 pr.; Tit. 95 § 4.

que querem ser *meeiros* (1), ou usam de quaesquer expressões que tenham a mesma significação. (2)

D'ahi provém que o regimen da communhão recebe a denominação de *legal* quando resulta simplesmente da lei (*ex potestate legis*), e de *convencional* quando tem por causa a convenção das partes. (3)

E pois que no silencio das partes o regimen da communhão, por uma justa preferencia da lei, entende-se o adoptado, vem elle a constituir nesta materia o *direito commum*, de que os outros regimens não são sinão derogações. (4)

E, pois, taes regimens, como excepções, carecem de ser claramente formulados, para que possam valer.

Donde resulta que, a não vigorarem por qualquer motivo os pactos antenupciaes exclusivos ou modificativos da communhão, como pelos não ter assignado um dos contrahentes ou por faltar-lhes alguma solemnidade substancial; reputa-se subsistente o regimen da communhão. (5)

(1) Ord. L. 4, T. 47, pr. ; Tit. 95 § 3.

(2) Ord. L. 4, Tit. 95 § 3.

(3) Boehm. Exercit. 70 § 16; Mello, L. 2, T. 8, § 3.

(4) Gama, Decis. 314 n. 6; Valasc. Consult. 103, ns. 7 e 8.

(5) Phebo, Decis. 169 ns. 19 a 21; Pegas, tom. 7 ad ordenat. l. 1, T. 87, § 4 n. 116; Lobão, Not. a Mello, cit. § 8 n. 4.

A communhão é um effeito do casamento que só pôde ser alterado por convenção das partes em contrario; mas si a convenção é nulla, é como si não existira: si não existe, prevalece effeito legal. 64

§ 57. *Requisito essencial*

A communhão, sendo estipulada em convenção antenupcial, entende-se começar a vigorar desde o momento em que o casamento é validamente contraído. (1)

Quando, porém, contrahido sem pacto, o casamento não induz a communhão sinão depois de consumado. (2)

A lei requer claramente a conjunção posterior ao casamento; contudo tem sido largamente controvertido si a copula anterior vale como a posterior para a communhão.

(1) As convenções matrimoniaes tornam-se definitivas e só produzem os seus effeitos depois de celebrado o casamento. *Omnis dotis promissio futuri matrimonii tacitam conditionem accipit.* Fr. 68 D. de jure dot. Não tendo a lei feito excepção relativamente ás convenções em que se estipula a communhão, segue-se que taes convenções entram na regra geral.

A Ord. L. 4 T. 46 § 1 só exige a consummação do matrimonio para o effeito da communhão *legal* e não para a convencional. Nem seria razoavel que a lei impuzesse ás convenções em que se estabelece a communhão — regimen a que dá manifesta preferencia — uma restricção que não existe para as convenções em que se estipulam os outros regimens.

(2) Ord. L. 4, T. 46 § 1º.

A communhão só póde resultar do casamento valido. Como ficou dito em logar competente, o nosso Direito Civil só recebe como validas tres especies de casamentos.

A disposição do § 2 da Ord. do L. 4. T. 46 tem suscitado no espirito dos interpretes graves duvidas. Ultimamente fez o Sr. A. Herculano um estudo vasto e profundo sobre a pratica a que allude o citado § 2.

A analogia, tirada da disposição de direito em virtude da qual o matrimonio subsequente, lavando a mancha das relações illicitas preexistentes, legitima a prole anteriormente havida, e a consideração de que os conjuges, si tivessem em vista excluir a communhão, fal-o-hiam em convenção antenupcial, tem sido motivo sufficiente para desvanecer o escrupulo que suggere a letra da lei.

Assim prevalece na pratica a opinião de que a conjuncção anterior preenche as vistas da lei para o effeito da communhão dos bens. (1)

Qualquer que seja o sentido daquelle paragrapho: contenha um pensamento intencional, ou seja o simples resultado d'uma inadvertencia dos compiladores das Philipinas (Lobão, Not. a Mello. L. 2, T. 8 § 4, n. 2) para nós a questão perdeu todo o interesse pratico: o alludido paragrapho acha-se revogado pela lei de 3 de novembro de 1827. A citada lei só deu effeitos civis ao casamento celebrado conforme o Concilio Tridentino e Constituição do Arcebisopado da Bahia. A recente lei de 1 de setembro de 186: só é applicavel aos casamentos entre membros das seitas disidentes. A especie de casamento a que allude o § 2 da Ord. L. 4, T. 46, não se acha, pois, incluída em nenhuma das referidas leis; portanto, não póde ser recebida como valida.

(1) Gama, Decis. 124; Guerreiro, Tract. 2, L. 6, cap. 1, ns. 99 e 100; Repert das Ordd. vol IV, pag. 428, nota (a).

Esta questão assume grande interesse nos casamentos celebrados *in articulo mortis*.

Cumpra notar que, segundo os codigos modernos, a communhão de bens opera-se independentemente da consummação do casamento. Cod. civil franc. art. 1.401 e seguintes; Cod. civil portuguez, art. 1.108 e seguintes.

No estado actual do Direito Canonico o casamento não depende da consummação para tornar-se perfeito e capaz de todos os seus effeitos. (Walt. Droit Eccl. § 293 n. 7 e § 301 n. 3.) 65

§ 58. *O casamento putativo induz a communhão*

O casamento *putativo* é equiparado ao casamento verdadeiro. (1)

Equiparando um ao outro, a lei não impoz, nem expressa, nem tacitamente, restricção alguma que limitasse os effeitos do putativo.

Dahi a consequencia de que o casamento putativo é capaz de todos os effeitos civis ligados ao casamento valido, e, portanto, de produzir a communhão universal de bens. (2)

§ 59. *Pactos modificativos do regimen da communhão*

Póde a communhão ser modificada por via de estipulações antenupciaes. (§ 50)

E' licito aos contrahentes fazel-a depender d'um evento incerto, restringil-a a bens certos e determinados, ou excluil-a de uma parte de sua fortuna. (3)

(1) Vej. § 33 acima.

(2) Entendem alguns escriptores o contrario, entre os quaes o illustre Mello Freire. (L. 2, T. 8 § 5.)

O § 1 da Ord. L. 4, T. 46 requer que o casamento seja valido para produzir a communhão; e nem podia ser d'outro modo porque seria absurdo dar effeito legal ao que é nullo; mas não é logico concluir d'ahi a exclusão do casamento putativo, que constitue uma especie particularissima e que por motivos ponderosos é equiparado ao valido; donde segue-se que o que a lei diz d'um, diz do outro. "Tantum operatur fictio in casu ficto, quantum veritas in caso vero." Alteserre, de fiction, Tract. 1, cap. 2.

(3) Ord. L. 4, Tit. 46 pr.; T. 95, § 3. Pereira, Decis. 53, n. 14; Lobão, Not. a Mello, L. 2, T. 9, § 25 n. 9.

Entre os pactos modificativos da communhão enumeram-se os seguintes :

1. O pacto de que serão incommunicaveis os bens si do matrimonio não houverem filhos. (1)

2º O pacto pelo qual convencionam a communicação dos adquiridos. Desta clausula induz-se a incommunicabilidade de todos os demais bens que não entram na classe dos adquiridos. (2)

3º O pacto em virtude do qual são excluidos da communhão certos bens designados, ou uma quota, como a terça parte. (3)

4º O pacto pelo qual a mulher renuncia ter parte nos *adquiridos*. Esta renuncia exime-a de responsabilidade pelas dividas do casal. (4)

(1) Guerr. Tract. 2, L. 7, cap. 5, ns. 10 e 11; Voet ad Pandect. L. 23 T. 4, n. 71; Lobão cit. T. 8, § 8, n. 8. Verificado o nascimento de filho ou filhos, opera-se a communhão.

A communhão, uma vez estabelecida pelo facto do casamento, não pôde ser renunciada, porque, depois de contrahido o matrimonio, não é licito alterar-se o regimen dos bens. Pheb. Decis. 169, n. 20.

Pôde-se subordinar a communhão á condição resolutiva? Sim, sem prejuizo de terceiros que tenham direitos a fazer valer contra o casal por dividas contrahidas no tempo em que prevalecia a communhão. Em contrario Mourlon L. 3, T. 5, n. 25.

(2) Voet. ad Pandect. L. 24, T. 4, n. 28; Lob. Not. a Mello. L. 2, T. 8, § 8, n. 10; Digest. Port. P. II. art. 215.

(3) Pereira, Decis. 53, n. 12; Lob. loc. cit. n. 6.

(4) Voet. ad Pandect. loc. cit. ns. 71 e 72; Valasc. Consult. 103, n. 25 *in fine*; Lobão cit. T. 9, § 25, n. 5.

Não é permittido a um dos conjuges renunciar, na constancia do matrimonio, os *adquiridos* em favor do outro, por importar alteração do regimen. Valasc. Consult. 103, n. 29. B. Carneiro, L. 1, T. 14, § 135, n. 9-66

§ 60. *Bens que se não communicam*

Ficam sujeitos á lei da communhão todos os bens que os conjuges trazem para o casal e os que de futuro adquirem. (§ 55) E' o principio dominante neste regimen.

Todavia desta regra são exceptuados certos bens e direitos, que por motivos especiaes deixam de communicar-se, a saber :

1º O direito, em virtude do qual um dos conjuges percebe tença, pensão, mercê ou renda semelhante. (1)

2º Os prazos perpetuos, tomados antes do casamento para filhos e descendentes (prazos familiares puros). (2)

(1) Lob. Not. a Mello, L. 2, T. 8, § 10, n. 8.

O direito que serve de titulo para a percepção de tenças ou de rendas semelhantes é inalienavel (Ord. L. 4, T. 65) e como tal incommunicavel. Mello, L. 2, T. 8, § 13, nota.

Assim, o conjuge pensionario, dissolvida a sociedade conjugal, conserva consigo o direito de perceber integralmente a tença ou pensão.

(2) Ord. L. 4, T. 96, § 24, verb. " Porém si no contracto de aforamento..."

Communicam-se, porém, os prazos hereditarios simples e os mixtos, havidos antes ou na constancia do casamento, bem como os *perpetuos familiares puros* (para filhos e descendentes) adquiridos na constancia do matrimonio. Ord. citada.

Não se communicam os prazos de vida comprados antes do casamento. Ord. L. 4, T. 95 § 1.

Não incluimos no texto as disposições relativas aos prazos de vida, porque nunca foram usados entre nós. Cons. das Leis (1) ao art. 609.

3º Os bens gravados de fidei-commisso (1) e o direito do herdeiro fidei-commissario antes de realisada a condição suspensiva. (2)

4º As doações, herança e legados a que o doador ou testador impoz a condição da incommunicabilidade. (3)

Communicam-se, porém, as novidades, os fructos e os rendimentos, provenientes dos ditos bens, percebidos ou vencidos na constancia do matrimonio. (4)

§ 61. *Comunicação das dividas*

Communicam-se todas as dividas contrahidas na constancia do matrimonio (§ 55) pelo marido, ou pelo

(1) Solano, Cogit. 1. ns. 87 e 88; Lobão, Notas a Mello, L. 2, T. 8, § 13, n. 22. A razão é porque a herança gravada de fidei-commisso é inalienavel, visto como tem de passar ao herdeiro fidei-commissario.

(2) Pegas, vol. 7, ad Ord. L. 1º, T. 87, § 4, n. 218; Lobão, loc. cit.

Variam as opiniões ácerca deste ponto. Reduz-se a questão a saber em que tempo se verifica para o fidei-commissario a aquisição da herança: — si ao tempo do fallecimento do testador; si ao tempo em que se realisa a condição suspensiva. Evidentemente a aquisição da herança verifica-se quando realisa-se a condição suspensiva, porque antes quem é o herdeiro, é o fiduciario: o fidei-commissario só tem a *espes juris*.

Assim pois, morrendo um dos conjuges antes de verificada a condição, o fidei-commisso não se póde reputar adquirido na constancia do matrimonio: portanto não se communica.

(3) Lei de 24 de setembro de 1864, art. 3, § 1; Cod. Com. art. 874, § 6; Guer., Tract. 2, L. 6, cap. 1, n. 159; Lobão, Notas a Mello, L. 2, T. 8, § 13, n. 24.

(4) Lobão, cit. n. 16. 67

marido conjunctamente com a mulher, ou pela mulher nos casos em que ella legalmente o póde fazer. (1)

Desta regra exceptuam-se:

1º A divida resultante de fiança prestada pelo marido sem outhorga da mulher; (2)

2º A que consiste em promessa, expressamente feita por um só dos conjuges, de constituir dote a filho ou filha; (3)

3º A que é originada de doação immodica de cousa movel, sem o consentimento da mulher e que não é feita em remuneração de serviços ou a titulo de esmola. (4)

(1) Vej. § 43 acima e seguintes.

(2) Ord. L. 4, T. 6o; Gama, Decis. 186. Moraes sustenta que, embora pela divida resultante da fiança prestada pelo marido em favor de arrematante das rendas publicas, fiquem sujeitos todos os bens do casal, salvo a metade da mulher em bens de raizes; todavia, dissolvido o matrimonio, o marido ou o seu herdeiro é obrigado a resarcir á mulher ou a seus successores o prejuizo causado pela execução. (Execut. L. 6, cap. 8, n. 59.)

Esta opinião é perfeitamente consentanea com a mente da Ord., que só sacrificou o interesse da mulher ao bem do fisco: portanto, pago o fisco, si o marido tem ainda bens, é de justiça que a mulher seja indemnizada.

(3) Pheb. Decis., 98, n. 11; Lobão, Not. a Mello, L. 2, T. 9 § 7, n. 4. Estando cumprida a promessa, o dote deve ser imputado á meiação do conjuge que o constituia.

No casamento por carta de metade, o dote, constituido a filho commum pelo pae, entende-se feito por ambos os conjuges. Ord. L. 4, T. 97, § 1. Todavia póde ser dado sómente pelo pae, ou pela mãe legalmente autorisada. Lobão, cit. n. 6. E' a esta hypothese que allude o nosso texto.

(4) Ord. L. 4, T. 64. Vej. § 39 n. 4, acima. Realisada a doação, o objecto doado é por conta da meiação do marido.

4º A que provém de delicto, jogos e, em geral, de actos reprovados. (1)

Todas estas dividas recahem sobre o conjuge que é autor dellas.

§ 62. *Não se communicam as dividas anteriores ao casamento*

No intuito de resalvar a um dos conjuges dos prejuizos que lhe acarretariam os compromissos com que o outro entrasse para o casal, a lei, derogando a um principio que rege as sociedades universaes (2), prescreve a incommunicabilidade das dividas passivas anteriores ao casamento, com a declaração expressa de que o conjuge não devedor não póde ser em tempo algum obrigado por ellas.

Assim que, por taes dividas não podem ser executados, enquanto dura o casamento, sinão os bens que o conjuge devedor trouxe para o casal e a sua meiação nos adquiridos depois de casado. (3)

A promessa de vender bens de raiz sem consentimento da mulher (B. Carneiro, L. 1, T. 12, § 120, n. 34) não constitue o marido em obrigação de cumpril-a por sua meiação, porque é nulla. (Ord. L. 4, T. 48.)

(1) Ord. L. 4, T. 46, § ult.; L. 5, T. 6, § 20. Valasc. Partition: cap. 24; Dobedo, P. I. Aretto 20; B. Carneiro cit., § 128, n. 21. Mello, L. 2, T. 8, § 17, nota.

(2) Nas sociedades universaes tornam-se communs as dividas dos socios, anteriores á sociedade. Pothier, Tract. des person. n. 37.

(3) Ord. L. 4, T. 95, § 468

Deste principio resulta que a divida anterior, paga na constancia do casamento, deve ser opportunamente imputada á meiação do conjuge devedor, pois de outro modo seria burlada a mente da lei. (1)

Dissolvido o matrimonio, semelhantes dividas, pois não são do casal, sinão pessoasas de um dos conjuges, continuam incommunicaveis e recahem sobre a meiação que cabe ao conjuge devedor ou a seus herdeiros. (2)

Póde, porém, acontecer que a meiação que tocou ao conjuge devedor ou a seus herdeiros seja insufficiente

Esta disposição não importa hypotheca, nem privilegio algum em favor dos credores sobre os bens do conjuge devedor. Pereira, Decis. 86, n. 3.

Dizem-se *adquiridos* os bens que se encontram no casal, deduzidos os que cada conjuge trouxe e as dividas communs. Valasc. Consult. 103, n. 34.

Entre os adquiridos comprehendem-se as heranças, legados e doações. Valasc. Consult. cit., n. 27.

Veja-se a Nota VII no fim.

(1) Vej. a Res. sobre Consulta do Desembargo do Paço de 31 de janeiro de 1684, citada por B. Carneiro. L. 1, T. 13, § 128, n. 13, nota (a).

(2) Valasc. Partition, cap. 23, n. 11: "Pari quoque modo deducuntur de parte seu *hereditate* mariti debita quæ maritus debet ante matrimonium, ut apertè cavetur in Ord. L. 4, T. 95, § 4." Não é esta a hypothese expressamente prevista no citado § 4 da Ord. L. 4, T. 95, o qual trata da execução por dividas anteriores, promovida emquanto dura o matrimonio.

A solução á questão dada no texto não é sinão a applicação do principio consagrado na Ord. : resguarda o direito dos credores e mantem a disposição — que o conjuge não devedor em tempo algum é obrigado pelas dividas anteriores. Moraes, de Execution. L. 6, cap. 8, n. 66, verb. executio, soluto matrimonio. . .

Veja-se no fim a Nota VII.

para pagar aos seus credores e que no entanto os bens que elle trouxe e a metade dos adquiridos excedam em valor a dita meiação. (1)

Nesta hypothese têm os credores o direito de obrigar o conjuge não devedor a contribuir para o pagamento das dividas na proporção da vantagem, que elle obteve por não terem sido anteriormente pagas pelos bens do devedor as ditas dividas. (2)

Comprehendem-se entre as dividas anteriores ao casamento todas as que resultam de uma *causa* ou *facto* preexistente, embora por dependerem de condição suspensiva, ou de prazo, ou por outro qualquer motivo, só se tornem exigiveis na constancia do matrimonio. (3)

Cessa a incommunicabilidade das dividas anteriores ao casamento :

(1) A hypothese é diversa da antecedente e verifica-se quando o conjuge devedor entra para o casal com uma somma de bens muito maior do que a que traz o conjuge não devedor.

(2) Moraes, Execution. L. 6, cap. 8, n. 66, verb. Tunc eatenus in ejus bonis... Cabedo, Decis. 131, n. 4 ; Digest. Port. P. II, art. 299.

(3) Lobão, Not. a Mello, L. 2, T. 8, § 15, n. 14 ; Cod. Civil Portuguez, art. I, III.

Não se communicam tambem os juro das dividas anteriores, vencidos na constancia do matrimonio, porque têm uma causa anterior. Portugal, de Donation. L. 3, cap. 26, n. 60 e seguinte refere um caso julgado. Contra seu costume, a opinião de Portugal a respeito é sustentada com argumentos solidos. Vej. Lob., cit. § 14, n. 12. 69

1º Quando vértem em beneficio commum dos conjuges ; (1)

2º Quando o outro conjuge expressamente se obriga por ellas ou consente no seu pagamento. (2)

§ 63. *Das segundas nupcias quanto á communhão*

Nas segundas nupcias, ainda havendo filhos do primeiro leito, communicam-se os bens presentes e futuros dos conjuges, da mesma fórma e nos mesmos termos que no primeiro matrimonio, salvo convenção em contrario. (3)

São, por conseguinte, applicaveis ao regimen dos bens no segundo matrimonio os principios que regem a communhão nas primeiras nupcias. (4)

(1) Moraes, Execution. L. 6, cap. 8, n. 54; Guerreiro, Tract. 2, L. 6, cap. 4, n. 23. Ex.: si a divida procede da compra de predio que entrou para o casal.

(2) Moraes cit., n. 55. A innovação na constancia do matrimonio, de divida anterior, não póde importar responsabilidade para o conjuge não devedor que não interveiu com seu consentimento; aliás a lei seria facilmente illudida. Lobão sustenta sem razão a opinião contraria. Notas a Mello, L. 2, T. 8, § 14. ns. 13 e 14.

(3) L. 4, T. 91, § 2: "nem haverá o segundo marido parte da propriedade delles." T. 105. Pheb. Part. I. Decis. 93, n. 8; Mello, L. 2, T. 8, § 11. Neste sentido tem sido a pratica constante de julgar, attestada por antigos e modernos escriptores.

Havendo filhos de ambos os matrimonios, por morte do pae ou mãe commum, os bens do fallecido se dividem por uns e outros filhos com igualdade, segundo as regras de direito. Mello, cit. nota.

(4) As disposições do Direito Romano, que restringiam os direitos dos conjuges nas segundas nupcias (Mackeldey, § 572) não

Todavía ha as excepções seguintes:

1.^a Não se communicam os bens herdados *ab intestato* pelo pae ou mãe binuba, de filho do primeiro matrimonio, provindos de herança paterna ou materna, existindo irmão ou irmã germanos do filho fallecido. (1)

2.^a Não corre por conta do casal, sinão pela meação do conjuge doador, o dote feito ou promettido a filho do primeiro matrimonio. (2)

3.^a São igualmente incommunicaveis as dividas provenientes de despesas com filhos do primeiro matrimonio, como por exemplo com alimentos. (3)

foram accitas pelo Direito Patrio. (B. Carneiro, L. 1, T. 17, § 155. n. 7.) Os que sustentam o contrario incorrem no erro declarado pela lei de 18 de agosto de 1769—de considerar o Direito Civil Patrio como simplesmente correctivo do Direito Romano.

As disposições contidas nos §§ 27, 28 e 29 da lei de 29 de setembro de 1769, analogas ao Direito Romano alludido, foram suspensas pela lei de 17 de julho de 1778.

(1) Ord. L. 4, T. 95, § 2. Taes bens não se communicam, porque a propriedade delles pertence aos irmãos do fallecido: communica-se, porém, o usufructo.

(2) Barbosa in leg. solut. matr. P. 4, n. 13; Phebo, P. 1, Decis. 115, ns. 35 e 36.

(3) Valasc. Consult. 118; Pereira, Decis. 55, n. 14; Guerr. Trat. 2, L. 6, cap. 5, n. 12. São dividas provenientes de obrigação anterior ao casamento e que evidentemente não são feitas em utilidade delle. 30

§ 64. *Do casamento de viuva quinquagenaria, com filhos, quanto á communhão*

A viuva quinquagenaria, que tem filhos ou descendentes, fica inhibida de dispôr das duas terças partes dos bens que possui ao tempo em que se ajusta casar e das duas terças dos bens que venha depois a adquirir por parte de seus ascendentes ou descendentes. (1)

Os ditos bens, de que não póde a viuva dispor, tornam-se inalienaveis nas mãos della, e portanto não se communicam. (2)

(1) Ord. L. 4, T. 105.

Diz a citada Ord. : "ao tempo em que se concertou de casar" portanto a prohibição de não poder a viuva quinquagenaria dispor das duas terças, subsiste desde do ajuste do casamento; aliás a disposição da Ord. seria facilmente burlada.

Si ao tempo que a quinquagenaria ajustou casamento, tinha filhos ou descendentes e estes falleceram antes de realizar-se o casamento, cessa de ter applicação o disposto na citada Ord., não só porque não se dá a razão da lei (protecção aos descendentes) como porque expressamente ella requer a existencia de filhos ou descendentes ao tempo do casamento: "quando alguma casar... tendo filhos..." E' de notar que na palavra descendentes comprehendem-se tambem os illegitimos, uma vez que sejam herdeiros necessarios da viuva.

Os descendentes podem requerer que a quinquagenaria faça inventario de seus bens. Repert. das Ordd. vol. 1, pag. 122, nota (b).

Tem-se entendido que cessa a disposição da citada Ord. L. 4, T. 105, si os descendentes renunciaram expressamente ao beneficio da lei. Barb. ad. Ord. cit. n. 8.

(2) Estão de accordo neste ponto todos os interpretes do nosso direito, á excepção de Pegas Forens. cap. 8, ns. 21 e 25.

Não se acham, porém, incluídos na restricção da lei, e são, pois, communicaveis, os bens seguintes :

1º A terça que a lei deixa á livre disposição da viuva ; (1)

2º Os fructos e rendimentos das duas terças incomunicaveis ; (2)

3º Os bens que a quinquagenaria, na constancia do matrimonio, houver por qualquer titulo, de outrem que não seus ascendentes ou descendentes ; (3)

4º Os bens que o marido da quinquagenaria trouxe para o casal e os que de futuro adquire. (4)

(1) Valasc. Consult. 103, n. 10 ; Cabedo, P. I, Decis. 114. Pheb. Decis. 93. Em contrario Mello, apoiado nas palavras seguintes da O d. : "e da terça poderá testar á sua vontade" L. 2 T. 8, § 12, nota.

Estas palavras não têm o sentido absoluto e litteral que lhes dá Mello. A phrase da Ord. é simplesmente *adversativa*; a Ord. diz "da terça poderá testar" em contraposição á idéa contida na proposição anterior, isto é, que a quinquagenaria não poderá testar das duas outras terças.

(2) B. Carneiro, L. 1, T. 17, § 158, n. 6.

(3) B. Carneiro, cit. § 158, n. 18.

(4) A disposição excepcional da Ord. L. 4. T. 105 não entende litteralmente com o marido da quinquagenaria, nem em relação a ella se dá a razão da lei. E demais uma disposição que importa restricção ao direito commum, não pôde ser ampliada por via de interpretação.

A regra dos correlativos (que aliás não é principio seguro de hermeneutica) não tem applicação ao caso, pois segundo os proprios glosadores, a dita regra cessa desde que é diversa a razão dos correlativos : *si correlativorum diversa sit ratio, diversa etiam debet esse juris dispositio.*

Si ao consorte da quinquagenaria não convem a communicação de seus bens, fica-lhe livre excluil-a por via de pacto ante-nupcial.

Egualmente não se comprehendem na restrição alludida, e ficam, em consequencia, sujeitos ás regras geraes ácerca da communhão, os bens da viuva quinquagenaria que não tinha descendentes ao tempo que se casou, embora tivesse ascendentes e collateraes. (1)

§ 65. *Do dominio, da posse e administração dos bens na communhão*

Na constancia do matrimonio permanecem os bens communs no dominio e posse do marido e da mulher. (2)

Este é um daquelles casos em que se verifica o condominio e a posse commum (*compossessio*).

Nenhum dos conjuges é proprietario exclusivo da totalidade dos bens do casal, mas cada um tem nelles uma *metade idéal* de que não póde dispor emquanto dura a sociedade conjugal. (3)

(1) Pheb. Décis. 93, n. 7; B. Carneiro, L. 1, T. 17 § 158, n. 13.

(2) A incapacidade da mulher casada é como a do menor; incapacidade de facto, importa inibição do *exercício*, mas não a *extinção* do direito.

... "A mulher fica na posse e cabeça de casal... o marido, por morte da mulher, *continúa na posse velha*, justa razão é que por morte do marido fosse provido a ella de *algum remedio*, o qual remedio é ficar em posse e cabeça de casal." Ord. L. 4, T. 96 pr.

Nas palavras transcriptas quer a Ord. dizer em substancia que por morte do marido a mulher readquire a capacidade, torna-se *cabeça de casal* e consequentemente fica habilitada para defender a posse, *exercendo* os remedios possessorios.

"Maritus atque uxor dicuntur *simul* bona possidere." Cabedo P. I. Decis. 106, n. 1; Digest. Port. P II. art. 319; Cod. Civil, Port. art. 1.117.

(3) Na constancia do matrimonio não póde um dos conjuges dispor do seu direito á meiação, alienando-o a um terceiro, porque

Mas, como a mulher, em se casando, cahe em *incapacidade*, o marido exerce em seu proprio nome e no della todos os actos de verdadeiro senhor e possuidor.

A elle, como cabeça do casal, compete a livre administração dos bens, não podendo, porém, dispor dos immoveis sem outhorga da mulher. (§ 38)

Por excepção, ha casos em que a mulher assume a administração do casal, como quando o marido se acha ausente ou quando elle lhe dá para isso autorização. (§ 41)

§ 66. *Dos modos pelos quaes se dissolve a communhão*

A communhão universal de bens, effeito do casamento, tem a sua razão de ser na sociedade conjugal.

Assim que: ella subsiste enquanto subsiste a sociedade conjugal; dissolve-se logo que se dissolve a sociedade conjugal.

Isto posto, segue-se que a communhão cessa :

1º Por morte de um dos conjuges ;

2º Pela entrada de um dos conjuges em religião approvada ; (1)

isto importaria dissolução da communhão em relação a elle : o que não está em sua vontade fazer. Póde, porém, deixar a sua meiação a quem lhe aprouver por acto de ultima vontade, não tendo herdeiro necessario.

(1) Lobão, Not. a Mello, L. 2, T. 8, § 7, n. 5; B. Carneiro, L. 1, T. 11, § 114, n. 7. Depois do casamento consummado não é licito a um dos conjuges professar em religião approvada sem consentimento do outro.

3º Pela sentença que annulla o casamento, declarando-o putativo; (1)

4º Pela partilha dos bens feita em virtude de sentença de divorcio perpetuo. (2)

§ 67. *Efeitos da cessação da communhão*

Dissolvida a sociedade conjugal, a communhão termina de direito, mas os bens conservam-se indivisos na posse do conjuge sobrevivente até que se ultime a partilha. (3)

(1) Lobão, Not. a Mello, L. 2, T. 8, § 7, n. 5; B. Carneiro, L. 1, T. 13, § 129, n. 1.

Veja-se o § 32.

Si o casamento não é putativo, a declaração da nullidade desfaz os seus efeitos desde o dia da celebração: não houve, portanto, communhão; cada conjuge recebe os bens com que entrou e os adquiridos na proporção destes. Vej. o § 31.

(2) P. Barbosa, in Leg. Solut. matrimonio, P. II, ns. 49, 55 e 56; Pheb. Decis. 72, ns. 2 e 3; Moraes, Execut. L. 6, cap. 1, n. 36; Gam. Decis. 357, n. 2; Lob. Not. a Mello, L. 2, T. 8, § 7.

A communhão tem por causa, não simplesmente o vinculo do matrimonio, mas a sociedade conjugal; tanto que do casamento ainda não consummado (rato) não resulta a communhão.

A sentença de divorcio perpetuo rompe a sociedade conjugal: marido e mulher ficam separados; cessa o poder marital.

Si, pois, o divorcio opéra a dissolução da sociedade conjugal, *ipso facto* põe fim á communhão.

Não tem fundamento em direito a opinião daquelles que sustentam que os bens adquiridos depois do divorcio pelo conjuge que lhe deu causa, communicam-se em beneficio do conjuge innocente. Uma semelhante doutrina importaria uma pena para o conjuge culpado, pena que não póde prevalecer, porque não ha lei que a commine. Mello, L. 2, T. 8, § 7.

(3) Ord. L. 4, T. 95, pr. A mulher só póde ficar em posse e cabeça de casal, tendo vivido conjunctamente com o marido "em casa teúda e manteúda". Ord. cit.

Ao conjuge que fica em posse e cabeça de casal, confere a lei os poderes necessarios para administrar, zelar e defender os bens pertencentes á communhão. (1)

Das mãos d'elle devem os herdeiros do conjuge defunto receber os seus quinhões, e os legatarios os legados. (2)

Não ficam, porém, na posse do conjuge sobrevivente, e devem ser immediatamente entregues aos herdeiros do outro conjuge, os bens incommunicaveis que lhe pertenciam (3). Todavia si nesses bens se praticaram bemfeitorias na constancia do casamento, o conjuge em posse e cabeça de casal tem direito a retel-os até que seja pago de metade do valor das ditas bemfeitorias. (4)

Si a communhão cessa por outro motivo que não a morte de um dos conjuges, continúa o marido na posse até que se conclua a partilha. (5)

(1) A exposição dos direitos e obrigações do cabeça de casal pertence á outra Divisão do Direito.

(2) Cit. Ord. L. 4, T. 95, pr.

(3) Cit. Ord. § 1.

(4) Cit. Ord. *ibidem*. As bemfeitorias operadas em bens incommunicaveis não se compensam com os fructos provenientes desses bens na constancia do matrimonio, porque taes fructos communicam-se; mas podem ser compensados com os fructos percebidos depois da morte do conjuge até á conclusão da partilha. B. Carneiro L. 1, T. 13, § 130, n. 13.

As bemfeitorias estimam-se pelo que valem ao tempo da substituição. B. Carneiro loc. cit. Sendo modicas, não dão direito á retenção. Ord. L. 4, T. 97, § 22, arg. Valasc. Consul. 111, n. 18.

(5) No caso de divorcio ou de ser o casamento declarado putativo.

Durante o tempo em que se conservam indivisos os bens do casal, communicam-se e entram em partilha as accessões sobrevindas e os fructos e os rendimentos, não por effeito da sociedade universal que já deixou de existir, sinão pelo principio que os augmentos e os productos da coisa *indivisa* pertencem aos comproprietarios na proporção do quinhão de cada um. (1)

Comprehendem-se tambem entre os bens sujeitos á partilha todos os lucros e ganhos acontecidos desde a dissolução da sociedade conjugal até findarem-se as partilhas, provenientes de causa anterior (2) e os adquiridos com as rendas e fructos dos bens communs, sendo comtudo permittido aos herdeiros chamar á conferencia a importancia das proprias rendas e fructos. (3)

E', porém, de notar que não se incluem na classe dos bens partilháveis os adquiridos no dito periodo pelo conjuge sobrevivente, a titulo gratuito, ou ainda oneroso sem o concurso dos capitaes communs.

Semelhantes acquisições, pois, se realizaram em tempo em que já estava dissolvida a sociedade uni-

(1) Ord. L. 4, T. 96, §§ 3, 7, 8; § 4, I de oblig. quæ ex contract. nasc. Fr. 16, § 4, fr. 17; fr. 25, § 16; fr. 29, 44 § 3 D. famil. ersciscumd.

(2) Arouca. Allegat. 24 n. 2, 4, 10; Lobão, Not. a Mello, L. 2, T. 8, § 7, n. 7.

(3) Ord. L. 4, T. 96, §§ 7 e 8, com certas distincções.

versal e não são consequencias do *pro indiviso* nem dependencia do monte partivel, constituem propriedade particular do acquirente. (1)

(1) Como por exemplo: os bens obtidos pela propria industria, as cousas doadas ou herdadas.

Valasco (Consult. 166) sustenta que se communicam os bens que o viuvo por industria propria adquiriu depois da morte do outro conjuge até a partilha, permanecendo elle na ignorancia deste acontecimento. 74

TITULO TERCEIRO

Do regimen da simples separação de bens

§ 68. *Natureza deste regimen*

E' licito aos esposos estipularem nas convenções antenuciaes o *pacto de separação de bens*.

Este pacto póde ser :

Expresso, como quando declaram as partes — que se querem casar com separação de bens, ou com exclusão da communhão ou que seus bens serão incommunicaveis ; (1)

Ou tacito, quando resulta virtualmente de clausulas incompativeis com a communhão, como é a de que

(1) O regimen da simples separação de bens acha-se autorizado pela Ord. L. 4, T. 46, pr., verb. "salvo quando entre as partes *outra cousa for accordada e contractada, porque então se guardará o que for entre elles contractado.*"

Dão delle noticia os antigos escriptores. Barb. Fr. Solutio matr. P. 4, n. 100; Pereira, Decis. 53, n. 14 ; M. Barbosa ad Ord. T. 46, pr., n. 3.

A lei de 24 de setembro de 1864, art. 3, § 1º, faz-lhe expressa allusão verb.: "pelos contractos antenuciaes *exclusivos da communhão.*"

cada um dos conjuges administrará seus bens e só responderá pelas dividas que contrahir. (1)

O pacto de simples separação de bens traz como consequencia a incommunicabilidade de todos os bens que cada um dos conjuges possui ao tempo do casamento; communicam-se, porém, os fructos e rendimentos delles provenientes (2) e os *adquiridos* na constancia do matrimonio, não havendo clausula expressa em contrario. (3)

O que caracteriza este regimen e constitue-lhe o typo, é a simples incommunicabilidade de bens.

Póde elle comtudo ser modificado pela adjuncção de clausulas que declarem communicaveis uma certa classe de bens, ou que dêem aos incommunicaveis a natureza de inalienaveis. (4)

§ 69. *Não se communicam as dividas*

No casamento com pacto de separação de bens não se communicam as dividas, ou fossem contra-

(1) Lob., Not a Mello, L. 3, T. 8, § 9, n. 5. Como no caso de clausula reversiva, de usufructo. Dig. Port. P. II, art. 212 e seguintes.

(2) Mello, L. 2, T. 8, § 10; Dig. Port. P. II, art. 224.

(3) Valasc. Consult. 103, n. 7; Gama, Decis, 314, n. 5: "Matrimonio enim contracto, omnia bona efficiuntur communia, exceptis is de quibus specialiter disponitur per contrahentes." Digest. Port. P. II, art. 222; Cod. Civil Port. art. 1.125.

Tal é o principio dominante do nosso direito: assim que si não ha *disposição especial* ácerca dos adquiridos, elles cahem sob a regra geral.

(4) Lob. cit., n. 10.

hidas antes ou na constancia delle. E' responsavel por ellas o conjuge que as trouxe ou que as contrahiu. (1)

Assim pois não são os bens da mulher obrigados pelos emprestimos do marido ou por quaesquer compromissos que tomasse, salvo :

1º Si se obrigou expressamente ; (2)

2º Si a divida verteu em vantagem della, como si o dinheiro proveniente fôra applicado á conservação ou ao melhoramento dos bens que lhe pertencem; (3)

3º Si foi em proveito de ambos, como para despezas communs, para compra e melhoramento dos adquiridos: hypotheses em que ella só responde por metade. (4)

§ 70. *Da natureza e condição dos bens*

O pacto de simples separação de bens não sujeita os bens dos conjuges a um nexo particular, subtrahindo-os á circulação. (5)

(1) A incommunicabilidade dos bens traz como consequencia a incommunicabilidade das dividas (Ord. L. 4, tit. 95, § 4, arg.)

(2) Si no regimen da communhão a mulher fica obrigada pela divida do marido anterior ao casamento, consentindo expressamente; não ha razão para que não prevaleça o mesmo principio no regimen da simples separação de bens. B. Carneiro, L. 1, § 136, n. 3.

(3) E' mister provar a versão em proveito della. B. Carneiro, loc. cit., n. 4.

(4) B. Carneiro, loc. cit., n. 5. Entram nesta classe as despezas feitas com o sustento do casal, com alugueis de casas, etc. Os adquiridos são sujeitos ao pagamento das dividas communicaveis. Dig. Port. P. II, art. 244.

(5) A inalienabilidade é privilegio dos immoveis dotaes inestimados ou estimados *taxationis causa*. Veja-se § 75, adiante. 76

O marido conserva a faculdade de dispor livremente de seus bens; precedendo outhorga da mulher quanto aos de raiz. (1)

Não lhe é permittido, porém, alienar os que são proprios da mulher sem consentimento della. (2)

A mulher, por isso que está subordinada ao poder marital, não póde dispor de seus bens, moveis ou immoveis, salvo nos casos exceptuados em direito. (3)

§ 71. *Administração, dominio e posse dos bens*

Ao marido como cabeça de casal compete, qualquer que seja o regimen do casamento, a administração de todos os bens do casal. (4)

Donde segue-se que no regimen da simples separação de bens, os que a mulher traz, e os que de futuro adquire, ficam sujeitos á administração do marido. (5)

Para segurança da restituição destes bens e das indemnisações por extravio, perda ou deteriorações,

(1) Ord. L. 4, tit. 48.

(2) Lob., Not. a Mello, L. 2, tit. 9, § 15, n. 7. B. Carneiro., L. 1, tit. 16, § 151, n. 4.

(3) Veja-se o § 41.

(4) Lob., Not. a Mello, L. 2, T. 9, § 15, n. 4.

(5) Na faculdade de administrar comprehende-se o direito de alienar as cousas que são de vender-se, como os fructos de predios rusticos, as madeiras de bosques destinadas ao córte, etc.

Neste regimen subsiste a incapacidade da mulher casada para alienar bens e contrahir dividas. Lob. cit.

tem a mulher hypotheca legal nos immoveis do marido. (1)

Sem embargo que de direito pertence ao marido administrar os bens do casal, podem validamente convencionar o pacto—que a mulher fique com a livre administração dos seus, independentemente de intervenção do marido. (2)

Tenha ou não a mulher a administração de seus bens, é fóra de toda duvida que o dominio e posse delles lhe pertence exclusivamente.

E, pois, praticando com relação a os ditos bens actos de senhor e possuidor, figura o marido na scena juridica, não em seu nome, mas em nome e como representante da mulher. (3)

§ 72. *Destino dos bens, dissolvida a sociedade conjugal*

Fallecendo um dos conjuges, continúa o sobrevivente na posse de seus bens; os que, porém, per-

(1) Lei de 24 de setembro de 1864 art. 3, § 1. A hypotheca não vale contra terceiro si os bens da mulher não houverem sido estimados no contracto antenupcial. Lei cit., art. 3, § 9.

(2) Lob., cit. § 25 n. 9. Nesta hypothese as dividas que a mulher contrahe, como as vendas que faz de moveis, valem independentemente de autorisação do marido. Quanto aos immoveis, não poderá alienar-os sem outhorga especial do marido. Consolid. das L. Civis (nota 2) ao art. 122.

(3) A mulher pelo facto do casamento, visto que não ha communhão, não transfere o dominio; portanto conserva-o. O marido não póde ter a posse, porque detem simplesmente os bens em nome da mulher, faltando-lhe a intenção de possuil-os como proprios. Esta é a realidade dos factos. 77

tenciam ao defunto, devem ser logo entregues aos seus herdeiros, para os quaes passa immediatamente a posse do autor da herança com todos os seus effeitos. (1)

Todavia poderão os ditos bens conservar-se em poder do viuvo, até que se façam as partilhas (2), si houve pacto de que o conjuge sobrevivente ficaria em posse e cabeça de casal. (3)

(1) Valasc. de Part. cap. 6, n. 35; Reper. tom. 3, pag. 451; B. Carneiro, L. 1, § 137, n. 1.

(2) Como se fazem as partilhas, quando o casamento não é conforme o costume do Imperio: veja-se Valasc., cit. cap. 23.

(3) Valasc., cit. cap. 6, n. 22: B. Carneiro, L. 1, § 139, n. 1, nota (a).

TITULO QUARTO

Do regimen dotal (1)

§ 73. *Noção de dote*

Dote, em sua significação rigorosamente juridica, é a porção de bens incommunicaveis, que a mulher, ou alguém por ella, transfere ao marido para com os fructos e rendimentos provenientes sustentar os onus do matrimonio, sob a clausula de restituição de taes bens, dissolvida a sociedade conjugal. (2)

Desta noção resulta que, para a composição da *essencia* do dote, entram como elementos : a incom-

(1) Ácerca dos dotes a legislação patria é quasi totalmente omissa. Temos apenas exparsas nas Ordenações e em leis antigas e modernas uma ou outra disposição isolada.

Rege a materia, como subsidiario, o Direito Romano, com as modificações trazidas pelo *uso moderno* e pela necessidade de accommodar as suas disposições ao espirito e ás peculiaridades do nosso Direito.

Foram estas modificações lentamente operadas pelos costumes, pela jurisprudencia dos tribunaes e pela elaboração scientifica do Direito.

Acham-se virtualmente revogadas entre nós pela Constituição Politica do Imperio, o Alvará de 14 de agosto de 1645 e as leis de 17 de agosto de 1761 e de 4 de fevereiro de 1765, as quaes estabeleciam prescripções especiaes ácerca de dotes, alfinetes e apanagios nos casamentos dos nobres.

(2) Fr. 2, pr. ; fr. 56, § 1 ; fr. 76 D. de jure dotium (23. 3.)

municabilidade dos bens dotaes ; a sujeição delles ao poder do marido ; a destinação dos fructos e rendimentos ás sustentações dos encargos do matrimonio ; e finalmente a clausula de restituição, á mulher ou a seus herdeiros, ou ao instituidor do dote. (1)

A reunião destes caracteres, creados pela convenção antenupcial, constitue *dotaes* os bens e os sujeita ás leis do *regimen dotal*.

O *dote*, segundo o espirito da legislação moderna, tem um duplo fim : — garantir á sociedade conjugal meios de satisfazer suas variadas necessidades, e assegurar a sorte da mulher para os dias da viuvez. (2)

§ 74. *Bens que podem ser dados em dote*

Um dos fins do dote é fornecer ao marido meios de sustentar os onus do matrimonio.

D'ahi a consequencia que podem ser objecto do dote bens de todo o genero.

Vulgarmente e ainda em linguagem juridica, no sentido lato, dá-se a denominação de *dote* aos bens que a mulher traz para o casal, qualquer que seja o regimen do casamento. Vej. Manual do do Tabellião § 136.

(1) Póde-se estipular, que premorrendo a mulher, lucre o marido o dote. Veja-se §79.

A inalienabilidade não constitue caracter essencial do dote. Os bens podem ser inalienaveis sem serem dotaes, e dotaes sem serem inalienaveis.

(2) Entre os Romanos o dote tinha por fim capital facilitar os casamentos : pelo que era muito favorecido do Direito. (Fr. 7, de jure dot. ; fr. 1 D. solut. matrim.) *Virgo illocabilis* chamava Plauto á que não tinha dote.

Podem, pois, ser dados em dote :

1º Cousas moveis ou immoveis, ainda litigiosas (1), apolices da divida publica, tenças, pensões, acções de companhias commerciaes ; (2)

2º Direitos reaes, como o dominio util (3), o usufructo (4), a renuncia d'um direito real em favor do marido ; (5)

3º Direitos pessoaes, como um credito contra terceiro (6), a renuncia d'um credito de que é devedor o proprio marido ; (7)

(1) Ord. L. 4 T. 10 § 11.

(2) Lobão, Not. a Mello, L. 2 T. 9 § 11, n. 3 ; Digest. Portug. P. II, arts. 96 e 101.

(3) Ord. L. 4 T. 38 pr. Da disposição desta Ord. vê-se que o emphiteuse não pôde ser dado em dote sem prévia notificação do senhorio directo, não de certo para exercer o direito de prelação, impraticavel na hypothese (Valasc. Consult. 113) mas para reconhecer o novo emphiteuta e declarar si tem justo motivo para não aceitar-o. Cabedo, P I, Decis. 104, n. 2.

Entendem a citada Ord. de modo vario os nossos antigos escriptores, fazendo uns e outros, segundo seu costume, distincções que a letra terminante do texto repelle. Gam. Descis. 116, 242 e 244 ; Valasc. Consult. 113 ; Cabedo, P. I. Decis. 103 e 104.

(4) Fr. 4 § 2 ; fr. 66, D. de jure dot. (23, 3).

Quando o dote consiste em usufructo, pensão, tença ; o que é objecto do dote é o direito e não os fructos e rendimentos, que, como os de quaesquer outros bens dados em dote, são destinados á sustentação dos encargos do matrimonio. Cit. fr. 7 § 2 : Putare se jus ipsum in dote esse, non fructus qui percipiuntur.

(5) Fr. 78 e 57, D. de jure dot. Verifica-se esta hypothese, quando, sendo do marido a propriedade da cousa, a mulher, a quem pertence o usufructo, lhe faz delle cessão, a titulo de dote. Si cum haberet mulier fructum, viro cujus erat proprietas usufructum cessit.

(6) Const. 2. C. de obligat. et act. (4. 10).

(7) Fr. 12 § 2 ; fr. 41 § 2, D. de jure dot. (23. 3).

4º A renuncia, em favor do marido, de um direito deferido, como uma successão. (1)

O dote póde consistir em um objecto singular, como um predio; em uma porção de bens, como a legitima materna da mulher; e ainda em uma universalidade de bens, como quando a mulher constitue em dote todos os bens que possui ao tempo do casamento (2) ou a herança que para esse fim lhe fôra deixada. (3)

§ 75. *Estimação do dote*

O dote que não consiste em dinheiro ou em coisa de quantidade, póde ser dado ao marido com ou sem a declaração de seu valor monetario; no primeiro caso se diz *dote estimado* · no segundo, *dote inestimado* (4).

(1) Fr. 14 § 3, D. de fund. dot. (23. 5): Si substituto viro omiserit hereditatem vel legatum: erit fundus dotalis.

(2) Fr. 72 pr. D. de jure dot.; Const. 4 C. de jure dot. (5.12): Nulla lege prohibitum est universa bona in dotem fæminam dare. Neste caso o dote entende-se constituido, deduzidas as despezas pelas quaes não fica o marido pessoalmente obrigado. Cit. fr. 72.

(3) Fr. 13 § 10, D. de heredit. petition. (5.3.) O marido, posto na hypothese figurada, possui *pro dote*, é reputado successor da mulher na herança e póde ser demandado pelas dividas que a oneram até a concorrente quantia.

(4) Fr. 10 pr. D. de jure dot. (23.3); Makeldey, Droit Romain, § 554.

Tambem se divide o dote em *profectio adventicio*. Na linguagem do nosso Direito dote *profectio* é o que é constituido pelo pae, pela mãe, ou pelos avós da mulher: *adventicio* é o que não é profecticio, isto é, o que é feito pela propria mulher ou por terceiro.

A estimação tem ordinariamente por fim fixar o valor dos bens (*dos taxationis causa aestimata*), já para se saber em quanto monta o dote, já para determinar-se com precisão e segurança a indemnisação que o marido será obrigado a prestar si os bens perecerem ou se deteriorarem por culpa sua. (1)

Todavia pôde a estimação importar alienação dos bens ao marido (*dos venditionis causa aestimata*): o que acontece, ou quando vem declaração expressa nesse sentido, ou quando do contexto da escriptura se deprehende que essa é a tenção das partes.

Os interpretes do Direito Civil accumulam regras para se saber quando a estimação importa venda ou simples fixação de valor. (2)

São diferentes e importantes os effeitos resul-

Segundo o Direito Romano, dote profecticio, era tão somente o que provinha do pae ou do avô paterno da mulher. Fr. 5 D. de jure dot. (23.3)

(1) Por Direito Romano a simples estimação, sem declaração em contrario, importava venda. Fr. 4 e 5 § 10 D. de jure dot.; Const. 5. 10 C. de jure dot.

O uso moderno, porém, tem corrigido a disposição do Direito Romano, fazendo prevalecer justamente o principio contrario: que a estimação, sem declaração em contrario, não vale venda, sinão simples taxação de valor. Brunem. ad. Const. 5. C. de jure dot.; Manual do Tabellião § 140, nota; B. Carneiro, L. I, T. 15, § 148, ns. 1 e 2 nota (a).

Segundo o cod. civil fr., não havendo estipulação em contrario, a estimação dos immoveis não importa venda. Arts. 1.551 e 1.552.

(2) Bagn. cap. 22; Voet. ad. Pandect. L. 23, T. 3, n. 19; Brun. loc. cit.

tantes da estimação, segundo ella significa venda ou mera taxação de valor. (1)

Por evitar duvidas, pois, aconselha a prudencia que no instrumento dotal se declare expressamente a intenção com que é feita a estimação.

§ 76. *Por quem pôde ser constituido o dote?*

Póde o dote ser constituido pela propria noiva, pelo pai, pela mãe, pelos avós (2) ou por um terceiro estranho. (3)

Ha certas peculiaridades do dote, que variam segundo a pessoa que o constitue.

E são as seguintes :

1º O dote feito pela propria mulher pôde abranger todos os seus bens, ou sómente parte delles (4) : tanto em uma como em outra hypothese reputa-se o dote consistente nos bens que restam, deduzidas as dívidas ; (5)

2º O dote promettido ou dado pelo pai ou pela mãe, existindo outros filhos, não pôde exceder a legi-

(1) Veja-se o § 83.

(2) Nem o pai e mãe, nem os avós maternos ou paternos, são, segundo o nosso Direito, obrigados a dotar a filha ou neta. Veja-se a nota VIII no fim.

(3) Fr. 5 pr. e § 1 ; fr. 72 ; fr. 5, §§ 9, 11, 14, D. de jure dot. (23.3).

(4) Const. 4. C. de jure dot. (5. 12).

(5) Fr. 72, D. de jure dot. ; Cabedo, Part. 1, Decis. 177 n. 2.

tima e terça do dotador. (1) Na parte em que vai além das forças da legitima e terça, é inofficioso: a dotada, portanto, fica obrigada a restituir o excesso; (2)

3º O dote constituído pelo pai ou pela mãe, não havendo declaração em contrario, é considerado adiantamento de legitima, devendo ser completado pela terça no que exceder a legitima; (3)

4º Quando o dote é dado pelo pai conjunctamente com a mãe, entende-se que cada um delles contribue com metade, qualquer que seja o regimen do casamento; (4)

5º Quando pai e mãe são casados por carta de metade, o dote em moveis dado pelo marido é considerado divida commum (5). Si o dote consiste em immoveis, não pôde ser dado sem consentimento da mulher; (6)

6º Nos regimens exclusivos da communhão o dote dado por um só dos conjuges sahe de seus bens e não dos do outro conjuge; (7)

(1) Ord. L. 4, T. 97, § 3.

(2) Ord. cit.; Cabedo, P. I, Decis. 108, n. 4.

(3) Ord. cit. verb. "Porque as terças..." Digest. Port. Part. II, art. 88; Cod. Civil Port. art. 1.147.

(4) Ord. L. 4, T. 97 pr.; Valasc. Consult. 127; B. Carneiro, L. 1, T. 15, § 139, ns. 17 e 21.

(5) B. Carneiro, cit. § 139, n. 18.

(6) Ord. L. 4, T. 48; Lobão, Not. a Mello, L. 2, T. 9, § 7, n. 5. Qualquer que seja o regimen do casamento.

(7) Porque nestes regimens o marido não pôde dispor dos bens pertencentes á mulher (§ acima). 31

7º A mulher, por isso que vive sob o poder marital, não póde, qualquer que seja o regimen de seu casamento, constituir dote á filha sem autorisação do marido, salvo em bens que, segundo convenção antenupcial, ficaram á sua livre disposição; (1)

8º O dote feito pelos avós, paternos ou maternos, entra na classe das doações dos ascendentes aos descendentes e portanto deve vir á collação nos mesmos casos em que á ella são sujeitas taes doações; (2)

9º O dote constituído por terceiro é uma mera liberalidade, de estranho em favor do casamento, e como tal fica subordinado aos principios geraes de direito que regem as *doações*. (3)

§ 77. *Do contracto dotal; suas formalidades*

O dote é constituído por *acto entre vivos* (4). Este acto, quando nelle intervem uma terceira pessoa, encerra em si dous contractos: um entre a mulher e o

(1) Phebo, Decis. 96, n. 1 e sequint.; Decis 98, 180, n. 2; B. Carneiro, cit. § 139, n. 25.

(2) Ord. L. 4, T. 97, § 21; Gama, Decis. 34.

(3) Mourlon, Repet. Escrit. L. 3, T. 5, n. 340.

Assim não póde o dotador doar todos os seus bens; o dote é revogavel pela superveniencia de filho, etc.

(4) Segundo o Direito Romano podia o dote ser constituído por acto de ultima vontade: o que acontecia, ou quando, sendo algum objecto legado á mulher *dotis nomine*, ella o dava ao marido em dote; ou quando o objecto era directamente legado ao marido como dote. Neste ultimo caso a constituição do dote baseava-se no proprio legado. (Makeldey, § 555, ns. 1 e 2.)

dotador, outro entre a mulher e o marido; mas é sempre da mulher que se reputa provirem os direitos do marido. (1)

Pois que é um perfeito contracto, o acto constitutivo do dote vem a entrar na classe das convenções matrimoniaes, de que fórma a especie mais usual, e é como tal sujeito ás regras que fixam as formalidades de semelhantes convenções.

Donde segue-se:

1. Que a convenção dotal ha mister ser reduzida á escriptura publica, sob pena de não valer; (2)
2. Que, sob a mesma pena de nullidade, deve ser celebrada antes do casamento; (3)
3. Que não póde ser modificada na constancia do matrimonio. (4)

Segundo o nosso Direito o dote é sempre constituido por contracto. Si uma cousa é deixada á mulher *nomine dotis*, ou directamente ao marido; nem por isso ha dote, si não si lavra, antes do casamento, a respectiva escriptura.

(1) Mourlon, Repet. Escrit. L. 3, T. 5, n. Guer. Tract. 2, L. 7, cap. 5, n. 1. Assim, o dote quando constituido pelo pai ou pela mãe, vem á collação: o que não aconteceria si o dote fosse directamente constituido ao marido. (Ord. L. 4, T. 97, pr.)

(2) Pela antiga legislação o dote podia ser feito por escriptura publica ou particular, segundo o seu valor excedia ou não a taxa da lei. Assento de 21 de julho de 1536 e Ord. L. 3, T. 59 pr. O citado Assento vem nos *Estilos de Costa*, pag. 124.

Hoje a escriptura publica é de substancia do acto. Veja-se § 52. (3) Guer. Tract. 2, L. 7, cap. 16, n. 13; Lob. Notas a Mello, L. 2, T. 8, § 8, n. 3; Dig. Port. P. II, art. 79; Cod. Civil, Fr. art. 1.394; Cod. Civil Portuguez, art. 1.096.

(4) Vej. § 53; Cod. Civil Port. art. 1.105. Não póde, pois, o dote ser augmentado ou diminuido na constancia do matrimonio, salvo por accessão. 82

O dote é uma liberalidade em favor da mulher; portanto, em regra, sem insinuação, não vale além da taxa da lei. (1)

Por não importarem verdadeira doação, são isentos de insinuação:

1. O dote constituído pela própria mulher com seus bens ou com bens que para esse fim lhe foram deixados; (2)

2. O dote feito pelo pai ou pela mãe, com tanto que não exceda a legitima e mais a taxa da lei; (3)

3. O dote dado pelos avós, quando não é tirado da terça. (4)

§ 78. *O dote não se presume*

Não só por subordinar os bens a um nexo particular como por importar derogação do direito commum, deve o dote ser constituído expressamente, ou em termos de que se induza a intenção positiva das

(1) Ord. L. 4, T. 62; Lei de 25 de janeiro de 1775 e Assento de 21 de julho de 1797.

A taxa da lei é de 360\$000, sendo o dote constituído por varão; de 180\$000 sendo por mulher. Ord. L. 4, T. 62 e Alv. de 16 de set. de 1814.

(2) Mello, L. 2, T. 9, § 20.

(3) Cit. Ass. de 21 de julho de 1797. No caso figurado o dote não é sinão um adiantamento de legitima.

Quando o dote consiste em prazos e é por conta da terça, só fica sujeito á insinuação quando o usufructo é logo transferido. Cit. Ass.

(4) Cit. Ass. (arg.)

partes de sujeitarem os bens designados na escriptura ao regimen dotal. (1)

Assim que: a constituição do dote não se presume, mas carece ser provada. (2)

§ 79. *Dos pactos permittidos no contracto dotal*

Ao contracto dotal podem-se juntar os pactos que não forem contrarios aos bons costumes, á natureza e fim do dote e á prohibição das leis. (3)

Entre outros, são licitos os pactos seguintes:

1. Que tomem a natureza de *dotaes* todos os bens que a mulher adquirir na constancia do matrimonio, por herança, legado ou doação ou por qualquer outro titulo; (4)

2. Que sejam igualmente *dotaes* os bens que forem

(1) Mello, L. 2. T. 9, § 3; Lob. Notas a Mello. L. 2, T. 8, § 8, n. 4; Mourlon, Repet. Erit. L. 3, T. 5, n. 344.

(2) Mello cit.; Mackeldey, Droit Romain, § 555, *in fine*.

(3) Ord. L. 4, T. 46 pr.; Mello, L. 2. T. 9, § 25. Vej. acima o § 54.

São oppostos á natureza e ao fim do dote estes pactos: — que o marido não perceba os fructos e rendimentos do dote, — que o restituua, — que seus herdeiros não sejam obrigados a restituir o dote em todo ou em parte, — que elle não seja responsavel pelos damnos e perdas causados por culpa sua. Heinecio, ad. Pandect. P. IV, § 203 e seg.

(4) Const. 4. C. de jure dot. (5. 12) Dig. Port. P. II, art. 83. Não havendo estipulação a respeito, os bens que a mulher adquire no decurso da sociedade conjugal, não se podem converter em *dotaes*, visto como semelhante conversão importaria augmento de dote, o que não é permittido. Lobão, Not. a Mello, L. 2, T. 9, § 11, n. 5; Mourlon, Repet. Erit. L. 3, T. 5, n. 317.

havidos com o dinheiro doado em dote ou com o preço dos bens dotaes que forem vendidos; (1)

3. Que o dote reverta ao dotador, dissolvida a sociedade conjugal, quer a dotada tenha filhos, quer não; (2)

4. Que, premorrendo a mulher sem deixar herdeiros necessarios, lucre o marido o dote; (3)

5. Que a administração dos bens dotaes pertença á mulher, ficando ella obrigada a contribuir com os fructos do dote para a sustentação dos encargos do matrimonio. (4)

§ 80. *Da acção que compete ao marido para haver o dote promettido*

Do contracto dotal resulta:

Para o dotador, a obrigação de entregar o dote,

(1) Lobão, loc. cit. n. 2.

Ainda sem esta clausula, podem o marido e a mulher declarar na escriptura de compra que fiquem os bens comprados subrogados no lugar do dinheiro. Uma semelhante declaração vale, porque na realidade não ha augmento de dote.

(2) Lobão, Not. a Mello, L. 2, T. 9, § 22, n. 4. Quando o dotador é o pai ou a mãe, a reversão só póde ser estipulada na parte em que o dote entra pela terça. Lob. cit. n. 2.

(3) Fr. 2, Dig. de pactib. dotalib.; Mello, L. 2, T. 9, § 22, nota. E' uma excepção ao principio segundo o qual são prohibidos os pactos successorios.

Este pacto só prevalece, não deixando a mulher herdeiros necessarios; pois aliás importaria alteração na ordem legal da successão, o que não é permitido. Vej. § 54 acima.

(4) Guerr. Tract. 2, L. 7, cap. 6, n. 1; Brun. ad. Const. 4 C. de jure dot: Lobão, Not. a Mello, L. 2, T. 9, § 25, n. 9.

realizado o casamento, a não ter havido estipulação de prazo; (1)

Para o marido, a acção competente para exigir o cumprimento daquela obrigação. (2)

E pois que o dote é dado para sustentação dos onus do matrimonio, si não é entregue no tempo devido; ao marido assiste direito para haver os fructos e rendimentos correspondentes ao tempo da mora. (3)

Dissolvendo-se na hypothese alludida a sociedade conjugal, cessam de correr os fructos e rendimentos (4), mas subsiste sempre o direito de cobrar os que se venceram na constancia do matrimonio. (5)

Póde o promittente do dote dar ao marido, em penhor da promessa, um predio ou objecto semelhante, transferindo-lhe o direito de perceber os rendimentos da coisa empenhada enquanto o dote não for pago. (6)

Neste caso os rendimentos percebidos na constan-

(1) Ord. L. 3, T. 25, § 5; B. Carneiro, L. 1, T. 15, § 143, n. 2; Doutrin. das Acç. § 304 e nota 671.

(2) Cit. Ord. *ibidem*; Const. unic. § 1 de rei uxor. act. (5.11); Doutrin. das Acç. § 303 e nota 670.

(3) Valasc. Consult. 8 e 84; Cabedo, P. I, Decis. 123; B. Carneiro, cit. § 143, n. 3. Si o dote promettido consiste em dinheiro, são devidos os juros legaes; si em bens, os rendimentos.

(4) Barbos. ad. Ord. L. 4, T. 67, § 1, n. 4.

(5) Valasc. Consult. 8, ns. 9 e 10; 84, ns. 1 e 2.

(6) Ord. L. 4, T. 67, § 1; C. 16 X de usuris (5. 19): Sane generum ad fructus possessionum quæ sibi a socero sunt pro numerata dote pignori obligatæ, *computandos in sortem non credimus compellendum*: cum frequenter dotis fructus non sufficiant ad onera matrimonii supportanda. 34

cia do matrimonio reputam-se fructos do dote promettido e em consequencia não podem ser contados para perfazer o dote. (1)

A acção que compete ao marido para haver o dote é a de assignação de dez dias. (2)

§ 81. *O dotador não é obrigado á evicção*

Si a cousa dada em dote for reivindicada do marido por terceiro que sobre ella tenha direito, o do-
tante não é obrigado a prestar a evicção, pois que o
dote é constituído por um acto de sua natureza
gratuito. (3)

(1) Ord. cit.

Para que os rendimentos não se descontem do dote promettido, não é mister clausula expressa : 1º, porque tal é a disposição do cit. cap. 16 *de usuris*, acima transcripto, fonte donde foi extrahido o § 1 da Ord. ; 2º, porque os rendimentos da cousa empenhada são destinados, não a pagar o dote, mas a substituir os fructos. Gomes ad. Taur. L. 50, n. 30 ; Valasc. Consult. 8 n. 1.

(2) Ord. L. 3, T. 25, § 5. Esta acção, bem como a de haver os fructos da mora, prescreve em trinta annos. Valasc. Consult. 84, n. 3.

(3) Veja-se a Const. 1. Cod. de jure dot. (5. 12) Const. unic. § 1, C. de rei uxur. act. (5. 13).

O dotador nada recebe em compensação do dote; fôra, pois, iniquidade obrigar-o á evicção.

O Direito Romano sujeitava o dotador á evicção quando o dote era estimado, porque, nesta hypothese, não havia doação, sinão venda. Nisto só ha subtiliza, porque na realidade da cousa, ou o dote seja estimado ou inestimado, é sempre uma verdadeira doação em relação ao dotador.

Si o dote, constituído pelo pai, ou pela mãe, é evicto; a dotada será indemnizada por occasião da partilha, visto como os co-herdeiros são obrigados á evicção. Lobão, Segund. Linh. nota 352.

Por excepção, a evicção é devida: 1º, si foi estipulada; 2º, si o dotador, ao tempo em que constituiu o dote, sabia que a cousa doada não era sua. (1)

O marido exime-se da obrigação de restituir o dote, estimado ou inestimado, provando que elle foi evicto. (2)

§ 82. *Das diversas classes de bens no casamento dotal*

No casamento segundo o regimen dotal formam os bens pertencentes aos conjuges as classes seguintes:

1. Bens dotaes: — que são aquelles que por declaração expressa ou virtualmente contida nas clausulas estipuladas, ficam sujeitos ao nexu dotal; (3)

2. Bens paraphernaes, isto é, os particulares da mulher, não comprehendidos na classe dos dotaes; (4)

Se o dote é constituido pela propria mulher, entendem alguns que ella é obrigada á evicção. Não nos parece fundada esta opinião, porque, embora os fructos do dote sejam destinados á sustentação dos onus do matrimonio, todavia não é o dote considerado em Direito como o preço das obrigações que o marido contrahe em consequencia do casamento. O dote não é sinão uma doação *modal*.

(1) Const. 1 C. de jure dot. B. Carneiro, L. 1, T. 15 § 143, n. 19.

(2) A evicção tem sempre por fundamento uma causa anterior á constituição do dote, a qual não póde, portanto, ser imputada ao marido.

(3) In dubio dos constituta non censetur. Mello, L. 2, T. 9, §§ 3 e 10; Cod. Civil Port. art. 1.137.

(4) *Paraphernaes* — quer dizer extradotaes. Os bens da mulher, sobre os quaes conserva ella o dominio e admistração livre, denominava-os o Direito Romano — *recepticios*. Segundo o nosso Direito,

3. Bens que o marido possuía ao tempo do casamento;

4. Os adquiridos na constancia do matrimonio.

São incommunicaveis os bens dotaes, os parapher-naes, os que o marido possuía ao tempo do casamento e os fructos do dote (1); communicam-se, porém, os adquiridos com suas accessões e fructos. (2)

Reputam-se *adquiridos* todos os bens que são achados no casal, deduzidos o dote, os bens incommunicaveis de cada conjuge e o montante das dividas; quer taes bens tenham sido adquiridos por herança, legado ou doação, quer por outro titulo. (3)

Não se consideram *acquestos* conjugaes e pois não

qualquer que seja o regimen do casamento, a administração dos bens pertence ao marido, salvo si a mulher reservou-se um tal direito no pacto antenupcial.

(1) Ord. L. 4, T. 48 pr.: "Quando alguns casam, não pelo costume do reino, porque o marido e a mulher são meeiros, mas por contracto de dote e arrhas."

(2) Gama, Decis. 314, n. 4; Valasc. Consult. 103; B. Carneiro, L. 1. T. 14, § 134, ns. 4 e seg.; Lobão, Not. a Mello, L. 2, T. 8, § 10. Veja-se no fim a Nota IX.

(3) Valasc. Consult. 101, ns. 17, 18, 19. Em relação aos adquiridos prevalece a communhão como si o casamento fosse por carta de metade. "Consuetudo dividendi omnia bona est generalis ad omnia indiscriminatim quæ acquirunt, non facta differentia an veniant donatione regia, vel ex bello, vel ex aliundè. Valasc. Consult. cit. n. 24.

Os objectos havidos na constancia do matrimonio com dinheiro trazido por um dos conjuges, communicam-se; mas finda a sociedade conjugal, deduz-se o dinheiro em favor do conjuge a quem pertencia. Valasc. Consult. cit. n. 20.

se communicam, os bens cuja aquisição têm por titulo uma causa anterior ao casamento. (1)

Taes são :

Os bens havidos por titulo oneroso ou gratuito, mas sob condição suspensiva que só se verificou já na constancia do matrimonio ; (2)

Os bens vendidos antes, por um dos conjuges, sob condição resoliativa que só veiu a realisar-se depois de contrahido o matrimonio ; (3)

Os bens reivindicados por acção anteriormente iniciada ; (4)

O dominio util preexistente, consolidado no directo depois do casamento. (5)

§ 83. *Direitos do marido sobre os bens dotaes*

Os direitos do marido sobre o dote variam segundo a natureza dos bens.

I. Passam para o dominio pleno do marido as cousas fungiveis, e os moveis e immoveis dados com estimação *venditionis causa*. (6)

(1) Voet. ad Pandect. L. 23, T. 4, n. 39 ; Lobão, Not. a Mello, L. 2, T. 8, § 10, n. 14.

(2) Lobão, cit. n. 16.

(3) Voet. cit., n. 45.

(4) Voet. cit., n. 14.

(5) Voet. cit., n. 38.

(6) Fr. 42 D. de jure dot. (23.3) fr. 10 § 4 D. eod. titul. ; Const. unic. § 15. C. de rei uxor. act. (23.5) ; Const. 5. C. de jure dot. (5. 12). A questão de saber qual a natureza dos direitos do ma-

Dahi resulta :

1º Que o marido tem o direito de alienar taes bens, hypothecal-os, dal-os em penhor e graval-os de quaesquer onus reaes ; (1)

2º Que póde perdel-os por prescripção ; (2)

3º Que podem seus credores penhoral-os ; (3)

4º Que por sua conta correm os riscos e perigos que lhes acontecem. (4)

II. Sobre os immoveis inestimados ou estimados *taxationis causa* tem o marido dominio, não pleno, sinão limitado, porque é resolúvel pela dissolução da sociedade conjugal. (5)

Nestes bens exerce o marido todos os direitos dominicaes, que não são incompativeis com a obrigação de restituil-os em especie.

Assim que :

Póde havel-os da mão de terceiro por acção de reivindicação ou da publiciana (6) ; póde graval-os

rido sobre o dote foi assumpto de larga controversia entre os antigos interpretes do Direito Romano. Vej. Makeldey, *Droit Romain*, §. 556, nota (3); Mello. L. 4, T. 6, § 12 ; B. Carneiro, L. 1, T. 15, § 144, ns. 1 e 2 ; Heinecio, *Recit.* § 465.

(1) *Const. unic.* § 15. C. de rei uxor. act.

(2) Fr. 10 pr. D. de jure dot. (23.3) ; Mourlon, L. 3, T. 5, n. 362.

(3) Pereira e Souza, *Prim. Linh.* nota 890 ; B. Carneiro, L. 1, T. 15, § 148, n. 10.

(4) Fr. 10 pr. D. de jure dot. ; *Const. unic.* § 9, *in fine.* C. de rei uxor. act.

(5) Mello, L. 4, T. 6, § 12 ; Heinec. *Recit.* § 465.

(6) Fr. 24, D. de act. rerum amotar. (25.2) ; *Const.* 11 C. de jure dot. ; *Const.* 9 C. de reivindicat. (3.32).

com onus reaes que se resolvam com o seu dominio (1); adquire-os por prescripção a titulo de dote (2); faz seus os fructos por força da accessão e não pela percepção. (3)

Direitos taes não são por certo os de um simples usufructuario; — corollarios do dominio, só pela existencia do dominio podem ser explicados.

Não pôde o marido, é verdade, alienar taes bens; mas a ausencia do direito de alienar não anniquila a essencia do dominio; limita-o tão sómente, como na propriedade sujeita a fideicommisso. (4)

III. Os immoveis inestimados ou estimados *taxationis causa* não podem ser alienados na constancia do matrimonio. (5)

Salvo :

1º Para alimentar a familia, não havendo absolutamente outros meios de prover áquella necessidade; (6)

(1) Fr. 3, § 1 D. de fund. dot. (23.5); Makeldey, § 556, nota (11).

(2) Fr. 1. D. Pro dote (41.9).

(3) Fr. 78. D. de jur. dot.

(4) Hein. Recit. § 465; Lastarria, Instituta de Direito Civil Chileno, L. 2, T. 6.

(5) Cod. Com. arts. 268, 874, § 6, n. 1; Reg. Com. art. 621. A Ord. L. 4, T. 48 e 68 allude aos immoveis estimados *venditionis causa*.

(6) Barb. fr. Solut. matrim. n. 52; Moraes, Execution. L. 6, T. 8, n. 65; Lobão, Not. a Mello, L. 2, T. 9, § 14, n. 8. Cod. Civil Portug. art. 1.149, n. 2.

2º Para reparar ou salvar de ruina outros bens dotaes cuja conservação interesse mais ao casal; (1)

3º No caso de troca proveitosa por outros de igual valia ou maior, precedendo accordo de ambos os conjuges e licença do juiz competente; (2)

4º Para pagamento de dividas do dotador, anteriores á constituição do dote, não possuindo elle outros bens. (3)

§ 84. *Direitos da mulher sobre os bens dotaes*

Determinada a natureza e os limites dos direitos do marido sobre os bens dotaes, torna-se de si mesma clara a posição da mulher em relação ao dote.

Pelo que respeita aos bens fungiveis, aos moveis e aos immoveis dados com estimação *venditionis causa*, a mulher é credora pelos preços por que foram esti-

(1) Fr. 85 D. de jur. dot.; Dig. Port. P. II, art. 138; Cod. Civil Port. art. 1.149, n. 3.

(2) Fr. 26 D. de jure dot.; Reg. do Desemb. do Paço, § 4º; Lei de 22 de setembro de 1828, art. 1, § 1. E' competente o juiz municipal.

(3) Fr. 26 D. de jure dot.; Pereira e Souza, Prim. Linh. notas 772 e 804. Ainda mesmo estando o marido em boa fé: porque o dote é considerado doação e a acção Pauliana póde ser dirigida contra o que possui a titulo gratuito, embora esteja em boa fé. Mello, L. 4, T. 6, § 15.

Não é mister observar que a inalienabilidade dos immoveis dotaes cessa na hypothese de desapropriação por utilidade publica. Lob. Not. a Mello, L. 2, T. 9, § 14, n. 10. Lei de 9 de setembro de 1826.

mados, com hypotheca sobre os immoveis do marido. (1)

Quanto aos immoveis inestimados ou estimados *taxationis causa*, é credora de dominio; mas o seu direito não é exigível, sinão verificada a resolução do dominio do marido pela dissolução da sociedade conjugal. (2)

Pois que a venda dos bens dotaes inalienaveis é nulla, á mulher assiste o direito de reivindicá-los, ainda na constancia do matrimonio. Este direito é transmissivel aos herdeiros. (3)

Póde o marido usar desta acção, mas tão sómente em beneficio da mulher. Assim que, si por morte della fica elle senhor do dote, revalida-se a venda. (4)

(1) Fr. 10 pr. D. de jure dot.; fr. 9, § 3 D. Qui potiores in pignorb. (20. 5); Lei de 24 de setembro de 1864, art. 3, § 1.

(2) Fr. 17 D. de jure dot.; fr. 10 pr. titul. eod.

Os interpretes do Direito Romano, fundados nas palavras da Const. 30 C. de jure dot.; non enim quod legum *subtilitate* transitus eorum in patrimonium mariti videatur fieri, ideo *rei veritas deleta* vel confusa est: crearam a doutrina de que em relação aos inestimados ou estimados *taxationis causa* tinha o marido o *dominio civil* e a mulher o *dominio natural*. (Makeldey, § 556, not. 3).

Uma tal doutrina não é mais do que um mero jogo de espirito: *dominio natural* que não é protegido por acção alguma, que não dá á mulher nenhum direito actual na constancia do matrimonio, é uma pura chimera.

A mulher, a respeito do dote inestimado, emquanto não se dissolve a sociedade conjugal, guarda uma posição semelhante á do fideicommissario para com o fideicommisso, antes de realisada a condição suspensiva.

(3) Doutrin. das Acç. § 93 e nota 167; Mello, L. 4, T. 6, § 12, not.

(4) Makeldey, § 556; Repert. das Ordd. vol. 3, pag. 448; B. Carneiro, L. 1, T. 15, § 145, n. 14; Doutr. das Acç. not. 178.

E' de notar que a propria mulher, sendo herdeira do marido, não póde reivindicar os bens dotaes illegalmente por elle vendidos, salvo tanto delles quanto for necessario para completar o pagamento do dote, si para isso não for sufficiente a herança. (1)

§ 85. *Das obrigações do marido relativamente ao dote*

O marido na constancia do casamento é obrigado:

1º A conservar os bens dotaes, inestimados ou estimados *taxationis causa*, com a mesma diligencia com que cuida dos seus, fazendo as despesas necessarias para resguardal-os de ruina e deteriorações, sob pena de ficar responsavel pelo damno causado; (2)

2º A correr com as despesas que são necessarias para a producção dos fructos; (3)

(1) Fr. 13, § 14 D. de fund. dotal. (23.5)

A opinião de que a mulher não tem acção para reivindicar os bens dotaes nullamente vendidos, quando ella e o marido illudiram o comprador assegurando-lhe que os bens eram alienaveis, é infundada. A prevalecer tal opinião, a inalienabilidade dos bens dotaes ficaria exposta a ser facilmente burlada. A alienação, praticada com a fraude alludida, póde ser annullada, ficando a mulher e o marido responsaveis pelos prejuizos que de sua falta resultaram ao comprador.

(2) Fr. 17 D. de jure dot. ; fr. 4 D. de impens. in rem dot. factis: " id videtur necessariis impensis contineri quod si á marito ommissum sit; judex tanti eum damnabit quanti mulieris intertuerit eas impensas fieri. " O marido tem o direito de reaver a importancia destas despesas.

(3) Fr. 13 D. de impens. in rem dot. fact. (25.1)

3º A pagar os impostos, foros e encargos reaes a que são sujeitos ; (1)

4º A reivindicar os bens dotaes do poder de quem injustamente os detem ; (2)

5º A cobrar as dividas activas que lhe foram dadas em dote. (3)

§ 86. *Das dividas passivas no casamento dotal*

No regimen dotal em regra não se communicam as dividas, ou fossem contrahidas antes ou na constancia do matrimonio. (4)

A responsabilidade de cada um dos conjuges é determinada pela causa e origem da divida.

Assim correm por conta do marido :

1º As dividas contrahidas para sustentação dos encargos do matrimonio ; (5)

(1) Fr. 13 ; fr. ult. D. de impens. in rem dotal. fact. ; B. Carneiro, L. 1, T. 15, § 144, n. 21.

(2) B. Carneiro, cit. § 144, n. 19. O marido póde reaver as despesas feitas.

(3) B. Carneiro, cit. § 144, n. 20. O marido tem igualmente direito ás despesas feitas.

(4) Gam. Decis. 177, 186, 200 e 367 ; Pereira, Decis. 86 ; Valasc. Consul. 103, n. 33 ; Consult. 128 ; Mello, L. 2, T. 8, § 14.

Pelas dividas anteriores ao casamento é responsavel o conjuge que as contrahiu. Os fructos do dote não podem ser penhorados por dividas anteriores. Zach. Aubry e Rau, tom. 4, pag. 510.

(5) Const. 20, C. de jure dot. (2.13) ; Valasc., Consult. 128, n. 5.

2º As dividas para conservar ou melhorar os bens dotaes ; (1)

3º As dividas relativas aos bens particulares delle ; (2)

4º As dividas ocasionadas por delicto ou actos reprovados, por elle praticados ; (3)

5º E em geral todas as dividas que foram contra-hidas em exclusivo beneficio seu. (4)

A mulher não é responsavel pelas dividas de que o marido é autor. (5)

Excepto :

a) Pelas dividas que verteram em vantagem della, como as que foram ocasionadas para melhorar, conservar ou reivindicar os bens a ella pertencentes ; (6)

b) Subsidiariamente, pelas dividas para sustentação dos onus do matrimonio, quando nem os rendimentos do dote, nem os adquiridos e seus fructos e

(1) Fr. 4 D. de impens. in res dot. factis (25.1). O marido é obrigado a fazer estas despezas ; mas fica-lhe salvo o direito de haver-as da mulher ou de seus herdeiros por occasião da restituição do dote. Os credores não podem cobrar-as da mulher na constancia do matrimonio.

(2) Vej. Mourlon, L. 3, T. 5, n. 103.

(3) B. Carneiro, L. 1, T. 13, § 127, n. 18.

(4) Valasc. Consul. 103, n. 33. Taes como as que provêm de emprestimo para seus negocios mercantis, para pagar dividas da herança incommunicavel em que succedeu.

(5) Gama, Decis. 366 ; Valasc. Consult. 128 ; B. Carneiro, L. 1, T. 14, § 136, n. 3.

(6) Gam. Decis. 186 ; Add. de Florez, *in fine* ; B. Carneiro, cit. § 136, n. 4.

nem os bens proprios do marido são sufficientes para occorrer a semelhantes despezas ; (1)

c) Pelas dividas resultantes de delicto ou acto *re* provado que houvesse commettido. (2)

§ 87. *Da restituição do dote*

I. Os direitos do marido sobre o dote extinguem-se pela dissolução da sociedade conjugal e desde esse momento torna-se exigível a obrigação de restituil-o a quem de direito for. (3)

Esta obrigação passa aos herdeiros.

Em regra o dote deve ser restituído á mulher, e, na falta della, aos seus herdeiros: ou tenha sido elle constituído pela propria mulher, ou pelos pais, ou por um estranho. (4)

Todavia cessa a regra:

1º Quando o dotador estipulou na escriptura ante-

(1) A obrigação de sustentar os encargos do matrimonio é *pessoal* do marido e para esse fim lhe são dados os fructos do dote. Gam. Decis. 366, n. 2 ; Valasc. Partition. cap. 23, n. 3.

Na falta dos fructos do dote, são obrigados *os adquiridos*. Valasc. Partitinib. cap. 23, n. 7 ; Gam. Decis, n. 6. Na falta dos adquiridos, os proprios do marido. Gam. Decis. cit. n. 6.

Na falta de todos estes bens, a mulher é obrigada pelos extradotaes e mesmo pelos dotaes, provada a impossibilidade absoluta de prover de outro modo á alimentação da familia. Veja-se § 83 acima.

(2) B. Carneiro, L. 1, Tit. 13, § 127, n. 18.

(3) D. Solut. matrim. (24.3) C. de rei uxor. act. (5.13) ; C. Solut. matrim. (5.18) ; fr. 1, § 1. D. de fund. dotal. (23.5).

(4) Mello, L. 2, T. 9, § 22. 90

nupcial a reversão do dote (1); sendo de notar que mesmo o pai ou a mãe podem estabelecer uma semelhante clausula si o dote é tirado da terça ou na parte em que entra pela terça; (2)

2º Quando estipulou-se a clausula de que, premorrendo a mulher sem herdeiros necessarios, lucrasse o marido o dote. (3)

II. Sem embargo da doutrina exposta, pôde a mulher pedir a restituição do dote ainda na constancia da sociedade conjugal, si, por ir cahindo o marido em pobreza, ha fundado receio de que venham os bens dotaes a ser distrahidos de seu destino. (4)

A acção, porém, para pedir o dote nos termos expostos, deixa de subsistir quando os bens do marido

(1) Vej. § 79.

(2) Lob. Not. a Mello, L. 2. T. 8, § 22, n. 2. O dote dado pelo pae ou pela mãe, reputa-se adiantamento da legitima, emquanto dentro das forças desta, portanto não pôde ser gravado de condições onerosas.

(3) Const. unic. § 6, C. de rei uxor act. (5.13); Mello, L. 2, T. 9, § 25.

(4) Fr. 24 pr. D. solut. matrim. (24.3); Const. 29, C. de jur. dot. (5.12); Pheb. Decis. 151.

Para ter logar a repetição do dote, basta que o marido comece a cahir em pobreza no sentido exposto: *Ex inde satis exactionem competere ex quo evidentissime apparuerit mariti facultates ad dotis exactionem non sufficere.* Cit. fr. 24; Pheb., cit. Decis. 151; addic.

Compete á mulher a acção de reivindicção contra o marido ou contra o terceiro possuidor dos bens, si o dote é inestimado ou estimado *taxationis causa*. Pheb., cit. Decis. n. 22.

Si o dote foi dado com estimação *venditionis causa*, cabe-lhe acção hypothecaria contra o marido, ou contra o terceiro que esteja na posse dos bens do marido. Pheb., cit. n. 22.

são sufficientes para pagar as dividas que o reduzem á pobreza.

Si o marido, quando casou era pobre, mas não onerado de dividas, nem as contrahiu pelo tempo adiante ; cessa o perigo que a lei quiz acautelar e portanto não póde o dote ser repetido. (1)

Restituído o dote, passa elle com os bens parapher-naes para a administração da mulher, mas não póde ella praticar acto algum de alienação ; e, emquanto dura o casamento, é obrigada a applicar á sustentação do onus do matrimonio os fructos e os rendimentos, entregando ao marido as sobras. (2)

§ 88. *Que objectos se restituem*

Todos os objectos, que constituem o dote, devem ser restituídos, ou em especie ou em valores, segundo a natureza dos bens.

1. Si o dote consiste em cousas de quantidade, o marido é obrigado a restituir outra igual quantidade, equivalente em qualidade e valor á que recebera. (3)

2. Si o dote consta de cousas moveis ou immoveis estimadas *venditionis causa*, o marido deve restituir a estimação fixada no pacto antenupcial, sem attenção

(1) Gomez, Taur. ad Leg. 50, n. 33.

(2) Const. 29 C. de jur. dot. (5.12); Pheb. Decis. 151, addic.

(3) Fr. 42. D. de jur. dot. (23.3) 91

aos augmentos ou diminuições supervenientes, visto como, tendo passado para elle o dominio pleno de taes objectos, são por sua conta os melhoramentos e as deteriorações acontecidas. (1)

E' -lhe, porém, permittido, salvo convenção em contrario, restituir os proprios objectos em especie, indemnisando os damnos que importem diminuição do valor fixado na estimação. (2)

3. Si o dote é de immoveis inestimados ou estimados *taxationis causa*, observam-se as regras seguintes :

A. Devem os bens ser restituídos em especie com os melhoramentos accrescidos e as deteriorações soffridas, pois por conta da mulher correm os riscos e perigos que lhes possam acontecer. (3)

O marido só é responsavel pelos damnos causados por culpa sua. (4) Si a cousa pereceu por caso fortuito ou por força maior, a elle, sujeito da obrigação, incumbe a prova, aliás presume-se-lhe a culpa. (5)

(1) Const. 5, C. de jur. dot. (5.12) ; Const. unic. § 9 *in fine*; C. de rei uxor. act. (5.13).

(2) Fr. 10, § 6 D. de jur. dot.

(3) Fr. 17, § 1 ; fr. 10 pr. e § 1. D. de jur. dot.

(4) Fr. 17 pr. D. de jur. dot. ; fr. 25, § 1 ; fr. 66, D. Solut. matrim. ; Const. 21 C. de jur. dot. Si a cousa era estimada, paga pelo valor da estimação ; si não foi estimada, paga pelo valor do tempo do casamento. B. Carneiro, L. 1, T. 15. § 149, n. 29.

(5) Moulon, Rep. Ecri L. 3, T. 5, n. 421.

B. A mulher é obrigada a pagar ao marido as quantias que elle despendeu para conservar, reparar e melhorar os ditos bens. (1)

O marido pôde, pelo valor das bemfeitorias *necessarias* e pelas *uteis*, reter o dote emquanto não é pago ou se não faz a compensação. (2)

Quanto ás obras de mero ornato e recreação, como não augmentam a utilidade da cousa, não tem acção para reaver o custo: é-lhe permittido no emtanto tirar-las (*jus tollendi*) uma vez que possam ser extrahidas sem damno do corpo a que estão adheridas: todavia a mulher pôde impedir que sejam levadas, offerecendo-se a pagar o valor. (3)

4. Com os bens devem ser restituídos, além das

(1) D. de impens. in res dot. factis (25.1).

(2) Fr. 56, § 3 D. de jure dot. : "Nisi impensa reddatur, aut pars fundi aut totus retineatur." Fr. 5, §§ 1 e 2. D. tit. eodum.

Por Direito Romano o marido só tinha retenção pelas bemfeitorias *necessarias*. Mas como as Ordd. dão direito de retenção pelas *uteis* em casos analogos (Ord. L. 4, T. 56, § 1; T. 95, § 1; T. 96, § 1) : tem-se entendido que o marido tem tambem retenção pelas bemfeitorias *uteis*. Mello, L. 2, T. 9, § 24.

No fr. 4 e no 5 § 3 D. de impens. in res dot. fact. vem a definição do que sejam bemfeitorias *necessarias* e *uteis*.

(3) Fr. 9 D. de impens. in res dot. factis.

Estas bemfeitorias denominam-se em Direito voluptuarias (*impense voluptuariae*). São as que consistem em obras de mero ornato e recreação. Si bem que no rigor da accepção economica possam augmentar o valor da cousa, todavia não lhe accrescentam *utilidade* tornando-a mais adaptada e proveitosa para os fins a que é destinada. Fr. 7 D. eod. tit. 92

accessões, os fructos civis vencidos desde o dia em que cessou a sociedade conjugal. (1)

Os fructos *naturaes*, por uma singularidade do regimen dotal, adquirem-se, como os civis, dia por dia, e não pela percepção, como na generalidade dos casos. (2)

Os fructos do dote são dados ao marido para sustentação dos encargos do matrimonio: d'ahi o principio — que o marido tem direito a todos os fructos que correspondem á duração da sociedade conjugal.

Assim que:

Pertencem ao marido todos os fructos, percebidos ou não percebidos, relativos a cada periodo de colheitas, durante o qual subsistiu a sociedade conjugal. (3)

Si, porém, a sociedade conjugal começou ou dissolveu-se antes de findo o periodo ou anno da colheita, o marido adquire tão sómente a parte da colheita correspondente aos mezes que o casamento durou nesse periodo; a porção restante pertence á mulher

(1) Const. unic. § 7. C. de rei uxor. act. (5.13); Mourlon, Rep. Ecri. L. 3, T. 5, n. 433.

(2) Makeldey. § 556 not. 4; Mourlon citado, n. 434.

Segundo as regras geraes de direito, os fructos naturaes adquirem-se, não dia por dia, mas pela percepção: assim o usufructuario, o possuidor de boa fé, adquirem os fructos percebidos, mas não os pendentos.

(3) Para se contar o periodo da colheita toma-se como ponto de partida o dia do casamento, si o dote foi entregue antes; o dia da tradição do dote, si foi entregue depois. Fr. 5 e 6 D. Solut. matrim. (24. 3).

ou a seus herdeiros: ou tenham sido colhidos pelo marido ou pela mulher. (1)

5. Se o dote consiste em um direito real, como o usufructo de um predio, censos, foros, ou em pensões

(1) Fr. 7, §§ 1, 2, 3, 6, 7, 8; fr. 25, § 4; fr. 31, § 4, D. Solut. matrim.; Const. unic. § 9 C. de rei uxor. act. (5. 13): *Omnia quæ fructuum nomine continentur, ad lucrum mariti pertineant pro tempore matrimonii*. Mello, L. 2, T. 9, § 22 nota; Cod. Civil Franc. art. 1.571; Cod. Civil Port. art. 1.162.

Exemplos:

1.º O casamento foi celebrado no 1.º de janeiro de 1869; dissolveu-se no 1.º de janeiro do anno seguinte. O marido colheu os fructos correspondentes a este periodo: nada tem que restituir porque carregou com as despesas do matrimonio relativas ao periodo da colheita.

2.º O casamento durou o periodo inteiro d'uma colheita e metade de outro periodo. Da colheita relativa ao primeiro periodo, o marido nada é obrigado a restituir, porque supportou as despesas correspondentes. Quanto aos fructos do periodo começado: adquire, na hypothese figurada, metade dos fructos correspondentes ao tempo que nesse periodo durou o casamento: a outra metade pertence a mulher, ou a seus herdeiros.

3.º O marido, no periodo em que se dissolve o casamento, percebe duas colheitas de fructos:—é obrigado a restituir integralmente uma á mulher; da outra só retém a parte relativa ao tempo que durou o casamento neste periodo.

4.º No periodo em que cessa o casamento, o marido fez a colheita respectiva e arrendou o predio pelo tempo que resta para completar-se o periodo. Nesta hypothese os fructos colhidos dividem-se segundo a regra estabelecida, mas a renda pertence toda aos herdeiros da mulher. Papiniano resolve esta questão de modo diverso. Vej. fr. 7, § 1 D. Solut. matrim.

5.º Os fructos são de natureza tal que a colheita faz-se de 10 em 10 annos. Neste caso toma-se o periodo de 10 annos como unidade e divide-se a colheita em dez partes e dão-se ao marido as decimas partes correspondentes aos annos que durou o casamento no periodo. Cit. fr. 7, § 7. 93

vitalicias, apolices, acções commerciaes ; o marido é obrigado a restituir os respectivos titulos. (1)

Extinguindo-se alguns destes direitos por culpa sua, é elle responsavel pela indemnisação. (2)

6. Quando o objecto do dote é um credito, o marido deve restituir a importancia, si a recebeu ; o proprio titulo, si não alcançou effectuar a cobrança. (3)

Si, porém, por culpa ou negligencia não houve a importancia, como si deixou o direito prescrever, si não demandou o devedor emquanto era solvavel, si não fez em tempo a inscripção hypothecaria; responde pelo prejuizo resultante. (4)

7. Consistindo o dote na renuncia de um credito de que o marido era devedor, revive o direito renunciado: o marido é obrigado a pagar á mulher ou a seus herdeiros a respectiva importancia. (5)

8. Si o dote constava da renuncia de um direito deferido, como uma successão, deve o marido restituir o direito ou o seu objecto. (6)

(1) Fr. 57, D. Solut. matrim.; Mourlon, L. 3, T. 5, n. 433; Cod. Civil Port. art. 1.160.

(2) Mourlon citado.

(3) Const. 2 C. de oblig. et act. (4.10); B. Carneiro, L. 1, T. 15; § 144, n. 20; Cod. Civil Port. art. 1.161.

(4) Mourlon, L. 3, T. 5, n. 433; C. C. Port. art. 1.161.

(5) Fr. 12, § 2; fr. 43, D. de jur. dot.

(6) Fr. 14, § 3, D. de fund. dotalib. (23.5)

§ 89. *Da acção de restituição do dote*

Os immoveis dotaes inalienaveis devem ser restituídos logo que se dissolve a sociedade conjugal. Para a restituição dos demais bens, moveis ou immoveis, tem o marido o prazo de um anno. (1)

Si o dote deixa de ser restituído no tempo devido; para havel-o competem á mulher e, na falta della, aos seus herdeiros, as acções seguintes:

A acção de reivindicação contra o marido ou seus herdeiros ou contra terceiro possuidor, pelos bens de que ella é credora de dominio; (2)

A acção hypothecaria contra o marido ou seus herdeiros, ou contra terceiro detentor dos immoveis do marido, para cobrar os valores dos bens de cujo preço é ella credora hypothecaria. (3)

Ao autor do dote ou á pessoa por elle designada, si na convenção matrimonial estipulou-se a clausula de reversão, compete tambem acção para reivindicar o dote ou cobrar o seu valor, segundo for a hypothese. (4)

(1) Const. unic. § 7. C. de rei uxor. act. (5.13); B. Carneiro, L. 1, T. 15, § 149, n. 24; Dig. Port. P. 11, art. 170; Cod. Civil Port. art. 1.158. Os inalienaveis devem ser restituídos em especie.

(2) Doutr. das Acç. § 90; B. Carneiro, L. 1, T. 15, § 150, n. 3; Mello, L. 4, T. 6, § 12.

(3) Lei de 24 de setembro de 1864, art. 3, §§ 1 e 9.
Não vale a hypotheca contra terceiro si não foram guardados os requisitos do § 9 do cit. art. 3.

(4) B. Carneiro, L. 1, T. 15, § 150, n. 7. 94

Da tradição do dote ao marido é que resulta a obrigação de restituil-o á mulher. A ella, pois, cumpre provar que elle effectivamente o recebera. (1)

A simples confissão do marido de haver recebido o dote não faz prova contra terceiro. (2)

Na constancia da sociedade conjugal não corre o tempo para a prescripção das ditas acções, porque não póde a mulher no decurso desse periodo inicial-as. (3)

§ 90. *Garantias para a restituição do dote*

Para assegurar a restituição dos bens dotaes contra as eventualidades a que porventura póde expol-os a má administração do marido; além de outras garantias (4), a lei confere á mulher hypotheca sobre os immoveis do marido. (5)

(1) Valasc. Consult. 5; Cabedo, P. 1, Decis. 177, n. 2; B. Carneiro, cit. § 150, n. 8.

(2) B. Carneiro, cit. § 150, n. 9. Cfr. Pereira e Souza, Prim. Linh. nota 903.

(3) Mello, L. 4, T. 6, § 12.

A mulher não tem o direito de reter os bens do marido até ser paga do dote, como sustentavam os antigos glosadores. (Valasc. Partitionib. cap. 6, n. 38, e sequent.) Nem o Direito Romano nem a legislação patria fundamentam uma tal opinião.

(4) Como a prohibição de vender os immoveis inestimados e estimados *taxationis causa*; a acção para pedir a restituição do dote ainda na constancia do matrimonio por ir cahindo o marido em pobreza; a acção para reivindicar os inestimados de quem quer que os detenha.

(5) Lei de 24 de setembro de 1864, art. 3, § 1.

Esta hypotheca garante a restituição de todos os objectos e valores que formam o dote : — sommas de dinheiro, cousas de quantidade, bens moveis e immoveis, alienaveis ou inalienaveis (1) ; e affecta tanto os immoveis que o marido possuia ao tempo do casamento como os que de futuro adquire. (2)

Mas para que a hypotheca valha contra terceiros é mister que o dote tenha sido estimado, não importa si para o effeito de transferir o dominio pleno, si para simples taxação do valor. (3)

A hypotheca só se entende constituida da data do casamento, porque é pelo casamento que o contracto dotal adquire a plenitude de acto perfeito e definitivo. (4)

(1) Lei cit. *ibidem*.

(2) Lei cit. art. 3, § 11 ; salvo sendo especialisada, porque então só abrange os immoveis designados.

(3) Lei cit. art. 3, § 9.

Pelos immoveis *inestimados* compete á mulher a reivindicação ; mas si elles arruinam-se por culpa do marido, tem ella acção para haver a indemnisação, sem a garantia da hypotheca. Veja-se a Nota X no fim.

(4) Decr. n. 3.453 de 26 de abril de 1865, art. 136, § 5.

Esta hypotheca póde ser especialisada e inscripta, posto sem as ditas diligencias valha contra terceiros. Lei de 24 de setembro de 1864, art. 9.

Si o valor dos bens dotaes, dados sem estimação, for declarado na especialisação, valerá a hypotheca contra terceiro ? Parece que sim, porque a fixação do *quantum* da responsabilidade do marido pelos bens inestimados, determinada na especialisação, equivale, para o fim da lei, á estimação feita na escriptura do dote.

§ 91. *Bens paraphernales*

No régimen dotal, tal como se acha constituido pelo nosso Direito, dizem-se *paraphernales* os bens da mulher que não são dotaes e conservam-se incommunicaveis.

São, pois, paraphernales :

1º Os bens que a mulher possuia ao tempo do casamento e não foram comprehendidos no dote propriamente dito; (1)

2º Os bens que a mulher adquire na constancia do matrimonio e por excepção da regra se não communicam; (2)

Estes bens ficam sob a administração do marido, como cabeça de casal, salvo convenção em contrario (3), mas permanecem sob a posse e dominio da mulher. (4)

Do exposto resulta :

(1) Veja-se o paragrapho.

(2) B. Carneiro, L. 1, T. 15, § 151, n. 16. Taes são os bens que lhe são deixados ou doados com a clausula da incommunicabilidade.

(3) Lobão, Not. a Mello, L. 2, T. 9, § 15, n. 4; B. Carneiro, cit. § 151, n. 18.

(4) Mello, L. 2, T. 9, § 2; Lobão, cit. n. 5.

O marido não pôde ter a posse porque não os detem com animo de possuir.

Que o marido não pôde alienar-os sem consentimento da mulher; (1)

Que é obrigado a conservar-os com o mesmo zelo com que cuida dos seus (2), sob pena de responsabilidade pelos danos causados por culpa;

Que, dissolvida a sociedade conjugal, deve restituil-os com as accessões sobrevindas. (3)

Para segurar a restituição de taes bens tem a mulher a mesma garantia hypothecaria que pelo dote lhe confere a lei. (4)

(1) Lobão, cit. n. 4; B. Carneiro, cit. § 151, n. 4.

(2) Const. 11, C. de pact. conventis. (5.14).

(3) B. Carneiro, cit. § 151, n. 12.

(4) Lei de 24 de setembro de 1864, art. 3, §§ 1 e 9. Comtanto que os ditos bens sejam estimados. 96

TITULO QUINTO

Arrhas

§ 92. *Noção de arrhas*

Em Direito Patrio denominam-se *arrhas* a pensão, ou a coisa certa e determinada, que no contracto dotal o marido promette á mulher para o caso della lhe sobreviver. (1)

Toda a doação feita pelo marido á mulher no contracto dotal toma a natureza de arrhas e como tal não pôde exceder do limite marcado pela lei. (2)

(1) A palavra — arrhas — além do sentido exposto, é tomada em outras accepções; significa a coisa ou valor que um dos contractantes entrega por antecipação ao outro, em signal e firmeza do contracto. (Ord. L. 4, T. 2, § 1; Makeldey § 186); significa tambem o donativo que um dos esposos faz á outro em penhor e garantia da realisação do casamento ajustado (arrhas sponsalicias). Veja-se o § 5.

E' erronea a opinião daquelles que acreditavam que as arrhas representavam o preço do corpo da mulher. Veja-se Viterbo, supplem. verb. *Compra do corpo*, onde vem corrigido o erro em que incorre no artigo *Marido conuçado*.

(2) Ord. L. 4, T. 47, pr. verb.: Mas poderá cada um em o contracto dotal... Mello, L. 2, T. 9, § 35, not. Esta prohibição é uma reminiscencia do Direito Romano ácerca das doações *propter nuptias*, de que aliás distinguem-se essencialmente as arrhas. 92

Mas quando no pacto antenupcial não se estipula o regimen dotal ; ao marido é licito fazer á mulher as doações que lhe aprouver, guardadas tão sómente as regras geraes de direito que regem o assumpto. (1)

§ 93. *Da constituição das arrhas*

A promessa de arrhas não póde ser legalmente feita sinão no contracto dotal, de que vem a ser um accessorio. (2)

Dahi resulta :

Que a constituição d'arrhas presuppõe a existencia do dote ;

Que a nullidade do dote acarreta virtualmente a nullidade das arrhas ;

Que as arrhas não podem ser constituídas depois de contrahido o matrimonio. (3)

A constituição de arrhas é dominada pelos principios seguintes :

1º A promessa de arrhas deve de ser de quantia

(1) Consolid. das Leis Civis, art. 90, not. 2.

(2) Ord. L. 4, T. 47 pr. A doação *propter nuptias* presuppunha igualmente contracto dotal. Novel. 22, cap. 20 ; Novel. 27 cap. 1 e 2.

(3) Ord. cit. *ibidem* ; Valasc. Consul. 4, n. 2 ; Mello, L. 2, T. 9, § 29, n. 5.

certa ou de cousa individuada. E' nulla a promessa de cousa incerta; (1)

2º Os bens doados a titulo de arrhas não podem exceder da terça parte do dote que a mulher traz. No excesso do dito maximo não vale a doação; (2)

3º São inofficiosas as arrhas na parte em que vão além da terça dos bens do marido calculados ao tempo em que são instituidas, si por morte d'elle ficam herdeiros necessarios; (3)

4º A promessa de arrhas carece de ser insinuada para valer além da taxa da lei. (4)

§ 94. *Da tradição das arrhas*

A promessa de arrhas, ainda depois de legalmente feita, persevera subordinada ao dote.

(1) Ord. cit. *ibidem*. Não estão de accordo os interpretes do nosso direito sobre a significação das palavras *camera cerrada*. O P. Bento Pereira, Elucidario, sob n. 1.989, diz que *camera cerrada* quer dizer: promessa d'arrhas em quantidade *incerta*.

(2) Ord. L. 4, T. 47, pr. Na doação *propter nuptias* a quantidade dos bens doados não devia exceder a quantidade dos bens dotaes. Novel. 22, cap. 20.

A' prohibição da Ord. de que as arrhas não excedam a terça parte do dote, não é hoje observada. Consolid. das Leis Civis, art. 90, not. 2.

(3) Cit. Ord. § 1. A Ord. só falla de filhos e descendentes legitimos da primeira mulher; mas a razão da lei comprehende todos os herdeiros necessarios. Mello, L. 2, T. 9, § 30.

(4) Ord. L. 4, T. 62; lei de 25 de janeiro de 1775 e Ass. de 21 de julho de 1797. As arrhas são verdadeira doação. 98

Assim que não podem as arrhas ser exigidas do marido si não houve entrega do dote (1). E si do dote apenas foi entregue uma parte, das arrhas não é devida sinão a parte correspondente. (2)

Todavia cessa a regra estabelecida nos casos seguintes :

1º Se o dote deixou de ser entregue por negligencia ou culpa do marido : fôra contra direito converter-se-lhe a falta em proveito proprio e em prejuizo da mulher ; (3)

2º Si estipulou-se prazo para a entrega do dote, e dissolveu-se o casamento antes de findo esse prazo : a concessão do prazo é facto do marido e não pôde razoavelmente ser imputado á mulher. (4)

§ 95. *Das arrhas na constancia do matrimonio, e depois que elle se dissolve*

Na constancia do matrimonio permanecem as arrhas sob a administração do marido, ao qual pertencem os fructos e rendimentos, dellas provenientes. (5)

(1) Ord. L. 4, T. 47 pr. " Comtando que não passe o tal promettimento... da terça parte do que a mulher *trouxer* em seu dote." Mello, L. 2, T. 9, § 29, n. 4.

(2) Gama, Decis. 170, n. 2 ; Valasc. Consul. 3, n. 5.

(3) Portugal, de donation. L. 1, Prælud. 2, § 6, n. 25 ; Lobão, Notas a Mello, L. 2, T. 9, § 29, n. 9.

(4) Valasc. Consult. cit. n. 5, *in fine*. Habita fide de pretio pro numeratione habetur.

(5) Mello, L. 2, T. 9, § 32, ns. 3 e 5.

Não póde o marido alienar-as e é responsavel pelos damnos que soffrerem por culpa ou negligencia sua.

Em garantia da entrega das arrhas e indemnisações devidas, tem a mulher hypotheca legal nos immoveis do marido. (1)

Dissolvido o casamento, varia o destino das arrhas, segundo a dissolução acontece, ou por morte da mulher ou por morte do marido :

Si por morte da mulher, revertem as arrhas ao marido, embora ella tenha deixado herdeiros necessarios : a promessa, por assim dizer, caducou por se não ter realisado a condição da sobrevivencia ; (2)

Si por morte do marido, ficam as arrhas com a mulher ; ella as goza e frue durante a sua vida e por sua morte passam aos herdeiros do marido, salvo si houve convenção em contrario. (3)

(1) Lei de 24 de setembro de 1864, art. 3, § 1.

(2) Lobão, Notas a Mello, L. 2, T. 9, § 31, n. 1. *in fine*.

(3) Egidio, ad. fr. de justitia et jur. P. 1, cap. 11, n. 89 ; Mello cit., § 31.

As citadas disposições sobre o destino das arrhas não se fundam em lei escripta : consagradas a principio nos contractos dotaes em clausulas expressas, passaram depois a ser applicadas indistinctamente a todos os casos, vindo dest'arte a constituir direito por força do costume.

A mulher não pode dispor das arrhas, visto como por sua morte ellas têm de passar aos herdeiros do marido.

Mello sustenta que a mulher não tem dominio, sinão usufructo nas arrhas. As palavras da Ord. L. 4, T. 47 pr. : "poderá... prometter e dar a sua mulher a quantia ou quantidade que quizer ou certos bens..." alludem evidentemente á translação de dominio ; mas um tal dominio é limitado porque é resolovel. 99

§ 96. *Dotalicio, apanagios e alfinetes*

Nunca esteve em uso em Portugal nem entre nós a doação antenupcial, conhecida sob o nome de *dotalicio* (*dotalitium*), criação do antigo Direito Germanico.

Consiste o *dotalicio* em certos bens que o esposo promette á esposa em compensação do dote e para sua decente subsistencia na viuvez. (1)

O *dotalicio* é regido por principios que lhe dão uma natureza distincta das nossas arrhas. (2)

Apanagios eram certas rendas ou pensões assignadas á mulher nobre para a viuvez (3); e *alfinetes* as pensões mensaes para enfeites e adornos.

A materia dos apanagios e alfinetes foi no seculo passado regulada em Portugal por uma legisla-

(1) Heinec. Pandect. P. IV, § 186 e seg.

Ao *dotalicio* allude o Direito Canonico no C. 10. C. 36, q. 2 e no cap. 15. X. de for. compet.

(2) O *dotalicio* é regido pelos principios seguintes: 1º, o valor dos bens dados não tem limite fixo, não sendo de necessidade que seja igual ao do dote; 2º, o *dotalicio* póde ser constituído á mulher indotada; 3º, absorve o dote, ficando ao arbitrio da mulher repetir o dote, ou contentar-se com o *dotalicio*. Hein. Jus. Germ. L. 1, T. 11, § 245 e seg.

(3) Não havendo clausula a respeito no contracto dotal, separava-se para a viuva, a titulo de apanagios, a decima parte das rendas de todos os bens do casal, tanto allodiaes, como da corôa e ordens. Lei de 17 de agosto de 1761 § 7 e lei de 4 de fevereiro de 1765, § 4.

ção especial que só era applicavel ao casamento dos nobres. (1)

Esta legislação cessou de vigorar no Imperio depois do juramento da Constituição Política do Imperio, a qual aboliu a odiosa distincção de fidalgos e plebeus, um dos fundamentos do antigo regimen.

(1) Leis de 17 de agosto de 1761, de 4 de fevereiro de 1765 e de 17 de julho de 1778.

Não tem tambem applicação entre nós a disposição do § 16 da Pragmatica de 24 de maio de 1748, a qual prohibia ao esposo dar á esposa joias excedentes em valor á quinta parte do dote e a 600\$000 quando a esposa não trazia dote. 100

TITULO SEXTO

Das doações entre marido e mulher

§ 97. *Origem da prohibição das doações entre marido e mulher*

A prohibição das doações entre marido e mulher (*donationes inter virum et uxorem*) prende com as mais antigas tradições do Direito Romano. (1)

Praticada em termos absolutos nos primeiros seculos da republica, foi esta prohibição com o andar do tempo, recebendo diversas modificações, que acabaram por afrouxar-lhe o primitivo rigor (2). Todavia, sem embargo do temperamento accrescentado, conservou ella sempre os seus caracteres essenciaes.

Filha dos costumes (3), foi mantida pela lei escripta como um invento efficaz para neutralisar a influencia desmoralisadora que a cobiça podia exercer no seio do casamento e ao mesmo tempo impedir que,

(1) D. de donat. inter virum et uxorem. (24.1)

(2) Marezoll, Droit Romain, L. 4, § 164.

(3) Fr. 1, D. de donat. inter. virum et ux. (24.1): Moribus apud nos receptum ut ne inter virum et uxorem donationes valent. 101

obcecado pela força do amor, um dos conjuges não se empobrecesse em beneficio do outro. (1)

Tal como se achava ao tempo do imperador Justiniano, foi o Direito Romano ácerca destas doações adoptado em Portugal pelos começos do seculo XVI, em contravenção aos costumes até então aceitos. (2)

Inseridas a principio no codigo Affonsino (L. 4, T. 14), dahi passaram as ditas disposições para as Ordenações Manuelinas (L. 4, T. 9) e destas foram trasladadas para as Phillipinas (L. 4, T. 65), que constituem hoje o texto vigente ácerca desta materia.

§ 98. *Dos termos em que são permittidas as doações entre marido e mulher*

As doações feitas na constancia do matrimonio pelo marido á mulher ou pela mulher ao marido, só adquirem a natureza de acto definitivo e irrevogavel pelo acontecimento da morte do doador. (3)

(1) Fr. 1, D. de donat. : Hoc autem receptum est ne mutuato amore invicem spoliarentur, donationibus non temperantes, sed profusa erga se facilitate. — Fr. 3 pr. D. eod. tit. : — Majores nostri inter virum et uxorem donationes prohibuerunt, amorem honestum solis animis aestimantes, famæ etiam conjunctorum consulantes, ne concordia pretio conciliari videretur ; nec melior in paupertatem incidere, deterior ditior fieret.

(2) Mello, L. 2, T. 10, § 3.

(3) F. 32, § 2. D. de donat. inter. (24. 1): "Ait oratio: Fas esse eum quidem qui donavit, pænitere: heredem vero eripere forsitam adversus voluntatem supremam ejus qui donavit, durum et avarum esse."

Ao conjuge doador, portanto, é licito revogar a doação a todo o tempo. (1)

Assim, si a promessa ainda não foi cumprida, póde recusar-se a dar-lhe execução: si já houve tradição da cousa doada, póde repetil-a por acção de reivindicção, ou, não existindo em ser, demandar o preço. (2)

A revogação da doação póde ser expressa ou tacita.

E' expressa quando o doador a declara em termos formaes por escriptura publica ou em testamento. Tacita, quando resulta virtualmente de acto que revela mudança de vontade, como si o doador vende, empenha, hypotheca a cousa doada, ou a dôa á terceiro. (3)

A doação entende-se *ipso facto* annullada:

a) Pela morte do donatario acontecida antes da do doador; (4)

Fallecendo ambos os conjuges ao mesmo tempo, o doador reputa-se ter perseverado na sua vontade e a doação subsiste; (5)

(1) Ord. L. 4, T. 65, pr. Antes da morte do conjuge doador não vale a doação: "Porque na vida nunca valeu e por morte foi confirmada." Ord. cit. § 1, *in fine*.

(2) Fr. 5, § 18, D. de donat. inter. (24. 1); Borges Carneiro, L. 1, T. 16, § 154, n. 9.

(3) B. Carneiro, cit. n. 8.

(4) Const. 6, C. de donat. inter. (5, 16): ... cum donatio in matrimonio facta, prius morta ea, quæ liberalitatem exceptit, irrita sit.

(5) Fr. 32, § 14, D. donat inter. 107

b) Pelo nascimento de filho ou filhos d'entre ambos, posterior á data da doação. (1)

A doutrina exposta ácerca das doações entre marido e mulher não comprehende:

1. Quaesquer outros contractos entre os conjuges, salvo si no todo ou em parte envolvem doação simulada; (2)
2. As doações feitas antes do casamento; (3)
3. As doações *causa mortis*. (4)

§ 99. *Doações que por excepção se tornam irrevogaveis em vida do doador*

Ha contudo doações entre o marido e a mulher, feitas na constancia do matrimonio, que desde logo se tornam valiosas e irrevogaveis.

A prohibição das doações entre o marido e a mulher tem por fim, como já ficou declarado, supprimir a influencia desmoralisadora que podiam exercer no

(1) Ord. L. 4, T. 65, pr. Esta hypothese é diversa daquella em que os filhos já existiam ao tempo da doação. (Ord. cit. § 1.) Na primeira a doação annulla-se integralmente; na segunda se torna inofficiosa.

Si o filho sobrevivendo fallece antes de dissolvido o casamento por morte do doador? Cessa a razão da lei e portanto a doação não se póde reputar annullada. Em contrario, Barb. ad Ord. cit. pr., n. 13.

(2) Fr. 5, §§ 5, 6 e 7; fr. 52. D. de donat. inter. Mello, L. 2, T. 10 § 4, n. 1.

(3) Fr. 5, pr.; 27 pr.; fr. 64 pr. D. tit. eodem. Mello cit., n. 3.

(4) Fr. 9, § 2. D. tit. eodem.

seio do casamento e evitar que um conjuge se empobrecesse em favor do outro (§ 97).

Dahi a consequencia que devem ser permittidas as doações de que não podem provir os inconvenientes que a prohibição tem por fim atalhar.

Assim que são permittidas e valem desde sua data: (1)

a) As doações que não fazem o doador mais pobre, embora façam o donatario mais rico (2), como a renuncia de um direito, de um legado, de uma successão; (3)

b) As doações que não fazem o donatario mais rico, embora façam o doador mais pobre. (4)

Taes são:

1. A doação para reconstruir um predio arruinado por incendio, ou por qualquer outro incidente; (5)

2. A doação para a alimentação commum da familia; (6)

(1) Ord. L. 4, T. 65, § 3.

(2) Fr. 5, § 16. D. de donat. inter. (24. 1); Cardozo, Prax. verb. donatio n. 69.

(3) Fr. 5, §§ 13 e 14, de donat. inter. . . "Neque enim pauperior fit qui non adquirat, sed qui de patrimonio suo deposuit."

(4) Fr. 5, § 16 D. tit. eodem: "vel etiam si deminuat (de facultatibus suis qui donavit), locupletior tamen non fit qui accepit, donatio valet."

(5) Fr. 14, D. tit. eod. . . valet donatio in totum in quantum aedificii extractio postulat. "Tunc enim accipiens non videtur locupletior, cum de suo tantum amiserit." Gothofr., not. 45 ao cit. fr.

(6) Fr. 31, § 10. D. tit. eod. 103

3. A doação que a mulher faz ao marido para obter uma dignidade ; (1)
4. As doações modicas. (2)

§ 100. *Doações inofficiosas*

As doações entre marido e mulher não podem prejudicar as legítimas dos herdeiros necessários que ficarem por morte do doador. (3)

Para calcular-se a legítima se juntam os bens doados aos bens da herança. (4)

I. Si o doador morre intestado, vale a doação tão sómente dentro das forças da terça. Aos herdeiros compete o direito de haver do conjuge donatario o excesso, afim de completarem as suas legítimas. (5)

II. Si fallece o doador com testamento, em que, sem revogar a doação, faz disposição de legados, cumpre distinguir :

a) Si os legados e a doação ferem as legítimas, si desfalcará tanto da doação quanto dos legados até se perfazerem as legítimas; ficando o donatario com o

(1) Fr. 40 e 42, D. tit. eod.

(2) Fr. 31, §§ 8 e 9; fr. 75, §§ 1 e 2. D. tit. eod.

(3) Ord. L. 4, T. 65.

(4) Ord. cit. § 1, *in fine*; B. Carneiro, L. 1. T. 16, § 154, n. 29; Dig. Port. P. III, art. 152.

(5) Ord. cit. § 1. verb.: E ficando por sua morte....

que sobrar da doação e os legatarios com o que restar dos legados. (1)

b) Si os legados e a doação ferem as legitimas, mas a doação é daquellas que valem em vida do doador, serão em primeiro lugar desfalcados os legados para completarem as legitimas, e si absorvidos integralmente ainda não bastarem, então será subsidiariamente desfalcada a doação. (2)

§ 101. *Solemnidades externas*

Pelo que diz respeito ás solemnidades externas, as doações entre marido e mulher nada têm de especial: devem ser revestidas das mesmas formalidades que a lei requer para as doações em geral.

(1) Ord. cit. § 2.

Um exemplo tomará claro o pensamento da lei.

O marido faz á mulher uma doação no valor de 4:000\$000. Reunida a doação aos bens que ficaram por sua morte, montou a herança em 18:000\$000. A legitima, portanto, vem a ser de 12:000\$000. Si orçarem a doação e legados em 7:000\$000, é evidente que fica faltando para completar a legitima 1:000\$000.

Isto posto, o desfalque, nos termos da cit. Ord., opera-se tirando-se da doação 500\$000 e outra tanta quantia dos legados.

(2) Ord. cit. § 3.

A razão da differença entre a disposição do cit. § 2 e a do § 3, a propria Ord. a dá e vem a ser — que a doação que só vale depois da morte do doador, reputa-se como legado, ao passo que a doação, que se torna desde logo irrevogavel, conserva a natureza de doação entre vivos e portanto é sujeita á regra segundo a qual devem de ser reduzidas as doações inofficiosas. Veja-se Lob., Obrig. Recip. § 395. 104

E pois desde que excedem a taxa da lei, hão mister ser reduzidas á escriptura publica e insinuadas. (1)

§ 102. *É applicavel a doutrina exposta a todos os casamentos, qualquer que seja o regimen dos bens?*

As doações entre marido e mulher produzem, nos termos declarados, os seus effeitos legaes, qualquer que seja o regimen de bens segundo o qual se casaram os conjuges.

Todavia si o casamento foi por carta de metade, não prevalece em toda sua extensão e doutrina exposta.

As doações que por excepção de regra se tornam desde logo valiosas e irrevogaveis (§ 99) são impraticaveis neste regimen:—annullar-se-hiam de si mesmas visto como tudo que adquirem os casados por carta de metade, *ipso facto* faz-se commum entre elles. (2)

Esta difficuldade, porém, não subsiste para as doações que só se confirmam pela morte do conjuge doador.

Taes doações em vida do doador não valem; é só por morte d'elle que revestem a natureza de acto

(1) Ord. L. 4, T. 65, § 2, verb. Emquanto não passar a quantia... etc.

(2) E' uma consequencia necessaria da natureza do regimen do casamento.

translativo da propriedade (1). A propria lei as reputa legado. (2)

Assim, ao tempo que a doação assume a plenitude de *titulo de aquisição* para o donatario, já não existe a communhão universal de bens, dissolvida pela morte do conjuge doador.

Si, pois, ao tempo que a doação se torna um acto perfeito e definitivo, já não subexiste a communhão de bens que lhe burlava os effeitos; não se lhe pôde recusar vigor e efficacia: a doação prevalece como prevalecem os legados deixados pelo marido á mulher. (3)

(1) " Porque em vida nunca *valeu* e por morte foi confirmada." Ord. cit. § 1, *in fine*.

(2) Ord. cit. § 1. . . de modo que a doação seja contada com a herança assi principal como terça e *reputada assi como legado*."

(3) Não é preciso accrescentar que na hypothese alludida a doação não pôde retrotrahir os effeitos ao tempo anterior á morte do doador.

Mello Freire (L. 2, T. 10, § 7), Lobão e outros sustentam a opinião contraria. A razão, em que se fundam — a incompatibilidade da communhão com os effeitos da doação — não procede, porque, como fica ponderado no texto, ao tempo em que a doação se torna valida, já não existe a communhão.

As palavras da cit. Ord. pr. verb. " E assi se fará quando a doação, etc." não dão a conclusão que dellas deduz B. Carneiro (L. 1, T. 16, § 154, n. 10). Trata-se ahí d'uma doação anterior ao casamento. A cousa doada, seguindo-se o casamento por carta de metade, communica-se como communicam-se todos os bens que traz cada um dos conjuges. A hypothese de que nos occupamos, é mui diversa: é a d'uma doação, feita entre marido e mulher depois de casados e que só vale por morte do doador. 105

CAPITULO TERCEIRO

DAS RELAÇÕES ENTRE OS PAES E OS FILHOS LEGITIMOS

TITULO PRIMEIRO

Dos filhos legítimos

§ 103. *Da filiação legítima*

Filiação é a relação que o facto da procreação estabelece entre duas pessoas, das quaes uma é nascida da outra. (1)

Considerada com respeito ao filho, esta relação toma particularmente o nome de *filiação*; com respeito ao pae, o de *paternidade*; e com respeito á mãe, o de *maternidade*. (2)

Diz-se *legítima* a filiação quando o pae e a mãe de que descende o filho já se achavam ligados, ao tempo da concepção, por matrimonio valido ou putativo. (3)

Assim a *legitimidade* da filiação é determinada pela *legitimidade* das relações do pae e da mãe ao tempo da concepção.

(1) Mourlon, Repet. Escrit. L. 1, T. 7, n. 858.

(2) Mourlon. loc. cit.

(3) Fr. 2, D. de statu homin. (1. 5); Mello L. 2, T. 6, § 2. 106

A experiencia, fundada em uma longa serie de factos cuidadosamente observados, demonstra que a gestação do feto humano não póde, nem consumir-se antes de cento e oitenta dias depois da concepção, nem protrahir-se além do decimo mez. (1)

Destes dados resulta que *podia* ser concebido na constancia do matrimonio, e portanto a lei reputa legitimo:

1º O filho que nasce, passados 180 dias depois do casamento; (2)

2º E o que nasce dentro dos 300 dias posteriores á dissolução da sociedade conjugal. (3)

(1) Os juriconsultos romanos, apoiados na autoridade de Hypocrates, tomavam como prazo mais breve da gestação o espaço de 182 dias, seis mezes completos (fr. 12 D. de stat. hom.) e como prazo mais longo o de dez mezes (fr. 3, § 11, D. de suis.) et legit. hered. (C. 38. 16.)

O Cod. Civil francez; art. 312, o Portug., art. 101; o do Chile e outras legislações modernas, aceitando como base os resultados de observações mais recentes, fixam o minimo da gestação em 180 e o maximo em 300 dias.

E' esta uma questão que, como judiciosamente observa Paschoal, depende do facto. A lei deve, pois, acceptar o resultado das observações dos homens competentes e sobre elle assentar o seu decreto.

O pensamento da lei é — que não se repute legitimo o filho que, nos termos expostos, nasce antes de estar completo o periodo do minimo, ou depois de passado o maximo. Qual é o periodo minimo e qual o maximo, é questão da competencia da Medicina.

(2) Fr. 12, D. de stat. hom. (1. 5); Cod. Civil Fr., art. 312; Cod. Civil Port., art. 101. O prazo taxado por estes codigos é mais favoravel á legitimidade.

(3) Fr. 3, § 11, Dde suis. et legit. heredib. (38. 16). Codigos cit.; Repert. das Ordd. vol. 3, pag. 663.

Mas nem aquelle que, na primeira hypothese, nasce dentro dos 180 dias, nem o que, na segunda, nasce depois de passados os 300 dias, podiam ter sido concebidos na constancia do matrimonio; portanto não são havidos como legitimos. (1)

§ 104. *Da maternidade e paternidade*

A *maternidade* revela-se por signaes exteriores inequivocos: a gravidez e o parto—factos claros e positivos, susceptiveis de inspecção occular. E' neste sentido que deve ser entendida a maxima: *semper est certa mater*. (2)

A *paternidade*, porém, é por sua natureza occulta e incerta; e, pois, não póde ser firmada em prova directa, como a maternidade.

Dahi a necessidade de fundal-a em uma probabilidade que a lei eleva á categoria de presumpção legal. (3)

A *presumpção legal* é a seguinte:

Estes prazos não se contam por horas, de momento a momento; mas *de die ad diem*, por durações de 24 horas, de meia-noite á meia-noite. Fr. 8, D. de feriis et delationib. (2. 12): Moulon L. 1, T. 7, n. 863.

(1) Entendem alguns escriptores que em favor da legitimidade póde o prazo maximo ser prorogado por tres, quatro e mesmo sete dias. Mendes, P. 1, L. 4, Cap. 3, n. 6; Phebo, Decis. 51.

O filho que nasce antes de passados os 180 dias, póde ficar legitimado pelo casamento subsequente.

(2) Fr. 5, D. de in jus vocando (2. 4.)

(3) Valasc. Consult. 134, ns. 2 e 3.

“ O filho concebido na constancia do matrimonio é reputado ter por pae o marido de sua mãe.” *Pater est quem nuptiæ demonstrant.* (1)

Tal é a regra de direito.

I. A dita regra tem a seu turno por fundamento esta outra presumpção: a da cohabitação dos conjuges ao tempo da concepção. (2)

Donde resulta que a regra pôde ser subvertida por prova que illida a presumpção da cohabitação. (3)

A presumpção da cohabitação, fundamento da regra, illide-se diante da prova da impossibilidade physica da cohabitação no prazo legal da concepção.

II. A impossibilidade da cohabitação resulta da *impotencia* e da *separação*. (4)

A impotencia, ou seja anterior ou posterior ao casamento (5), não é aceita como causa de impos-

(1) Cit. fr. 5, D. in jus vocando; Mello, L. 2, T. 6, § 2.

(2) Fr. 6, D. de is qui sui vel alieni jur. sunt. (1. 6); Mourlon, L. 1, T. 7, n. 861.

(3) Cit. fr. 6, verb: sed mihi videtur; Mello, cit. § 2.

(4) Cit. fr. 6, D. de his que sui etc.; fr. 1, § 14, D. de agnoscent. et alend. liber. (25.3); Mello cit. § 2.

(5) Os commentadores do Codigo Civil Francez controvertem largamente a questão de saber si a impotencia anterior ao casamento pôde ser recebida para excluir a presumpção legal da paternidade. E' fóra de duvida que a impotencia anterior pôde ser tão absoluta, certa e susceptivel de prova como a posterior; não ha, portanto, razão para denegar-lhe o effeito de illidir a presumpção da paternidade. Neste sentido Valette, Explications Sommaires, pag. 421; Demol. tom. 3, n. 35. Em contrario o Codigo Civil Port. art. 105.

sibilidade da cohabitação sinão quando absoluta e certa, sendo indifferente que provenha de facto externo, como a mutilação, ou de molestia interna grave. (1)

A separação dos conjuges deve ser tal que torne materialmente impossivel a sua conjuncção, como a ausencia em lugar remoto ; o encarceramento incomunicavel d'um delles. (2)

III. E' mister que a impossibilidade physica da cohabitação tenha subsistido no *prazo legal* da concepção.

Pois que o parto perfeito não acontece nem antes dos 180 dias da data da concepção, nem 300 depois, segue-se que o *prazo legal* da concepção não póde protrahir-se além dos primeiros 120 dias dos 300 que precedem ao nascimento. (3)

(1) Fr. 6. D. de his qui sui etc. (1.6) : Infirmidade interveniente vel alia causa, vel si ea valetudine paterfamilias fuit ut generare non posit. Lobão, Notas a Mello, L. 2, T. 6, § 2, n. 8. Mourlon, cit. 874 e Toullier, tom. 2, n. 810.

(2) Fr. 1, § 14, D. de his qui sui, etc. ; Lobão cit., n. 8 ; Mourlon cit., n. 872.

(3) Isto é de si mesmo evidente. Provada a impossibilidade do accesso nos primeiros 120 dias dos 300 que precederam ao nascimento, maximo da gestação, é claro que, sendo o minimo da gestação de 180 dias, não póde o filho ser do marido : para isso fôra mister que nascesse vidavel antes de passados os 180 dias, espaço que vae do ultimo dos 120 dias ao ultimo dos 300 — o que seria contra os dados da experiencia accitos pela lei. Cod. Civ. Fr. art. 312, Port. art. 103 : Veja-se a nota ao art. 101 do Projecto de Cod. Civ. de Hespanha por Goyena. 108

A presumpção legal da paternidade, portanto, só cessa, provada a impossibilidade da cohabitação dentro do dito prazo de 120 dias. (1)

§ 105. *D' adulterio e divorcio quanto á legitimidade da paternidade*

A prova de adulterio, ainda acompanhada da circumstancia da occultação do estado de gravidez e do parto, não destróe a presumpção legal da paternidade; porque, não obstante as relações criminosas da mulher com outra pessoa, o filho bem póde ser do marido, e, na duvida, prevalece a presumpção em favor da legitimidade. (2)

Os filhos que nascem 300 dias depois da separação judicial e de facto dos conjuges, em virtude de sentença de divorcio perpetuo ou temporario, são havidos

(1) Quando a viuva passa a segundas nupcias dentro dos 120 dias que se seguem á morte do marido e tem parto ainda dentro dos 300 dias depois daquella data, dá-se a *confusio partus* e é difficil determinar quem é o pae: si o primeiro, si o segundo marido. Esta questão resolve-se á vista das provas e circumstancias. B. Carneiro, L. 1, T. 20, § 177, n. 17; Cod. Civ. do Chile, arts. 200 e 201; Cod. Civ. Port. art. 1.234; Rogron ao art. 228 do Cod. Civil. Fr.

(2) Fr. 11. D. ad leg. Juliam. de adult. (48.5): Cum possit et illa adultera esse et impubes defunctum patrem habuisse. Mello, L. 2, T. 6, § 6; Cod. Civ. Port. art. 103. A declaração da mulher de que o filho não é do marido não faz prova. B. Carneiro, L. 1, T. 20, § 177, n. 5.

como illegítimos, porque o divórcio importa a cessação da presumpção da cohabitação. (1)

Todavia, como o divórcio não rompe o vínculo matrimonial, subsiste a legitimidade da filiação: — provando-se que o marido reconheceu o filho ou que teve contacto com a mulher durante o prazo legal da concepção. (2)

§ 106. *Da contestação da legitimidade da filiação*

A legitimidade da filiação póde ser contestada:

1. Em relação ao pae; (3)

Por não ter tido cohabitação com a mulher no *prazo legal* da concepção.

2. Em relação á mãe; (4)

Pela prova de parto supposto; (5)

Pela negação da identidade da pessoa que se diz filho.

(1) Cardoso, Praxe, verb. *Filius*, n. 10; Cod. Civ. Port. art. 101; Mourlon, L. 1, T. 7, n. 879.

(2) Veja-se art. 313 do Cod. Civ. Fr. e os arts. 190 e 191 do Cod. do Chile.

(3) Quando a acção de contestação da legitimidade da filiação tem este fundamento, a denominam os Francezes — *action en desaveu*. Mourlon, L. 1, T. 7, n. 867.

(4) *Action en contestation de l'état*. Mourlon, cit.

(5) O parto se diz supposto: 1º, quando a mulher se finge pejada e dá o parto alheio como seu; 2º, ou quando substitue a sua por outra criança. Art. 254 do Cod. Crim. 109

3. Em relação tanto ao pae como á mãe; (1)

Por não ter havido casamento entre elles;

Por ser nullo o casamento;

Por não ter sido o filho concebido na constancia do matrimonio.

A acção de constestação de legitimidade da filiação varia de natureza, segundo o fundamento que lhe serve de base.

Assim que:

a) Quando tem por base o fundamento sob n. 1 (contestação da paternidade), pertence tão sómente ao pae. Esta acção envolve essencialmente arguição de adulterio; permittil-a a outrem, além do pae, fôra despojar o marido do direito de resguardar a sua dignidade e a honra da familia. (2)

Mas, como á contestação da paternidade se prendem direitos transmissiveis por successão, a dita acção passa por morte do pae aos seus herdeiros. (3)

b) A acção de contestação de legitimidade da

(1) *Action en contestation de legitimité.*

Não temos, como os francezes, em nossa linguagem juridica expressões consagradas para designar a acção de contestação de legitimidade em cada um dos tres aspectos expostos. O Cod. Civil Portuguez usa da phrase — impugnar a legitimidade — no sentido geral para exprimir a dita acção, qualquer que seja o seu fundamento. P. I; L. unic. T. 9, cap. 2.

(2) Cod. Civil Fr.; Cod. Civ. Port., art. 106; LL. 14 e 15, T. 2, Part. II; Codigo do Chile e outros. Esta doutrina é consequencia da disposição do art. 252 do Cod. Crim.

(3) Mourlon, cit. L. T. 7, n. 897.

filiação por qualquer dos fundamentos sob os ns. 2 e 3 pôde ser indistinctamente exercida por todos aquelles a quem aproveitar a declaração da illegitimidade. (1)

c) O pae, pelo fundamento n. 1, a mãe pelos fundamentos n. 2, e ambos pelos fundamentos sob n. 3, podem intentar a acção de contestação de legitimidade com o unico fim de firmar por sentença a negação da filiação ou simplesmente a negação da legitimidade da filiação. (2)

A' outras quaesquer pessoas, porém, a quem a acção alludida possa competir, como os herdeiros do pae ou da mãe, não é licito propol-a sinão com character prejudicial, isto é, como fundamento de outra que della deriva, como é a de petição de herança. (3)

Resta finalmente observar que a acção de contestação de legitimidade da filiação não prescreve em tempo algum; (4) mas prescrevem, passado o prazo legal, os direitos hereditarios, que della dependem.

(1) A contestação de legitimidade da filiação por qualquer dos fundamentos sob. ns. 2 e 3 não tem por fim destruir a presumpção — *pater est quem nuptiæ demonstrant* —; entende sómente com os filhos que não estão debaixo da protecção daquella maxima, como no caso de nullidade do casamento, de concepção antes do matrimonio, etc.

(2) Lobão, Not. a Mello, L. 2, T. 6, § 22, n. 2.

(3) Quando esta acção é intentada por terceiros, que não o pae ou mãe, não tem um fim proprio, é proposta conjunctamente com outras, com character simplesmente prejudicial.

(4) O Cod. Civ. Fr., arts. 316 e 318 e o Portug. art. 107 marcam um prazo breve para a iniciação da acção de contestação da

§ 107. *Acção de filiação*

Os filhos de legitimas nupcias que têm a seu favor a presumpção legal da legitimidade, são mantidos na posse do seu estado, enquanto o contrario não fôr declarado por sentença passada em julgado. (1)

A' aquelle, porém, a quem o pae ou a mãe impugnam reconhecer por tal, compete a acção de filiação para vindicar o seu estado de filho legitimo; (2)

Esta acção tem um fim duplo: um, directo, principal e puramente moral — o estado de filho legitimo; o outro accessorio e dependente do primeiro — o complexo dos direitos que resultam do estado de filho legitimo.

Quando ella tem por objecto unicamente a vindicação do estado da pessoa, é privativa do filho. (3)

Mas quando a qualidade de filho legitimo é invocada para fundamentar direitos successorios, a dita acção toma o nome de *habilitação* e pôde ser intentada por

paternidade, sob pena de prescripção. Não temos lei a respeito; portanto semelhante acção não pôde prescrever em tempo algum, visto como entra na classe das *prejudiciaes*, isto é, das que têm por objecto o *estado* das pessoas, as quaes são imprescriptiveis.

(1) Doutr. das Acç. nota 66.

(2) Fr. 5. D. de agnoscend. et alend. Doutrin. das Acç. § 36.

(3) Lob. a Mello, L. 2, T. 6, § 22, n. 2.

quem quer que tenha direitos a fazer valer contra os que estão na posse da herança deixada pelo pae ou pela mãe. (1)

A acção de filiação não prescreve em tempo algum; são todavia sujeitos á prescripção os direitos hereditarios, inherentes á qualidade de filho legitimo. (2)

§ 108. *Da prova da filiação legitima*

A prova da filiação legitima presuppõe a prova dos factos seguintes:

- 1º Do casamento entre o pae e a mãe;
- 2º Do nascimento do filho (parto);
- 3º Da identidade da pessoa do filho;
- 4º Da concepção na constancia do matrimonio.

I. O casamento e o nascimento provam-se pelas certidões extrahidas dos livros competentes, e em falta, por testemunhas. (3)

(1) Como no caso do art. 32 do Reg. de 15 de junho de 1859.

(2) Mourlon, L. 1, T. 7, n. 931.

(3) Lei de 24 de setembro de 1829; Consolidação das leis civis arts. 2 a 7.

Não temos propriamente registro de nascimento para as pessoas catholicas. Este registro é supprido pelo assentamento de baptismo, no qual ordinariamente são declarados os nomes do pae e mãe legitimos do baptisado. O registro civil creado pelo decreto n. 798 de 18 de junho de 1851 não está ainda em pratica, por ter sido o dito decreto suspenso pelo de 29 de janeiro de 1852.

O assento de baptismo, bem como *l'act de naissance* dos francezes, não contém sinão uma declaração do nascimento feita por

A prova do casamento e a do nascimento no prazo legal importam a presumpção da paternidade. (1)

A certidão do nascimento prova a maternidade. (2)

Da prova do nascimento no tempo legal resulta a presumpção da concepção na constancia do matrimonio.

A identidade prova-se por testemunhas. (3)

II. Na falta da certidão de nascimento, ou por se não ter feito o respectivo assentamento ou por se ter extraviado o livro, a filiação legitima pôde ser provada pela *posse do estado*. (4)

Resulta a *posse do estado* de uma serie de factos que por sua significação importam o reconhecimento do filho pela familia a que se diz pertencer. (5)

terceiro — nascimento que não é testemunhado pelo parochio ou pelo official encarregado do registro; todavia o Direito dá-lhes a força de prova. Vej. Mourlon. L. 1, T. 7, n. 905.

Sobre o registro de nascimentos de filhos pertencentes ás religiões dissidentes, veja-se a lei de 11 de setembro de 1861, art. 2, e decreto de 17 de abril de 1863, arts. 19, 31 e 47.

Nos diversos bispados do Imperio subsiste a pratica de, na falta de assentamento feito opportunamente, abrir-se novo em virtude de justificação dada no juizo ecclesiastico.

(1) Lobão a Mello, L. 2, T. 6, § 22, n. 1.

(2) Veja-se a nota 1 acima.

(3) A certidão do nascimento prova o parto, mas não a identidade.

(4) Cardoso, Praxe, verb. *filius*, n. 2; Lobão, Acç. Sum. § 251; Cod. Civil Port. art. 114.

(5) A posse do estado de filho é principalmente constituida por tres factos:

Nominatio: quando o filho tem o appellido do pae;

Para produzir o indicado effeito deve a *posse do estado* ser *constante* e sem *interpolação* (1), *simultanea* e *indivisivel* em relação ao pai e á mãe. (2)

A *posse do estado* póde ser firmada em juizo por todo o genero de provas admittidas em direito. (3)

A prova da *posse do estado* induz virtualmente, e, portanto, suppre: a prova do nascimento, a da paternidade e a da maternidade.

Mas della não resulta a prova do casamento. Assim que para firmar a legitimidade da filiação na hypothese figurada, é mister, além da prova do *estado da pessoa*, accrescentar a prova do casamento em fôrma legal. (4)

Tractatus : quando é tratado de filho pelo pai e pela mãe e por elles educado ;

Reputatio : quando é tido e havido por filho na família e pelos visinhos. Cardoso, verb. cit. ; Pheb. Decis. 76 ; Mourlon, L. 1, T. 7, n. 908 ; Acç. Sum. § 251.

(1) Mourlon cit., n. 910.

(2) Mourlon cit., n. 911.

(3) Como cartas epistolares, documentos de diversa natureza, depoimento de testemunhas, etc.

(4) O § 2 da Ord. L. 4, T. 46 acha-se derogado entre nós.

TITULO SEGUNDO

Dos filhos legitimados por subsequente
matrimonio (1)

§ 109. *Que filhos podem ser legitimados por subsequente matrimonio?*

Por um principio de equidade permite a lei que o casamento, que ergue á posição de esposos legitimos o homem e a mulher que tiveram relações illicitas, retrotraia os seus effeitos e torne tambem legitima a prole antes havida.

Mas, como podem ter existido entre o homem e a mulher impedimentos que, embora dispensaveis, communicam, todavia, ás relações havidas um caracter de profunda immoralidade: occorrendo taes impedimentos é denegado aos filhos o effeito retroactivo da legitimação.

Esses impedimentos são: o que provém do vinculo matrimonial (*ligaminis*) e os que resultam de parentesco em gráo prohibido.

(1) Os legitimados por matrimonio seguinte entram neste capitulo porque são em tudo equiparados aos legitimos. Sendo menores cahem, pela legitimação, sob o patrio poder.

Não podem, portanto, ser legitimados por matrimonio seguinte os filhos que nasceram de adulterio ou de incesto. (1)

Reputam-se incestuosos para o dito fim os que nascem de pai e mãe ligados por parentesco, que, segundo o Direito Civil, importa prohibição para casamento. (2)

A legitimação é determinada pelo tempo da concepção ou do nascimento, segundo fôr mais favoravel ao filho (3). Assim, si o impedimento não existia ao tempo da concepção, mas sobreveiu antes do nascimento (4); ou existia ao tempo da concepção, mas cessou antes do nascimento (5): nestes dous casos o filho se legitima pelo subseqüente matrimonio.

Da doutrina exposta resulta que podem ser legitimados por subseqüente matrimonio todos os filhos que não entram na definição de adulterinos ou de

(1) Const. 10. 11 C. de naturalib. liber. § 13, I. de nuptiis (1.10) C. 6. X qui sint filii legitimi; Ord. L. 2, T. 35 § 12. Veja-se a nota XI no fim.

(2) Dig. Port. P. II, art. 465. Por Direito Civil (romano) o casamento era prohibido entre os collaterales, dentro do 2º gráo; e entre os parentes que estavam entre si em relação de pai e filho (*respectu parentelæ*) como tio e sobrinha, e entre os affins nos mesmos grãos. Hein. ad Pandect. P. IV, § 116; Makeldey, §§ 544 e 545.

(3) Novella 89, cap. 8, § 1.

(4) Como quando o pai era solteiro ao tempo da concepção e já casado com outra mulher ao tempo do nascimento do filho.

(5) Como si era casado na época da concepção e já viuvo no tempo do nascimento.

incestuosos, sem embargo de que entre o pai e a mãe tivessem existido impedimentos de outra natureza, como o de raptio, de disparidade de culto, etc. (1)

§ 110. *Natureza e efeitos da legitimação*

Os filhos legitimados por matrimonio seguinte são por direito considerados a todos os respeitos como si foram nascidos e gerados na constancia do matrimonio. (2)

Desta identificação operada pela lei resulta que a taes filhos convêm todas as relações de direito que tem por base a qualidade de filho legitimo.

O casamento retrotrahe os seus efeitos ao tempo do nascimento dos filhos. (3)

Todavia esta retroacção não affecta os actos consum-

(1) Os impedimentos do Direito Canonico nos grãos de parentesco em que o Direito Civil não prohibe o casamento, não impossibilitam a legitimação. Guerreiro, Tract. 2, L. 1, cap. 4, n. 89. Dig. Port. P. II, art. 415.

(2) Ord. L. 2, T. 35, § 2: “ porque este *legitimado* é em todo *perfeitamente legitimo*. ”

E' questão si o matrimonio putativo produz o efeito de legitimar os filhos antes havidos. Inclino-me á solução negativa, porque a lei equipara o matrimonio putativo ao valido para os efeitos posteriores: retrahil-o aos factos anteriores é ampliar a ficção além dos termos da sua definição: — o que é inadmissivel. Em contrario B. Carneiro, L. 1, § 203, n. 8.

(3) Lobão, Dissert. 1^a das anonymas, § 30; B. Carneiro, L. 1, T. 23, § 204, n. 1.

mados, nem os direitos deferidos antes da legitimação. (1)

Nos termos expostos, o matrimonio legitima não só os filhos vivos, sinão também os fallecidos em proveito de seus descendentes. (2)

§ 111. *Da prova da filiação dos legitimados*

A legitimação por subsequente matrimonio opera-se por força da lei, independentemente do consenso do pai e do filho. (3)

Mas, como nasceu antes do casamento, o filho não tem em seu favor, como os legítimos, a presumpção legal da paternidade.

(1) Murlon, L. 1, T. 7, n. 943. E' regra geral de Direito ácerca da *retroactividade*.

(2) Gomez á Lei Taur. 9, n. 61; Peres ad Const. 5 C. T. 27, n. 17.

A legitimação prevalece ainda que tivesse intermeiado casamento com outra pessoa. B. Carneiro, cit. § 203. n. 10,

(3) Mello, L. 2, T. 5, § 16, nota: Peres ad Const. 5 C. de nat. lib. (T. 27, n. 10); Dig. Port. Part. II, art. 474.

Do facto do casamento resulta necessariamente a legitimação; o que póde dar lugar á discussão é a questão de prova da filiação.

Segundo o D. R., o filho podia recusar a legitimação. (Novell. 89, cap. 11). Provinha esta disposição da natureza do patrio poder entre os Romanos. Não consentia a lei que uma pessoa *sui juris*, contra sua vontade, perdesse a sua personalidade e se submettesse ao poder de outra. Hoje, porém, afrouxado o rigor do patrio poder, cessou a razão da doutrina romana, e geralmente entende-se que a legitimação opéra os seus effeitos em relação aos filhos, independentemente do consentimento delles. Cod. Civil Port. art. 118 e seguintes.

Assim que o facto do casamento não basta para provar a paternidade. (1)

A prova se estabelece ordinariamente pela posse do estado, e o filho é nella mantido enquanto o contrario não é declarado em juizo por via de acção competente.

Póde ainda a paternidade ser firmada, pelo reconhecimento do pai em escriptura publica ou em testamento, ou por qualquer genero de provas em direito admittidas.

Ao filho fica sempre salva a acção para se fazer reconhecer legitimado pelo subsequente matrimonio. (2)

Póde, porém, a legitimação ser contestada pelo marido, por seus herdeiros ou por terceiros interessados. (3)

(1) Lob. Morgados, cap. 11, § 8, *in fine*.

E' evidente que o filho, na hypothese de subsequente matrimonio, não tem em seu favor a presumpção legal da paternidade. O Cod. Civil Fr. exige o reconhecimento do pai, antes ou no acto do casamento, art. 331.

A lei de 2 de setembro de 1847 não entende com os filhos legitimados por matrimonio seguinte. Consol. das leis civis, not. 3 ao art. 215.

(2) Doutr. das Acções, § 36. O Cod. Civil Fr. cit. art. 331, denega ao filho esta acção; concede-a expressamente o Cod. Civil Port. art. 119, n. 2.

(3) Guerr. Tract. 2, L. 1, cap. 5, n. 100 e seg.; D. Port. P. II, art. 476. 115

TITULO TERCEIRO

Dos direitos entre os paes e os filhos-familias

§ 112. *Generalidades*

No decurso da menoridade fallece ao ente humano a capacidade indispensavel para prover ás suas necessidades e reger sua pessoa e bens.

E' mister que alguém tome o infante sob sua protecção, que o alimente, que cultive os germens que lhe brotam no espirito; que, em uma palavra, o eduque, e zele e defenda seus interesses.

Esta nobre missão á natureza confiou-a ao pai e á mãe. Presuppõe ella tanto em um como em outro, certos direitos sobre a pessoa e bens do filho. Estes direitos em seu complexo constituem o que se chama *patrio poder*.

Tem elle por fundamento a incapacidade do menor;

Consiste no direito de educal-o, de defender-lhe a pessoa, e de guardar e zelar-lhe os bens;

Compete tanto ao pai como á mãe.

Tal é, no ponto de vista philosophico, o *patrio poder*.

Mas não é assim, nesta pureza, que tem sido elle comprehendido e regulado pelo Direito positivo.

Modeladas em sua generalidade pelas formulas severas do Direito Romano, que neste assumpto reproduz em energico resumo o genio dominador e avaro do povo latino, as leis civis têm desnaturado grosseiramente a instituição do patrio poder, accrescentando-lhe attribuições inconciliaveis com a sua indole e razão de ser, e convertendo-o, por uma singular inversão de seu fim, em pesado instrumento da prepotencia, do orgulho e da cobiça dos pais.

Assim que:

O patrio poder rouba ao filho a independência pessoal nas relações do direito privado; despoja-o em favor do pai dos rendimentos da classe mais importante de seus bens: seu jugo não cessa com a menoridade.

Felizmente, porém, graças ao progresso das luzes, vão os legisladores modernos reconhecendo a necessidade de separal-o dos elementos estranhos que o desvirtuam, esforçando-se por approximal-o do typo philosophico. E' esta a tendencia que predomina nos codigos recentemente promulgados. (1)

Entre nós prevalece ainda ácerca deste grave assumpto a antiga legislação portugueza, o que não é sinão a reproducção do Direito Romano, no estado em que o deixara o imperador Justiniano, com as

(1) Veja-se o Cod. Civil Fr. L. 1, T. 9; o Port. P. I, L. unic., T. 9, Secção 7 e seg.; e do Chile, arts. 240 a 263.

modificações que o tempo e os costumes lhe foram fazendo. (1)

§ 113. *Do patrio poder*

Em sentido legal, o *patrio poder* é o *todo* que resulta do conjuncto dos diversos direitos que a lei concede ao pai sobre a pessoa e bens do filho-familias.

(1) A instituição do patrio poder, tal como se acha constituida pelo nosso Direito, é um invento absurdo, imaginado antes em utilidade e vantagem do pai do que em beneficio do filho.

O jugo do patrio poder, prolongando-se irracionalmente além da menoridade e dando ao pai o direito de usufruir os bens do filho pertencentes á vasta classe dos adventicios, entre os quaes figuram as legitimas maternas e as heranças deixadas por estranhos, envolve em si uma tyrannia cruel, incompativel com as idéas do seculo e contra a qual bradam com toda a energia os mais sagrados direitos e as mais santas aspirações.

Quantos entes, fadados para a felicidade, e em maior numero os do sexo fraco, não vegetam ahi, durante a mais formosa quadra da vida, encerrados em carcerees privados, ou comprimidos sob as falsas apparencias da grandeza e elegancia, com a alma a anhelar venturas impossiveis, porque a avareza paterna, receiosa de perder o usufructo do peculio, lhes embarga a emancipação!

E' mister acabar com esta tyrannia.

Imitemos o exemplo dado pelos povos cultos. Em França, em Portugal, no Chile e em muitos outros paizes, o patrio poder termina pela maioridade do filho familias. Cod. Civil Fr. art. 372; Cod. Civil Port. art. 170, § 3; Cod. do Chile, arts. 264 a 269.

Em França o usufructo legal do pai cessa chegando o filho-familias á idade completa de dezoito annos (Cod. Civil, art. 384), "porque aliás, observa Mourlon, o pai e a mãe seriam interessados em recusar-lhe obstinadamente a emancipação" (Rep. Ecrit. L. 1, T. 9, n. 1.055.)

Compete exclusivamente ao pai (1) e só recae : sobre os filhos que nascem de justas nupcias (2) e sobre os menores legitimados por subsequente matrimonio. (3)

Não lhe são por conseguinte sujeitos : os filhos illegitimos, quer simplesmente naturaes, quer espurios, embora reconhecidos ou legalmente perfilhados ; nem tampouco os adoptivos. (4)

Perdura emquanto não é dissolvido por algum dos modos estabelecidos em lei, qualquer aliás que seja a idade do filho. (5)

Supposto o patrio poder, em sua integridade, seja da exclusiva competencia do pai, todavia alguns dos seus attributos podem ser exercidos por outra pessoa que não o pai. (6)

Assim a *tutella* não é sinão um aggregado de parcelas do patrio poder. Mas o tutor não tem patrio

(1) Ord. L. 4, T. 87, § 7 ; Mello, L. 2, T. 4, §§ 6 e 15.

(2) Mello, L. 2, T. 5, § 1 ; B. Carneiro, L. 1, T. 21, § 184, n. 3.

(3) Ord. L. 2, T. 35, § 12 verb. : porque este *legitimado* (por matrimonio seguinte) é em todo perfeitamente *legitimo*.

(4) Guerreiro, Tract. 2, L. 1, cap. 5, n. 65 ; B. Carneiro, cit. § 184, n. 9 ; Digest. Port. P. II, art. 486. Portug. de Donat. L. 3, C. 18, n. 106 e seguintes.

(5) Ord. L. 4, T. 81, § 3 ; Provis. de 24 de maio de 1823 e Decr. de 1 de fevereiro de 1848.

(6) A mãe e o proprio avô exercem tambem attributos do patrio poder. Quanto á mãe, veja-se Mello, L. 2, T. 4, § 15, e quanto ao avô, a Ord. L. 4, T. 102, § 1.

poder, porque faltam-lhe alguns dos attributos essenciaes daquelle poder, como é o direito de usufruir o peculio do menor, o de fazer substituição pupillar.

O filho que está sob o patrio poder, é chamado em direito *filho-familias*. (1)

Os direitos que em sua reunião formam o patrio poder, quebram-se em duas ramificações:

Direitos que dizem respeito á pessoa do filho-familias;

Direitos que concernem aos bens.

§ 114 A.— *Direitos do pai quanto á pessoa do filho-familias*

Compete ao pai, pelo que respeita á pessoa dos filhos-familias:

1º Determinar o genero de educação que lhes convem dar, marcar o logar em que devem receber-a e escolher os mestres; (2)

2º Tel-os em sua companhia, sob sua guarda e sujeição; (3)

3º Corrigil-os e castigal-os moderadamente emquanto forem menores; (4)

(1) Ord. L. 4, T. 81, § 3.

(2) Mello, L. 2, T. 4, § 10; Lobão, Obrig. Recipr. P. I. cap. 3, §§ 46 e seguintes.

(3) Ord. L. 1, T. 88, § 6; B. Carneiro, L. 1, T. 21, § 185, n. 2.

(4) Art. 14, § 6 do Cod. Crim. do Imperio. Resol. de 20 de abril e de 20 de julho de 1751. O pai pôde prender o filho em

4º Exigir que lhe prestem gratuitamente os serviços próprios de sua idade e condição; (1)

5º Conceder ou negar-lhes consentimento para casamento; (2)

6º Nomear-lhes tutor em testamento; (3)

7º Fazer testamento por elles e nomear-lhes herdeiro para o caso de fallecerem dentro da pupillaridade; (4)

8º Represental-os nos actos da vida civil, quer judiciaes, quer extrajudiciaes; (5)

9º Dar em nome delles queixas por crimes de que tenham sido victimas; (6)

casa, por correição, sem incorrer em crime de carcere privado. Repert. das Ordd. tom. 3, pag. 934. B. Carneiro, cit. § 185, n. 8.

Póde o pai requerer ao magistrado a prisão do filho em castigo? Não, porque não ha lei conferindo ao poder judiciario tal attribuição.

(1) Ord. L. 1, T. 88, § 13 (arg.); Mello. L. 2, T. 4, § 11; B. Carneiro, L. I, T. 21, § 185, n. 5.

(2) Lei de 6 de outubro de 1784, § 4.

(3) Ord. L. 4, T. 102, § 1.

(4) Ord. L. 4, T. 87, § 7.

(5) Ord. L. 3, T. 41, § 8. Gab. Pereira, Decis. 19; Mello, L. 2, T. 4, § 12.

(6) Arts. 72, 75, § 5 do Cod. Crim. Pela antiga legislação podia o pai, por propria autoridade, defender o filho-familias no juizo criminal. Mello, L. 1, T. 4, § 9. Esta doutrina não prevalece hoje. Si o filho-familias é menor, o juiz dá-lhe curador, mas o pai não póde por direito proprio figurar no processo como defensor d'elle, salvo no caracter de procurador, si é maior, ou de curador nomeado pelo juiz, si é menor.

10. Reclamar, por via de acção competente, que lhe sejam restituídos por quem injustamente os detenha sob seu poder. (1)

§ 115 B — *Direitos quanto aos bens*

Noção dos peculios.

Os bens que formam o patrimonio dos filhos-familias recebem a denominação de *peculios* e são sujeitos a um regimen especial. (2)

Estes bens distribuem-se, segundo a sua origem

(1) Mello, L. 1, T. 4, § 8; B. Carneiro, L. 1, T. 21, § 185, n. 4; Doutr. das Acç. § 44.

(2) O systema do nosso Direito sobre o regimen dos peculios dos filhos-familias, tirado do Direito Romano, é complicado, defeituoso e irracional. O Direito Romano sobre este assumpto é uma criação historica que se foi lentamente formando e recebendo modificações á proporção que ia afrouxando o rigor do patrio poder. Esta elaboração deu em resultado um todo disforme e incoherente. (Vej. Marezoll, Droit Romain, § 176).

A legislação moderna tem simplificado esta materia sujeitando-a a regras claras e justas. Segundo o Cod. Civil Francez, todos os bens do filho-familias formam um só patrimonio, regido por principios uniformes. O usufructo legal que compete ao pai termina ao completar o filho-familias dezoito annos de idade e comprehende todos os bens, salvo: 1º, os que o filho adquire por trabalho separado do pai, ou por industria distincta do estado ou profissão paterna; 2º, os que lhe foram doados ou legados sob expressa condição de que nem o pai nem a mãe tenham o usufructo, e 3º; finalmente os bens que vieram por uma successão, desviada do pai ou da mãe por *causa de indignidade*. Mourlon, Repet. Ecrit. L. 1. T. 9, n. 1.058.

O Cod. Civil Port. (arts. 144 a 149), supposto consagre quatro classes diversas de peculios, todavia regulou a materia d'um modo justo e conveniente.

de aquisição, em quatro classes, cada uma com o seu nome consagrado na linguagem jurídica, a saber:

I. *Peculio profecticio*: consta da porção de bens que o pai *realmente separa* do acervo de seus haveres e *entrega* ao filho-familias para que este em seu proprio nome os *administre*. (1)

São reputados parte deste peculio os fructos, rendimentos e ganhos que delle procedem, acontecidos emquanto o filho-familias vive em companhia do pai ou da mãe. (2)

(1) Ord. L. 4, T. 97, §§ 10 e 16; fr. 5, § 4; fr. 7, § 8 D. de pecul. (15. 1); § 1. Per quas person. nob. adq. (2. 9): "*si quid ex re patris ei obveniat.*"

"*Peculium profectitium illud nuncupatur quod voluntate parentis ab ejusdem rationibus quod solum ad administrationem est separatum... et ex re et substantia patris aut ejus intuitu ad filium familias pervenit.*" Struvió.

Deve distinguir-se o peculio profecticio, dos bens de que o pai fez *doação* ao filho emancipado, ou ainda sob o patrio poder. Estes bens entram para a propriedade livre dos filhos, a quem pertencem os seus fructos e novidades. Ord. L. 4, T. 97 pr. e § 3; Mello Freire, L. 2, T. 4, § 13 nota; B. Carneiro, L. 1, § 183, ns. 2 e 3.

(2) Ord. L. 4, T. 97, § 17; Lob. a Mello, L. 2, T. 4, § 13, n. 13.

O filho que vive em companhia da mãe, reputa-se viver em companhia do pai.

Muitos dos nossos escriptores, seguindo a doutrina da Gloza, sustentam que constituem peculio profecticio as cousas doadas ao filho-familias em *contemplaçào* do pai.

Parece-me esta opinião totalmente destituída de fundamento. Importa ella infracção da regra geral de Direito — que a *causa* do acto juridico nem influe na validade do proprio acto, nem póde ser invocada para corrigir os effeitos naturaes que delle resultam, salvo quando entra como condiçào.

II. *Peculio castrense*: comprehende os bens que o filho-familias adquire no serviço militar ou a proposito d'elle. (1)

Nesta classe entram:

1. Todas as cousas que os pais ou estranhos dão ao filho-familias por motivo de serviço militar; (2)
2. Os bens que adquire na guerra. (3)
3. Os donativos, legados, e herança que recebe de seus companheiros de armas; (4)

Quando a doação é feita em contemplação ao pai, evidentemente o pai é a causa do acto: mas, como a causa é um principio extrinseco do acto, não inhiibe que a doação produza o seu effeito natural — transferir a propriedade ao donatario.

Em toda a nossa legislação não ha um só texto, donde se possa induzir a opinião alludida; antes na Ord. do L. 4, T. 97 — *Das collações* — ha mais de uma passagem que claramente a excluem, como por exemplo a seguinte: (§ 16) — “E quando o filho que está com seu pai ou mãe... ganhar alguma cousa... ou nos lh'a dermos ou qualquer outra pessoa, não será obrigado de a trazer a collação.”

(1) Ord. L. 3, T. 9, § 3; L. 4, T. 97, § 18; Const. 1, C. de castr. pecul. (12. 37): etiam quæ in castris *per occasionem militiæ* quæ-runtur.

Não constitue *peculio castrense* o que o filho-familias, que exerce profissão militar, adquire em acto que não tem connexão com a sua profissão. Fr. 11. D. de castr. pecul.

(2) Fr. 3. D. de castr. pecul. (49. 17); Const. 1. C. de castr. pecul. (12. 37): Quæ eunti in militiam a patre vel a matre, aliis ve propinquis vel amicis donatæ sunt.

(3) Fr. 11. D. de castr. pecul.

(4) Fr. 8; fr. 16, § 1; fr. 19 pr. D. de castr. pecul.; Const. 1. C. de castr. pecul. (12. 37): In quibus sunt etiam hereditates eorum qui non alias noti esse potuerunt, nisi per militiæ occasionem.

4. Os rendimentos, productos e ganhos provenientes dos bens castrenses. (1)

III. *Peculio quasi-castrense*: compõe-se dos bens que o filho-familias adquire no exercicio de suas letras, na pratica das artes liberaes, ou como funcionario publico. (2)

Taes são os bens havidos na advocacia (3), na pratica das ordens sacras (4), no ensino das sciencias e bellas-artes. (5)

Revestem a natureza de quasi-castrenses: os bens doados ao filho-familias para ajuda de casamento (6) e as tenças, pensões e mercês pecuniarias conferidas pelo Estado. (7)

IV. *Peculio adventicio*: comprehende todos os bens do filho-familias, que, por seu modo de aquisição, não

(1) Const. 1. C. de castr. pecul.:—“quamvis empta ex castr. peculio prædia, ejus conditionis efficiantur.

(2) Ord. L. 3, T. 9, § 3; L. 4, T. 97, §§ 10 e 18; Const. unic. C. de castr. omnium palatinor. peculio (12. 31); Const. 7. C. de adcessoribus et domesticis (1. 51).

(3) Const. 4. C. de advocatis diversorum judicior (2. 7).

(4) Novell. 123, cap. 19.

(5) Ord. L. 4, T. 97, § 18; *acto de letras*. Lob. Not. a Mello, L. 2, T. 4, § 13, ns. 6 e 7.

(6) Ord. L. 4, T. 97, § 10. Emquanto não se realiza o casamento, porque pelo casamento fica o filho emancipado.

(7) Cit. ord. e paragrapho: Peg. ad Ord. L. 3, T. 9, § 3, n. 10; Lobão, Not. a Mello, cit. § 13, n. 10. As doações do Imperador entram na classe das feitas por particulares. Consolid. das Leis Civis, art. 180, § 5, nota (1).

entram na definição de alguma das outras tres classes de peculios (1), como são :

1. Os bens que o filho-familias herda de sua mãe ; (2)
2. Os adquiridos por doação, legado ou herança, ainda mesmo em contemplação do pai. (3)
3. Os lucros e ganhos que obtem com o peculio profecticio, estando fóra da companhia do pai, ou da mãe ; (4)
4. Os bens que adquire no exercicio das artes mechanicas. (5)

§ 116. C. — *Direitos do pai sobre os peculios*

Os direitos do pai sobre os bens dos filhos-familias variam segundo a natureza do peculio.

I

O *peculio profecticio*, embora collocado sob a guarda

(1) Ord. L. 4, T. 97, § 19; T. 98, § 1. J. Per quas person. nob. adquiritur (2. 9): Quod autem ex aliâ causâ sibi filius familias adquisivit, hujus usumfructum patri quidem adquirat, dominium autem apud eum remaneat. Marezoll, Droit Rom. § 176; Lobão, Not. a Mello, L. 2, T. 4, § 13, n. 22.

(2) Ord. L. 1, T. 88, § 6; Const. 1. 2. C. de Bonis maternis (6. 60).

(3) Cons. 4 C. de Bonis quæ liber. (6. 61); Ord. L. 4, T. 98, § 1. (arg.)

(4) Ord. L. 4, T. 97, § 17 (arg.); Lob. cit. n. 22, 8º.

(5) Valasc. Partition. cap. 13, n. 180; Lobão, cit. n. 22, 6º.

e administração do filho, continúa a ser propriedade do pai. (1)

Ao filho, como livre administrador, compete gerir-o em seu próprio nome, empregal-o em qualquer genero de negocio e sobre elle contrahir empréstimos. (2)

Não póde, porém, alienal-o por titulo gratuito. (3)

Pois que o pai retém os direitos de proprietario, póde permittir ao filho uma administração mais ou menos ampla, retomar o peculio, convertel-o em seu proveito, e até doal-o a outro filho ou a pessoa estranha. (4)

Fica responsavel, até o valor do peculio, pelas dividas que o filho na gestão delle houver contrahido. (5)

O peculio reputa-se doado ao filho si, depois do acto de sua emancipação, elle continúa a possuil-o sem contradição por parte do pai. (6)

(1) Fr. 4 D. de peculio (15. 1) § 1. I. Per quas person. (2. 9) sancitum est... ut siquid *ex re patris ei obveniat*, hoc secundum atiquam observationem *totum parenti adquirat*. Valasc. Partition. cap. 13, n. 188.

(2) Ord. L. 4, T. 97, § 17; fr. 18; § 4, fr. 19 D. de pignorat. act. vel contra, (13. 7); fr. 44 D. de peculio (15. 1).

(3) Fr. 7. D. de donationibus (39. 5). Salvo autorisação do pai, cit. fr. § 1.

(4) Fr. 4 D. de peculio (15. 1) § 1 J. Per quas person. B. Carneiro L. 1, T. 21, § 187, n. 5.

(5) § 4 J. Quod cum eo (4. 7); fr. 44 D. de pecul (15. 1), Mello, L. 2, T. 4, § 14, nota.

(6) Const. 17 C. Quæ sit. long. consuet. (8. 54); fr. 31, § 2 D. de donationibus (39. 5). Nesta hypothese o peculio converte-se em doação do pai ao filho e entra na classe das doações em adiantamento de legitima (Ord. L. 4, T. 97).

II

O *peculio castrense* e o *quasi-castrense* constituem verdadeiros patrimônios, de que os filhos-familias *dispoem livremente*, sem dependência de intervenção dos pais.

Ácerca dos bens que entram na definição destes peculios, os filhos-familias são considerados sob todas as relações de Direito como pessoas revestidas de plena capacidade. (1)

Emquanto, porém, são menores de vinte um annos, os ditos peculios se conservam sob a guarda e administração dos pais.

III

Nos bens que formam o *peculio adventicio* tem o pai o usufructo e a administração. A propriedade pertence ao filho. (2)

A. Não pôde o pai, sem consentimento do filho ou sem decreto judicial, si o filho é menor, empenhal-os, hypothecal-os ou alienal-os por qualquer titulo, (3) salvo nos casos seguintes: (4)

(1) Const. 6. 7. de bonis quæ liber. (6. 61); fr. 2 D. ad Senatus consult. Maced. (14. 16).

(2) Ord. L. 4, T. 97, 19; T. 98; L. 1, T. 88, 6; Const. 1. C. de bonis mater. (6. 60).

(3) Ord. L. 1, T. 88, § 6; Const. 4 C. de bonis quæ liber (6. 61).

(4) Const. 1. 2. C. de bonis maternis (6. 60); C. §8, 4 e 5. C

a) Para pagar dividas ou legados de que viesse onerado o peculio ;

b) Para prover 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 podem ser, por este-reis, convenientemente aproveitados.

Fica o pai sujeito a todos os onus que pesam sobre o usufructuario, excepto a prestar caução. (1)

Assim, é obrigado a zelar e conservar os bens, fazendo as bemfeitorias e reparos necessarios (2); a pagar os tributos e censos que os gravam (3); a defendel-os em juizo e a reivindicar-os do poder de

de bonis quæ liberis (6.61) ; B. Carneiro, L. 1, T. 21, § 188, ns. 3, 4 e 5. Vendem-se em primeiro logar os moveis e na falta destes os immoveis menos uteis., cit. Const. 8, § 4. Si o pai é negligente em pagar as dividas, responde pelos juro, cit. § 4. Vej. Lobão, Not. a Mello, L. 2, T. 4, § 12, n. 1 e seg.

(1) Const. 8, § 4, C. de bonis quæ liber. (6.61) ; paterna reverentia eum excusante. . . et a *cautionibus*. Caução de bene utendo. B. Carneiro, cit. § 188, n. 25.

(2) Const. 1. C. de bonis mater. (6.60) ; Const. 8, § 4, de bonis quæ liber. (6.61) ; B. Carneiro cit. § 188, ns. 29 e 30. As bemfeitorias compensam-se com os rendimentos. Const. 1 C. de bonis maternis : Et sumptus ex fructibus impigre facere. Valas. Consult. 116, ns. 5 e 9.

(3) Const. 8, § 4. C. de bonis quæ liber. : Sin autem legata, vel fidei commissa, sine *annalia*. . . Lob. Not. a Mello L. 2, T. 4, § 13, n. 26, 3º.

terceiro (1); a cobrar as dividas activas (2); a indemnizar os damnos causados por dolo ou culpa sua (3); a dar emfim contas de sua administração. (4)

No caso de manifesta delapidação do peculio, póde ser removido da administração; mas não perde o usufructo. (5)

B. O filho, enquanto não se emancipa, não póde dispôr dos bens adventicios, nem mesmo obrigar-os por dividas. (6)

Para segurança da restituição do peculio com as indemnisações devidas, tem elle hypotheca legal sobre os immoveis do pai (7), além do direito de annullar as alienações illegalmente feitas e reivindicar a cousa alienada. (8)

(1) Const. 1. C. de bonis maternis (6.60): Et litem inferentibus resistere.

(2) C. 1 C. de bonis matr.: verb. atque ita omnia agere... Lob. cit. n. 26.

(3) Ord. L. 1, T. 88, § 6 (arg.); Const. 8. § 4, C. de bonis quae liber. (6.61); Repert. T. 3, pag. 934; B. Carneiro, cit. § 188, n. 33.

(4) Ord. L. 1, T. 88, § 6 verb.: E é obrigado a entregar-lh'os, quando forem emancipados... Ord. L. 3, T. 9, § 4; Mello Freire, L. 2, T. 4, § 12.

(5) Ord. L. 3, T. 9, § 4; Mello, citado § 12; Lobão a Mello, cit. § 12, n. 29.

(6) Repert. das Ord. tom. 3, pag. 294; B. Carneiro, cit. § 188, n. 2.

(7) Lei de 24 de setembro de 1864, art. 3 §.

(8) B. Carneiro cit. § 188, ns. 9, 10 e 11.

C. A regra de que o pai tem o usufructo e a administração do peculio adventicio, cessa :

1º Quando os bens são doados, legados ou deixados ao filho com a condição de não ter o pai o usufructo ou proveito algum ; (1)

2º Quando é doado, legado ou deixado o usufructo tão sómente, e não a propriedade ; (2)

3º Quando aceita contra a vontade do pai uma doação, ou uma herança ; (3)

4º Quando o pai faz renuncia do usufructo ; (4)

5º Quando for omisso em fazer inventario dos bens do casal, dentro de dous mezes contados da data do fallecimento da mãe. (5)

Os bens adquiridos nestes cinco casos entram para o dominio pleno do filho, e recebem a denominação de *peculio adventicio extraordinario ou irregular*. (6)

(1) Ord. L. 4, T. 98, § 1. Esta condição não póde ser imposta ao herdeiro necessario quanto á legitima. Lob. cit § 13, n. 27.

(2) Cit. Ord. L. 4, T. 98, § 4. E' futil a distincção entre usufructo e commodidade do usufructo, e improcedente a opinião de que por morte do filho passa o usufructo ao pai. Em contrario B. Carneiro, L. 1, T. 21, § 189, n. 7.

(3) Ord. L. 4, T. 88, § 3.

(4) Cit. Ord. § 2.

(5) Ord. L. 4, T. 98, § 6. Neste caso o pai perde o usufructo não só da legitima materna, como de todos os mais bens adventicios do filho. Esta pena, porém, não póde ser imposta sinão em virtude de sentença proferida em acção que tenha sido intentada contra o pai. Ass. de 20 de julho de 1780.

(6) Lobão, Not. a Mello, L. 2, T. 4, § 13, n. 34.

§ 117. *Do estado de filho-familias*

Da natureza e extensão dos direitos que em seu complexo formam o patrio poder, deduz-se claramente a posição do filho-familias no systema do nosso Direito Privado.

A dependencia em que vive para com o pai, colloca-o no estado de incapacidade para os actos da vida civil. (1)

Esta incapacidade, porém, differe da incapacidade do menor que está sob tutella : nem termina com a menoridade, nem é absoluta ; cessa totalmente para todos os actos que alludem aos bens castrenses, quasi-castrenses e adventicios extraordinarios, em relação aos quaes assume o filho-familias o character de agente de direitos, livre e independente. (2)

Não importa o patrio poder a absorpção da individualidade do filho na pessoa do pai ; a sua personalidade, embora sujeita ao poder do pai, permanece inteira e distincta. (3)

(1) O pai representa o filho-familias nos actos judiciaes e extrajudiciaes. Vej. B. Carneiro, L. 1, T. 21, § 192, n. 15 e seg. Mello, L. 2, T. 6, § 3, *in fine*.

(2) Veja-se acima § 116.

(3) Alguns interpretes do Direito Romano, para explicar certos effeitos do patrio poder, inventaram a theoria da unidade de pessoa entre o pai e o filho-familias. Mas semelhante ficção, que aliás não encontra apoio nos textos, é absolutamente inaceitavel perante o nosso Direito. Mello, L. 4, T. 1, § 8.

Assim que :

1º São permittidos entre o pai e o filho-familias todos os contractos que não são por lei prohibidos entre pais e filhos ; (1)

2º Não é o pai obrigado pelos actos do filho-familias. (2)

Salvo :

a) Pelas dividas contrahidas na administração do peculio profecticio ; (3)

b) Quando o objecto da convenção que o filho fez com terceiro verteu effectivamente em vantagem delle. (4)

O filho-familias deve ao pai reverencia e gratidão.

(1) Mello, cit. § 8. Si o filho é menor e tem de contractar com o pai, dá-se-lhe tutor. B. Carneiro, cit. § 191, n. 4.

(2) Pelo principio de que ninguem responde pelo factio alheio. Mello, L. 2, T. 4, § 14, nota.

(3) Ord. L. 4, T. 50, § 3... Vej. acima § 116.

(4) § 3 J. Quod cum eo (4.7) ; B. Carneiro, L. 1, T. 21, § 191, n. 26. Em regra ninguem é obrigado pelo contracto de terceiro, embora dahi lhe provenha vantagem, salvo si o terceiro obra como *negotiorum gestor*. Mas attentos os laços que ligam o filho-familias ao pai, fez o Direito a excepção exposta em relação ao pai. (Makeldey, § 517, n. 4.)

O pai só é obrigado até o valor do proveito que tirou do acto do filho. B. Carneiro, cit. § 191, n. 26.

A *actio quod jussu* e a *tributoria* (Makeldey, cit. § 517, ns 1 e 3) não tem por fundamentos as relações que o patrio poder estabelece entre o pai e o filho ; presuppõem ellas mandato emanado do pai ; na primeira hypothese, figura elle como simples mandante, na segunda como preponente. Assim pois, entram ellas na *theoria* das *obrigações*, sem nada offerecer de particular.

A infracção destes deveres sujeita-o a penas diversas, segundo a gravidade da offensa. (1)

§ 118 *A mãe não tem patrio poder*

Dominado da tradição romana, segundo a qual a mulher occupava no matrimonio uma posição semelhante á da filha-familias, o nosso Direito Civil denega ás mãis o patrio poder. (2)

Todavia, os vinculos sagrados que existem entre ellas e os filhos, são de uma energia tal e de uma realidade tão viva, que, não obstante inveterados preconceitos, não podiam deixar de receber a consagração da lei.

Assim pois, a lei consagra e reveste de sua força certos direitos e obrigações das mãis para com os filhos. (3)

(1) Como privação do direito de pedir alimentos ; a desherdação. Ord. L. 4, T. 88. Estes deveres, em geral, são communs aos filhos emancipados, e aos illegitimos.

(2) Ord. L. 4, T. 87, § 7; Mello, L. 2, T. 4, § 6.

Supposto manifestem tendencias de collocar a mãe nas suas relações de Direito com os filhos ao nivel do pai, não são uniformes as disposições dos codigos modernos ácerca deste assumpto. Em uns o patrio poder passa em sua integridade á mãe, por morte do pai (Cod. Civil Francez, art. 373; Civil Port. art. 138); em outros com certas limitações, como a perda de metade do usufructo dos bens do filho. Veja-se Goyena, Project. de Cod. Civil para a Hespanha, nota ao art. 164.

(3) Como o direito de pedir alimentos ; de successão reciproca ; de requerer a posse em nome do ventre (Ord. 3, 18, § 7) ; de fazer substituição exemplar ; de exercer a tutela, renunciando o vel-leiano, etc. 125

§ 119. *Da suspensão e termo do patrio poder*

O patrio poder suspende-se :

1º Pela sentença que, declarando o pai incapaz de reger sua pessoa e bens, dá-lhe curador ; (1)

2º Pela prolongada ausencia do pai em logar in certo ou remoto. (2)

Da suspensão do patrio poder resulta a necessidade de dar tutor ao filho menor (3). O pai fica tão sómente inhibido de administrar os bens do filho, mas não perde o usufructo. (4)

Termina o patrio poder :

I. Pela morte do pai ou do filho ;

II. Pela entrada do pai ou do filho em religião approvada ; (5)

III. Pelo casamento do filho ; (6)

IV. Quando o filho, maior de vinte um annos, sahe da companhia do pai e sem opposição sua estabelece economia separada com intenção de viver sobre si ; (7)

(1) Lobão, Not. a Mello. L. 2, T. 5, § 21; Borges Carneiro, L. 1, T. 21, § 184, ns. 6, 7 e 8; Cod. Civil Port., art. 168, § 1.

(2) L. cit.; B. Carneiro, cit. § 184, n. 8.

(3) Efeito necessario, porque o menor ou está sob o patrio poder ou sob tutela.

(4) Lob. cit. § 21.

(5) B. Carneiro, L. 1, § 194, n. 5.

(6) Ord. L. 1, T. 88, § 6; L. 4, T. 50, § 2; T. 87, § 7.

(7) Const. 1. C. de emancipat. (8. 47); Novell. Leonis, 25 *in*

V. Por carta de emancipação, passada de autoridade do juiz de orphãos, em virtude de escriptura de demissão do patrio poder voluntariamente concedida pelo pai em favor do filho, quer seja elle maior, quer menor; (1)

VI. Pelo exercicio de cargos publicos, sendo o filho maior de vinte um annos; (2)

fine "Sive verbis quidem concessum non sit, sed *concessus tacitus filio vite rationes separatim instituenti, non adversatus sit, verum ipsum suo modo seorsum vivere permiserit.*" Esta doutrina tem sido geralmente aceita, com uma ou outra modificação, de modo que constitue hoje o *uso moderno* sobre a materia. Mello, L. 2, T. 4, § 26; B. Carneiro, L. 1, T. 21, § 194, n. 18.

Desde que o filho institue economia separada, com intenção de governar se á parte, a emancipação entende-se verificada, não contradizendo o pai logo: "*satis enim est, quod non contradicat, ut statim emancipatus videatur.*" Mello, loc. cit., nota.

E' mister que o filho seja maior, porque, enquanto menor, não se póde governar por si, e portanto é juridicamente impossivel o facto que traz a emancipação — o governo á parte. B. Carneiro, cit. § 194, n. 19.

(1) Ord. L. 1, T. 88, § 6. L. 4, T. 50, § 2 e T. 87 § 7; Ord. L. 1, T. 3, § 7; Lei de 22 de setembro de 1828, art. 2, § 4; Decret. de 15 de março de 1842, art. 5, § 1. Provisão de 25 de setembro de 1787. — Manual do Tabellião, § 125.

(2) Consolid. das Leis Civis, art. 202, § 5. Entre os Romanos o exercicio dos cargos publicos (excepção feita d'alguns de elevada categoria assim na ordem civil como na ecclesiastica) não importava isenção do patrio poder: "*filii familias in publicis causis loco patris familias habetur veluti si magistratum gerat, vel tutor detur.*" F. 9 de his qui sui vel alein. (1. 6.)

A natureza do patrio poder entre os Romanos e os costumes peculiares deste povo, explicam essa singularidade inaceitavel nos tempos modernos. O exercicio dos direitos politicos presuppõe no individuo um certo gráo de independencia, incompativel com a submissão ao patrio poder. E', pois, d'uma verdade irrecusavel a

VII. Pela collação de grãos academicos; (1)

VIII. Pela investidura de ordens sacras maiores. (2)

IX. Por sentença passada em julgado, proferida em acção competente, nos casos em que pôde o pai ser compellido a emancipar o filho. (3)

A saber:

1º Quando o pai afflige o filho com máos tratos; (4)

2º Quando aceita legado ou herança que lhe fôra deixado sob a condição de emancipar o filho; (5)

3º Quando força a filha a prostituir-se; (6)

4º Quando engeita o filho infante e é elle criado por terceiro. (7)

seguinte proposição do Sr. Dr. Teixeira de Freitas: " Quem pôde exercer direitos politicos, está habilitado para os actos da vida civil. " Consolid. nota 5 ao art. 202, § 4.

(1) Const. Polit. do Imperio, art. 92, § 1.

(2) Cit. art. 92 § 1. da Const.

(3) Ord. L. 3, T. 9, § 4; Prov. de 24 de maio de 1823.

A acção, que compete ao filho para obrigar o pai a emancipal-o, é summaria. Lobão, Acc. Sum. §.

(4) Fr. 5, D. si á parentibus quis manum. sit (37. 12): quem pater malé contra pietatem adficiébat.

(5) Fr. 92, D. de condition. et demonstration. (35. 1.)

(6) Const. 12, C. de episcopal audient. (1. 4): si lenones patris... suis filiabus... peccandi necessitatem imposuerint. Const. 6. C. de spectacul. et scenic. (9. 4.)

(7) Const. 2, C. de infantib. exposit.

Podia ainda o pai quando contrahia casamento incestuoso ser coagido a emancipar o filho. Novell. 12, cap. 2.

SECÇÃO TERCEIRA



CAPITULO UNICO

DOS FILHOS ILLEGITIMOS



§ 120. *Diversas especies de filhos illegitimos*

Os filhos illegitimos, no estado actual do nosso Direito, dividem-se em duas classes : *naturaes* e *espurios*. (1)

(1) Esta é hoje a verdadeira classificação. Todo o illegitimo que não é *espurio*, entra na classe dos *naturaes*, e vice-versa: pertence á classe dos *espurios* todo o illegitimo que não é *natural*.

Segundo o Direito Canonico, ao qual parece alludir a Ord. L. 4, T. 92 verb. " não havendo entre elles parentesco . . ." e a do T. 99, § 1 verb. " quer seja natural, quer *espurio* e de *qualquer outra condição* . . ." ha tres classes de illegitimos : — *naturaes*, *espurios* e os que, provindo de coito illicito, mas não damnado, não entram na classe dos *naturaes* na accepção canonica, nem na dos *espurios*, como são os que provêm de pai e mãe entre os quaes havia o impedimento de estupro, de rapto, de *disparitas cultus*.

Filhos *naturaes* são os que nascem de pai e mãe entre os quaes, ao tempo da concepção ou do parto (1) não havia impedimento do qual pudesse resultar a nota de *espuriedade*. (2)

Dizem-se *espurios* os filhos provindos de *coito damnado* e *punível* por Direito Civil. (3)

O coito é *damnado* e *punível* segundo o Direito Civil, quando entre o homem e a mulher, ao tempo da concepção, subsistia algum dos impedimentos seguintes: (4)

1º Impedimento de parentesco em grão prohibido;

2º Impedimento resultante de investidura de ordens sacras maiores ou de entrada em ordem religiosa approvada;

3º Impedimento do vinculo matrimonial. (5)

No ponto de vista, porém, do Direito Civil, a divisão em *naturaes* e *espurios* é perfeitamente exacta: Todos os que não são *espurios*, são, perante o Direito Civil, reputados *naturaes*. Valas. Consult. 146, ns. 8 e 9; B. Carneiro, L. 1, T. 20, § 179, n. 7 nota (a). Consolid. das Leis Civis, arts. 207 e 211, nota (3).

(1) Novella 89, c. 8, § 1; Pheb. Decis 68, ns. 11 e 12; Repert. tom. 2, pag. 471; B. Carn. cit. § 179, n. 8.

(2) B. Carneiro, cit. § 179, n. 7 e nota (a); Valas. Consult. 29. Consolid. das Leis Civis, art. 208.

(3) Ord. L. 4, T. 93; Consol. das Leis Civis, art. 211, nota (3); B. Carneiro, cit. § 179, n. 6, nota (b). Os *espurios* também se denominam *bastardos*. Mello L. 2, T. 6, § 4.

(4) Consol. das Leis Civis, cit. art. 211, nota 3; B. Carneiro, cit. § 179, n. 6, nota (b).

(5) Veja-se Secç. 1ª cap. 2, tit. 2.

No primeiro caso denominam-se os filhos *incestuosos*; no segundo — *sacrilegos*; no terceiro — *adulterinos*. (1)

(1) B. Carneiro, cit. § 179, n. 6, Consolid. das Leis Civis, art. 210.

TITULO PRIMEIRO**Dos filhos naturaes**§ 121. *Maternidade dos filhos naturaes*

A maternidade dos filhos naturaes prova-se:

1º Pela certidão de baptismo; (1)

2º Pela posse do estado; (2)

3º Por testemunhas e em geral por todo e qual-quer genero de provas admittidas em Direito. (3)

O filho natural, cuja maternidade não é *dúvidosa*, ou por constar do assentamento do baptismo, ou por ser notoria, é mantido na posse do estado enquanto o contrario não fôr declarado em juizo por sentença passada em julgado. (4)

(1) Prov. n. 29 de 23 de fevereiro de 1847. A maternidade de pessoas pertencentes ás religiões dissidentes prova-se por certidões extrahidas dos respectivos livros de nascimentos. Arts. 31 e 45, § 5, do Decr. de 17 de abril de 1863.

(2) Av. n. 279 de 17 de dezembro de 1853; Consolid. das Leis Civis, art. 214. B. Carneiro T. 1, § 180, n. 10.

(3) Pheb. Decis. 76, n. 7: B. Carneiro, L. 1, T. 20, § 180, n. 11.

(4) B. Carneiro, L. 1, T. 20, § 180, n. 10; cit. Av. de 17 de dezembro de 1853; Consol. das Leis Civis, art. 214. Assim que o filho natural na hypothese alludida não tem necessidade de habilitar-se.

129

A acção de maternidade póde ser intentada não só pelo filho natural, como por seus herdeiros e por todos quantos tiverem direitos a fazer valer por via della. (1)

§ 122. *Paternidade dos filhos naturaes*

A paternidade dos filhos naturaes (para o effeito da successão) não póde ser provada em juizo sinão pelo reconhecimento do pai em fórmula authentica, isto é, por *escriptura publica ou por testamento*. (2)

Deste presupposto resulta:

Que o reconhecimento é um factio que absolutamente depende da vontade do pai. (3)

I. *Escriptura publica*.— Exige a lei escriptura publica para cercar o reconhecimento das solemnidades

(1) Quando a filiação é *duvidosa* (cit. av. de 17 de dezembro de 1853) ou é contestada, ao filho compete acção para se fazer reconhecer.

(2) Lei de 2 de setembro de 1847.

(3) Para o effeito da successão.

A citada lei de 2 de setembro de 1847 contém apenas tres innovações, que são as seguintes:

1.^a Equiparou os filhos dos nobres aos plebeus para o effeito de poderem succeder a seus pais (art. 1);

2.^a Fez dependente de reconhecimento anterior ao casamento o direito dos naturaes de concorrerem á herança paterna com os legitimos do mesmo pai (art. 2);

3.^a Limitou a prova da filiação natural para a successão a dous unicos meios — escriptura publica e testamento (art. 3).

Veja-se a Nota no XII no fim.

de *acto authenticico* no intuito de revesti-lo do character de plena certeza e de evitar a surpresa e a irreflexão em um passo de tanta gravidade. (1)

E pois não vale o reconhecimento feito, verbalmente ou em escriptos particulares, como cartas, livros de assentos de familia (2), e ainda em instrumento publico dos que não entram na classe das escripturas publicas, como são os assentamentos de baptismo, lavrados pelos parochos. (3)

Todavia vale e produz todos os seus effeitos legaes, sendo feito em audiencia de conciliação ou por termos autos, porquanto tanto em um como em outro caso verificam-se substancialmente os requisitos prescriptos pela lei. (4)

(1) E' esta effectivamente a intenção da lei.

Mourlon, commentando o art. 334 do Cod. Civil Francez, que contém doutrina semelhante á da nossa lei, diz : " As solemnidades de acto authenticico têm alguma cousa de grave e respeitavel, que, despertando a attenção das partes, lhe faz comprehender a importancia do acto que vão praticar. Não ha temer surpresas e violencias : a presença do official publico garante a inteira e plena liberdade das partes." Repet. Ecrit. L. 1, T. 7, n. 949. Vej. Rogr. com. ao cit. art. 334.

(2) Consolid. das Leis civis, art. 212, nota (2). Em contrario, Dr. Perdigão, Questão 4ª.

(3) Consolid. das Leis civis, nota cit. Em contrario, Dr. Perdigão, Questão 2ª.

Cumpra notar que o reconhecimento feito nos livros do registro de nascimentos das pessoas não catholicas (Reg. de 17 de abril de 1863, art.) é valido porque os assentos lavrados em taes registros contém tudo quanto *intrinseca* e extrinsecamente se exige para a escriptura publica. Consolid. das Leis Civis, artigo e not. cit.

(4) Dr. Perdigão, Questão 5ª. A confissão em audiencia do juizo

II. *Testamento*.— Não marcou a lei especie individualizada de testamento para o reconhecimento.

Donde resulta que o reconhecimento pôde ser legalmente feito :

Em testamento aberto publico ; (1)

Em testamento cerrado ; (2)

Em testamento aberto particular ; (3)

Ou finalmente em testamento nuncupativo. (4)

O reconhecimento, acto absolutamente dependente do arbitrio do pai, desde que é consignado no testamento, passa a ser clausula testamentaria: dominado da mesma intenção que determinara as ultimas vontades, reveste-lhes a natureza, (5)

Assim que :

de paz ou por termo nos autos offerece substancialmente as mesmas garantias que a escriptura publica, não só quanto á certeza como quanto a evitar reconhecimentos filhos da surpresa, da seducção ou da irreflexão.

(1) Consolid. das Leis Civis, art. 1054 e seguinte.

Segundo o Direito Francez, o reconhecimento pôde ser feito em *testamento publico* (Cod. Civil, art. 971) mas não em testamento olographo ou mistico. Mourlon cit. n. 952, Rogr. com. ao art. 970.

(2) Consol. das Leis Civis, art. 1055.

(3) Consol. cit., art. 1060.

(4) Consol. cit. art. 1061.

(5) Consol. das Leis Civis, art. 212, nota (2); Merlin, Repert. verb. filiat., n. 7; Demol. Patern. n. 455. Toda e qualquer declaração ou confissão feita em testamento adquire a natureza de clausula de última vontade. O reconhecimento da filiação é em substancia uma *confissão*. Portanto, taes actos não se tornam definitivos e consummados sinão pela abertura do testamento.

1º Um tal reconhecimento póde ser revogado pelo testador a todo o tempo ; (1)

2. E cessa de prevalecer sempre que por qualquer motivo o testamento deixa de subsistir. (2)

§ 123. *Em que tempo deve ser feito o reconhecimento*

A lei não marcou prazo dentro do qual deve de ser feito o reconhecimento do filho natural. (3)

O reconhecimento, pois, póde ser feito : 1º, durante a vida do filho ; 2º, antes de nascer, mas estando já concebido (4) ; 3º, e mesmo depois de morto. (5)

(1) “ *Todos os actos que são ordenados para o tempo da morte, se podem mudar e revogar até á morte* ” Ord. L. 4, T. 37, pr.

(2) O testamento deixa de subsistir :

Quando é nullo (Mello, L. 3, T. 5. § 47) ;

Quando *roto* por agnação do posthumo, ou por testamento posterior (Mello cit., §§ 48 e 49) ;

Quando se torna irritto, hypothese que não se verifica no nosso Direito (Mello cit., § 51).

Em todos estes casos o reconhecimento cahe com o testamento. Vej. a Consol. das Leis Civis, art. 212, nota (2).

(3) A lei não subordina a validade do reconhecimento á condição de tempo, salvo na hypothese do art. 2. Consol. das Leis Civis, art. 212 nota (2) *in fine* ; Mourlon, Rep. Escrit. L. 1, T. 7, n. 959.

(4) O facto da geração existe antes do nascimento ; póde, portanto, ser objecto de confissão. Mourlon, cit. n. 957 ; Rogron, comment. ao art. 334 do Cod. Civil Francez.

(5) Os filhos naturaes mortos, entendem-se em beneficio de sua prole legitimados pelo snbsequente matrimonio de seus pais : não ha razão para que não prevaleça o mesmo principio, quando se trata do reconhecimento. Mourl. cit. n. 959.

É porém de notar que o reconhecimento do filho natural não o habilita para concorrer á herança paterna com os legitimos do mesmo pai, si não quando feito antes do casamento de que procedem os legitimos. (1)

§ 124. *Contestação do reconhecimento*

O reconhecimento, restabelecendo o estado do filho, firma-lhe o direito de successão á herança paterna e exclue della os ascendentes e collateraes. (2)

Mas o reconhecimento pôde ser nullo (3) ou contrario á verdade. (4)

Em qualquer destas duas hypotheses, pôde o reconhecimento ser contestado (5) por todas as pessoas que tiverem interesse fundado em invalidal-o.

(1) Lei de 2 de setembro de 1847, art. 2. Não é este o logar para a discussão das differentes questões que têm suscitado a intelligencia do cit. art. Veja-se a respeito o com. do Dr. Perdigão Malheiro, a nota ao art. 962 da Consolid. das Leis Civis, e o Cír. Mourlon Repet. Escrit. L. 1, T. 7, n. 977.

(2) Consolidação, art. 960, §§ 1 e 961.

(3) Se é feito por pai affectado de incapacidade, ou si foram omittidas formalidades essenciaes.

(4) Quando não é filho da pessoa que faz o reconhecimento, ou quando o filho não é natural.

(5) O reconhecimento não cria direitos, mas prova tão sómente o *facto*, do qual resultam direitos, isto é, a filiação. Portanto si realmente não existe o *facto*, não pôde valer o reconhecimento, que é então uma confissão falsa. Vej. Mourlon, Rep. Escrit. L. 1, T. 7, n. 960, 959.

Lobão, Notas a Mello, L. 2, T. 5, § 19, n. 14, notas e numeros seguintes.

A saber :

1. Pelo proprio filho reconhecido ; (1)
2. Pelos ascendentes do pai ;
3. Pelos collateraes ;
4. E pelo proprio pai. (2)

§ 125. *Posição dos filhos naturaes*

Os filhos naturaes, embora legalmente reconhecidos, não incidem nem sob o patrio poder, nem sob a tutella do pai. (3)

(1) Porque o reconhecimento pôde attribuir-lhe um estado que não é o d'elle. O reconhecimento não precisa de consentimento do filho; mas elle tem incontestavelmente o direito de impugnal-o sob o fundamento de não ser filho da pessoa que fez o reconhecimento. Mourlon cit. n. 961.

(2) Si o reconhecimento é nullo, não ha a menor duvida que o pai pôde invalidal-o. "E' licito a qualquer contravir o proprio acto, sendo nullo." Moraes, Execution. L. 2, cap. 18, n. 12, e capitulo 19, n. 3.

Demonstrando-se ser o facto da paternidade falso, o reconhecimento fica *sem causa*; pôde, pois, o pai annullal-o. Rogron, com. ao art. 334 do Cod. Civil Fr. Em contrario, Mourlon cit. n. 963.

Pôde acontecer que mais de uma pessoa reconheça como filho natural a um mesmo individuo. Dada esta hypothese, ao filho compete aceitar o reconhecimento que julgar verdadeiro: é uma consequencia do direito que tem de contestar o reconhecimento que reputa falso. Mourlon, cit. n. 962.

(3) Vej. acima § 113. O pai pôde nomear em testamento tutor ao filho natural; esta nomeação, porém, depende da confirmação do juiz, Ord. L. 4, T. 102, § 2.

A legislação franceza, a novissima portugueza e a de outros povos cultos sujeitam os filhos naturaes reconhecidos ao patrio poder, com certas modificações, Cod. Civil Fr. arts. 383 e 384; Cod. Civil Port. arts. 166 e 167.

Entre nós, graças á influencia do Direito Romano, o filho

Todavia são considerados membros da familia paterna e como taes têm, em regra, os mesmos direitos que os filhos legitimos. (1)

Devem respeito e reverencia ao pai.

Assim que :

1º Não podem contrahir matrimonio, emquanto menores, sem licença do pai; (2)

2º Nem cital-o, sem primeiro impetrar licença do juiz da causa; (3)

3º Incorrem em pena de desherdação nos mesmos casos em que os legitimos. (4)

natural, ainda reconhecido, permanece, emquanto menor, na posição de orphão, e portanto sujeito á jurisdicção do juiz de orphãos, a quem compete dar-lhe tutor. Ha nisto uma grande iniquidade: o pai é despojado de seus direitos e o filho fica privado da protecção paterna para muitas vezes ser confiado aos cuidados fallazes de um estranho.

(1) Succedem aos pais, aos ascendentes e aos collateraes pelo lado paterno. Consolid. art. 960, §§ 1 e 961; Cordeiro, *Dubit.* 11; Gama, *Decis.* 3; Lobão, *Not. a Mello L.* 3, T. 8, § 17, n. 3.

(2) Assento de 9 de abril de 1772, § 3.

(3) *Ord. L.* 3, T. 9, §§ 1 e 2.

(4) *Ord. L.* 4, T. 88.

TITULO SEGUNDO

Dos filhos espurios (1)

§ 126. *Maternidade e paternidade dos espurios*

I. A maternidade dos filhos espurios póde ser provada em juizo pelos mesmos meios por que póde selo a dos naturaes. (2)

A acção para investigal-a compete tanto ao proprio filho, como a quem quer que nisso for interessado. (3)

II. A paternidade dos espurios póde ser estabelecida em juizo por qualquer genero de provas admittidas em direito. (4)

Mas a acção para investigal-a lhes é tão sómente concedida para pedirem alimentos. (5)

Nada obsta a que o pai reconheça o espurio por escriptura publica ou testamento ; o reconhecimento,

(1) Quaes são os espurios? Veja-se acima § 120.

(2) B. Carneiro; L. 1, T. 20, § 180, n. 11. Valas. Consult. 176, n. 16; Consolid. da Leis Civis, arts. 213 e 214. Veja-se acima § 121.

(3) Como o filho legitimo do espurio, o qual é herdeiro necessario da avó materna. Ord. L. 4, T. 93; Coelho da Rocha, § 340.

(4) B. Carneiro, L. 1, T. 20, § 180.

(5) Os espurios não succedem ao pai nem á mãe intestados. Ord. L. 4, T. 93. Lobão, a Mello, L. 3, T. 8, § 13, n. 2.

Podem pedir alimentos aos pais. Ass. de 9 de abril de 1772, § 3.

porém, em nada altera o character da espuriedade e as consequencias della resultantes. (1)

§ 127. *Posição dos filhos espurios*

Os filhos espurios, ainda provada a sua filiação, são havidos como estranhos ao pai, de quem só podem haver alimentos. (2)

Emquanto menores, ao juiz de orphãos compete dar-lhes tutor. (3)

(1) Embora reconhecidos não adquirem o direito de succeder aos pais.

(2) B. Carneiro, L. 1, T. 22, § 199.

O espurio succede aos parentes maternos, posto que não succeda á mãe: Ord. L. 4, T. 93; Coelho da Rocha, § 340. Todavia o adulterino succede á mãe quando o impedimento não provém da parte della. Rocha, cit. § 340.

(3) Todos os menores que não estão sob o patrio poder, ficam sujeitos á jurisdicção do juiz de orphãos. V. adiante § 145.

TITULO TERCEIRO

Da perfilhação solemne (1)

§ 128. *O que é perfilhação solemne?*

Transformação da legitimação *per rescriptum principis* do Direito Romano (2) e da de *autoridade real* do antigo Direito Portuguez (3), a *perfilhação*

(1) A *perfilhação solemne* é conhecida no nosso Direito pela denominação de — *legitimação por autoridade real* (Ord. L. 2, T. 35, § 12). A lei de 28 de setembro de 1828, art. 2, § 1, ainda chama a carta de filiação de — carta de *legitimação*. É uma expressão incorrecta hoje em dia. Só temos um modo de *legitimação*, que é a que resulta do subsequente matrimonio; a *perfilhação solemne*, porém, não é *legitimação*, porque não equipara os filhos perfilhados aos legítimos.

Os codigos modernos têm reduzido a *perfilhação* a um simples reconhecimento de *perfilhação*. V. o Cod. Civil Fr., art. 334; Cod. Civil do Chile, art. 270 e seguintes; Cod. Civil Port., art. 122 e seg.; Cfr. Coelho da Rocha, § 297.

(2) Consagrava o Direito Romano tres fórmulas de legitimação: *per subsequens matrimonium*; *per oblationem curie* e *per rescriptum principis*. (Makeldey, Droit Romain, § 585).

Esta ultima especie tinha logar quando o principe, a requerimento do pai, declarava os filhos naturaes *legitimados*. Consistia sua virtude em equiparar o filho legitimado ao filho legitimo pelo que dizia respeito á sujeição ao patrio poder e ao direito de succeder ao pai intestado. Novell. 74, c. 1. Novell. 89, c. 9.

No nosso Direito não ha vestigio da legitimação *per oblationem curie*.

(3) Ord. L. 1, T. 3, § 1; L. 2, T. 35, § 12; L. 1, T. 85, § 2;

solemne, no estado actual do nosso Direito, não é sinão a confirmação, por carta passada pelas justiças da 1.^a instancia, do reconhecimento que o pai faz do filho illegitimo com animo de perfilhal-o. (1)

São elementos substanciaes da perfilhação *solemne*:

1.^o O reconhecimento do filho por tal pelo pai;

2.^o A declaração da vontade de perfilhal-o; (2)

3.^o A confirmação por carta do juiz competente. (3)

Podem ser perfilhados tanto os filhos naturaes como os espurios. (4)

Reg. do Desemb. do Paço, § 118; Lei de 7 de janeiro de 1750. As cartas de legitimação eram concedidas pelo Desemb. do Paço.

(1) A attribuição de confirmar as perfilhações foi passada pela lei de 22 de setembro de 1828, art. 2, § 1, para as justiças de 1.^a instancia. Pertence hoje ao juiz municipal do logar, art. 2, § 5 do Reg. de 15 de março de 1842.

(2) Pheb. Decis. 171, n. 3; Valasc. Consult. 80, n. 8; Lobão, Not. a Mello, L. 2, T. 5, § 19, n. 7; B. Carneiro, L. 1, T. 23, § 206, n. 5. Não basta o simples reconhecimento do filho; é mister que o pai manifeste a resolução de que quer perfilhal-o.

(3) Lei de 22 de setembro de 1828, art. 2, § 1.

(4) Ord. L. 2, T. 35, § 12 e lei de 7 de janeiro de 1750.

Por Direito Romano só podiam ser legitimados *per rescriptum principis* os filhos naturaes e tão sómente quando era impossivel o casamento do pai com a mãe e não tinha elle filhos legitimos. (Makeldey, art., § 585).

O Direito Canonico estendeu o beneficio da legitimação *per rescriptum Pontificis* ao espurio X. Qui filii sint legit.

Segundo o nosso Direito, foi sempre permitido perfilhar os espurios.

§ 129. *Fôrma da perfilhação*

A perfilhação solemne não se entende legalmente consummada sinão preenchidos os requisitos seguintes :

1º Que o pai reconheça o filho por tal em testamento, escriptura publica ou privada, ou perante testemunhas, com o animo manifesto de perfilhal-o ; (1)

2º Que, a requerimento do pai ou do proprio filho (2) seja passada e expedida pelo juiz competente a carta de confirmação. (3)

(1) Lobão, Notas a Mello, L. 2, T. 5, § 19, n. 7; B. Carneiro, L. 1, T. 23, § 206, n. 6. A lei não marcou a fôrma especial para prova do reconhecimento e da intenção do pai; portanto são permittidos quaesquer meios de prova admittidos em Direito. Pegas, tom. 3 ad. Ord. L. 1, T. 3, § 1, n. 79; Pheb. Decis. 176, n. 3; Lob., cit. § 19, n. 7.

E' sufficiente para fundamentar a concessão da carta de perfilhação a instituição do filho em testamento, com a clausula: " si obtiver legitimação." Lob., cit. n.

(2) Provada a intenção do pai, é licito ao proprio filho requerer a carta de confirmação. B. Carneiro, cit. § 206, n. 7.

Antigamente disputavam os nossos escriptores largamente sobre a necessidade de declarar-se na petição para a perfilhação a qualidade da illegitimidade. Essa declaração era necessaria porque podia influir no animo do soberano para conceder ou não a graça extraordinaria ao perfilhado de poder succeder ao pai intestado. Hoje, porém, que a perfilhação só tem effeitos ordinarios, definidos na lei e não effeitos extraordinarios dependentes de graça especial, uma tal declaração, supposto util (no caso da filiação ser natural) não é comtudo necessaria.

(3) Art. 2, § 1, da cit. lei de 22 de setembro de 1828 e art. 2, § 5 do Reg. de 15 de março de 1842.

Hoje não é mister preceder informação com audiência dos herdeiros do pai, porque a carta de perfilhação não importa nem directa nem indirectamente offensa de direitos de terceiros. (1)

§ 130. *Effeitos da perfilhação*

Da perfilhação solemne resultavam, segundo o nosso antigo Direito, as seguintes *consequencias naturaes*:

1º O direito de gozarem os perfilhados da nobreza, honras, liberdades, armas e insignias do pai; (2)

2º Dispensa para poderem os espurios ser instituidos herdeiros por seus pais; (3)

3º O direito a alimentos. (4)

O direito de succeder ao pai intestado era uma concessão extraordinaria, feita por graça especial do principe, que resumia em sua pessoa todos os pode-

(1) A carta de perfilhação não attribue ao filho o direito de succeder ao pai intestado (vej. o § 130); portanto cessa a razão em virtude da qual deviam ser ouvidos os herdeiros necessarios e os que já tinham direitos adquiridos á herança. Cfr. B. Carneiro, L. 1, T. 23, § 206, n. Si o filho é natural, succede por força do reconhecimento em testamento óu escriptura publica e não por virtude da perfilhação solemne. Veja-se a nota (2) ao paragrapho seguinte, pag. 271.

(2) B. Carneiro, L. 1, T. 23, § 207, n. 5.

(3) Res. de 16 de novembro de 1798, transcripta por Lobão, Morgados, Adlic. cap. 11 ao § 62; B. Carneiro, cit. n. 16. Os espurios não podiam ser instituidos herdeiros por seus paes. (Lobão, Acç. Sum. § 181.)

(4) Assento de 9 de abril de 1772, § 3.

res soberanos. Um tal direito não resultava, como effeito normal, da legitimação em si mesma, mas provinha exclusivamente de uma clausula adjecta — a legitimação. (1)

A attribuição de conceder cartas de perfilhação foi pelo moderno direito passada (2) ao poder judiciario.

O poder judiciario no nosso regimen não tem a faculdade de dispensar na lei.

Não lhe é, pois, licito attribuir á perfilhação solemne um effeito que não resultava do acto em si, como o direito de succeder ao pai intestado, mas que tinha

(1) “ E o filho espurio não poderá haver o dito fôro, salvo sendo *legitimado* por nós *em tal fórma* que possa succeder ab intestado e de outra maneira não.” Ord. L. 4, T. 36, § 4 *in fine*. Portanto a legitimação por si só não dava o direito de succeder ao pai intestado, mas precisava ser passada em *fórma tal* que della resultasse semelhante direito. Vão de harmonia com o sentido do texto transcripto as palavras da Ord. do L. 2, T. 35, § 12.

“ As legitimações não se costumam conceder neste reino em prejuizo dos herdeiros legitimos; e não tendo ellas as qualidades de *restituição plenaria*, mas d’uma mera *dispensa*, só podem aproveitar para os *effeitos*, e fins que as leis e *estyllos do reino prescrevem na fórma por ellas ordenadas*. ” Res. de 16 de novembro de 1798. Lobbão, Addic. ao Tract. dos Morg. cap. 11 ao § 62.

E tal é a autorisada opinião de Paschoal (L. 3, T. 8, § 14) e de Borges Carneiro (L. 1, T. 23, § 207, ns. 5, 7 e 9.)

A interpretação de 29 de abril de 1863 ao Reg. de 15 de dezembro de 1860 allude a perfilhações que importam habilitação para a successão *ab intestato*: o que razoavelmente não pôde ser entendido sinão em relação ás perfilhações de filhos naturaes, fundadas em escriptura publica ou testamento.

(2) Art. 2, § 1 da lei de 22 de setembro de 1828.

por unico fundamento uma concessão que presuppõe a faculdade legislativa de dispensar na lei. (1)

Assim que no estado actual do nosso Direito, os effeitos da perfilhação solemne reduzem-se aos seguintes :

Direito de gozarem os perfilhados das honras e privilegios de filhos legitimos ; (2)

Direito de pedirem alimentos aos pais. (3)

(1) Mello, L. 3, T. 8, § 14 nota. " Ex rescripti igitur verbis et principis voluntate tota hæc res pendet. "

(2) Este effeito é incompativel com a doutrina dos §§ 14 e 16 do art. 179 da Constituição do Imperio. Todavia ainda existem vestigios d'elle.

(3) Cit. Ass. de 9 de abril de 1772.

A dispensa para poderem os espurios ser instituidos herdeiros pelos pais, é hoje um effeito annullado, visto como, segundo declarou a lei de 11 de agosto de 1831, taes filhos podem, como quaesquer outros, ser nomeados herdeiros pelos pais.

A perfilhação solemne dos filhos naturaes só os habilita para succederem a seus pais intestados, quando o reconhecimento é feito em escriptura publica ou testamento. Si a perfilhação tem por fundamento escripto privado ou depoimento de testemunhas, é claro que o filho não póde succeder ao pai intestado; aliás seriam burladas as provisões da Lei de 2 de setembro de 1847.

De todo o exposto neste paragrapho resulta que a perfilhação solemne é hoje uma perfeita inutilidade. Para que o filho consiga todos os effeitos que della resultam (excepto as honras), basta o simples reconhecimento do pai.

Observação :

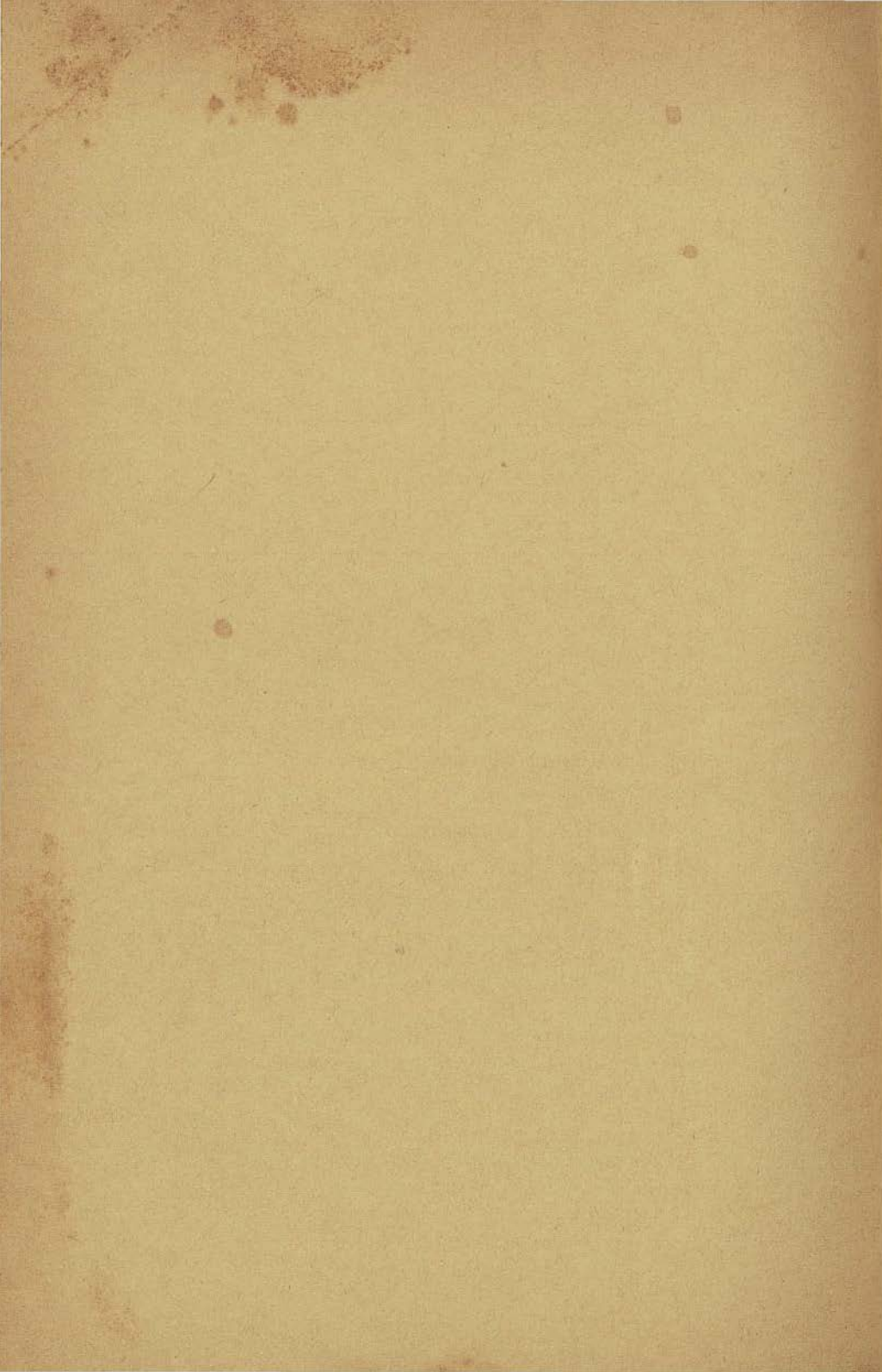
Seguia-se agora tratar das *Adopções*. Fazem dellas menção a Ord. L. 1, T. 3, § 1 e Regim. do Desemb. do Paço, § 118; ainda allude a ellas o § 1 do art. 2 da Lei de 22 de setembro de 1828.

Rara vez praticada em Portugal, cahiram entre nós as Adopções em total desuso, como em geral tem acontecido em toda a Europa.

O conde Portalis, na introdução ao projecto do Código Sardo, escreveu o seguinte :

“ Na época da organização do Código Civil Francez entrava a *Adopção* nos intuitos de Napoleão e abriu-se-lhe espaço no dito código como uma das bases do seu estatuto ácerca da família. Mas foi ella rodeada de tantas restricções e submettida a condições tão difficeis de preencher-se que foi facil prever que, recebida com desconfiança, não se naturalisaria sinão com muito trabalho. A experiencia tem justificado as previsões dos autores do código : — nada mais raro do que uma *Adopção*. ”

Sendo, pois, a *Adopção* uma instituição obsoleta, seria uma verdadeira inutilidade tratar della. 187



SECÇÃO QUARTA

CAPITULO UNICO

ALIMENTOS

§ 131. *Obrigaçào de prestar alimentos*

Antes de adquirir certo gráo de desenvolvimento physico e moral não tem o ente humano capacidade para prover á sua propria subsistencia.

E em igual impossibilidade pôde achar-se o adulto, ou por enfermidade ou por defeito de organisação. (1)

Quando ao homem collocado em qualquer das circumstancias alludidas fallecem posses, quem deve vir-lhe em auxilio para não deixal-o succumbir á mingua?

(1) Alguns escriptores fazem distincção entre a obrigaçào de *prestar alimentos* e a obrigaçào de *criar, sustentar* e educar os filhos. A primeira diz respeito aos adultos, que, por enfermidade, não podem prover á sua propria subsistencia; a segunda aos menores. Mourlon, Rep. Escrit. L. 1, T. 5, n. 739.

Esta distincção tem effeitos praticos, como adiante se verá (§ 136 nota 4). 138

— O Estado? Certo, ao Estado incumbe essa obrigação (1); mas antes do Estado, que deve protecção a todos os infelizes, a voz da natureza chama os pais e os parentes mais proximos.

Assim que a lei impõe aos parentes dentro de certos grãos a obrigação de se alimentarem uns aos outros.

Segundo a nossa legislação, os parentes, da linha recta *in infinitum* e na transversal dentro do 2º gráo por direito civil, quer sejam legitimos, quer illegitimos, devem-se reciprocamente alimentos, subsidiariamente uns depois de outros. (2)

§ 132. *O que são alimentos?*

Por *alimentos* entende-se tudo que é necessario para o sustento, vestuario e habitação. (3)

Se o alimentario é menor, nos alimentos comprehendem-se as despesas de criação e educação. (4)

(1) O Estado desempenha este dever, fundando e protegendo a fundação de asylos de mendigos e de invalidos, de casas de caridade e de expostos.

(2) Ord. L. 1, T. 88, §§ 15 e 16; L. 4, T. 99; Assento de 9 de abril de 1772, confirmado pelo alvará de 29 de agosto de 1776.

(3) Ord. L. 1, T. 88, § 15: ... “o que lhes necessario fôr para *seu mantimento, vestido e calçado* e todo o mais.” Assento de 9 de abril de 1772; Mello, L. 2, T. 6, § 111, nota. Cod. Civil Port., art. 171.

(4) Ord. L. 1, T. 88, cit. § 15: “E mandarás ensinar a ler e escrever áquelles que forem para isso.” Fr. 6, § 5, D. de Car-

Dividem-se os alimentos em *naturaes e civis*.

Naturaes são os estrictamente necessarios para a manutenção da vida (1); *civis* os que são taxados segundo os haveres e a qualidade das pessoas. (2)

Chamam-se *legitimos* os alimentos devidos por direito de sangue (*juris sanguine*) (3). São estes os que formam o objecto deste capitulo.

Os alimentos, que se prestam em virtude de disposição testamentaria ou de convenção, são regulados pelas leis que regem os actos que lhes servem de fundamento. (4)

§ 133—A—*Alimentos entre parentes legitimos*

I

1. Na constancia da sociedade conjugal os filhos são alimentados á custa do pai e da mãe, qualquer que seja o regimen de bens, segundo o qual foi contrahido o casamento. (5)

bonian. Edict. (37. 10): Non solum alimenta pupillo præstari debent, sed et in studia et in cœteras necessarias impensas debet impendi pro modo facultatum."

(1) B. Carneiro, L. 1, T. 19, § 167, n. 2.

(2) B. Carneiro cit.

(3) B. Carneiro, cit. § 167, n. 1.

(4) Mello, L. 2, T. 6, § 11, nota.

(5) Ord. L. 4, T. 99 princip.; Mello, L. 2, T. 6, § 12.

A cit. Ord. diz simplesmente: "emquanto durar o matrimonio" sem fazer distincção alguma. 139

2. Quando os conjuges se separam em virtude de sentença de divorcio, ou por ter sido o casamento julgado nullo; a mãe é obrigada a criar o filho de leite até tres annos; toda a mais despeza com alimentos é por conta do pai. (1)

A obrigação que tem a mãe de crear o filho de leite até tres annos, cessa si ella não pôde preencher-a sem comprometter a sua saude. (2)

3. Si o matrimonio se dissolve :

a) Por morte da mulher, ao marido cumpre fazer todas as despesas de criação e alimentos ; (3)

b) Si por fallecimento do marido, a mulher é tão sómente obrigada a criar de leite o filho até tres annos; os alimentos, porém, correm por conta dos bens do proprio filho. (4)

4. Na falta do pai (5) e não tendo o filho bens, passa á mãe a obrigação subsidiaria de alimentar-o. (6)

(1) Ord. L. 4, 99 princip. verb. E apartado o matrimonio... Mello cit. § 14.

(2) Ord. L. 1, T. 88, § 10; Valasc. Cons. 92, ns. 2 e 3; Reper. tom. 3, pag. 447. Neste caso a despeza de criação é por conta do marido: Ord. cit., princip.

(3) Ord. L. 4, T. 99, § 2: Assento § 1, n. 4; B. Carneiro, L. 1, T. 19, § 168, n. 36.

(4) Ord. L. 4, T. 99, § 3; L. 1, T. 88, § 10; Mello, L. 2, T. 6, § 13.

(5) *Na falta do pai* quer dizer: ou por ter fallecido, ou por não poder alimentar o filho por pobreza, ou por outra causa. B. Carneiro, L. 1, T. 19, § 168, n. 24.

(6) Ord. L. 4, T. 99, § 2; Assento de 9 de abril de 1772, § 1. Por Direito Romano, na falta do pai, passava a obrigação aos avós

II

1. Na falta da mãe, a obrigação de prestar alimentos passa aos ascendentes paternos ; (1)
2. Na falta destes, aos ascendentes maternos ; (2)
3. Na falta dos ascendentes, aos descendentes, guardada a ordem da successão ; (3)
4. Na falta dos descendentes, aos irmãos, quer germanos, quer unilateraes. (4)

III

Do que fica exposto resulta que os alimentos são subsidiariamente devidos na ordem seguinte :

1. Pelos pais ;
2. Pelos ascendentes paternos ;
3. Pelos ascendentes maternos ;
4. Pelos descendentes ;
5. Pelos irmãos.

§ 134. *Direito de repetir alimentos*

A mãe só é obrigada a prestar alimentos ao filho

paternos, na falta destes á mãe. Neste ponto foi o Direito Romano alterado pelo Assento cit. § 1, nas palavras : . . . “ para obrigarem aos pais e na falta delles aos outros ascendentes. ”

(1) Assento, § 1 ; B. Carneiro, cit. § 168, n. 46.

(2) Assento, § 1 ; B. Carneiro, cit. A obrigação de alimentos recae nos mais proximos ascendentes, uns na falta dos outros. Cit. Ass.

(3) Cit. Ass. § 4.

(4) Cit. Assento, § 6 ; Lobão, Notas a Mello, L. 2, T. 6, § 25, n. 9.

subsidiariamente, isto é, na falta do pai, e não tendo o filho bens.

Portanto, si ella o alimenta fóra daquelles casos, fica-lhe salvo o direito de repetir as despesas pelos bens do pai, ou do filho, segundo fôr a hypothese. (1)

Cessa, porém, o direito de repetir taes despesas, constando que ella as fizera com animo de doar, (2) como *si não sendo tutora* ou *curadora* do filho, ou *administradora de seus bens*, préstou-lhe alimentos. (3)

Todavia esta presumpção (deduzida de não ser tutora) illide-se :

1. Si a mãe é pobre, o filho rico, e as despesas grandes segundo a qualidade das pessoas e o valor do patrimonio; (4)

2. Si ella protestou em tempo rehavê-las. (5)

Estas mesmas disposições têm sido applicadas aos outros parentes quando prestam alimentos fóra dos casos em que são obrigados. (6)

Assim os avós e os irmãos, quando não são tutores

(1) Ord. L. 4, T. 99, § 4; Fr. 34 D. de neg. gest. (3.5); fr. 5, § 14, D. de agnoscend et alend. liber. (25.3).

(2) Fr. 5, § 14 D. de agnoscend et alend. lib.: *exigente materno affectu*. B. Carneiro L. 1, T. 19, § 163, n. 3.

(3) Ord. L. 4, T. 99, § 6. Tem, porém, o direito de repetir as despesas feitas com *os bens* do filho, *seja* ou não tutora ou curadora. Cit. Ord. § 5.

(4) Cit. Ord. § 6.

(5) Cit. Ord. § 6.

(6) Repert. das OOrd. tom. 2, pag. 499.

ou curadores do parente a quem alimentaram, nem administradores de seus bens, não podem reaver as despesas feitas, salvo si protestaram repetil-as. (1)

§ 135. *Alimentos entre parentes illegitimos*

Entre parentes illegitimos são devidos alimentos dentro dos mesmos grãos e na mesma ordem, como si foram legitimos. (2)

Todavia a obrigação que tem a mãe de criar os filhos illegitimos de leite até tres annos, cessa:

1. Si ella for casada e o filho espurio; (3)
2. Si for professa em religião approvada. (4)

§ 136. *Quando são devidos os alimentos*

Os alimentos só são devidos, concorrendo os dous seguintes requisitos:

1º Quando o alimentario não tem bens e ao mesmo tempo está impossibilitado de por seu trabalho ou industria prover á sua propria subsistencia; (5)

(1) B. Carneiro, cit. § 169, n. 7.

(2) Ord. L. 1. T. 88, § 11; L. 4, T. 19, § 1; Assento de 9 de abril de 1772, § 3; B. Carneiro, L. I, T. 19, § 168, n. 45.

(3) Ord. L. 1, T. 88, § 11.

(4) Cit. Ord., § 11.

Aos illegitimos devem-se alimentos tanto naturaes como civis. Mello, L. 2, T. 6, § 17, nota.

(5) Assento de 9 de abril de 1772 pri., §§ 1 e 2, n. 1.
Segundo a Ord. L. 4, T. 98, § 7, as despesas que o pai faz com a educação do filho não vêm á collação. Desta disposição resulta

2º Quando a pessoa, a quem são pedidos os alimentos, pôde fornecel-os, sem ficar privada dos meios de que carece para sua sustentação. (1)

Cumpra notar que qualquer que seja a causa da impossibilidade, ou provenha ella de caso fortuito ou de culpa do alimentario, como si dissipou os seus bens, os alimentos lhe são sempre devidos. (2)

§ 137. *Taxa dos alimentos*

A taxa dos alimentos deve ser fixada :

Segundo as necessidades e condição social do alimentario ; (3)

que, embora o filho tenha bens proprios, todavia as despesas da educação são por conta do pai: o que vai de accordo com a disposição da Ord. L. 4, T. 99, § 2. A disposição da supracitada Ord. L. 4, T. 97, § 7 entender-se-ha derogada pela alludida disposição do Assento? Parece que não. A Ord. refere-se ás despesas de *educação* e o Assento á obrigação de prestar alimentos, segundo a distincção acima § 131, nota 1.

(1) Assento § 2, n. 1: " Nos casos em que os pais têm com que se alimentem, ou apenas têm o preciso e indispensavelmente necessario para a própria alimentação. " *Deducto ne egeat.*

Na fixação deste requisito deve ter-se em vista o rendimento e não o valor de seus bens, o qual pôde ser grande e pequeno o rendimento. Doutr. das Acç., nota 496.

Os alimentos são tirados dos renditos dos bens: assim o pai não pôde ser obrigado a vender a propriedade de seus bens, como terras, apolices, para occorrer a alimentos. Decret. de 25 de setembro de 1754; B. Carneiro, L. 1, T. 19, § 168, n. 15, nota b; Lobão, a Mello, L. 2, T. 6, § 19, n. 3.

(2) Assento, § 1, n. IV. Cabed. P. I. D. 148; Lobão, Notas a Mello, L. 2, T. 6, § 12, ns. 6, 7 e 8.

(3) Ord. L. 1, T. 88, § 15; Lobão, Obrig. Recip. § 31; B. Carneiro, L. 1, T. 19, § 168, n. 10.

É segundo as posses do alimentante. (1)

Estes dous elementos influem para elevar ou baixar a taxa dos alimentos, segundo variam entre si.

Assim que :

a) A taxa é fixada em quantia modica :

I. Si o alimentario é de condição humilde, embora o alimentante seja opulento ;

II. Si o alimentante tem pouca fortuna.

b) A taxa é arbitrada com mais largueza si o alimentario é de condição elevada e o alimentante tem posses sufficientes. (2)

§ 138. *Como se pagam os alimentos*

Os alimentos são ordinariamente pagos em prestações de dinheiro, mensaes, trimensaes ou semestraes. (3)

Podem ser tambem, segundo as circumstancias, pagos em especies, como em fructos (4), ou por meio de adjudicação dos rendimentos de um predio. (5)

(1) Ord. L. 3. T. 9, § 4... "quando o filho pedir ao pai que lhe dê mantimento, *segundo a faculdade de seu patrimonio*. Lob., loc. cit.

(2) Murlon. Repet. Escrit. L. 1, T. 5, n. 749.

Os alimentos, depois de arbitrados, podem ser augmentados ou diminuidos, segundo variam as necessidades do alimentario e as posses do alimentante. Lobão, Obrig. Recipr. § 38; Doutr. das Acç., nota 485. Dahi vem o dizer-se que a sentença de alimentos nunca passa em julgado. Lobão, cit. § 38.

(3) Lobão, Obrig. Recipr., § 34.

(4) França a Mendes, Aresto 85, n. 11; Acções Sum., § 241, not.

(5) Guerreiro, Tract. 1, L. 2, cap. 12, n. 60. 142

Si a divida de alimentos é entre pai e filho-familias, ao pai assiste o direito de, em vez de fazer a pensão em dinheiro, chamar o filho para sua casa, salvo tendo o filho *justa causa* para apartar-se da companhia paterna. (1)

§ 139. *Da natureza da divida de alimentos e de sua transmissibilidade*

I. A obrigação de prestar alimentos não é *indivisível* nem *solidaria*. (2)

Dahi resulta que, quando a obrigação de alimen-

(1) Assento de 9 de abril de 1772, § 2, n. IV. Explorati juris est patrem regulariter non teneri ad praestanda filiis alimenta extra domum. Lobão, Notas a Mello. L. 2, T. 6, § 19, n. 14.

Dá-se *causa justa* para os filhos apartarem-se da companhia paterna: "si recedant ob novercas, vel ob inimicitias cum alio fratre, aut propter litem cum patre, vel ob culpam ejusdem patris, qui sit" forte nimis scævus; meritrices aut collusores malé morigeratos in domo habeat, filiumve ipsum a domo vel mensa ejecereti. Arouca ao frag. 3 D. de his qui sunt sui, n. 3.

Entende-se ainda ser por *justa causa* si o filho aparta-se da casa paterna por motivo de serviço militar, ou para seguimento de estudos. Rocha, § 329.

(2) Reputavam os antigos escriptores *solidaria* a obrigação de alimentos. Pothier, Mariage, P. V, cap. 1, n. 391; Moraes, Execution. L. 6, cap. 7, n. 60.

Esta opinião, porém, é erronea. A *solidariedade* não se presume: só pôde resultar ou do decreto da lei, ou de declaração expressa Das partes, ou da natureza indivisível da obrigação: (Mackeldey droit Romain, § 336; art. 1. 102 do Cod. Civil Franc.). Mas quanto, á obrigação de alimentos, nem ha lei que lhe dê a natureza de *solidaria* nem é ella indivisível. Portanto, como consideral-a *solidaria*? Mourlon, Rep. Ecri. L. 1, T. 5, n. 751.

tos recahe ao mesmo tempo em pessoas diferentes, (1) cada uma dellas só pôde ser demandada pela quota que lhe couber.

Neste caso a divida alimentaria é distribuida, não em partes arithmeticamente iguaes, mas em quotas proporcionadas aos haveres de cada um dos co-obrigados. (2)

Cada quota constitue divida distincta. (3)

II. A obrigação de alimentos, verificadas as condições de sua exigibilidade ainda em vida do devedor, entra na classe das dividas que oneram a herança e como tal é transmissivel aos herdeiros. (4)

§ 140. *Favores á causa de alimentos*

Os alimentos são destinados a remediar necessi-

(1) Verifica-se esta hypothese, por exemplo, quando o pai pede alimentos aos filhos, o irmão aos irmãos.

(2) Lobão, Not. a Mello, L. 2, T. 6, § 25, n. 5, *in fine*; Mourlon, cit. n. 751.

(3) Mourlon, cit. n. 751.

(4) Barbosa ad Ord. L. 4, T. 99, § 1, n. 8; B. Carneiro, L. 1, T. 19, § 168, n. 57; Repet. Escrit. L. 1, T. 5, n. 752.

O Assento de 9 de abril de 1772, na parte (§ 8º) em que estabeleceu *um direito real* sobre os bens do devedor em favor do credor de alimentos, acha-se hoje derogado pelo art. 6º da lei de 24 de setembro de 1864. Esta lei só considera "*onus real o legado de alimentos expressamente consignado no immovel*": o que é cousa muito distincta de alimentos devidos *jure sanguinis*.

Assim que os bens do devedor de alimentos *jure sanguinis* não se podem hoje reputar vinculados pelo laço de um *direito real* ao pagamento da divida alimentaria.

dades cuja satisfação não póde ser declinada nem adiada.

Dahi provém o estatuir a lei certas providencias especiaes no intuito de garantir o direito a alimentos e de assegurar-lhe prompta execução. (1)

Assim que:

1. O direito a alimentos não póde ser validamente renunciado; (2)

2. Não é permittido fazer transacções sobre alimentos futuros, salvo:

I. Si por ella fica evidentemente melhorada a condição do alimentario;

II. Si é feita com autoridade judicial, precedendo conhecimento de causa. (3)

3. A divida de alimentos não admite compensação, qualquer que seja a natureza da divida que se lhe oppõe; (4)

4. Os alimentos recebidos não se restituem, ainda que o alimentario venha a decahir da acção. (5)

(1) Ord. L. 4, T. 78, § 3.

(2) B. Carneiro, L. 1, T. 19, § 167, n. 9.

(3) Mello, L. 4, T. 2, § 12; B. Carneiro cit., n. 7.

Em relação a alimentos *preteritos* é permittida a transacção, porque cessa a razão da lei, a necessidade indeclinavel.

(4) Ord. L. 4, T. 78, § 3.

(5) Valasc. Cons. 1, n. 7; Mello, L. 2, T. 6, § 24, nota; B. Carneiro, cit. § 167, n. 16.

O alimentario não é obrigado a dar fiança para receber os alimentos. (1)

§ 141. *Cessaçãõ da obrigaçãõ de prestar alimentos*

A obrigaçãõ de prestar alimentos cessa:

I. Em geral:

1º Pela morte do alimentario ; (2)

2º Si o alimentario adquire meios, ou torna-se apto para prover á sua subsistencia ; (3)

3º Si o alimentante não pôde continuar a fornecer os alimentos por lhe ter sobrevindo impossibilidade, como perda de bens, ou molestia ; (4)

II. Em relaçaõ aos pais :

4º Si o filho commetteu alguma ingratiçaõ pela qual possa ser desherdado ; (5)

(1) Pheb. P. II, arest. 89; B. Carneiro, cit. § 167, n. 15; Pereira e Souza, Prim. Linh., nota 886.

(2) E' de notar que os alimentos vencidos e não pagos em vida do alimentario, são devidos aos seus herdeiros. Mourlon, Repet. Ecrit. L. 1, T. 5, n. 752.

(3) Assento de 9 de abril de 1772, § 2, n. 11.

(4) Assento, § 2, n. 1.

O texto, nos ns. 2 e 3, allude á hypothese de terem sido decretados os alimentos, vindo depois o alimentante a cahir em pobreza, ou o alimentario a poder se alimentar. Si ao tempo, em que se propõe a acçaõ, se reconhece ou que o alimentante não tem meios ou que o alimentario pôde prover á sua subsistencia, o caso é diverso: — então a obrigaçãõ não *existe*, porque falta um dos seus elementos geradores.

(5) Assento, cit. § 2, n. 3.

Quaes as causas de desherdaçãõ? Vej. Consolid. das Leis Civis, art. 1.016.

5º Si sem *justa causa* abandonou a casa paterna ; (1)

6º Si casou sem consentimento do pai, ou sem consentimento supprido pela justiça : quando é filho familias varão, maior ou menor (2), ou filha-familias menor (3), ou filho legitimo menor (4), ou quando é illegitimo menor reconhecido ou legitimado. (5)

III. Em relação aos mais ascendentes, aos descendentes e irmãos extingue-se a obrigação de alimentos, occorrendo alguma das causas pelas quaes cessa a dos pais, sendo applicavel ao caso. (6)

Resta ainda observar :

1º Que a respeito dos irmãos legitimos cessa especialmente a obrigação de alimentos, si sem *justa causa* se apartaram da casa do irmão, ou si se casaram sem licença do pai commun. (7)

2º Que em relação aos irmãos illegitimos cessa tambem a alludida obrigação, si casaram, depois da morte do pai, sem licença do irmão a quem os alimentos são pedidos. (8)

(1) Assento, cit. § 2, n. 4.

(2) Assento, cit. § 2, n. 5 e Lei de 6 de outubro de 1784.

(3) Assento, cit. § 2, n. 5.

(4) Lei de 6 de outubro de 1784, §§ 4 e 6.

(5) Assento, § 3.

(6) Assento, §§ 4 e 6.

(7) Assento, § 6.

(8) Assento, § 7.

§ 142. *Acção de alimentos*

A acção de alimentos é *ordinaria* ou *summaria*, segundo se demandam alimentos *preteritos* (1) ou *futuros*. (2)

O gráo de parentesco em que o autor funda a sua intenção póde ser estabelecido em juízo por qualquer dos meios de prova admittidos em Direito. (3)

Nesta acção não se exige uma prova do *estado* da pessoa tão rigorosa como nas acções de filiação e petição de herança. (4)

§ 143. *Alimentos provisionaes*

Proposta a acção, póde o alimentario pedir provisoriamente alimentos para as despezas da causa e para sua sustentação no decurso do litigio. (5)

(1) Lobão, Acç. Sum. § 391; Doutr. das Acç., nota 495. E' igualmente ordinaria a acção quando se pedem alimentos devidos por contracto ou por testamento. Lobão e Doutr. das Acç. cit.

(2) Doutr. das acç., e Acç. Sum. loc. cit.

(3) Mello, L. 2, T. 6, § 22, not.; Lobão, nota ao logar cit. n. 4 e seguintes.

(4) Mello, L. 2, T. 6, § 23, nota; B. Carneiro, L. 1, T. 19, § 170, n. 5.

Donde resulta que a sentença que condemna ao pagamento de alimentos não faz prova para a acção de filiação e petição de herança. B. Carneiro, cit. § 170, n. 6.

(5) Fr. 27, § 3, D. de inofficioris test. (5. 2.) Mello, L. 2, T. 6, e

Estes alimentos, denominados *provisionaes* (*alimenta in litem*) são taxados pelo juiz segundo a qualidade das pessoas, e o valor da causa principal. (1)

Para sua decretação basta uma forte presumpção do parentesco allegado. (2)

Podem ser pedidos em qualquer estado da causa, ainda pendendo appellação. (3)

§ 24; Lobão, Acç. Sum. § 228 e seguintes; B. Carneiro, L. 1, 19, § 171.

Os alimentos provisionaes têm por fim habilitar o autor com os meios de fazer valer o seu direito.

(1) Mendes, P. II, L. 1, capit. 4, n. 2.

(2) Mello cit., § 24; B. Carneiro, cit. § 171, n. 3; Acç. Sum. §§ 232 e 233.

(3) Acç. Sum. § 229; B. Carneiro, cit. § 171, n. 4.

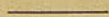
SECÇÃO QUINTA

DA TUTELLA E CURATELLA



CAPITULO PRIMEIRO

DA TUTELLA



§ 144. *O que é tutela?*

Tutella é o poder conferido a alguém, em virtude de lei, para proteger a pessoa e reger os bens dos menores que estão fóra da acção do patrio poder. (1)

(1) Segundo o Direito Romano, aos orphãos *impuberes* dava-se tutor; aos *puberes*, curador. A nossa legislação (Ord. L. 4, T. 102 e T. 104, § 6) consagra esta distincção, que, no emtanto, tem sido abandonada pelos codigos modernos.

O que é verdade, é que não ha differença real entre tutor e curador de menores. A propria Ordenação (L. 4, T. 102 e 104, § 6) os identifica, estabelecendo para uns e outros as mesmas disposições legislativas.

De nossa parte, adoptando a terminologia dos codigos modernos e seguindo a linguagem de alguns de nossos escriptores (B. Carneiro. L. 1, T. 26, § 223, n. 2), tratamos neste capitulo da materia da tutela dos impuberes e da curatella dos puberes conjunctamente, sob a denominação commum de *Tutella*. (Lobão,

Tutor é aquelle que é nomeado para exercer a tutela.

Em relação á pessoa do menor consiste o poder do tutor no direito de promover-lhe a educação, e de represental-o (1) e assistil-o nos actos da vida civil. (2)

Pelo que respeita aos bens, o tutor não é sinão um simples administrador, com faculdades restrictas. (3)

O governo da pessoa e bens dos menores pertence de direito aos pais. Na falta dos pais, é este dever devolvido ao Estado, o qual o desempenha pelo intermedio dos tutores. (4)

Not. a Mello, L. 2, T. 11, § 3, T. 12, § 1. Vej. Pothier, Tract. des person. P. 1, T. 6, art. 4.)

(1) Si o orphão é impubere (homem, menor de quatorze annos; mulher, de doze) o tutor *representa*, praticando sem necessidade de intervenção delle os actos que lhe dizem respeito. Mello, L. 2, T. 13, § 5.) Os romanos denominavam esta funcção *negotia pupilli gerere*. Mas é de notar que, segundo o Direito Romano, o tutor só *representava* o orphão quando elle era menor desete annos (*infans*).

(2) Si o orphão é pubere, obra em seu proprio nome, tão sómente com assistencia do tutor. Consiste a funcção do tutor, não em *represental-o*, mas em assistil-o com a sua intervenção (autoridade) para completar-lhe o consentimento: é o que em Direito Romano se chamava — *auctoritatis interpositio*.

(3) “*Pupillarum pupillarumque tutores et negotia gerunt.*” Ulpiano, frag. T. XI, § 25.

(4) A tutela é uma reunião de certas attribuições do patrio poder, cuja falta é destinada a supprir; constitue, todavia, uma entidade distincta, que póde coexistir com o patrio poder, como acontece quando se dá tutor ao filho-familias menor por estar o pai demente. Nesta hypothese, o pai conserva o patrio poder, si bem que suspenso, e em virtude delle continúa a ter o usufructo dos bens adventicios do menor, no emtanto que o filho permanece sob a tutela de outro.

A tutela, portanto, ou seja deferida em virtude de clausula testamentaria ou por autoridade do juiz, é sempre uma delegação do estado. (1)

Dahi lhe provém a denominação de *cargo publico* (*munus publicum*). (2)

§ 145. *Pessoas sujeitas á tutela*

Incidem sob a tutela todos os menores que não têm pai, e os que estão fóra da *acção* do patrio poder, a saber :

1. Os menores, filhos legitimos, orphãos de pai (3) ;
2. Os filhos-familias menores, emancipados do patrio poder ; (4)
3. Os filhos-familias menores, cujos pais se acham impossibilitados de exercer o patrio poder, ou por incapacidade moral, ou por estarem ausentes em logar remoto e não sabido ; (5)

(1) Nos monumentos mais antigos da nossa legislação a tutela já é conhecida como uma delegação do Estado. Vej. a Ord. Aff. L. 4, T. 88. § 2: "Nós pelo estado que Deus nos deu temos da guarda desses orphãos grande encarrego, porque uma das cousas que encomendadas sam ao Rey na sua terra assi é manter, guardar e defender esses orphãos." Mello, L. 2, T. 11, § 15.

(2) Fr. 1, §§ 3 e 4, D. de munerib. et honorib. (50. 4) ; fr. 18, § 1. Dig. eodem. Makeldey, Droit Romain, § 601.

(3) Ord. L. 4, T. 102.

(4) B. Carneiro, L. 1, T. 26, § 223, n. 9.

(5) Ord. L. 1, T. 88, § 6, *in fine* ; Lobão, Not. a Mello, L. 2, T. 11, § 4 ; B. Carneiro, cit. § 223, ns. 7 e 8.

Nestes casos suspende-se o patrio poder ; todavia o pai conserva certos effeitos, como o de usufruir os bens do filho. Lobão, loc. cit.

4. Todos os menores illegitimos, quer naturaes, quer espurios, embora reconhecidos ou legitimados. (1)

E' de notar que fica sob a tutella do pai o filho-familias menor que é por elle voluntariamente demittido do patrio poder. (2)

§ 146. *Diversas especies de tutella*

A tutella é ou testamentaria ou legitima ou dativa.

I

Tutella testamentaria é a que tem por base uma disposição testamentaria ou codicillar. (3)

(1) Aviso n. 312 de 20 de outubro de 1859: "Manda declarar que negando as nossas leis expressamente o patrio poder ás mãis, o filho de pai incognito acha-se comprehendido na jurisdicção orphanologica." Cfr. B. Carneiro, cit. § 223, n. 11.

(2) J. de legitim. parent. tutella (1. 18); B. Carneiro, cit. § 223, n. 9. Veja-se § acima.

Os expostos, enquanto menores de sete annos, conservam-se sob a guarda e direcção das mesas administrativas das casas, onde são recolhidos. Em passando daquella idade, ficam ao cuidado do juiz de orphãos do termo, o qual deve a respeito delles proceder na conformidade do seu regimento.

Al. de 31 de janeiro de 1775, § 14. Port. de 19 de janeiro de 1835. Veja-se P. de Carvalho, *Linh. orp.* addição 74, oitava edição.

(3) Ord. L. 4, T. 102, § 1. Não vale a nomeação, sendo nullo o testamento. Neste caso a nomeação só póde prevalecer, sendo confirmada pelo juiz. Lobão, *Notas a Mello*, L. 2, T. 11, § 6, n. 4; B. Carneiro, L. 1, T. 28, § 251, n. 11.

Podem dar tutor em testamento :

O pai ao filho menor que tem sob seu poder; (1)

O avô paterno ao neto legítimo, sendo já fallecido o pai do menor. (2)

A nomeação de tutor, em qualquer destes dous casos, não carece de confirmação do juiz. (3)

Podem dar tutor em testamento, ficando, porém, a nomeação dependente de confirmação judicial :

O pai ao filho natural; (4)

A mãe aos filhos, quer legítimos, quer naturaes. (5)

O testador ao menor estranho a quem institue herdeiro. (6)

II

Tutella legitima é a que é deferida aos parentes, segundo a ordem estabelecida na lei. (7)

A tutella é um onus, e pois é de justiça que sejam de preferencia chamados a servir-a os parentes que

(1) Ord. cit. § 1.

(2) Ord. cit. § 1; Lobão, Not. a Mello, cit. T. 11, § 6, n. 5. Linh. orph. nota 213.

(3) Ord. cit. § 1.

(4) Ord. cit. § 2.

(5) Ord. cit. § 2; Linh. orph. nota 213.

(6) Mello, L. 2, T. 11, § 7; Lobão, Not., loc. cit. Entre nós é desconhecida a tutella pactícia.

(7) Ord. cit. §§ 3 e 5. 148

succederiam ao orphão si porventura fallecesse intestado. (1)

Na dação desta tutella devem observar-se os principios seguintes :

1. Na falta de tutor testamentario (2) será em primeiro logar encarregada da tutella a mãe ou a avó :

- a) Si ellas o quizerem ;
- b) Si viverem honestamente ;
- c) Si ainda não tiverem passado a segundas nupcias. (3)

A avó, porém, só pôde tomar a tutoria, não existindo avô paterno ou materno. (4)

2. Na falta da mãe e dos avós, deve a tutella ser deferida ao parente do orphão mais proximo em gráo, residente no logar onde estão os bens. (5)

(1) Ord. cit. § 5 ; Novella 118, cap. 5 : Sancimus enim unum quem que *secundum gradum et ordinem quo ad hereditatem vocatur*, aut solum, aut cum aliis, etiam functionem tutelæ suscipere.

(2) Ord. cit. § 5. A tutella legitima é subsidiaria da testamentaria.

(3) Ord. cit. § 3. A avó só pôde servir a tutella na falta ou impossibilidade da mãe.

(4) Lobão, Acç. Sum. § 369, nota ; B. Carneiro, L. 1, T. 28, § 249, ns. 22 e 23. Assim tem sido entendida pelos interpretes a lei romana, que é fonte da Ord. citada, § 3. *Mulieribus enim tiam nos interdiciamus tutelæ officium, nisi mater aut avia fuerint.* Novell. 118, C. 5.

(5) Ord. cit. § 5 : “verb. o parente mais chegado que tiver no logar... será constrangido...”

3. Si o orphão tiver mais de um parente no mesmo gráo de proximidade, a tutella será dada ao que for mais idoneo e habilitado. (1)

4. Em todo o caso, porém, será a tutella sempre dada ao parente mais idoneo e abonado, embora não seja o mais proximo em gráo. (2)

O parente mais proximo que se escusa da tutoria, perde por esse facto o direito de succeder ao menor, si este fallecer na pupillar idade (3): salvo procedendo a escusa de impossibilidade de servir a tutella, como de enfermidade ou de prohibição de lei. (4)

Entra na definição de tutella legitima a que o pai exerce sobre o filho que voluntariamente demittiu do patrio poder. (5)

III

Na ausencia de parente do orphão com as habilitações legaes para servir a tutella, póde o juiz nomear tutor a qualquer pessoa estranha. (6)

(1) Ord. cit. § 5: E si tiver muitos parentes em igual gráo...

(2) Ord. id. cit. § 5: E emquanto o juiz achar parente do orphão abonado para ser tutor, não constrangerá o que não fôr abonado, ainda que seja parente mais chegado em gráo, etc.

(3) Ord. cit. § 6.

(4) Ord. L. 104, § 5; B. Carneiro cit., § 249, n. 33. A pena da lei é applicavel, embora a escusa seja justa, uma vez que não provém de impossibilidade.

(5) B. Carneiro cit. T. 26, § 223, n. 9.

(6) Ord. L. 4, T. 102, § 7. 199

Esta é a especie de tutela que recebe em direito a qualificação de *dativa*.

A nomeação de tutor dativo é da livre escolha do juiz; todavia deve recahir em pessoa idonea, e residente no domicilio do menor. (1)

§ 147. *Da confirmação e nomeação dos tutores*

Compete ao juiz de orphãos do domicilio do menor a nomeação do tutor e a confirmação nos casos em que ella é necessaria. (2)

I. A confirmação consiste na approvação da nomeação em testamento; é dada por simples despacho; completa o acto, tornando-o perfeito e acabado. (3)

Ainda nos casos em que a nomeação testamentaria não carece de confirmação, ha necessidade da intervenção da autoridade do juiz, não para aperfeiçoar o acto, que é de si mesmo perfeito, mas para julgar da

(1) Ord. cit. § 7.

Tanto o tutor legitimo como o dativo devem residir no domicilio do menor. Ord. cit., T. 102, §§ 5 e 7.

Si o menor possui alguns bens fóra do termo de sua residencia, o juiz deverá requisitar ao juiz do lugar onde estão taes bens, para dar curador abonado a esses bens, seguindo-se as diligencias recommendadas no § 8 da cit. Ord. do L. 4, T. 102.

(2) Ord. L. 4, T. 102, prin.; Lei de 22 de setembro de 1828, art. 2, § 4; Reg. de 15 de março de 1842, art. 5, § 4.

(3) Lobão, Not. a Mello. L. 2, T. 11, § 7, n. 2; B. Carneiro, L. 1, T. 28, § 251, n. 2. Não ha necessidade de inquirições e sentença; basta que o juiz se informe, pelos meios a seu alcance, da idoneidade do nomeado.

legalidade da nomeação e da capacidade do nomeado. (1)

II. O juiz de orphãos é obrigado a dar tutores aos menores, dentro do prazo de um mez, a contar do dia do fallecimento de seus pais, nomeando-os de sua autoridade, confirmando ou reconhecendo os que houverem sido nomeados em testamento. (2)

Não cumprindo o juiz de orphãos este dever, o juiz de direito em correição dará os ditos tutores. (3)

§ 148. *Da incapacidade para tutor*

São *incapazes* de servir a tutella todas as pessoas que por causas diversas não estão nas condições de exercel-a segundo os intuitos da lei. (4)

(1) Ord. L. 4, T. 102, § 1: ... "se informará si era pessoa que podia fazer testamento... E saberá outrosi si deixou por tutor ou curador pessoa que por direito o póde ser.."

"Et hoc sensu, omnes tutores confirmatione indigent et inquisitione." Mello, L. 2, T. II, § 7, nota.

(2) Ord. L. 4, T. 102 prin. e § 1. "E para saber como ha de dar os ditos tutores e curadores, primeiramente se informará..."

(3) Ord. L. 1, T. 62, §§ 28 e 33. Decreto n. 843 de 2 de outubro de 1851, art. 32, § 3-

Os juizes de paz são obrigados a dar informação ao juiz de orphãos dos menores, a quem falleceu o pai. Lei de 15 de outubro de 1827, art. 5, § 11.

Os subdelegados devem apresentar ao juiz de direito em correição a lista annual das pessoas que falleceram deixando orphãos. Cit. Decreto de 2 de outubro de 1851, art. 33.

(4) Não se deve confundir a *incapacidade* para tutor com a *escusa*. A incapacidade importa prohibição absoluta para exercer a tutella. Os antigos escriptores a denominavam *escusa necessaria*

Reputam-se capazes de exercer a tutela todos os que não são declarados incapazes pela lei. (1)

São declarados incapazes :

1. Os estrangeiros ; (2)
2. Os menores de vinte um annos, ainda que tenham supplemento de idade ; (3)
3. As mulheres, excepto a mãe e a avó ; (4)
4. Os loucos de todo o genero ; (5)
5. Os prodigos, declarados taes por sentença ; (6)
6. Os que têm impedimento perpetuo ; (7) como os

(*excusatio necessaria*). A *excusa* é a dispensa concedida por justa causa ao que pudera ser tutor, si quizesse: *excusatio voluntaria*.

(1) A materia das incapacidades para tutor é regulada pela ord. L. 4, T. 102, § 1, e pelo Direito Romano: “ si deixou por tutor ou curador pessoa que *por direito* o póde ser.”

(2) Aviso de 8 de junho de 1837. Si o menor é estrangeiro, póde-lhe ser dado por tutor pessoa de sua nacionalidade: cit. Aviso; P. Bueno, Direito Inter. Privado, n. 85. As convenções consulares nada innovaram relativamente á dação de tutores a menores estrangeiros.

(3) Ord. L. 4, T. 102, § 1; T. 104, § 3, *in fine*; e Res. de 31 de outubro de 1831.

A mãe que ficou viuva antes de ter vinte um annos, póde ser tutora do filho. Emancipada pelo casamento, ella é reputada maior para os effeitos que não são exceptuados na lei. Cod. Civ. Fr. art. 442.

(4) Ord. L. 4. T. 102, § 3, *in fine*.

(5) Ord. cit. § 1. Nesta classe se comprehendem todos os que não estiverem na inteireza das faculdades mentaes.

(6) Ord. cit. § 1, J. § 3 de curationibus (1. 23); B. Carneiro, L. 1, T. 28, § 246, n. 9.

(7) Ord. cit. § 1.

cégos (1), os mudos e os surdos (2), os doentes de enfermidade grave e incuravel ; (3)

7. Os religiosos ; (4)

8. Os doutores em Direito, Canones ou Medicina ; (5)

9. Os militares em serviço ; (6)

10. Os inimigos do orphão ou de seu pai ; (7)

11. Aquelle que, no momento em que lhe é deferida a tutella, se acha constituido em obrigação para com o orphão, ou tem direitos a fazer valer contra elle. (8)

12. Aquelle que o pai ou a mãe exclue expressamente da tutella ; (9)

13. E finalmente os pobres ao tempo em que lhes é deferida a tutella. (10)

(1) B. Carneiro, cit. § 246, n. 10; Linh. orph. nota 238.

(2) Fr. 1, §§ 2 e 3, D. de tutelis (26. 1); B. Carneiro, cit. § 246, n. 8. Basta que seja surdo ou mudo.

(3) J. § 4 de curat. (1.23); qui perpetuo morbo laborant.

(4) Ord. L. 4, T. 102, § 1.

(5) Ord. L. 4, T. 104, § 5. E' hoje disposição obsoleta.

(6) J. § 14 de excusat. tut et curat. (1.25); B. Carneiro, cit. § 246, ns. 20, 21 e 22.

(7) Ord. L. 4, T. 102, § 1; J. § 11 de excusation, tutor, et curator. (1.25.)

(8) Novella 72, C. 1, 2, 3; B. Carneiro, cit. § 246, ns. 26 e 27.

(9) Fr. 21, § 2 D. de tutorib. et curat. (26. 5.)

(10) Ord. L. 4, T. 102, § 1; fr. 7 D. de excusationibus (27. 1) Rep. tom. 4, pag. 139. O pobre não póde ser tutor; o tutor, porém,

§ 149. *Das escusas dos tutores*

A nomeação para tutor não pôde ser recusada, a não occorrer em favor do nomeado alguma das escusas legaes. (1)

São motivos de escusa: a enfermidade, a idade, o exercicio de certos empregos publicos e o ter a cargo certo numero de filhos ou netos.

Em virtude desses motivos, podem, *querendo*, escusar-se da tutella, ou seja testamentaria, ou legitima, ou dativa: (2)

1. Os magistrados; (3)

que cahe em pobreza, pôde ser conservado na tutella si fôr de probidade. Repert. loc. cit.

“ Et ad hunc effectum ille dicitur pauper qui tota sua industria ac tempore indiget ad se ipsum competenter sententandum.”

(1) Ord. L. 4, T. 102, § 5: será *constrangido* que seja tutor ou curador... L. 4, T. 104 pr. Aquelle que sem justa causa recusa a tutella, incorre na pena de desobediencia. Cod. crim. art. 149. A mãe e a avó não podem ser constrangidas a aceitar a tutella. Ord. L. 4, T. 102, § 3.

(2) A Ord. L. 4, T. 104 pr. Falla em escusas fundadas em *privilegio*. As ditas escusas, porém, não prevalecem hoje, visto como foram abolidos pela Constituição os privilegios pessoases. (Const. art. 179, § 16.)

Não têm hoje nenhuma applicação as diversas especies de escusas, de que faz menção Pereira de Carvalho, Linh. orph. nota 259.

(3) Ord. L. 4, T. 104, § 1. Na palavra *magistrado* comprehendem-se os membros do Supremo Tribunal, desembargadores, juizes de direito e municipaes.

2. Os escrivães, procuradores, contadores, carcereiros, porteiros e mais officiaes de justiça ; (1)

3. Os empregados das repartições de fazenda ; (2)

4. Os vereadores das camaras municipaes, salvo si já eram tutores ao tempo de sua eleição ; (3)

5. Os maiores de setenta annos ; (4)

6. Os impossibilitados por enfermidade temporaria, emquanto ella durar ; (5)

7. Os que tiverem cinco filhos legitimos sob seu poder ou cinco netos sob sua administração, contando-se neste numero os que tiverem morrido em serviço de guerra, ou marchando para ella, sob a bandeira do Imperio. (6)

Estas escusas, salvo a do n. 4, quando acontecem depois de aceita a tutella, dão direito ao tutor para obter dispensa. (7)

A escusa que existe ao tempo da nomeação deve ser allegada dentro do prazo de dez dias, a contar da intimação ao nomeado. (8) Não sendo allegada no

(1) Ord. id. cit. § 1.

(2) Ord. cit. § 2.

(3) Ord. cit. § 1.

(4) Ord. cit. § 3.

(5) Ord. cit. § 4.

(6) Ord. cit. princip.

(7) Ord. cit. § 1. A excepção relativa aos vereadores confirma a regra : — *excusant à suscipienda et à suscepta tutella.*

(8) Lobão, Acç. Sum. § 383, nota. 152

dito prazo, entende-se renunciada e pois não póde mais ser invocada. (1)

§ 150. *Formalidades que precedem a entrada no exercicio da tutella*

O tutor, desde que é informado de que lhe é deferida a tutella, deve logo entrar em exercicio, salvo si pretende allegar escusa legal.

Si deixa de cumprir este dever, torna-se responsavel pelas perdas e damnos resultantes. (2)

Mas não póde, em regra, entrar em exercicio, antes de preenchidas certas formalidades, estabelecidas para segurança dos direitos do orphão. (3)

Estas formalidades variam segundo a especie de tutella e são em summa as seguintes :

I. Todo o tutor, ou seja testamentario, ou legitimo ou dativo, é obrigado a prestar juramento de bem e fielmente servir a tutella (4) e a receber os bens do

(1) Mourlon, Repet. Ecrít. L. 1, T. 10, n. 1.139.

A estes casos de escusas accrescentam os escriptores outros, tirados do D. R., como a administração de tres tutellas (J. prin. 1.25), a ausencia por motivo de serviço publico (J. cit., § 2), o exercicio do cargo de professor publico de sciencias e artes liberaes. Estas ampliações podem ser recebidas, porque em nada contrariam o espirito e a mente da Ord.

(2) Fr. 1 § 1. de administr. et pericul. tutor. (26.7); B. Carneiro, L. 1, T. 28, § 251, ns. 8 e 9.

(3) B. Carneiro, cit. § 231, ns. 2 e 3.

(4) Ord. L. 4, T. 102, § 5; B. Carneiro, cit. § 253, n. 1; Consolid. das leis civis, art. 251, nota 3.

menor, avaliados e por inventario feito pelo escrivão de orphãos. (1)

II. O tutor legitimo e o dativo são, demais, obrigados a prestar fiança idonea para segurança dos bens do orphão, excepto si elles têm bens de raiz na comarca, livres e desembargados, equivalentes á fortuna e renda do tutellado. (2)

Todavia, o tutor legitimo, sendo homem probo e jurando que não acha fiador, póde ser exonerado de dar fiança. (3)

III. A mãe, si aceita a tutella, deve obrigar-se por termo no inventario, assignado por ella e pelo juiz com tres testemunhas, a administrar fielmente a pessoa e bens do menor e a pedir, antes de passar a segundas nupcias, a nomeação de outro tutor. (4)

Neste mesmo termo deve renunciar o privilegio

(1) Ord. cit. T. 102, princip.; Mello, L. 2, T. 11, § 7, nota.

O inventario tem por fim acautellar extravios dos bens, preparar os elementos das contas que tem de dar o tutor e fazer conhecer o valor total dos bens do menor para poder o juiz arbitrar-lhe os alimentos.

(2) Ord. L. 4, T. 102, § 5; Alv. de 7 de dezembro de 1689: "A qualquer dos parentes desses menores e aos *estranhos* por termo nos autos com fiador abonado, si tal tutor o não fôr por seus bens de raiz que possua em que os do orphão razoadamente possam ter segurança."

(3) Ord. L. 4, T. 102, § 5, ver.: ... e não sendo abonado si jurar aos santos evangelhos...

(4) Ord. cit. § 3. 100

veleiano e quaesquer outros introduzidos em favor das mulheres. (1)

Si ella não tem bens de raiz sufficientes para segurança dos direitos do filho, é obrigada a prestar fiança, a qual se toma por termo nos autos do inventario. (2)

Estas disposições têm inteira applicação quando é a avó que é chamada a exercer a tutela. (3)

IV. Os immoveis do tutor, seja testamentario, ou legitimo, ou dativo, ficam legalmente hypothecados ao orphão (4). Todavia esta hypotheca não exime o tutor de dar fiança, salvo si os immoveis são equivalentes aos haveres do menor. (5)

(1) Ord. cit. § 3. Na Côrte é diversa a pratica. Veja-se a Consolid. das leis civis, nota 3 ao art. 248.

(2) Ord. cit. § 3. Veja-se Consolid. das leis civis, nota 1 ao art. 249.

(3) Ord. e tit. cit. § 3.

(4) Lei de 24 de setembro de 1864, art. 3, § 2. Esta hypotheca vale contra terceiros, mesmo não sendo especialisada nem inscripta. Lei citada art. 9.

(5) Ord. L. 4, T. 102, § 5 e Alv. de 7 de dezembro de 1689. Segundo as citadas disposições, é exonerado de prestar fiança o tutor que tem no logar bens de raiz sufficientes. Pela nova lei de 24 de setembro de 1864 estes bens ficam hypothecados ao menor: mas si elles não são bastantes para garantir os direitos do orphão, é claro que prevalecem as alludidas disposições da Ord. e Alv., isto é, deve o tutor prestar fiança.

Si os immoveis do tutor são situados fóra da comarca?

Pela antiga legislação (Alv. de 24 de julho de 1713, lei de 22 de setembro de 1828, art. 2, § 4, e Regul. de 15 de março de 1842, art. 5, § 9) era mister licença do juiz de orphãos para

§ 151. *Direitos e obrigações dos tutores*

A. — *Quanto á educação :*

Um dos mais importantes deveres do tutor é cuidar do sustento e educação do orphão, sob a vigilancia do juiz. (1)

As quantias para este mister, si não foram taxadas pelo pai em testamento, devem ser arbitradas pelo juiz (2), guardadas as regras ácerca da taxação de alimentos (§ 137).

A criação do orphão deve se fazer em companhia da mãi, e, na falta della, na dos ascendentes ou collateraes e até na de estranhos, como fôr determinado pelo juiz. (3)

que neste caso pudesse o tutor hypothecar os bens, ficando dest'arte supprida a necessidade da fiança.

Mas, á vista da disposição da citada lei de 24 de setembro de 1864, a hypotheca, onde quer que sejam sitios os bens, gera-se por força de lei.

Portanto, cessa a necessidade da licença para a hypotheca convencional dos immoveis fóra da comarca, visto como ella é supprida pela legal; mas ao juiz fica o direito de julgar sufficiente tal hypotheca, podendo exigir ou não a fiança.

(1) Ord. L. 1, T. 88, §§ 10, 11, 15 e 16. Decreto de 2 de outubro de 1851, art. 32, § 8. B. Carneiro, L. 1, T. 27, § 233, n. 1.

(2) Ord. cit. T. 88, § 15. O juiz arbitra com os partidores a despeza necessaria, podendo deixar em mão do tutor quantia para a despeza do anno: Ord. cit. § 38.

(3) Ord. cit. T. 88, §§ 10 e 11; B. Carneiro, cit. § 233, n. 3.

Póde o menor ser removido da companhia da propria mãe, havendo fundada suspeita de máo tratamento ou de perigo para sua moralidade. (1)

Na educação comprehende-se a instrucção primaria e o ensino ou de officios, ou de sciencias e artes liberaes, segundo a condição do menor e o genero de vida a que tem de dedicar-se. (2)

Si o orphão é da classe dos mechanicos e não possui bens, é dever do juiz dal-o á soldada, logo que passe de sete annos de idade. (3)

§ 152. B.—*Quanto á representação e assistencia dos orphãos*

Compete ao tutor supprir a incapacidade do menor nos actos da vida civil, judiciaes ou extrajudiciaes.

Emquanto o orphão é impubere (4), pois lhe fallece luz de razão e vontade para obrar; o tutor o

(1) Const. 1. C. Ubi pupilli educ. debeant. (5.49); B. Carneiro, cit. § 233, n. 5.

O facto de passar a mãe a segundas nupcias, por si só, não é sufficiente para fundamentar a remoção do menor.

(2) Ord. cit. § 15: “E mandará ensinar a ler e escrever. E dahi em diante lhes ordenará sua vida e ensino, segundo a qualidade de suas pessoas e bens.” Decret. de 2 de outubro de 1851, art. 32, § 8. Vej. Linh. orph. nota 222.

(3) Ord. L. 1, T. 88, §§ 13, 14 e 16.

As disposições de direito que regulam a materia das soldadas de orphãos, constam da citada Ord. §§ 13, 14, 16, 17 e 18.

(4) Menor de quatorze annos, sendo homem; de doze, sendo mulher.

representa nos actos que lhe dizem respeito sem necessidade da intervenção d'elle. (1)

Em chegando á puberdade, deve o proprio menor figurar nos actos em que é parte, completando-lhe o tutor o consentimento com a sua *autorisação*. (2)

A *autorisação* do tutor é necessaria para todos os actos que geram ou extinguem direitos ou obrigações. (3)

A falta de *autorisação* acarreta a nullidade do acto; mas esta nullidade só póde ser invocada pelo menor em cujo beneficio tão somente foi introduzida. (4)

(1) Ord. L. 3, Tit. 41, § 8. Mello, L. 2, Tit. 13, §§ 5 e 6. A cit. Ord. é expressa relativamente aos actos judiciaes. Della se induz a doutrina expressa no texto: "Argumentum de judicio..."

Segundo o D. R. a intervenção do orphão tornava-se necessaria desde que elle passava de sete annos.

"*Representar* uma pessoa incapaz nos actos da vida civil, é fazer o papel dessa pessoa nos actos que devem produzir um effeito de direito pró ou contra ella; é fallar, obrar, vender, comprar, tomar emprestado, litigar... por ella ou em nome della, de modo que, por uma ficção de direito, os actos praticados pelo representante reputam-se feitos pelo incapaz e são tão efficazes como si elle os praticara em estado de capacidade." Mourlon, Rep. Ecri. L. 1, T. 10, n. 1.165.

(2) Ord. L. 3, Tit. 41, § 8. Mello, L. 2, T. 13, §§ 5 e 6.

"*Auctoritatem* interponere" é a phrase do Direito Romano.

(3) J. pr. de auct. tutor. (1. 21); fr. 9 D. de auctorit. et consen. tutor. et curat. (26. 8); B. Carneiro, L. 1, Tit. 26, § 224, n. 17.

Não basta ordinariamente o consentimento do tutor para legalisar o acto; nos negocios de importancia é mister licença do juiz. (Vej. abaixo § 153.)

(4) J. pr. (1. 21); fr. 13, § 29. D. de action. empt. et vendit (19. 1); B. Carneiro cit. § 224, ns. 6 e 7.

Os actos praticados sem *autorisação* do tutor, por isso que só

Assim que: sem embargo de não ter havido autorisação, prevalece o acto, si traz vantagem ao menor.

A autorisação pôde ser dada, antes, depois ou no momento em que se consumma o acto, e por palavra ou por escripto, segundo fôr o negocio. (1)

Para fazer testamento não tem o pubere necessidade de autorisação do tutor (2). Independentemente della pôde validamente casar-se, ficando somente sujeito ás penas da lei. (3)

§ 153. *Quanto aos bens*

O tutor é pela natureza de seu cargo um verdadeiro *administrador* dos bens do orphão.

Como tal, lhe cumpre: conserval-os, melhoral-os e aproveital-os da maneira a mais util (4), com o mesmo zelo e diligencia com que cuida dos proprios bens. (5)

o menor podia annullal-os, denominavam-se em D. R. *negotia claudicantia*.

(1) Mello, L. 2, Tit. 11, § 15; B. Carneiro, L. 1, T. 26, § 223, n. 16. *Aliter* o Direito Romano.

(2) Ord. L. 4, Tit. 81, princip.; B. Carneiro, § 226, n. 37.

(3) B. Carneiro, cit. § 226, n. 41.

(4) Ord. L. 1, Tit. 88, § 22 e seg.; T. 4. T. 102, princip.; fr. 1 pr. D. de adm. et pericul. tutor. (26. 7); Mello, L. 2, T. 12, § 15.

(5) Ord. L. 4, Tit. 41, § 9: "Para poder haver emenda e satisfação do damno que recebeu por *culpa ou negligencia* de seu tutor ou curador." Fr. 1 prin. D. de tutelis et rationibus distrah. (27. 3.) Repert. das Ordd. tomo 3, pag. 517 nota (c); Mello, cit. § 15.

São no entanto mui restrictos os poderes do tutor: em regra sem autorisação do juiz não póde praticar actos que tenham por effeito transferir direitos, crear ou extinguir obrigações.

Compete-lhe, mas com dependencia de autorisação do juiz:

1. Promover o arrendamento dos bens de raiz do orphão, em praça e a quem mais der. (1)

Si por não ter apparecido lanço razoavel se não effectuar o arrendamento de taes bens, o proprio tutor é obrigado a fazel-os aproveitar sob sua administração. (2)

2. Requerer a venda, em praça, dos moveis e semoventes cuja conservação for prejudicial (3), e a dos immoveis nos casos em que ella é permittida.

Os bens immoveis dos orphãos não podem ser vendidos sinão por necessidade indeclinavel, como para pagamento de divida que é impossivel solver de outro modo (4): devem de ser vendidos os que forem

(1) Ord. L. 1, T. 88, § 23.

(2) Ord. cit. § 23.

(3) Ord. cit., § 25. A lei falla evidentemente dos moveis *corporeos*. Os moveis *incorporeos*, taes como creditos, acções nas empresas industriaes ou commerciaes, não são improductivos, nem susceptiveis de deterioração. Cfr. Mourlon, L. 1, T. 10, n. 1.172.

(4) Ord. cit., § 26. Ha casos em que a alienação é forçada, como na hypothese de desapropriação por utilidade publica, e na da Ord. L. 4, Tit. 37. § 7. 166

menos proveitosos ao orphão, em praça, com auto-risação do juiz e audiencia do tutor. (1)

3. Fazer as despesas necessarias com a conservação e melhoramento dos bens. (2)

4. Receber as quantias devidas ao orphão e pagar as que elle estiver a dever. (3)

5. Aceitar herança a beneficio de inventario. (4)

6. Propor em juizo as acções e promover todas as diligencias, que forem a bem do menor e defendel-o em todas as acções contra elle intentadas. (5)

(1) Ord. cit., § 26; B. Carneiro, L. 1, T. 26, § 239, ns. 23 e 25. A Ord. não é expressa a respeito da venda em leilão; mas si ella requer que os moveis sejam vendidos em praça, o mesmo com maioria de razão deve entender-se a respeito dos immoveis.

Por *alienar* entende-se todo o acto translativo do dominio, como doação, troca.

E' tambem em regra prohibido vender peças de ouro, ou prata, joias e cousas semelhantes. Ord. cit. § 25. Todavia o juiz póde ordenar que estas peças sejam convertidas em moeda corrente, si assim fôr mais conveniente ao orphão. Aviso n. 250 de 26 de dezembro de 1854 e de 12 de julho de 1844.

(2) B. Carneiro, L. 1, T. 26, § 226, n. 19; Linhas orph. not. 223.

(3) Mello, L. 2, T. 11, § 15; Lobão loc. cit.; B. Carneiro, cit. § 226, ns. 18, 22 e 23.

(4) A addição da herança é um quasi contracto que póde trazer e ordinariamente traz onus, ainda quando a herança é deferida sem imposição de condições. (Cfr. Mourlon cit., n. 1.190.)

A liquidação do activo e passivo importa trabalhos e despesas que talvez o restante dos bens não compense.

(5) Ord. L. 3, T. 29, § 1; tit. 41, § 8; Cod. Civil Port. art. 72; Mello, cit. § 15. No intentar acções em nome do orphão deve o tutor ter a maior prudencia, afim de não envolvel-o em causas ruinosas e de exito duvidoso, sob pena de ser responsavel pelo damno resultante. Lobão.

E' permittido ao tutor, independentemente de autorisação judicial :

a) Alienar os objectos que são destinados á venda, como o producto das colheitas; (1)

b) Receber as rendas, fóros, censos e pensões do menor e pagar as que o menor dever. (2)

São nullas as alienações que o tutor faz sem autorisação do juiz, nos casos em que esta é necessaria. (3)

A alienação, porém, reputa-se revalidada :

1. Si o menor, depois de maior, a ratifica ; (4)

2. Ou si tendo chegado á maioridade, deixa passar cinco annos sem promover-lhe a annullação em juizo. (5)

Decretada a nullidade, reivindica o menor a cousa alienada, mas só é obrigado a restituir o preço si verteu em utilidade sua. (6)

(1) Mello, L. 2, T. 11, § 15; B. Carneiro cit., § 237, n. 9.

(2) Mello, cit. § 15; B. Carneiro, § 226, n. 25.

(3) Ord. L. 1, T. 88, § 26; B. Carneiro, cit., § 239, n. 38.

(4) Const. 2. C. Si maj. fact. rat. habuerit. (2. 46); B. Carneiro, cit. § 226, n. 50.

(5) B. Carneiro. cit. § 226, n. 51.

(6) Const. 3. C. Si maj. fact. (5.74); Const. 10. 16, Cod. de prædiis et aliis rebus minor. sine decret. non alienand. (5.71); B. Carneiro cit. § 239, n. 42.

A alienação feita a titulo gratuito pelo menor ou pelo tutor, ainda intervindo decreto judicial, é nulla, e a acção para annullal-a só prescreve em trinta annos, contados do dia em que o menor se torna maior. Const. 3. C. Si maj. fact. alienat. fact. (5.74); Makeldey, § 628, *in fine*; B. Carneiro, cit. § 226, n. 52. 152

§ 154. *Actos que o tutor não pôde praticar*

E' absolutamente prohibido ao tutor, ainda com autorisação do juiz :

1. Dispor dos bens do menor por titulo gratuito; (1)
2. Tornar-se cessionario de direitos ou de creditos contra o menor; (2)
3. Adquirir, por si ou por interposta pessoa, por contracto particular ou em hasta publica, bens moveis ou de raiz, pertencentes ao orphão, sob pena de nullidade. (3)

(1) Const. 3 Cod. Si maj. fact. alienat. (5. 74); " cum autem donationes à minoribus nec cum decreto celebrari possint... " ; B. Carneiro. L. 1, T. 27, § 239, n. 43. A doação é nulla e a acção para annullal-a só prescreve em trinta annos.

(2) Novel 72 C. 5. A prohibição é absoluta : et cessiones in semetipso, aut per donationem, aut per venditionem, aut alio quolibet egerit modo : cit. Novel. O Cod. Civil Port. admitte a cessão nos casos de subrogação legal, no que aceitou a doutrina dos commentadores do Cod. Civil Francez. Vej. Mourlon, L. 1, T. 10, n. 1.203.

A cessão é nulla e importa extincção do credito contra o menor : cadat ab eis, quæ ex hoc sunt quæsita propter transgressionem nostræ legis et hæc minorem lucrari. Assim que o proprio cedente perde o direito contra o menor. Vej. Mourlon cit. n. 1.206.

(3) Ord. L. 1, T. 88, § 29. O tutor que infringe esta disposição, incorre nas penas do art. 147 do Cod. Criminal. Reg. de 2 de outubro de 1851, art. 32, § 6.

Igual prohibição se faz ao juiz e escrivão de orphãos e aos juizes de Direito. Ord. L. 1, T. 62, § 38; T. 88 § 30; T. 89, § 8; Cod. Crim. art. 146.

Os bens do menor que tivessem sido alienados enquanto o tutor exercia o seu cargo, não os pôde elle adquirir em tempo algum, de quem quer que seja, por nenhum titulo, salvo por via de successão. (1)

Mas pôde legalmente haver por qualquer titulo os que houverem sido alienados do poder do menor ao tempo em que já não era tutor. (2)

§ 155. Responsabilidade do tutor e do juiz

O tutor é responsavel pelos damnos e prejuizos causados por dolo, culpa ou negligencia na administração dos bens do menor. (3)

(1) Ord. L. 1. T. 88, § 29: "Nem poderão haver os ditos bens em tempo algum por nenhum titulo, ainda depois de não serem tutores, salvo por via de successão." Entende-se tanto da successão do menor, como das pessoas que tenham adquirido os bens.

E' questão largamente controvertida si o menor pôde instituir o tutor seu herdeiro. Antigamente era *opinião commun* que podia fazel-o. Repert. tomo. 3, pag. 734, nota (a). O Cod. Civil Port., art. 244 n. 4 prohibe ao tutor "receber doações do menor entre vivos ou *por testamento*, ou do ex-pupillo emancipado ou maior, salvo depois de ter dado conta de sua administração e de ter obtido quitação geral."

Entre nós deve ser mantida a *opinião commun*, visto como não ha lei que a exclua.

(2) Ord. cit. § 29: Porém *si venderem* alguns outros bens *depois de o tutor ou curador deixar de o ser*, os poderá haver e comprar, porque então cessa a presumpção de fraude. B. Carneiro cit., § 240, n. 5.

(3) Ord. L. 3, T. 41, § 3... Poderá o menor... haver emenda do damno que por *culpa* ou *negligencia* de seu tutor ou curador receber... L. 4, T. 102, § 5... Dará fiador abonado que por elle se obrigue." Repert. das Ords. tom. 3, pag. 517, nota c. 158

Esta responsabilidade começa de existir desde o momento em que o tutor toma a administração da tutela ou ao tempo em que devia tomal-a. (1)

Para garantir a fiel gestão da tutela, a restituição dos bens e a indemnisação de danos e perdas, tem o menor hypotheca legal sobre os immoveis do tutor. (2)

No caso de insolvabilidade do tutor e de seus fiadores, é o juiz subsidiariamente responsavel, provado que o damno causado lhe póde ser razoavelmente levado em culpa (3), como si não exigio fiança, sendo ella devida, ou a admittiu sem ser idonea, ou deixou de remover o tutor manifestamente suspeito. (4)

E' de notar, porém, que a responsabilidade é principal e directa do juiz quando resulta de dolo ou culpa tão sómente sua, como quando deixa de nomear tutor. (5)

(1) Fr. 1, § 1, D. de administrat. et pericul. tutor. (26.7): Id. . . constitutum est ut qui scit se tutorem datum, nec excusationem, si quam habet, allegat intra tempora præstituta, suo periculo cesset. B. Carneiro, L. 1, T. 27, § 241, n. 5.

(2) Lei de 24 de setembro de 1864, art. 3, § 2. Esta hypotheca é geral, comprehensiva dos immoveis presentes e futuros (§ 11 do cit. art. 3) e constitue-se pelo termo de tutela e desde sua data: art. 136, § 1 do Reg. de 26 de abril de 1865.

(3) Ord. L. 3. T. 41, § 3: . . . ou do juiz que tal tutor ou curador deu. Mello, L. 2, T. 11, § 17; B. Carneiro, cit. § 241, n. 14. Fr. 1, §§ 11 e 13. D. de magistr. conveniendis.

(4) B. Carneiro, cit. § 241, n. 14.

(5) Reg. de 2 de outubro de 1851, art. 32, § 8. Ord. L. 1, T. 88, § 3, *in fine*; 7, 16, 18, 24. Ord. L. 4. T. 102, § 18.

Ao orphão compete contra o tutor, seus fiadores e contra o juiz, para haver a indemnisação pelo mal causado, acção ordinaria, que em direito se denomina — acção de tutela. (1)

§ 156. *Destino dos dinheiros dos orphãos*

Todas as quantias pecuniarias, pertencentes aos menores — ou provenham do arrendamento e cultura dos bens de raiz, ou da venda dos moveis, ou da cobrança de dividas activas, ou da herança, legado ou doação, devem ser de prompto recolhidas ao cofre dos orphãos. (2)

(1) Doutr. das Acç. § 269 e seg.; B. Carneiro, cit. § 243, n. 2. *Actio tutela directa.*

(2) Ord. L. 1, T. 88, §§ 31 e 34; T. 62, § 31; Decis. n. 377 de 21 de outubro de 1857. A mãe, quando tutora, tambem é obrigada a recolher os dinheiros do orphão ao cofre.

Em cada municipio deve haver um cofre de orphãos, o qual deve ser guardado no logar mais seguro: Alv. de 24 de outubro de 1814, § 6. E' feito á custa dos orphãos (Ord. L. 1, T. 88, § 32) e para esse fim e para outras despezas costuma deduzir-se um oitavo por cento das quantias recolhidas: Av. n. 176 de 11 de outubro de 1854. Nessas despezas comprehende-se o custo dos livros de escripturação da receita e despeza: Av. n. 319 de 15 de julho de 1863.

O cofre tem tres chaves, das quaes são guardas o juiz, o escrivão e o depositario. Ord. L. 1 T. 88, § 39. O depositario é hoje nomeado pelo juiz de orphãos (Av. de 8 de julho de 1838) e presta fiança; nos logares onde não houver quem se preste com fiança a ser depositario, é commettida aos collectores a guarda do cofre, sem necessidade de fiança: Av. n. 233 de 13 de julho de 1857 e Circul. n. 244 de 20 de julho do mesmo anno.

O cofre não se abre sinão na presença dos tres clavicularios. Ord. L. 1, T. 88, § 39.

Entram tambem para o cofre todas as peças de ouro ou prata, jóias e pedras preciosas, com declaração especificada da qualidade, peso e valor de cada uma. (1)

O dinheiro depositado no cofre não pôde ser tirado, sinão :

1. Para as despesas necessarias com a pessoa e bens do menor ; (2)
2. Para a compra de bens de raiz, de que venha proveito ao orphão ; (3)
3. Para a compra de apolices da divida publica ; (4)
4. Para ser emprestado ao Estado mediante o juro de 5 %; (5)

(1) Ord. L. 1, T. 88, § 35. O juiz pôde, parecendo-lhe conveniente, reduzir estas peças a moeda corrente, guardadas as formalidades de direito. Aviso n. 250 de 26 de dezembro de 1854 e de 12 de julho de 1844.

(2) Ord. L. 1, T. 88, § 38.

(3) Ord. cit., § 37. Não está hoje em uso o empregar-se o dinheiro dos orphãos na compra de bens de raiz.

(4) Port. de 31 de março de 1846. Só é admissivel esta pratica quando o dinheiro de cada orphão é sufficiente para comprar integralmente uma ou mais apolices. Port. cit.

(5) Lei de 13 de novembro de 1841, art. 6, § 4 e Provis. de 12 de outubro de 1842.

O juro, que dantes era de 6 %, foi reduzido a 5 pelo art. 13 da Lei de 6 de setembro de 1854, cuja disposição começou a vigorar do 1º de julho de 1855. Ord. n. 59 de 8 de fevereiro de 1855. Acerca deste assumpto veja-se Pereira de Carvalho, *Linh. orph. oit. ediç.*, not. 314, add. 98, á pag. 167.

5. Para ser entregue ao orphão quando sahe de sob a tutella. (1)

§ 157. *Do protutor e do falso tutor*

Acontece ás vezes que alguém, que não é tutor, administra os bens do menor como si fôra tutor (*protutore*), crendo sel-o ou mesmo com sciencia de que não o é. (2)

Este tal, quando obra de boa fé, isto é, com intenção de ser util ao menor, resguardando-lhe os bens e promovendo-lhe os interesses, chama-se *protutor*. (3)

Neste caso verifica-se uma especie de gestão de negocios.

O protutor tem em geral os mesmos deveres que o verdadeiro tutor e é obrigado a prestar contas de sua gestão. (4)

Mas, attenta a natureza da tutella segundo o nosso Direito, o protutor nada mais póde fazer do que *conservar e melhorar* os bens do menor.

(1) Ord. L. 1, T. 88, § 37. O menor sahe da tutella, quando se torna maior, ou casa, ou obtem supplemento de idade.

(2) D. de eo qui pro tutore prove curatore negotia gessit. (27.5) Pro tutore autem negotia gerit qui munere tutoris fungitur. . . sive se patet tutorem, sive sciat non esse. Fr. 1, § 1. Dig. cit. B. Carneiro, L. 1. T. 27, § 232.

(3) Hein. Pandect. P. 4, § 380; B. Carneiro, cit. § 232, n. 1.

(4) Fr. 4, D. cit.; Pona, cap. 13, n. 4; B. Carneiro, cit. § 232, ns. 12 e 13.

Não lhe é licito praticar actos que o verdadeiro tutor não poderia legalmente praticar sem autorização judicial. (1)

Sem embargo do exposto, a gestão do protutor é uma anomalia, a que o juiz, logo que della tiver conhecimento, deve de pôr termo, dando tutor legal ao menor, sendo que a nomeação póde recahir no proprio protutor, si fôr pessoa idonea. (2)

Aquelle que não é tutor, mas finge-se tal para *representar* (3) o menor nos actos da vida civil, judiciaes ou extrajudiciaes, denomina-se em direito *falso tutor*. (4)

São nullos os actos por elle praticados em nome do menor (5) e a acção para annullal-os compete tanto

(1) Porque evidentemente o protutor não póde ter mais poder do que o tutor verdadeiro.

(2) E' um corollario da obrigação que tem o juiz de nomear tutor aos menores que o não tem.

(3) Vej. pag. 292, notas 1 e 2.

(4) D. quod falso tutore... (27.6). Frag. Vaticani, § 1. Falso tutor, segundo a noção que se deduz do titulo citado do Dig., é o que se finge tutor com dolo ou sem dolo, para *representar* o menor. (Makeldey, Droit Romain, § 612.)

(5) A nullidade provém da incompetencia do falso tutor e da falta de autorização judicial. Em Direito Romano, como em regra, o tutor podia representar o menor independentemente de autorização judicial; não eram nullos os actos praticados pelo falso tutor, o qual, quando obrava de má fé, ficava tão somente obrigado a indemnizar o prejuizo causado: *ut quanti ea res erit, tantam pecuniam condemnentur*, fr. 7, pr. § 1, Dig. 27.6.

Os actos que o falso tutor pratica com autorização judicial (o que póde acontecer alguma vez) são validos: *valebit per prætoris tuitionem, non ipso jure*. Fr. 5, § 1. D. cit.

ao menor como ao terceiro com quem o falso tutor contractara. (1)

§ 158. *Dos modos pelos quaes acaba a tutella*

Termina a tutella:

Em relação ao tutor e ao menor:

1. Quando o orphão se torna maior; (2)
2. Quando obtem carta de supplemento de idade; (3)
3. Quando contrahe matrimonio. (4)

Em relação ao tutor:

4. Acabado o termo dentro do qual o tutor é obrigado a servir a tutella; (5)

(1) Ao menor, si se trata de *direito pessoal*, cabe acção contra a pessoa com quem o falso tutor contractou, para desfazer o acto e contra o falso tutor pelo damno causado.

Ao terceiro compete acção contra o menor para desfazer o acto e contra o falso tutor pelo damno causado.

Si a questão versa sobre *direito real*, como o acto nullo não transfere dominio, a acção póde ser dirigida contra aquelle em cujo poder está a cousa, tomando-se por fundamento a nullidade do acto do falso tutor.

(2) Ord. L. 1, T. 88, § 27 e Res. de 31 de outubro de 1831, art. 1.

(3) Ord. L. 1, T. 88, §§ 27 e 28; L. 3, T. 9, § 3 e T. 42, § 1. O supplemento de idade só se concede aos orphãos varões maiores de vinte annos, ás orphãs maiores de dezoito. Ord. L. 3, T. 42, pr. A carta é dada pelo juiz de orphãos, precedendo justificação de siso e discreção para poderem reger os bens. Lei de 22 de setembro de 1828, art. 2, § 4 e Regul. de 15 de março de 1842, art. 5, § 2.

(4) Ord. L. 1, T. 88, §§ 27 e 28.

(5) Ord. L. 4, T. 102, §§ 9 e 10. O tutor dativo só é obrigado a servir a tutella dous annos. Quanto ao testamentario e ao legitimo, a Ord. não marca prazo.

A entrega dos bens, porém, suspende-se:

I. Si o menor casado não tem ainda dezoito annos de idade; (1)

II. Ou, si sendo menor de vinte annos, casou sem consentimento do juiz, com pessoa de qualidade e fortuna desiguaes. (2)

§ 160. *Da prestação de contas*

Os tutores, como administradores de bens alheios, são obrigados a prestar contas de sua gestão. (3)

Os testamentarios e os legitimos devem de presta-las de quatro em quatro annos; as mães e avós e os dativos de dous em dous annos (4): todos, testa-

(1) Ord. T. 1, L. 88, § 27: "ou fôr casado por sua autoridade depois de haver dezoito annos." Vej. B. Carneiro, § 226, n. 46 nota (a).

Cumprê notar que esta disposição refere-se ao orphão; sendo orphã, os bens entregam-se ao marido sem embargo de ser ella menor de dezoito annos. B. Carneiro, L. 1, T. 29, § 258, n. 5.

(2) Ord. L. 1, T. 88, § 19.

Suspende-se igualmente a entrega dos bens da orphã que se casou sem consentimento do juiz; todavia podem os ditos bens ser entregues ao marido, justificando elle capacidade para reger os bens, e obtendo em consequencia permissão do juiz. Ord. cit. § 19, *in fine*. Regim. do Des. do Paço, § 79. Lei de 22 de setembro de 1828, art. 2, § 4; Reg. de 15 de março de 1842, art. 5, § 8, e Av. de 16 de dezembro de 1852.

Esta suspensão termina, não havendo concessão do juiz, logo que a orphã completa vinte annos.

(3) Fallecendo o tutor, prestam contas os seus herdeiros, pagando o alcance pelas forças da herança. Pona, cap. 13, ns. 2 e 3; B. Carneiro, L. 1, T. 27, § 243, n. 7.

(4) Ord. L. 1, T. 62, § 37; T. 88, § 49.

mentarios, legitimos e dativos, sempre que deixarem o exercicio da tutela (1), como quando são removidos ou quando o menor se emancipa. (2)

A prestação de contas tem por fim tornar effectiva a responsabilidade dos tutores pela administração dos bens que lhes foram confiados.

Dividem-se as contas em duas partes: *receita e despeza*. (3)

Na *receita* deve-se fazer carga ao tutor de todos os bens que recebeu com os seus fructos e rendimentos (4); dos dinheiros que deixou de metter no cofre (5); do alcance das contas preteritas (6); das soldadas do orphão quando fôr caso disso (7); e das perdas e damnos causados por culpa ou negligencia. (8)

(1) Ord. cit., § 49, *in fine*.

(2) Ord. cit., § 50.

(3) O inventario é o principal elemento da *receita*.

(4) Pona, cap. 13, n. 25; B. Carneiro, cit. § 243, ns. 22 e 23.

(5) Gam., Decis. 110, n. 33; Pona, cit. cap. 13, n. 29.

(6) Guerreiro, tract. 4, L. 8, cap. 15, n. 16; Lobão, Notas a Mello, L. 2, T. 11, § 16, n. 20. O tutor paga juro do alcance que não recolheu ao cofre. Reg. de 2 de outubro de 1851, art. 32, § 8.

(7) Pona, cit. cap. 13, n. 33.

(8) Lob. cit. n. 21; B. Carneiro, cit. § 243, n. 22.

Na tomada de contas só podem ser carregados os damnos e perdas confessados pelo tutor. Si ha contestação da parte do tutor, a indemnisação só póde ser pedida por acção ordinaria, porque o summario de contas não admite questão de alta indagação. Lobão cit., n. 22.

Na *despeza* devem-lhe ser levados em conta todos os dispendios uteis e justificados (1), abonando-se-lhe em premio do trabalho da administração a vintena do rendimento liquido, a qual não póde annualmente exceder de cincoenta mil réis. (2)

Julgadas as contas por sentença, o tutor é obrigado a recolher ao cofre ou a entregar ao orphão, si está emancipado, dentro do prazo de nove dias, sob pena de prisão, o alcance em que fôr achado. (3)

(1) Lobão cit., n. 25 e seguintes; B. Carneiro, art. 243, n. 23.

As despezas uteis e provaadas são attendidas, ainda feitas sem despacho do juiz. Pona, cap. 14, n. 2; B. Carneiro, L. 1, T. 26 § 226, n. 19. Justificam-se as despezas com documentos ou testemunhas; sendo modicas, basta o juramento do tutor: B. Carneiro, cit. § 243, n. 25; Consolid. das Leis Civis, art. 302, nota (4).

Póde o tutor compensar a despeza com o que elle deve ao menor, sendo quantia certa e liquida. Lobão, Notas a Mello, L. 2, T. 12, § 16, n. 30.

(2) Ord. L. 1, T. 88, § 53. Os cincoenta mil réis não foram triplicados pelo Alv. de 16 de setembro de 1814. Cfr. o Decreto n. 561 de 18 de novembro de 1848, art. 2. Veja-se a Consolid. das Leis Civis, art. 298, nota (1).

A vintena não póde ser recebida sinão em virtude de alvarás assignados pelo juiz: Ord. cit., § 53; e é deduzida tão sómente do producto liquido da administração: assim não entram para o seu computo as soldadas, heranças, doações, legados, dinheiros tirados em loteria. Pona, cap. 14, n. ; Linh. orph. nota 309.

Si ao tutor fôr deixado premio em testamento, permite-se-lhe a opção do premio ou da vintena. Ord. L. 1, T. 88. § 53.

(3) Ord. L. 4, T. 102, § 9; Reg. de 2 de out. de 1851, art. 32, § 7. Vej. Consolid. das Leis Civis, nota 3 ao art. 305.

A respeito do processo de tomada de contas e seus recursos veja-se Lobão, Acções Summarias, § ; B. Carneiro, L. 1, T. 27 § 243; Linh. orph. cap. 23.

A sentença que julga a prestação de contas não dirime nem a acção (*actio tutelæ directæ*) que ao menor compete contra o tutor para obter a indemnisação das perdas e damnos causados (1), nem tampouco a acção (*actio tutelæ contrariæ*) que cabe ao tutor para haver do menor o que este lhe estiver a dever em razão da tutela. (2)

(1) Lobão, cit. n. 21; B. Carneiro, § 241, n. 22; Linh. orph., nota 315.

(2) B. Carneiro, cit., § 231, n. 31.

CAPITULO SEGUNDO

DA CURATELA

§ 161. *O que é curatela?*

Curatela ou *curadoria* é o cargo conferido pela autoridade publica a alguém para reger a pessoa e bens, ou tão somente os bens (1), de pessoas emancipadas que por si mesmas não o podem fazer, impossibilitadas por uma causa determinada. (2)

(1) Havia, segundo a theoria dos romanos, uma distincção radical entre tutor e curador. O tutor não só geria os negocios do impubere como completava-lhe a pessoalidade pela interposição de sua *autoridade*; o curador, dado sempre aos adultos, não tinha por missão inteirar-lhes a pessoa, de si mesma completa, mas guardar os bens e dar consentimento para os actos que praticavam seus curatellados. (Cfr. Heinecio, Pandect. P. 4, § 338; Ortolan, Inst. T. 23.)

Esta theoria não quadra bem com a instituição da tutella e curatella, como as fez o direito moderno. (Hein. cit., § 330). Basta notar: 1º, que o curador do louco tem sobre a pessoa deste o mesmo poder que o tutor sobre a pessoa do impubere; 2º, que o curador do prodigo assiste-o nos actos da vida civil, do mesmo modo que o curador do pubere ao pubere.

(2) Como é a demencia, a ausencia. Fr. 2 D. de curatorib. furios. et. (27.10): dabit... curatores qui rebus suis super esse non possunt.

Chama-se *curador* aquelle que exerce a curatela; *interdictos*, os que lhe são sujeitos. (1)

Póde a curatela abranger a pessoa e bens, como a curatela dos loucos (2); ou sómente os bens, como a dos bens de ausentes. (3)

A curatela differe da tutela nos pontos seguintes:

1. A curatela é dada aos maiores e aos que são equiparados aos maiores; a tutela aos menores; (4)

2. A curatela é sempre deferida pelo juiz; a tutela póde ser conferida em testamento ou codicillo; (5)

3. A curatella ás vezes é dada sómente aos bens; a tutella comprehende sempre o governo da pessoa e a administração dos bens. (6)

(1) *Interdictos*—aquelles a quem é prohibida a administração dos bens: cui bones interdictum est. A lei de 24 de setembro de 1864, art. 3, § 2, já usa da palavra—*interdicto*—no sentido declarado.

(2) Fr. 7 pr. D. eod. titul. (27.10): Consilio et opera curatoris tueri debet non solum patrimonium sed et corpus ac solus furiosi. Fr. 1, § 4, D. de munerib. et honorib. Vej. Pothier, tract. des person. P. I, T. 6. Sec. 5, art. 1.

(3) Ord. L. 1, T. 90 pr.; fr. 22, § 1. D. de rebus autoritar. judicis possidendis. (42.5)

(4) Ficou notado em outro logar (§ 144, nota 1): que á imitação de alguns codigos e escriptores modernos comprehendemos na expressão *tutella* não só a tutella no sentido do antigo direito como a curatella dos puberes, de modo que, segundo este systema, não ha curatella de menores. Pothier cit., sect. 4, art. 1 e sect. 5, art. 1.

(5) Ord. L. 4, T. 102 e 103; Inst. § 1 de curatorib. (1.23)

(6) Cura personalis et cura bonorum.

§ 162. *Diversas especies de curatella*

Ha diversas especies de curatella, cada uma das quaes sujeita a certas regras peculiares, supposto sejam todas dominadas de principios communs.

Póde a curatella dividir-se nas tres especies seguintes :

- 1.^a Curatella dos loucos ;
- 2.^a Curatella dos prodigos ;
- 3.^a Curatella dos bens de ausentes. (1)

(1) Ha ainda outras especies de curadores, de que não se trata neste capitulo por pertencerem a outras Divisões do Direito.

Taes são :

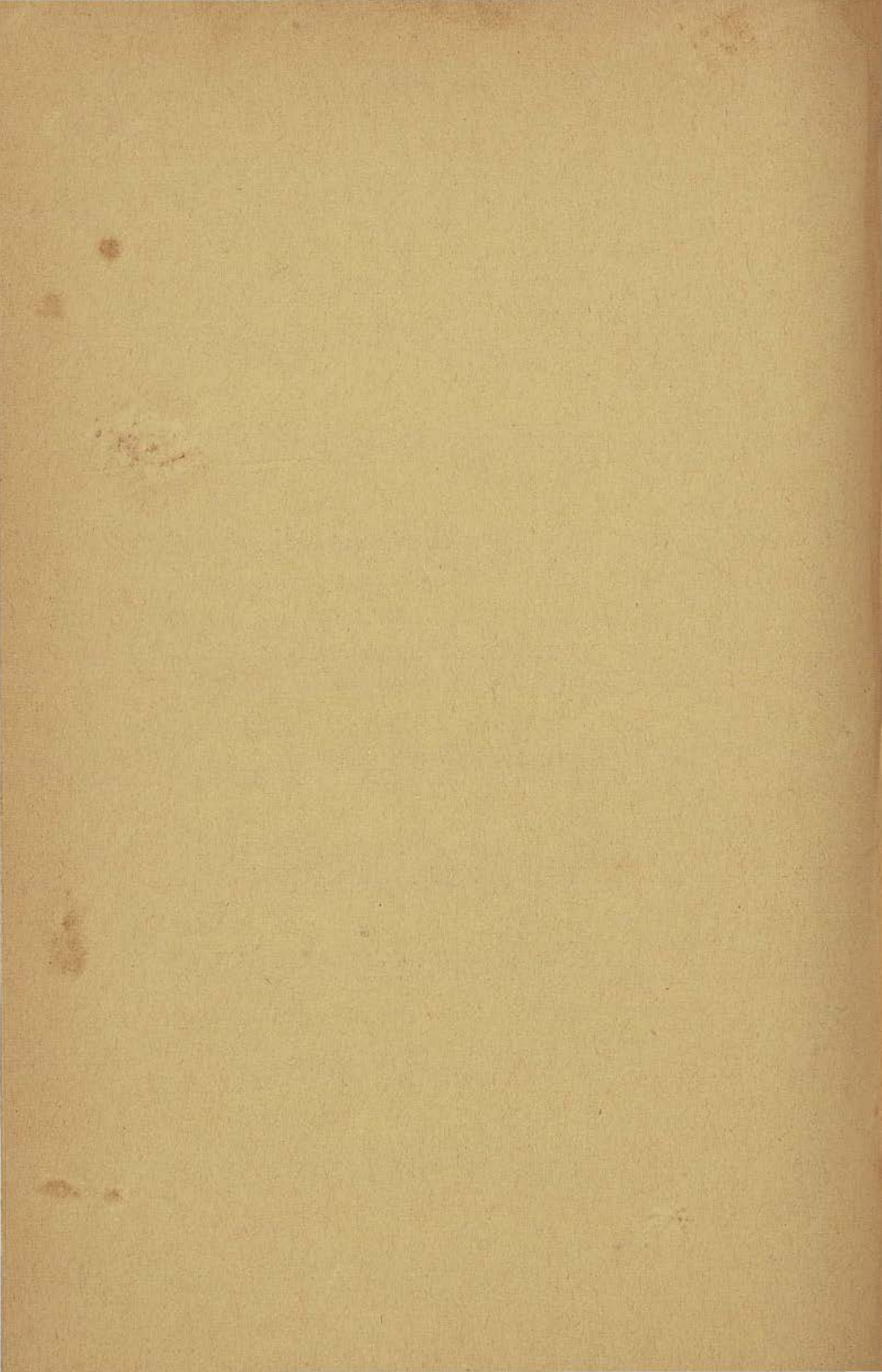
1.^o *O curador á lite* (*curator in litem*) que é o que se dá aos menores e interdictos que figuram em juizo ou como autores ou como réos. (Ord. L. 3, T. 41, § 9, Prim. Linhas. notas 94 e 111.)

2.^o *Curador geral de orphãos*, empregado do juizo de orphãos, o qual é ouvido em todos os negocios em que são interessados menores e interdictos e em que tem de intervir o juiz. (Vejam-se os Avisos n. 115 de 27 de abril de 1855; n. 13 de 15 de janeiro de 1858; n. 136 de 31 de maio de 1859; n. 547 de 21 de dezembro de 1863.)

3.^o *Curador* que se dá em juizo ao réo ausente. Pereira e Souza, nota 203.

4.^o *Curador á herança jacente*.

As tres primeiras especies pertencem ao processo e leis de organização judiciaria; a ultima á Divisão do Direito que trata da successão.



TITULO PRIMEIRO

Curatella dos loucos

§ 163. *Pessoas sujeitas a esta curatella e como ella se differe*

Não se podem eximir de receber curador todos os que, não estando sujeitos á tutella nem ao patrio-poder, todavia, ou por fraqueza de espirito (1) ou por perturbação das faculdades mentaes (2), são incapazes de reger suas pessoas e bens. (3)

Entram nesta definição: os idiotas, os surdos e mudos de nascença, os furiosos, os mentecaptos, os sandeus, os desmemoriados: emfim, os loucos de todo o genero. (4)

(1) *Imbecilidade.*

(2) *Demencia.*

(3) Ord. L. 4, T. 103 pr.; Inst. § 3 de curatorib. (1.22).

(4) A medicina legal estabelece diversas especies de alienação mental. A lei não póde nem deve entrar na questão de technologia; ella limita-se a prescrever que se dê curador aos que, ou por imbecilidade ou por terem perdido o uso da razão, não podem governar sua pessoa e bens. A' medicina compete averiguar o facto.

A Ord. emprega para denotar os que estão privados do uso de razão differentes palavras, taes como: sandeu, furioso, desasisado, desmemoriado, mentecapto, demente. (Vej. Ord. L. 4, T. 103

A curadoria é dada pelo juiz de orphãos, sobre inquirição de testemunhas e exame medico, a requerimento de parte, ou ex-officio, logo que o juiz sabe existir em sua jurisdicção algum louco. (1)

E' deferida na ordem seguinte :

1º A' mulher do demente, si é honesta e ajuizada e quer aceitar o cargo ; (2)

2º Ao pai ; (3)

3º Ao avô paterno ou materno, e, sendo ambos vivos, ao que for mais idoneo ; (4)

4º Ao filho varão, sendo idoneo e maior de vinte um annos ; (5)

5º Ao irmão, sendo idoneo, maior e tendo casa separada ; (6)

pr., §§ 1, 3, 4 e T. 81 ; Mello, L. 2, T. 12, § 7 ; B. Carneiro, L. 1, T. 30, § 259).

O surdo e mudo de nascença é equiparado ao idiota. Ord. L. 4, T. 81, § 5 ; Inst. § 4, de curatorib. ; Pothier, Tract. des person. P. 1, T. 6, Sect. 5, art. 1.

O que se torna surdo e mudo por accidente superveniente, podendo-se fazer entender, não recebe curador.

Aos rusticos, aos simples e estupidos não se dá curador, porque não lhes fallece certo discernimento das cousas humanas. B. Carneiro, cit. § 259, n. 6.

(1) Ord. L. 4, T. 103 pr. ; B. Carneiro, cit. § 261, n. 6, nota (a) ; Pereira e Souza, nota 525 ; Lobão, Notas a Mello, L. 2, T. 12, § 7, n. 5.

(2) Ord. L. 4, T. 103, § 1, *in fine*.

(3) Ord. cit. *ibidem*.

(4) Ord. cit. § 4.

(5) Ord. cit. § 5 e Res. de 31 de out. de 1831, art. 1.

(6) Ord. cit. *ibidem* e Res. cit.

6º Ao parente mais proximo, paterno ou materno ; abonado em tantos bens quantos bastem para garantir o patrimonio do demente ; (1)

7º A qualquer estranho, idoneo e abonado. (2)

A mulher, o pai e o avô não podem deixar o exercicio da curadoria emquanto durar a demencia ; os demais curadores só são obrigados a servir dous annos. (3)

São incapazes de ser curadores os que são incapazes de ser tutores. (4)

Os curadores podem em geral escusar-se nos mesmos casos em que podem fazel-o os tutores. (5)

§ 164. *Dos direitos e obrigações do curador do louco*

Compete ao curador tratar da pessoa do demente, promover-lhe a cura (6) e fornecer-lhe a elle e á sua familia, si é casado, os alimentos que houverem sido assignados pelo juiz. (7)

(1) Ord. cit. § 5.

(2) Ord. cit. ibidem.

(3) Ord. cit. §§ 2 e 8.

(4) B. Carneiro, cit. § 261, n. 18 ; Consolid. das Leis Civis, nota 3 ao art. 314.

(5) Nota precedente.

(6) Ord. L. 4, T. 103, § 1.

(7) Ord. cit. ibidem. Na taxação destes alimentos observam-se as regras relativas ao arbitramento de alimentos em geral.

No caso de haver perigo em deixar o demente livre por ameaçar fazer mal, o curador é obrigado a tel-o em guarda ou a recolhê-lo a alguma das casas para esse fim destinadas, sob pena de responder pelo damno causado, si de sua parte houve negligencia ou culpa. (1)

Ao curador incumbe representar (2) o demente em todos os actos da vida civil, ou judiciaes, ou extra-judiciaes, do mesmo modo que o tutor representa o impubere. (3)

É pelo que respeita á administração dos bens, assistem-lhe tambem, em geral, os mesmos direitos e obrigações que tem o tutor em relação aos bens do menor impubere. (4)

Presta juramento (5), recebe os bens por inventario feito pelo escrivão de orphãos (6), e dá contas de sua gestão. (7)

(1) Ord. cit. pr.; Cod. Crim. art. 12.

(2) Vej. § 144, nota.

(3) Hein. Pandect. P. 4, § 402; B. Carneiro, L. 1, T. 30, § 261, n. 21. O demente, assim como o impubere, não intervem no acto que o curador pratica em seu nome.

(4) B. Carneiro, cit. § 261, n. 19.

(5) Ord. L. 4, T. 103, § 1; Consolid. das Leis Civis, nota 4 ao art. 315.

(6) Ord. L. 1, T. 78, § 7; L. 4, T. 103, pr.; Lei de 3 de novembro de 1830, art. 4.

(7) Ord. L. 4, T. 103, § 2; B. Carneiro, cit. 261, n. 27.

A Ord. n. 124, de 20 de setembro de 1847 decla ou que devem ser remetidas para as thesourarias para vencerem os mesmos

A mulher não é obrigada a fazer inventario. (1)
 Para garantir os direitos do demente ficam-lhe legalmente hypothecados os immoveis do curador. (2)

§ 165. *Da incapacidade do demente*

A sentença de interdicção não crêa a incapacidade do demente ; — verifica e declara tão sómente um facto preexistente que lhe serve de *causa*.

Dahi provém que a incapacidade do demente não data da sentença de interdicção, mas do momento em que começa de existir a *causa*, a saber: a imbecillidade, a demencia ou furor. (3)

Assim pois, são annullaveis os actos praticados pelo demente em estado de loucura, ou sejam anteriores ou posteriores á interdicção. (4)

juros marcados para os dinheiros dos orphãos, as quantias que entram para o cofre dos orphãos pertencentes a dementes.

(1) Ord. L. 4, T. 103, § 1, *in fine*.

(2) Lei de 24 de setembro de 1864, art. 3, § 2, e Reg. de 25 de abril de 1865, art. 123.

Esta hypotheca é geral, comprehensiva dos immoveis presentes e futuros, salvo si for especialisada. Lei cit. art. 3, § 11.

(3) Ord. L. 4, T. 81, pr.; B. Carneiro, L. 1, T. 30, § 260, ns. 1 e 2 ; Consolid. das Leis Civis, nota 1 ao art. 326 ; Pothier, Tract. das obrig. n. 51 ; Mourlon, Repet. Escrit. L. 1, T. 10, n. 132.

(4) A nullidade proveniente da incapacidade do demente não é de pleno direito ; deve, pois, ser demandada por acção ordinaria.

A nullidade é radical—falta de consentimento—portanto póde ser invocada não só pelo demente e seus herdeiros, como tambem pelo terceiro que foi parte no acto.

Ha, porém, entre uns e outros uma differença:

a) Os actos posteriores podem ser annullados por isso que só foram praticados depois da sentença de interdicção, sem necessidade de outra prova. (1)

b) Os actos anteriores só se annullam provando-se que, ao tempo em que foram praticados, subsistia já a causa da incapacidade. (2)

A lei, pois cessa a razão da incapacidade, reputa validos os actos que o demente consumma em *lucido intervallo*, esteja ou não judicialmente interdicto. (3)

O lucido intervallo, como o está dizendo a propria locução, não é sinão um accidente na loucura perfeitamente caracterizada. Estabelecida, portanto, a demencia, o lucido intervallo não se presume, mas carece de ser provado. (4)

Durante o lucido intervallo, reassume o interdicto a administração de seus bens, ficando, no entretanto, suspensas as funcções do curador. (5)

(1) Salvo si se prova que foram feitos em lucido intervallo.

(2) Moulon, cit. n. 1.302.

(3) Ord. L. 4, T. 103, § 3; Pereira e Souza, not. 430; B. Carneiro, L. 1, T. 30, § 260, n. 3, II.

(4) Pheb. Decis. 78, n. 13; Gama, Decis. 100, n. ultimo; B. Carneiro, cit. § 269, n. 20. Acerca da prova do lucido intervallo vej. B. Carneiro, cit. § 260, n. 21.

(5) Ord. L. 4, T. 106, § 4; B. Carneiro, cit., § 261, n. 22.

Passado o lucido intervallo, o curador entra de novo em exercicio.

§ 166. *Do termo da curatella do louco*

A curatella do demente termina :

Em relação ao curador :

1. Findo o prazo em que é obrigado a servir ; (1)
2. Quando obtem dispensa pela superveniencia de escusa ; (2)
3. Quando é removido por negligencia ou prevaricação. (3)

Em relação ao demente : (4)

4. Quando recupera o uso da razão. (4)

Neste caso cessa a interdicção e lhe é restituida a livre administração de seus bens, como a tinha antes de perder o entendimento. (5)

Todavia é de boa cautela que a interdicção seja levantada judicialmente por sentença, dada com conhecimento de causa. (6)

(1) Ord. L. 4. T. 103, § 8.

(2) Vej. §§ 158 e 163.

(3) Vej. os cit. §§ 158 e 163.

(4) Ord. L. 4, T. 103, §§ 2 e 8.

(5) Ord. cit., § 2.

(6) Lobão, Notas a Mello, L. 2, T. 12, § 8, n. 6.

Em rigor, cessada a demencia, cessa *ipso jure* a interdicção. Si são validos os actos feitos em lucido intervallo, com mais força de razão devem sel-os que são praticados depois que a demencia já não existe; mas é facil de comprehender que, sem

a segurança que resulta da sentença que levanta a interdicção, hão de muitos arreceiar-se de entrar em negócios com uma pessoa cuja capacidade jurídica póde ser posta em duvida.

O restabelecimento do demente prova-se por uma serie de factos seguidos e constantes, que claramente revelem o estado perfeito do seu juizo. E' questão que, além de depoimento de testemunhas, exige exame medico.

TITULO SEGUNDO

Da curatella dos prodigos

§ 167. *Das pessoas sujeitas a esta especie de curatella e como ella se defere*

Prodigo se diz aquelle que consome e estraga seu patrimonio em gastos improductivos, sem um fim util. (1)

A prodigalidade accusa certo desarranjo mental no que diz respeito ao governo dos bens.

(1) Ord. L. 4, T. 103, § 6: "Alguma pessoa que como prodigo desordenadamente gasta e destrue sua fazenda." Paulo, L. III, Sentent. tit. IV, § 7: "Quando tua bona paterna avitaque, nequitia tua, disperdis, liberosque tuos ad egestatem perducis: ob eam rem tibi ea re commercioque interdicto."

Desta definição resulta que não são prodigos: 1º, os que, gastando desordenadamente as suas rendas, não tocam no capital; 2º, os que estragam os seus haveres nos jogos, porque têm em vista um ganho, embora fallivel; 3º, os que aventuram toda a sua fortuna em emprezas arriscadas, commerciaes, agricolas ou industriaes, porque fazem-o com vistas em um fim util.

Vae prevalecendo na legislação moderna a idéa de acabar com a curadoria de prodigos. O Codigo Civil Francez e outros a aboliram; o Portuguez (art. 340) a conserva, mas com a restricção de que só se póde dar curador ao prodigo casado ou que tem ascendentes ou descendentes.

Esta tendencia nasce do respeito á liberdade individual e da difficuldade de caracterisar-se com exactidão o vicio da prodigalidade.

Dahi provém o equiparar-se o prodigo ao menor pubere para dar-se-lhe curador. (1)

A interdicção por prodigalidade é decretada pelo juiz de orphãos, ex-officio, ou a requerimento de parte, precedendo conhecimento de causa, com citação do prodigo. (2)

A sentença de interdicção deve ser publicada por editaes e pregões. (3)

Feita nos ditos termos a publicação, dá o juiz curador ao prodigo. (4)

Prova-se a prodigalidade por uma serie de actos caracteristicos e constantes, que a revelem de um modo claro e firme. (5)

Esta especie de curadoria é deferida na mesma ordem em que a dos loucos. (6) (§ 163.)

Acerca das *incapacidades e escusas* de curadores de prodigos prevalecem as mesmas disposições de direito que regem a materia relativamente aos curadores de loucos. (7)

(1) Ord. L. 4, T. 103, § 6.

(2) Ord. cit. ibidem; B. Carneiro, L. 1, T. 31, § 264, ns. 5 e 6.

(3) Ord. cit. ibidem; B. Carneiro, cit. § 264, n. 6.

(4) Ord. L. 4, T. 103, § 6; B. Carneiro, cit. § 264, n. 10.

(5) Lobão, Notas a Mello, L. 2, tit. 12, § 9, n. 4.

(6) Ord. L. 4, T. 103, § 1.

(7) B. Carneiro cit., § 261, n. 18.

§ 168. *Direitos e obrigações do curador do prodigo*

Ao curador incumbe :

1º Fornecer ao prodigo e á sua familia, si é casado, os alimentos que houverem sido arbitrados pelo juiz; (1)

2º Autorisar com o seu consentimento, em juizo ou fóra d'elle, os actos do prodigo que entendem com o direito de propriedade; (2)

3º Guardar e administrar-lhe os bens, com as mesmas faculdades e obrigações que em geral competem ao tutor ácerca dos bens do menor pubere. (3)

O curador presta juramento, recebe os bens por inventario (salvo sendo a mulher), e dá contas de sua gestão. (4)

Em garantia dos bens do prodigo ficam-lhe legalmente hypothecados os immoveis do curador. (5)

(1) Ord. L. 4, T. 103, § 6, *in fine*, e § 1. Os alimentos são taxados segundo as regras de direito ácerca do assumpto.

O juiz póde mandar entregar os alimentos ao prodigo, si não houver receio de prompta dissipação. Consolid. das Leis Civis, nota 4 ao art. 325.

(2) B. Carneiro, L. I, T. 31, § 261, n. 11; Consolid. das Leis Civis, nota cit. O curador não *representa* no sentido rigoroso ao prodigo; *assiste-o*, como o tutor ao menor pubere.

(3) Ord. cit. § 6, *in fine*; B. Carneiro cit., § 261, n. 11.

(4) Ord. cit. § 6, e §§ 1 e 2.

(5) Lei de 24 de setembro de 1864, art. 3, § 2.

São applicaveis á duração da curadoria do prodigo as disposições relativas á da curatella dos loucos. (1)

§ 169. *Da incapacidade do prodigo*

A incapacidade do prodigo differe da incapacidade do demente.

1º A incapacidade do prodigo só começa a existir depois da publicação da interdicção, porque ella é antes um effeito da lei do que de causa natural. (2)

São, portanto, validos todos os actos que o prodigo pratica antes daquella data.

2º A incapacidade do prodigo é tão sómente para os actos que entendem com o direito de propriedade, porque ella tem por causa legal unica o vicio da dissipação. (3)

Donde resulta que o prodigo póde occupar cargos publicos, exercer actos de sua profissão, residir onde lhe aprouver, contrahir matrimonio, emfim dispor livremente de sua pessoa. (4)

(1) Ord. cit., § 8.

(2) Ord. L. 4, T. 103, § 6, *verb. dahi em diante*.

E' questão controvertida si são validos os actos praticados pelo prodigo entre o despacho do juiz e a publicação. Parece que sim, á vista da letra da Ord., que os declara nullos depois da publicação. Vej. B. Carneiro, L. I, T. 31, § 265, n. 7; Lobão, Notas a Mello, L. 2, T. 12, § 9, n. 6.

(3) Cfr. Consolid. das Leis Civis, not. 4 ao art. 325.

(4) Pothier. Tract. des person. P. I, T. 6, Sec. 5, art. 1. Póde advogar, ensinar, curar como medico. Não póde fazer testamento.

A nullidade resultante da incapacidade do prodigo só pôde ser demandada por elle ou por seus herdeiros. (1)

Annulado o acto, recobra o prodigo a cousa que fôra objecto delle; mas não é obrigado a restituir a que recebeu em retorno. (2)

§ 170. *Do termo da curatella do prodigo*

A curadoria do prodigo termina:

Em relação ao curador:

1º Findo o prazo legal, dentro do qual é obrigado a servir; (3)

2º Quando obtem dispensa pela superveniencia de escusa legal; (4)

3º Quando é removido por negligente ou prevaricador. (5)

Em relação ao prodigo:

4º Desde que, por uma serie de actos constantes e

Ord. L. 4, T. 81, § 4. Póde casar sem consentimento do curador, mas não celebrar pactos antenupciaes, porque entendem com o regimen da propriedade. Vej. acima § 51.

(1) B. Carneiro, L. 1, T. 31, § 265, n. 3.

(2) Ord. L. 4, T. 103, § 6.

Sustentam alguns que o prodigo deve restituir o objecto, si verteu em utilidade sua. B. Carneiro, cit. § 265, n. 4.

(3) Ord. L. 4, T. 103, § 8.

(4) Vej. § 167 acima.

(5) Vej. o cit. § 167.

significativos de moderação e temperança, elle se mostra reformado de seus habitos de dissipação. (1)

Mas, para que a curadoria se repute finda e com ella levantada a interdicção, ha mister sentença, passada em julgado, que tal declare. (2)

Prova-se a correição do prodigo pela fama publica e pelo testemunho de seus parentes, amigos e visinhos. (3)

Levantada a interdicção, entra elle na livre administração de seus bens. (4)

(1) Ord. cit., § 7.

(2) Repert. das Ordd. tom. 4, pag. 314, not. (b); Carneiro, L. 1, T. 31, § 266, n. 2; Consolid. das Leis Civis, nota 1 ao art. 328.

(3) Ord. cit., § 7.

(4) Ord. cit. ibidem.

TÍTULO TERCEIRO

Da curatella dos bens de ausentes

§ 171. *Especies da curatella dos bens de ausentes*

Ha duas especies de curadoria de bens de ausentes, sujeita cada uma a regras particulares :

Curadoria simples ou dativa : que é a que é deferida logo que, verificada a ausencia d'algum com certos requisitos legais, os bens que lhe pertencem, por terem ficado ao desamparo, são declarados—*bens de ausentes*. (1)

Curadoria ou successão provisoria : que é a que é dada aos parentes mais proximos do ausente, na qualidade de herdeiros *presumidos*, quando por ter passado o prazo marcado na lei, o ausente se *presume* morto. (2)

(1) Ord. L. 1, T. 90, pr.; Reg. n. 2.433 de 15 de junho de 1859, art. 21.

Lobão, Notas a Mello, L. 2, T. 12, § 12, n. 6, dá, aos que são investidos desta curadoria, a denominação de curadores *simples ou dativo*.

O Cod. Civil Port. a esta especie de curadoria chama—*curadoria provisoria*. (Veja-se P. I. liv. unic. T. 8, cap. 1.)

(2) Ord. L. 1, T. 62, § 38; Reg. n. 160 de 9 de maio de 1842, art. 12; Reg. cit. de 15 de junho de 1859, art. 22.

Lobão, loc. cit. n. 5 e seguintes.

§ 172. *A. Curadoria simples ou dativa dos bens de ausentes*

I. *O que são bens de ausentes?*

São qualificados *bens de ausentes* para os diversos efeitos legais “os bens que se acham ao desamparo por estarem ausentes as pessoas a quem pertencem, não se sabendo dellas si são vivas ou mortas.” (1)

Para que, portanto, os bens entrem na definição de *bens de ausentes* é mister:

1º Que a pessoa a quem pertençam se ache ausente do lugar onde os bens estão; (2)

2º Que esteja ausente em lugar incerto, ignorando-se si é viva, si morta; (3)

Na linguagem do Cod. Civil Port. esta especie denomina-se curadoria definitiva. (Cod. Civil Port., loc. cit. cap. 2.)

(1) Ord. L. 1 T. 90, pr.; T. 62, § 38; Reg. n. 160 de 9 de maio de 1482, art. 1, § 2; Reg. de 15 de junho de 1859.

Ausente, em sentido generico, se diz aquelle que está fóra do seu *domicilio*, ou fóra do termo, comarca ou provincia do seu domicilio, ou fóra do Imperio.

A ausencia póde ser em lugar proximo ou remoto, certo ou incerto. Os efeitos da ausencia variam, segundo suas qualificações.

(2) A ausencia póde ser do domicilio ou do lugar onde estão os bens. Embora o individuo tenha domicilio e esteja nelle, todavia si tem bens em outro lugar onde não está presente e ahí é ignorado o seu domicilio, taes bens, achando-se ao desamparo, reputam-se de ausentes e devem de ser arrecadados.

(3) Ord. L. 1, T. 90 prin.: “absentes sem se poder saber si mortos, si vivos. T. 62, § 38: ausente e fóra da terra e se não sabe delle parte.”

3º Que os bens tenham ficado desamparados por não ter o ausente, no logar, mulher, ou pai sob cujo poder estivesse, ou pessoa encarregada de guardal-os. (1)

São também considerados bens de ausentes :

a) As heranças em que succedem herdeiros ausentes, certos e determinados, isto é: herdeiros ausentes — descendentes, ascendentes ou collateraes dentro do 2º gráo por direito canonico notoriamente conhecidos, ou herdeiros nomeadamente instituidos em testamento; (2)

(1) Ord. cit. T. 90 pr.: “e seus bens estão desamparados por não haver quem delles tenha carrego.”

(2) Reg. de 27 de junho de 1845, art. 1, §§ 1, 2 e 3, art. 2; Reg. de 15 de junho de 1859, art. 3, §§ 1, 3 e 4.

A herança se reputa bem de ausente, desde que ha herdeiro ausente, certo e *determinado*, embora delle noticia não haja.

No estado actual da legislação, herdeiro *certo e determinado* é aquelle que póde entrar na posse da herança sem dependencia de habilitação. (Reg. de 15 de junho de 1859, arts. 3 e 4).

Si o herdeiro *certo e determinado* tem procurador na terra, nem por isso a herança deixa de ser arrecadada, salvo estando presente quem, segundo direito, deve ficar em posse e cabeça de casal, porque o procurador não póde ser inventariante. (Manual do Procur. dos feitos, § 328, n. 6.)

Mas no caso alludido serve o curador de inventariante e dá partilhas (art. 79, § 2 do cit. Reg. de 15 de junho), devendo o procurador receber o que couber ao herdeiro. Emquanto, porém, se faz o inventario e partilhas, os bens se conservam em poder do curador, e são tidos como de ausentes até que sejam entregues ao procurador.

Quando a herança não se arrecadou porque está na posse de quem legalmente é inventariante, a parte do herdeiro ausente entrega-se ao procurador presente. E' o caso do art. 1, § 3, do

b) Os quinhões pertencentes a herdeiros ausentes que não tenham no lugar procuradores legalmente autorisados para receberem o que lhes couber, quando a herança não é arrecadada por estar em posse de quem é, segundo a lei, inventariante. (1)

Reg. de 27 de junho de 1845 e do art. 3, § 4 do Reg. de 15 de junho de 1859.

(1) Reg. de 27 de junho de 1845, art. 2; Reg. de 15 de junho de 1859, art. 3, § 4 e art. 9.

Da doutrina exposta resulta claramente a diferença entre *bens de ausentes* e herança jacente.

A herança é bem de ausente, quando o herdeiro ausente é *certo e determinado*, isto é, herdeiro que póde entrar na posse da herança independentemente de habilitação.

A herança é jacente quando não ha herdeiro *certo e determinado*, ou se não sabe da existencia delle, ou quando é repudiada.

Esta distincção tem effeitos importantes, porque a herança, si é de ausentes, fica sujeita a um procedimento diverso. Assim que da curadoria simples, que não termina como a da herança jacente dentro de um anno, passa para a curadoria provisoria.

A nossa antiga legislação só reputava a herança jacente (para o effeito de ser ella arrecadada e o seu producto recolhido ao Erario), quando não era *addida*, "ou por falta de herdeiros ou por ignorar-se quem elle seja." Alv. de 28 de janeiro de 1788, § 7. Vej. a Ord. L. 1, T. 90, § 1; Lei de 4 de dezembro de 1775, e Alv. de 26 de janeiro de 1801.

Os Regulamentos promulgados entre nós pelo poder executivo ácerca desta materia não são tão claros como fôra para desejar; todavia nelles nada ha que contrarie a verdadeira doutrina.

A doutrina é esta: a herança é bem de ausentes quando ha herdeiro ausente, *certo e determinado*.

Quem é herdeiro certo e determinado — definem os Regs. acima citados, e nesta parte restringiram a antiga legislação. Vej. o Ass. de 16 de fevereiro de 1786.

§ 173 — II — *Da arrecadação dos bens de ausentes*

Incumbe ao poder publico providenciar para que os bens de ausentes não fiquem ao desamparo, sujeitos a deteriorações e extravios.

Na guarda e conservação destes bens cumpre o Estado uma dupla missão: defende os direitos do ausente, a quem deve protecção, e resguarda o proprio interesse, attenta a possibilidade de lhe virem taes bens a pertencer. (1)

E' esse o fundamento donde derivam as disposições de lei em virtude das quaes devem os bens de ausentes ser arrecadados, inventariados e entregues á administração de um curador. (2)

Permanecem elles em poder do curador até que: ou appareça o ausente ou seus herdeiros; (3) ou até que seja o producto de taes bens recolhido aos cofres publicos, quando, provada ou presumida a morte do ausente por ter passado o prazo marcado

(1) Av. n. 84 de 28 de julho de 1845: "Regulamentos... cujo fim é *segurar a herança dos ausentes e os direitos da fazenda publica*; nunca, porém, prejudicar o direito do herdeiro presente."

Todavia nos Regul. alludidos os direitos dos ausentes foram sacrificados aos interesses do fisco.

(2) Reg. de 9 de maio de 1842, arts. 2, 11 e 12; Reg. de 15 de junho de 1859, arts. 2, 20, 21 e 22.

(3) Ord. L. 1, T. 62, § 38; Reg. de 9 de maio de 1842, art. 2; Reg. de 15 de junho de 1859, art. 2.

na lei (1), não comparecem nem o ausente nem seus herdeiros. (2)

E' competente, para todòs os actos que entendem com o procedimento judiciario relativo aos bens de ausentes, o juiz de orphãos do domicilio do ausente, ou o do logar onde estão os bens quando é ignorado o domicilio. (3)

§ 174—III—*Do curador dos bens de ausentes*

Ao juiz de orphãos, logo que tiver conhecimento da existencia de bens de ausentes dentro de sua jurisdicção, cumpre dar-lhes curador. (4)

O curador, antes de entrar em exercicio, é obrigado a prestar fiança idonea, salvo sendo os bens de pouca importancia e não havendo quem queira encarregar-se de sua guarda e administração com esse onus. (5)

(1) Vej. § 176.

(2) Reg. de 15 de junho de 1859, art. 57. Os dinheiros de ausentes, recolhidos aos cofres publicos, passados trinta annos, prescrevem a bem do Estado. Lei de 17 de setembro de 1851, art. 32. Antes de prescrever, podem ser demandados pelo ausente ou por seus herdeiros.

(3) Lei de 22 de setembro de 1828, art. 2, §§ 4 e 5; Lei de 3 de novembro de 1830; Disp. Provis. art. 20; Reg. de 15 de março de 1842, art. 5 § 7 e Reg. de 15 de junho de 1859, art. 20.

(4) Reg. de 15 de junho de 1859, arts. 20, 21 e 22.

A respeito da noticia que os delegados e subdelegados devem dar ao juiz de orphãos das pessoas que tiverem fallecido em seu districto com ou sem testamento e das que se houverem ausentado, veja-se o art. 23 do cit. Reg.

(5) Cit. Reg. de 15 de junho de 1859, art. 20, 3ª parte.

Para curador prefere-se o parente mais proximo do ausente ou do defunto; (1)

Compete ao curador:

1º Promover com diligencia a arrecadação dos bens do ausente, guardal-os e administral-os; (2)

2º Representar o ausente em juizo ou fóra delle, demandando e sendo demandado pelo que lhe disser respeito; (3)

3º Fazer aproveitar e cultivar os bens de raiz, sob sua immediata administração ou por arrendamento. Taes bens só podem ser vendidos quando de qualquer demora seguir-se ruina do predio, ou fôr indispensavel o seu valor para pagamento de dividas legalmente provadas (4). A venda deve ser feita em hasta publica;

4º Solicitar a venda dos moveis e semoventes cuja conservação fôr prejudicial, e a das acções de companhias, não havendo dinheiro para continuar a fazer as entradas, ou ameaçando ellas baixar de preço; (5)

5º Cuidar da cobrança das dividas activas; (6)

6º Dar partilha aos herdeiros dos bens do ausente,

(1) Cit. Reg., art. 80.

(2) Cit. Reg. art. 79, § 1.

(3) Cit. Reg. ibidem.

(4) Ord. L. 1, T. 90, pr.; cit. Reg. arts. 43 e 79 §§ 4 e 57.

(5) Cit. Reg. aris. 38, 40 e 79 § 4.

(6) Cit. Reg. art. 79 § 3.

quando se apresentarem por si ou por seus procuradores, si não preferirem fazel-a amigavelmente; (1)

7º Dar cumprimento ao testamento do defunto, prestando contas no juizo competente ; (2)

8º Fazer entrega nos cofres publicos da prata, ouro, joias, das apolices da divida publica, do dinheiro arrecadado e do producto das vendas e arrematações; (3)

9º Prestar contas da sua gestão quando terminar a curadoria ; (4)

O curador é responsavel pelos damnos causados por culpa ou negligencia, além de incorrer na pena de remoção. (5)

No caso de não ter havido arrecadação por estar a herança na posse de quem legalmente pôde ser inventariante, e constando da existencia de algum herdeiro ausente, deve o juiz nomear curador que

(1) Cit. Reg. art. 79 § 2. Procede isto quando ha arrecadação por não estar presente quem deve ser inventariante: o herdeiro pôde receber a sua parte por procurador.

O herdeiro, si é certo e determinado (§ 172, nota 3, pag. 355), não carece de habilitação, mas pôde ser obrigado a justificar a identidade de pessoa.

(2) Cit. Reg. art. 79 § 5. Occorre isto quando nem o testamenteiro nem o herdeiro instituido estão presentes, ou quando a testamentaria ou herança não é aceita. O curador não tem direito á vintena, porque tem porcentagem.

(3) Cit. Reg. art. 79 § 6. No principio de cada mez o curador deve fazer entrega do dinheiro arrecadado no mez anterior, art. 44.

(4) Ord. L. 1., Tit. 90.

(5) Cit. Reg. art. 81. Na falta do curador responde o fiador.

assista ao inventario e partilhas e arrecade e administre os bens, enquanto os herdeiros não entram na posse delles. (1)

§ 175 — IV — *Termo da curadoria simples*

A curadoria simples termina:

- 1º Pelo comparecimento do ausente ou de procurador ou de pessoa que legalmente o represente; (2)
- 2º Pela certeza da morte do ausente; (3)
- 3º Pela installação da curadoria ou successão provisoria. (4)

§ 176 B — *Da curadoria ou successão provisoria*

1. *Quando se defere a curadoria provisoria.*

A curadoria ou successão provisoria é deferida nos casos seguintes :

- 1º Quando, tendo o ausente deixado procurador

(1) Reg. de 27 de junho de 1845, art. 2; Reg. de 15 de junho de 1859, art. 9.

(2) Reg. de 9 de maio de 1842, art. 2; Reg. de 15 de junho de 1859, art. 2.

(3) Nesta hypothese entram os herdeiros do ausente na posse da herança; não havendo herdeiros, o producto dos bens é recolhido aos cofres publicos. Cit. Reg. de 15 de junho de 1859, art. 57.

(4) Ord. L. 1., T. 62, § 38. Reg. de 15 de junho de 1859, art. 47.

na terra, são passados dez annos depois das ultimas noticias d'elle havidas ; (1)

2º Quando, não tendo deixado procurador, são passados quatro annos depois das ultimas noticias ; (2)

3º Quando, tendo-se embarcado, não ha noticia depois de dous annos nas viagens mais dilatadas, nem da chegada do navio ao porto de seu destino ou a outro qualquer, nem do proprio ausente ; (3)

Em qualquer destas hypotheses o ausente se presume morto, é como tal havido e abre-se-lhe a successão, deferindo-se a herança provisoriamente aos herdeiros instituidos em testamento, ou, não havendo testamento, aos que de direito lhe devem succeder (4)

§ 177—2—*Como se defere a curadoria provisoria*

Esta curadoria, por isso que não é sinão uma suc-

(1) Reg. de 15 de Junho de 1859, art. 47 § 1.

(2) Cit. Reg. ibidem. O juiz deve ter muito em vista os motivos da ausencia e as causas que obstem a falta de noticia : art. 47, § 1.

(3) Cit. Regulamento ibidem: Lei de 15 de novembro de 1827. Si a viagem não é das mais dilatadas, póde deferir-se a curadoria provisoria antes de passados os dous annos ? Parece que sim, havendo justo fundamento para julgar-se a embarcação perdida.

(4) Ord. L. 1, T. 62 § 38; Regim. do Dezemb. do Paço, § 50; lei de 15 de novembro de 1827, e Reg. de 15 de junho de 1859. art. 47. Lobão, Notas a Mello. L. 2., T. 12, § 12, n. 13 e seguintes; Coelho da Rocha.

cessão provisoria, deve de ser deferida aos herdeiros instituidos em testamento, ou, em falta de testamento, aos parentes, a quem, segundo o direito de successão, compete herdar do ausente, quer esses parentes sejam maiores ou menores, quer varões ou mulheres. (1)

O direito á successão é regulado pela proximidade do parentesco, não ao tempo em que se realizou a ausencia, mas ao tempo em que se completou o prazo da lei para a presumpção da morte. (2) Provaso, porém, o tempo em que realmente falleceu o ausente, como a presumpção cede á verdade, deve a successão neste caso ser determinada pela época do fallecimento. (3)

O parente ou parentes a quem de direito pertence a successão do ausente, devem habilitar-se como taes perante o juiz de orphãos (4) que decretou a arrecadação dos bens, salvo si são daquelles, que inde-

(1) Ord. L. 1, T. 62 § 38; Regim. do Dezemb. do Paço, § 50; Lobão, Notas a Mello L. 2, T. 12, § 12, n. 13 e seg.; B. Carneiro, L. 1, T. 32, § 282, n. 2; Reg. Dig. Port. P. 11, art. 758.

(2) Guerreiro, Trat. 4, L. 4, cap. 12, n. 21; B. Carneiro. cit. § 282 n. 9; Coelho da Rocha § 396. O Cod. Civil Franc. chama á curadoria provisoria os parentes que deviam succeder ao ausente ao tempo do desaparecimento ou das ultimas noticias (art. 120). Esta disposição é inaceitavel perante o nosso direito, segundo o qual a presumpção de morte resulta *de se haver completado o prazo da lei sem que durante ella houvesse noticia do ausente.*

(3) B. Carneiro, cit. § 282, n. 10.

(4) Reg. de 9 de maio de 1842, art. 32; Reg. de 15 de junho de 1859, art. 47 § 2.

pendentemente de habilitação podem entrar na posse da herança. (1)

Corre a habilitação contra o curador dos bens (2); devem de ser citados por editaes com prazo de um anno o proprio ausente e quaesquer interessados (3); são ouvidos os agentes do fisco. (4)

Nos artigos de habilitação deve o pretendente declarar:

1º O nome, morada e profissão do ausente; os nomes do pai e mãe e quantos filhos e netos lhe ficaram;

2º Quaes os parentes mais chegados e onde são residentes;

(1) Ascendentes, descendentes ou collateraes dentro do 2º grau notoriamente conhecidos.

Poderão receber a curadoria provisoria sem dependencia de habilitação parentes que, não entrando em nenhuma daquellas especies, têm todavia direito incontestavel, *certo e indubitavel* á herança nos termos do Assento de 16 de fevereiro de 1786?

Parece-me que não, porque, si não ha descendentes, ascendentes ou collateraes dentro do 2º grau notoriamente conhecidos, os bens do ausente tornam-se na hypothese figurada herança jacente.

(2) Perdigão Malheiro, Manual, § 384 e nota 636; Reg. de 15 de junho de 1859, art. 47 § 3.

A acção corre contra o procurador do ausente quando este deixou procurador que está em posse dos bens e são passados dez annos depois das ultimas noticias.

(3) Cit. Reg. de 15 de junho de 1859, art. 47 § 3. Os editaes são affixados nos logares do estylo e publicados nas folhas da capital da provincia,

(4) Cit. Reg. de 15 de junho de 1859, art. 47 § 2 e art. 36.

3º Como, por não haver parente mais próximo, lhe compete a successão ;

4º Quaes os bens do ausente, com especificação de seus valores ;

5º Que é passado o prazo da lei (dez, quatro ou dous annos, segundo a hypothese) sem se saber noticia do ausente, que se presume morto. (1)

Julgada procedente a habilitação, são os bens, por ordem do juiz, entregues ao herdeiro ou herdeiros habilitados, prestando elles um só fiador abonado, residente no lugar e que nelle possua bens de raiz. (2)

O fiador deve de obrigar-se por escriptura publica a responder pela restituição dos bens como depositario e principal pagador. (3)

Da entrega dos bens lavra-se termo assignado

(1) Ord. L. 1. T. 62 § 38.

(2) Cit. Ord. ibidem. Sendo muitos os herdeiros, repartem-se entre elles os bens, conforme as partes que lhes competem ; mas todos dão um só fiador. Serve de inventariante o curador ; os herdeiros podem fazer a partilha amigavelmente, caso em que lhes são entregues englobadamente os bens. Perdigão Malheiro, nota 636 ; Reg. de 15 de junho de 1859, art. 79 § 2.

Da sentença a favor do habilitando, excedendo a causa o valor de 2:000\$, ha appellação *ex-officio* para a Relação : arts. 46 e 48 do cit. Reg. de 15 de junho de 1859.

(3) Cit. Ord. L. 1, T. 62 § 38. Si o fiador é casado, ha mister outhorga da mulher.

Si o herdeiro não presta fiança, ou a fiança prestada falle ? Vej. Lobão, Notas a Mello, L. 2, T. 12, § 12 n. 19.

pelo juiz e herdeiros e nelle se especificam os bens com declaração de seus valores e rendimentos. (1)

§ 178—3—*Direitos e obrigações do curador provisório*

O curador provisório assume antecipadamente a posição de herdeiro. Nesta qualidade exercita todos os direitos e toma todas as obrigações, que pertenciam ao ausente até o dia em que este é reputado morto. (2)

Assim que: não é obrigado a dar contas, salvo ao ausente, si apparece, ou a parente mais próximo que venha excluí-lo. (3)

Todavia, como seus direitos pendem de condição resolutiva (4), não póde dispor dos bens immoveis, (5)

Por morte do curador passam os bens a seus herdeiros com o mesmo caracter de successão provisoria e com os mesmos onus. (6)

(1) Ord. L. 1, T. 62, § 38. A justificação e a escriptura de fiança, tendo havido inventario, se lhe junta e neste lavra-se o termo de entrega. B. Carneiro, cit. § 282 n. 2.

(2) Lobão, Notas a Mello, L. 2, T. 12, § ns. 10 e 11; Rocha § 397; Cod. Civil Port. arts. 71 e 72.

(3) Lobão, cit. n. 11.

(4) O apparecimento do ausente, ou de herdeiro mais próximo.

(5) Rocha § 397; Cod. Civil Port., art. 76. O citado Cod. permite a venda, quando d'outro modo se não póde salvar qualquer divida do ausente, ou evitar a ruina d'alguma propriedade, ou custear as bemfeitorias; deve, porém, preceder licença do juiz competente.

(6) Lobão, loc. cit. n. 12; B. Carneiro, L. 1, T. 33, § 282 n. 16.

Si apparece o ausente, o curador provisório é obrigado a restituir-lhe todos os bens que recebeu, o valor dos que houverem sido alienados ou aquelles em que foram subrogados, com todos os fructos e rendimentos percebidos. (1)

Não se lhe póde, porém, recusar direito a uma justa retribuição pelo trabalho de administrar e guardar os bens do ausente. (2)

§ 179—4—*Do termo da curadoria provisoria*

A curadoria provisoria termina :

- 1º Pelo apparecimento do ausente; (3)
- 2º Quando ha certeza de sua morte; (4)

(1) Ord. L. 1, T. 62 § 38; Reg. de 15 de junho de 1859, art. 2. Da citada Ord.: “declarando no termo da entrega a fazenda que é e o que val e rende” se tem deduzido que o curador provisório é obrigado a restituir todos os rendimentos. Guerreiro, Tract. 4, L. 1, cap. 2; Dig. Port. P. II, art. 760 nota (a). O Cod. Civil Franc. (art. 127) e o Portuguez (arts. 80 e 81) dão direito ao curador para reter todo o rendimento liquido ou parte d'elle, segundo a duração da curadoria.

(2) Não ha lei expressa, mas pelo principio que ninguem é obrigado a prestar a outrem serviço gratuito. Não chegando as partes a accordo sobre o quanto da retribuição, deverá ella ser taxada a juizo de arbitadores.

(3) Ord. L. 1, T. 62, § 38; Reg. de 15 de junho de 1859, art. 2.

(4) Ord. e Reg. cit. Lobão, Notas a Mello, L. 2, T. 12 § 12 n. 11; B. Carneiro, § 282 n. 1.

3º Quando, por ter completado setenta annos, se presume definitivamente morto. (1)

Verificada qualquer destas duas ultimas hypotheses (ns. 2 e 3), o curador provisorio é tido como herdeiro definitivo; e, pois, alliviado da caução, dispõe livremente dos bens como seus. (2)

Todavia, como a presumpção cede á verdade, a qualquer tempo que appareça o ausente, devem lhe ser entregues os bens. (3)

Si a curadoria provisoria cessa pela certeza da morte do ausente e a este tempo os herdeiros que lhe devem succeder são diversos dos que tinham obtido a curadoria, a esses taes e não a estes deve ser deferida a herança. (4)

Mas si a curadoria termina por ter o ausente feito setenta annos, a transmissibilidade da herança regu-

(1) Lobão, Dissert. 2 da collecç. § 21 e seg.; B. Carneiro, cit. § 282 n. 9; Digest. Port. P. II, art. 761; Rocha § 398; Cod. da Prussia, P. II, Tit. 18, art. 830.

Esta é a opinião por commum e geral consenso acceita em nosso foro.

O Sr. Dr. Perdigão Malheiro, no seu excellento *Manual do procurador dos feitos* (nota 695) suggere o alvitre de tomar-se o termo de trinta annos para a extincção da curadoria provisoria, devendo-se, passado o dito prazo, reputar-se o ausente definitivamente morto, já por ser este o termo da prescripção geral (Ord. L. 4, T. 79), já por ser o da prescripção dos dinheiros de ausentes em favor do Estado. (Lei de 17 de setembro de 1851, art. 32).

(2) Dig. Port. P. II, arts. 761 e 762; Rocha, § 398.

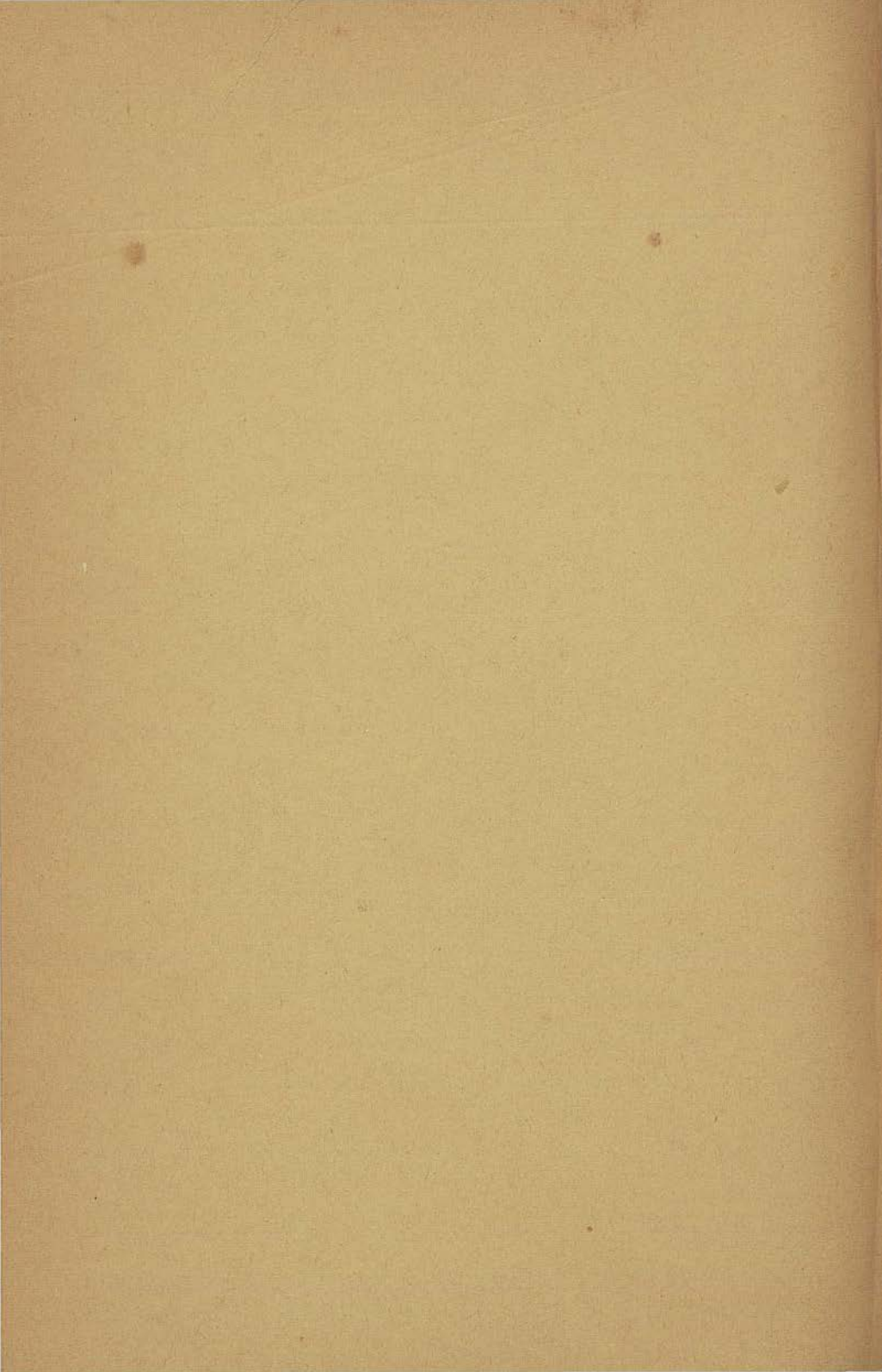
(3) B. Carneiro, cit. § 282 n. 10; Linh. orph. not.; Perdigão Malheiro, Manual, nota 695,

(4) B. Carneiro, cit. § 282 n. 10; Lobão, Dissert. cit. §§ 28 e 29.

la-se pelo tempo em que se completou o prazo da lei para decretar-se a curadoria provisoria (1), e não pelo tempo em que o ausente faz setenta annos. (2)

(1) De dez, quatro ou dous annos, segundo a hypothese. Reg. de 15 de junho de 1859, art. 47 § 1.

(2) B. Carneiro, cit. § 282 n. 9; Rocha § 398, nota. Lobão sustenta a opinião que a transmissibilidade da herança deve ser fixada ao tempo em que o ausente completa setenta annos, Dissert. cit. §§ 12 e 40. Não nos parece fundado o parecer de Lobão. " . . . Si o ausente não apparece depois, nem ha noticias certas delle, a presumpção da morte, estabelecida pela primeira sentença que deferiu a curadoria, converte-se em certeza em favor dos parentes que a obtiveram e que transmitiram a seus herdeiros o direito que della resultava. Nada mais resta depois sinão declarar que acabou a curadoria provisoria e que os curadores ou seus herdeiros ficam senhores dos bens." Rocha nota § 398. 182



NOTAS

D. F. 22

193

NOTA I

—
(§ 9)

A nossa legislação ácerca dos casamentos, modelada pelas formulas estreitas e acanhadas de idéas retrogradas e incompatíveis com a civilização moderna, carece de reformas que francamente a ponham em harmonia com os principios de justiça e com as necessidades do tempo.

A lei de 11 de setembro de 1861 foi um ensaio tímido e contradictorio.

Teve essa lei por fim dar sanção civil aos casamentos entre membros das religiões dissidentes: fez, é verdade, uma concessão, mas impoz uma *clausula tyrannica*: — exigio — que os ditos casamentos só fossem recebidos como validos quando celebrados conforme os *usos e prescripções* das religiões dos contrahentes.

Que horror ao casamento civil!

Era impossivel forçar os contrahentes não catholicos a se casarem segundo a fórmula estabelecida pela igreja catholica. Pois bem! obrigaram-os a se casarem segundo os ritos e prescripções de suas religiões!

Quebrantar a liberdade de consciencia em nome da religião que professam os autores da violencia, era usança antiga; mas violentar a consciencia em nome de uma religião que declaram falsa, é um requinte de superstição, que desconhecera os seculos mais barbaros.

A citada lei, além de *tyrannica*, é defectiva:

1.º Deixou o casamento mixto sob a lei canonica. As cautelas que a lei canonica exige para permittir o casamento entre catho-

licos e acatholicos importam o sacrificio de direitos muito preciosos e sublevam escrupulos respeitaveis nas consciencias delicadas.

2.^o Exige requisitos para a celebração do casamento, difficeis de preencherem-se no Imperio. O casamento não póde ser celebrado sinão por pastores ou ministros, revestidos de certas qualificações. Onde, pois, não reside ministro ou pastor, e é o que acontece na generalidade dos logares, torna-se completamente inutil a concessão da lei, como o vai demonstrando a experiencia de todos os dias.

O melhoramento trazido pela citada lei de 11 de setembro de 1861 reduz-se, pois, a proporções bem mesquinhas.

E por isso continúa energica a instancia por uma nova lei.

Os escrupulos dos catholicos e os direitos e a liberdade de consciencia dos membros das seitas dissidentes seriam perfeitamente respeitados em uma lei que tomasse por base de seu plano de reforma estas duas idéas capitaes, a saber :

1.^a Que os casamentos entre catholicos continuem a ser celebrados pela fórma estabelecida na igreja catholica ;

2.^a Que os casamentos entre as pessoas não catholicas e o mixto (entre parte catholica e acatholica) sejam celebrados por escriptura publica, como meros contractos civis.

Casamento catholico para os catholicos; casamento civil para os acatholicos: eis em substancia o systema da lei portugueza consagrado no Codigo Civil.

“ Os catholicos celebrarão os casamentos pela fórma estabelecida na igreja catholica. Os que não professarem a religião catholica celebrarão o casamento perante o official do registro civil, com as condições e pela fórma estabelecida na lei civil.” Codigo Civil Portuguez, art. 1.057.

Por que não imitaremos nós o exemplo que nos é dado por uma nação que em todos os tempos se tem distinguido pela sua inabalavel fidelidade ao catholicismo ?

Na França, na Prussia, Austria, Suissa, Paizes-Baixos, e nos Estados-Unidos o casamento civil é hoje uma instituição aceita.

A propria Curia Romana, tão habil em conciliar os direitos eternos da religião com os interesses mundanos, tem dado ácerca deste assumpto, documentos de uma tolerancia esclarecida e intelligente.

Benedicto XIV, acerrimo defensor da fé, um dos mais illustres successores de S. Pedro, declarou *sufficiente* perante a igreja a pratica usada nos Paizes Baixos — de só sujeitarem ás formalidades civis o casamento entre catholicos e acatholicos. (C. Matrimonia, anno 1741.)

Uma semelhante decisão foi tomada para as dioceses do oeste da Prussia por Pio VIII. (Const. *Litteris altero*, an. 1830.) 85

NOTA II

(§ 39)

As apolices da divida publica não entram na classe dos immoveis.

E' certo que a legislação portugueza (Alvarás de 3 de janeiro de 1775, § 5; de 13 de março de 1797, §§ 5 e 7; de 23 de janeiro e de 7 de março de 1801, § 4) equiparava as antigas apolices e os *padrões de juro* aos bens de raiz.

Esta legislação, porém, não póde ser applicada ás nossas apolices, taes como as creou a lei de 15 de novembro de 1827.

As apolices da divida publica não são por sua natureza *immoveis*; só a lei póde adjectivar-lhes esse *character ficticio*. Mas a citada lei de 15 de novembro, que as creou e definiu, não lhes attribuiu semelhante qualificação; portanto é claro que ficaram na classe dos moveis, a que naturalmente pertencem.

Não colhe o argumento em contrario tirado da Ord. L. 3, T. 47, a qual attribue ás *rendas perpetuas e vitalicias* a natureza de immoveis.

Renda perpetua, na linguagem do nosso antigo Direito, era a que andava *inseparavelmente* ligada á vida de um individuo e por sua morte passava a seus herdeiros; a lei a denominava *juro*. Mello, L. 2, T. 3, § 25, nota.

Renda vitalicia é propriamente a que é concedida por toda a vida, e se extingue com a morte do pensionario: chama-se em Direito *tença*. Mello, loc. cit.

São inalienaveis, tanto umas como outras. (Ord. L. 4, T. 55.)

Assim que a perpetuidade e a inalienabilidade entram em ambas como elementos essenciaes.

As nossas apolices, porém, não andam inseparavelmente ligadas á vida do possuidor;—são verdadeiros titulos commerciaes transferiveis; falta-lhes, pois, um elemento essencial para constituirem renda vitalicia ou perpetua : a inalienabilidade.

Nem mesmo em sentido absoluto seria correcto dizer que ellas são rendas perpetuas, porquanto devem de ser periodicamente resgatadas. Lei de 15 de novembro de 1827, art.

Do exposto segue-se :

Que as apolices não são rendas vitalicias ou perpetuas ;

Que, portanto, não podem como taes ser equiparadas a immoveis.

E tal tem sido a intelligencia consagrada pela pratica. Na Caixa de Amortização não está em uso nem nunca esteve o exigir-se outhorga da mulher para que o marido possa transferir as suas apolices. 186

NOTA III

(§ 42)

A mulher casada não pôde commerciar sem autorisação do marido. Esta materia é regulada por disposições especiaes. A autorisação deve ser expressa, por escriptura publica, transcripta no registro do commercio e não pôde ser concedida sinão ás mulheres maiores de dezoito annos : art. 1, § 6 do Cod. Comm. Todavia, si a mulher antes do casamento já era commerciante, presume-se autorisada a continuar, si o marido não manifestar vontade em contrario pelos meios legaes. Cit. Cod. art. 29.

A autorisação para commerciar reveste a mulher de capacidade para todos os actos que entendem com a profissão mercantil.

Assim pois, para o que fôr relativo ao seu negocio pôde alienar, obrigar e hypothecar os bens dotaes, parafernaes, os adquiridos no commercio e os direitos e acções em que tiver communhão, sem que em nenhum caso lhe seja permittido invocar em seu favor o Veleano, ou qualquer outro privilegio. Cod. Cit. art. 27, 2ª parte.

Nesta faculdade não se comprehende a de obrigar os bens proprios do marido, adquiridos antes ou *na constancia* do matrimonio, tendo sido os respectivos titulos opportunamente registrados, nem os de raiz communs sem autorisação especial do marido, provada por escriptura publica inscripta no registro do commercio. Cit. Cod. art. 27, 1ª parte.

A redacção deste artigo é defeituosissima, como observa o sabio autor da Consol. das Leis Civis, em nota ao art. 124.

1º Permite o citado artigo que a mulher possa obrigar os bens proprios do marido, adquiridos antes do casamento, si quinze dias depois do mesmo não forem os respectivos titulos registrados; nada, porém, acrescenta quanto aos bens proprios do marido moveis ou immoveis, *adquiridos na constancia do matrimonio*.

2º Declara que a mulher não póde obrigar os bens de raiz comuns sem autorisação especial do marido; poderá, porém, alienar os de raiz, proprios do marido, adquiridos antes do casamento, não tendo sido os respectivos titulos opportunamente registrados?

O artigo é evidentemente obscuro e insufficiente. Cumpre, pois, interpretar-o e completal-o com as disposições analogas do mesmo codigo. Incivile est, nisi tota lege perspectâ unâ aliquâ particulâ ejus propositâ, vel judicare, vel respondere. (Fr. 24 D. de legibus.)

Aos bens proprios do marido, adquiridos na constancia do matrimonio, deve ser applicada a disposição do art. 874 § 6 n. 2 do Cod. Comm. Segundo a citada disposição, os actos do marido commerciante não obrigam os bens proprios da mulher adquiridos na constancia do matrimonio, uma vez que os respectivos titulos e documentos tenham sido registrados dentro de quinze dias depois de recebidos. Ha perfeita analogia nas duas hypotheses. A razão de direito que dictou a disposição do alludido § 6 n. 2 do art. 874. prevalece com igual força tanto para uma como para outra hypothese. Ubi eadem est legis ratio, ibi eadem esse debet legis dispositio.

Assim pois, a mulher commerciante não póde obrigar os bens proprios do marido adquiridos na constancia do matrimonio si os respectivos titulos tiverem sido registrados nos quinze dias subsequentes ao em que forem recebidos.

Quanto aos immoveis adquiridos pelo marido antes ou na

constancia do matrimonio, a mulher commerciante jámais poderá dispor delles sem especial autorisação.

E' expresso no citado artigo que a mulher não póde obrigar os immoveis communs sem permissão especial. Portanto, por força de maior razão sem a dita autorisação não póde obrigar os immoveis proprios do marido, quer adquiridos antes, quer na constancia do matrimonio.

NOTA IV

§ 54. — *Pactos successorios*

São nullos, perante o direito civil brasileiro, todos os pactos successorios, ainda mesmo quando estipulados nas convenções matrimoniaes.

A Ord. L. 4, T. 70, § 3, declara reprovados e como taes absolutamente nullos os pactos *de succedendo*, isto é, os pactos pelos quaes alguém ou promette a outrem institui-o herdeiro ou transfere a terceiro o direito de succeder na herança de pessoa viva.

Quanto aos pactos *de non succedendo* (de renuncia do direito de succeder a pessoa viva), a Ord. citada, § 4, os permittia, mas sob a condição de serem confirmados por juramento, impetrada para esse fim a competente licença do Desembargo do Paço. (Regim. do Desemb. do Paço § 87.)

E' hoje impraticavel entre nós a dispensa para o juramento de confirmação; porquanto a attribuição de concedel-a, não tendo sido transferida para as autoridades da nova organização judiciaria, entende-se abolida. Art. 7 da Lei de 22 de setembro de 1828.

E pois o pacto *de non succedendo* não pôde subsistir e produzir efeitos legaes, porque é impossivel completal-o com juramento.

Os pactos *de non succedendo*, inseridos nas convenções matrimoniaes, tambem careciam do juramento para que pudessem valer.

Esta intelligencia resulta ineluctavelmente dos termos absolutos do citado § 4 da Ord. L. 4, T. 70.

O direito canonico, a que a cit. Ord. faz expressa allusão nas palavras; "porque ainda que tal contracto em alguns casos por

direito não valha, póde se confirmar segundo direito canonico por juramento ” é terminante a respeito :

“ *Quamvis pactum patri factum à filia, dum nuptui tradebatur, ut dote contenta, nullum ad bona paterna regressum haberet, improbet lex civilis, tamen juramento, non vi, nec dolo præstito, firmatum fuerit, omninò servari debebit.* ” C. 2 de pact. in VI. (1.18.)

E tal foi sempre a pratica, segundo é attestado pelos escriptores do Direito Patrio.

Tratando da renuncia de herança nas convenções matrimoniaes, Lobão diz :

“ Emquanto subsiste a Ord. L. 4, T. 70 e se não assentar que hoje têm cessado os fins que queria occorrer esta Ord. é indispensavel que *estas renunciás se firmem com juramento e facilmente para este fim* costuma o Desembargo do Paço *actualmente conceder dispensas á dita Ord.* ” Notas a Mello, L. 2, T. 9, § 25, n. 8. E, adiante, n. 10, continuando no mesmo assumpto : “ São nullos os pactos jurados, a *menos que não* haja provisão. ”

Veja-se ainda a Dissert. 13, no supplemento ás *Segundas Linhas*, §§ 33 e 90.

Ensina a mesma pratica Corrêa Telles, Manual do Tabellião, §§ 143 e 144 e Digest. Port. P. II, art. 126.

A' vista do exposto é irrecusavel que os pactos de *non succedendo* nas convenções matrimoniaes são hoje impraticaveis. Sem a confirmação do juramento esses pactos não valem ; mas como prestar o juramento, si não ha autoridade que tenha faculdade para conceder a dispensa necessaria ?

A disposição do § 8 da lei de 17 de agosto de 1761 não póde ser invocada em apoio da doutrina contraria.

Eis as palavras do citado § 8 :

“ possam estipular com seus respectivos esposos assim para a vida como para a morte as reservas e condições que lhes parecer, *como até agora se praticou sem a menor differença.* ”

Estas palavras são claras a não deixar a menor duvida. A lei

não creou direito novo, antes formalmente confirmou o direito existente: " como até agora se praticou sem a menor differença. "

Si antes era necessaria a confirmação por juramento para que valessem os pactos successorios estipulados nas convenções matrimoniaes; depois da lei, e por força de disposição nella contida, continuou a subsistir a mesma necessidade.

E assim se entendeu, praticamente, como testemunham Lobão e Corrêa Telles, que escreveram muitos annos depois da promulgação da dita lei.

Resta finalmente observar que o pacto de que o marido lucrará o dote, premorrendo a mulher sem filhos, é valido, porque não era reprovado pelo Direito Romano (fr. 2, D. de pact.) ao qual allude a citada Ord. L. 4, T. 7º, § 4; Mello, L. 2, T. 9, § 25.

NOTA V

—
(§ 55)

Segundo a lei franceza communicam-se os moveis que os conjuges possuam ao tempo do casamento, os moveis e immoveis adquiridos na constancia do matrimonio e os fructos e rendimentos de todos os bens do casal.

São, porém, incommunicaveis os immoveis que os conjuges possuam antes do casamento e os que de futuro adquirem por successão ou doação. (Cod. Civil, art. 1.401 e seguintes.)

Assim que, no casamento segundo o regimen da communhão do Cod. Civil Francez, ha tres patrimonios distinctos :

- 1.º Patrimonio do marido ;
- 2.º Patrimonio da mulher ;
- 3.º Patrimonio commum.

A discriminação dos elementos constitutivos de cada um destes patrimonios, as indemnisações reciprocas, as questões de bens *subrogados* e de bens adquiridos *en remploi*, fazem deste assumpto um dos mais difficeis do direito francez e tornam complicadissimas as partilhas, tão simples no regimen da communhão universal de bens.

(Vej. Mourlon, Repet. Ecrit., L. 3, T. 5, cap. 2 sect. 1.)

NOTA VI

§ 56)

Sustentam alguns escriptores que a communhão é sempre *conventional*. Si não ha pacto expresso, observam elles, subentende-se o pacto tacito entre os conjuges de se conformarem com a disposição da lei. Voet, ad Pandect, L. 23. T. 2, n. 85; Caldas in Leg. Si curatorem, n. 7; Mourlon, Repet. Escrit., L. 3, T. 5, n. 23.

A questão póde ser formulada assim :

“ No caso de não haver pacto expresso, resulta a communhão do pacto tacito presumido pela lei, ou simplesmente do decreto, da determinação da lei ? ”

O sentido, em que esta questão for resolvida, influe na solução de pontos importantes atinentes ao assumpto.

Tenho para mim, que a communhão, não havendo pacto expresso, resulta directamente da lei, *ex potestate legis*, e não da presumpção de pacto tacito.

A lei decreta a communhão como effeito do casamento consummado; permite, porém, ás partes alterarem ou supprimirem no todo ou em parte este effeito por meio de convenção prévia. Si as partes não usam deste direito, prevalece o effeito da lei.

Assim : a lei não presuppõe pacto tacito, mas consente que o seu effeito seja modificado por pacto expresso; não supprime a vontade das partes, mas consente que pela vontade expressa dellas possam os effeitos de sua disposição ser alterados ou supprimidos.

..... Falsum est ejus fundamentum in tacito consensu quærendum esse et sic contractum societatis inter conjuges initum fuisse. Boehm. Exercit. 70, § 16; Mello, L. 2, T. 8, § 3.

Corollario da doutrina exposta :

Do casamento, em que um dos contraentes ou ambos são menores ou interdictos, resulta a communhão legal, sem embargo de haver sido contrahido sem o consentimento do tutor, curador ou do juiz de orphãos. Mello, L. 2. T. 8, § 6 ; B. Carneiro, L. 1. T. 13, § 127, n. 9 ; Barb. ad Ord. L. 4, T. 46, § 1, n. 8.

Mas si a communhão, na falta de convenção, deriva do pacto tacito entre as partes, como solver a questão, sendo os contraentes menores ou interdictos ; si não se póde presumir pacto entre pessoas incapazes de contractar ?

NOTA VII

(§ 62)

Julgam alguns escriptores impraticavel a disposição da Ord. L. 4, T. 95, § 4 na parte em que sujeita á execução na constancia do matrimonio, por dividas anteriores, a metade dos adquiridos, por ser impossivel saber antes da partilha o que ha de adquiridos, e não poderem os credores requerel-a. (Pereir. Decis. 50, n. 6).

Parece-nos improcedente esta observação. Os credores não carecem de requerer partilhas ; é-lhes licito penhorarem metade dos bens que julgarem adquiridos. Si na realidade não ha *adquiridos*, ou si o conjugue não devedor entende que a execução comprehende mais da metade dos adquiridos, cabe-lhe o recurso de embargar a penhora, e ahí abre-se-lhe espaço para demonstrar por todo o genero de provas os fundamentos de seus embargos. (Cfr. Pereira e Souza, nota 890 ; Lobão, Notas a Mello, L. 2, T. 8, § 14, n. 52 ; Mor Execution, L. 6, cap. 8, 52, verb. " in matrimonio vero. "

E' possivel dar-se conflicto entre os credores pelas dividas anteriores ao casamento e os credores por dividas do casal, quando deduzida a metade dos adquiridos, os do casal não são sufficientes para pagamento de suas dividas.

Este conflicto não póde ser resolvido sinão pelo rateio dos adquiridos por uns e outros credores, a não ter algum delles titulo especial de prelação.

1.º Porque a Ord. citada não dá privilegio algum aos credores pelas dividas anteriores (Pereira, Decis. 86, n. 3), e não pode haver prelação entre credores sinão em virtude de disposição de lei.

2.º Porque o conjuge que contrahiui as dividas anteriores é tambem obrigado pelas dividas feitas na constancia do matrimonio.

Na hypothese de dissolver-se a sociedade conjugal sem que estejam pagas as dividas anteriores, devem ellas ser cobradas pela meiação do conjuge devedor, como ficou exposto no § 62.

Na opinião, porém, de B. Carneiro (L. 1, T. 13, § 129, n. 12) seguida na Consolidação das Leis Civis (nota 1 ao art. 116) “ findo o matrimonio deve primeiro pagar-se a divida pelos bens do conjuge devedor; e os que restarem, communicam-se aos do outro conjuge para fazer-se a somma partivel. ”

Por esta solução o conjuge não devedor vem a ficar prejudicado contra a letra da Ord., como claramente se vê do exemplo seguinte :

Figure-se que o conjuge não devedor entrou para o casal com bens no valor de 10:000\$ e o outro conjuge com bens de igual valor; orcem-se os adquiridos em 10:000\$; supponha-se que a divida anterior sobe a 10:000\$000.

Na opinião de B. Carneiro, com os bens do devedor (10:000\$) faz-se o pagamento da divida (10:000\$); fica, portanto, na hypothese figurada, o monte partivel reduzido a 20:000\$ (importancia dos bens do outro conjuge e dos adquiridos).

E' evidente o prejuizo do conjuge não devedor; pois que tendo entrado para o casal com 10:000\$ e tendo direito a 5:000\$, metade dos adquiridos, só sahe com 10:000\$, perdendo 5:000\$ em favor dos credores.

Onde fica, pois, o principio de que o conjugue não devedor não é em *tempo algum* obrigado as dividas anteriores do outro, nem pelos bens que de sua parte trouxe, nem pela metade nos adquiridos ?

Não será inutil ao leitor a transcripção do texto de Moraes, citado á nota 6 do § 62.

Eil-o :

Tunc eatenus in ejus bonis executio peragenda est ; quantum ultra valorem bonorum, quibus casale intravit, ex bonis debitoris conjugis acquisivit, ita ut si nulla bona in casale intulit, omnia quæ nunc possidet, ex-communicatione capitalium conjugis debitoris habuit, cum ita sibi per executionem auferri possunt : et si intulit in matrimonium decem possidetque udecim, quia forté conjugis debitor in casale intulit duodecim, tantum in illo unico nummo executio peragetur. Execut. L. 6, cap. 8, n. 66.

Veja-se tambem Valasc. Partition. cap. 23, n. 11.

192

NOTA VIII

(§ 76)

Por Direito Romano era o pai obrigado a dotar a filha, o avô paterno a neta (fr. 19 D. de ritu nupt., 23.2) ; fr. 69 § 4 D. de jur. dot., const. 7 C. de tot. promiss. (5.11) e ainda a mãe á filha si ella era rica e o marido pobre. (Const. 14 C. de jur. dot. 5.12). Alguns interpretes não duvidaram sustentar que era tambem o irmão obrigado a dotar a irmã. E houve até quem se propuzesse demonstrar que a propria esposa não se podia eximir de constituir-se dote, si tivesse fortuna. Makeldey, § 554 n. 2 e not. 7.

Terão passado estas disposições para o direito patrio ? Tenho para mim que não, apezar da opinião em contrario de quasi todos os nossos escriptores, antigos e modernos.

Fundo a minha convicção nos elementos seguintes :

1.º Por direito natural os pais são somente obrigados a alimentar os filhos emquanto não podem elles prover á sua subsistencia.

Esta obrigação, porém, não comprehende a de dar-lhe dote para casamento.

Assim pois, as citadas disposições não têm por fundamento o direito natural, sinão a maxima peculiar da politica dos romanos, segundo a qual era mister facilitar os casamentos, como meio de augmentar a população, constantemente dizimada pelas guerras cruéis em que sempre andou aquelle povo envolvido.

2.º O dote proveniente do pai, da mãe ou dos avós fica sujeito a collação ; é, portanto, adiantamento de legitima.

O pai pôde livremente fazer adiantamento de legitima aos filhos ; nisto nada ha de estranhavel ; forçal-o, porém, a fazel-o contra sua vontade, como acontece quando é condemnado em juizo a dotar a filha, vale tanto como obrigal-o a deferir ainda em vicia parte da sua herança : o que é contra a indole do Direito.

3.º Não ha em toda a nossa legislação antiga ou moderna um só texto, do qual se deduza, ainda remotamente, a aceitação do Direito Romano neste assumpto.

Antes pelo contrario sempre que as nossas leis alludem a dote, presuppõem que seja elle livremente dado pelos pais. Ord. L. 4, T. 4, T. 97 §§ 1, 3, 4 e 6.

Ainda mais. A legislação patria regulou minuciosamente a materia dos alimentos. (Ord. L. 4, Tit. 99 e Ass. de 9 de abril de 1772.) A questão de alimentos, segundo a antiga doutrina, tinha tanta connexão com a de dotes, que alguns escriptores falsamente entendiam que *valet argumentum de uno ad alterum*. (Barbos. ad. L. 4, Tit. 99 § 1, n. 14.) Pois bem ; apesar de ser a lei tão minuciosa em materia de alimentos, uma só palavra não contém que se refira á obrigação do pai dotar a filha.

Nas circumstancias expostas este silencio da legislação não é uma simples omissão.

4.º Nem os Praxistas antigos, nem os modernos dão noticia de estar em pratica a acção de pedir dote aos pais. Lobão, que se esforça por fazer prevalecer a opinião que combato, confessa que a acção de demandar dote é frequentemente substituida pela de alimentos. (Notas a Mello, L. 2, Tit. 9, § 5, n. 2.)

Entre nós tambem não está em uso semelhante acção.

E, pois, ainda mesmo quando tiveramos lei escripta impondo aos pais a obrigação de constituirem dote ás filhas para casamento, uma tal lei estaria hoje abrogada pelo não-uso. Rectissime etiam illud receptum : ut leges non solum... sed etiam tacito consensu omnium per desuetudinem abrogentur (fr. 32, § 1, D. de leg. 1. 3.)

Não temos, porém, lei escripta : o costume é em contrario e o

Direito Romano, como subsidiario, vem depois dos estylos e costumes.

Finalmente, não tem sido a acção de demandar dote aos pais aceita pelas legislações modernas: na Belgica nunca foi praticada, Voet ad Pandect. L. 23, Tit. 3, n. 16; o Cod. Civil Fr. aboliu-a expressamente, art. ; o Cod. Civil do Chile e o de Portugal não fazem della menção.

NOTA IX

(§ 82)

Não é incontestada a opinião que fica exarada no § 82 ácerca dos adquiridos. P. Barbosa (ad. fr. 1, D. solut matr. P. I. n. 34 e P. II, n. 100); Pereira (Decisão 53) e o illustre Mello Freire (L. 2, Tit. 8, § 10 e nota) sustentam que não se communicam os adquiridos no matrimonio dotal, apoiados em razões que, em summa, se traduzem na seguinte argumentação:

O casamento dotal é regulado pelo Direito Romano, com cujas disposições evidentemente se conformam os que se casam por dote; a mente delles, portanto, deve ser interpretada pelas disposições do dito Direito, segundo o qual não se communicam os adquiridos. (Const. 8, 11, c. de pact. convent.)

A argumentação dos que sustentam a communicabilidade dos adquiridos, reduzida a sua maior simplicidade, pôde ser formulada assim:

“ Do casamento resulta a communhão de todos os bens. pertencentes aos conjuges, quer presentes quer futuros, salvo convenção em contrario. Ord. L. 4, Tit. 46 pr. A communhão é, pois, a lei commum; qualquer alteração, ou modificação que tenha por fim revogal-a ou derogal-a, deve ser expressa.

“ No casamento por dote a incommunicabilidade dos bens dotaes, paraphernaes e dos que o marido trouxe, é expressa na lei. (Ord. L. 4, T. 47 pr.) Esta restricção constitue uma verdadeira excepção á lei commum. Os adquiridos, porém, não se acham nem expressa, nem virtualmente comprehendidos na dita excepção; por conseguinte, cahem debaixo da lei commum.” “ Unde in his quæ specialiter cauta non sunt, prout in proposita specie de matrimonio

simpliciter contracto sine mentione lucrorum acquirendorum, manemus in dispositione juris nostri regni Luzitaniæ, quod est jus commune apud nos." Valasc. Cons. 103, n. 8.

O argumento de Valasco não é sinão o argumento de Gama (Decis. 314, n. 4) reproduzido com mais clareza e desenvolvimento. Gama confessa que o citado argumento lhe fôra suggerido por um seu collega do tribunal, João de Mello, a cujas opiniões mais de uma vez allude com os maiores encarecimentos.

A opinião de Gama e Valasco parece-nos mais conforme com o genio, com a razão e com o systema do nosso Direito; por isso adoptamol-a de preferencia.

A incommunicabilidade dos bens no casamento é uma excepção no nosso Direito; são-lhe, pois, applicaveis as palavras de Paulo: "Quod contra *rationem juris* receptum, non producendum ad consequentias." Vej. Doneau. Com. juv. civ. lib. I, cap. XIV, § 9.

NOTA X

(§ 90)

Segundo o § 9 do art. 3 da lei de 24 de setembro de 1864, o dote não vale contra terceiro :

- 1.º Sem escriptura publica ;
- 2.º Sem insinuação, nos casos em que a lei a exige ;
- 3.º Sem expressa exclusão da communhão ;
- 4.º Sem estimação.

Os dous primeiros requisitos dizem respeito á validade do dote o terceiro é effeito essencial ; o dote é por força de lei incommunicavel.

Portanto, quanto aos tres primeiros requisitos, o decreto da lei equivale ao seguinte : o dote não pôde ser opposto a terceiro sinão quando é valido e com os seus effeitos legaes. Tudo isto é da essencia do dote.

A necessidade, porém, da estimação vem a importar a adjecção de uma clausula estranha á natureza do dote. Esta clausula evidentemente não é exigida sinão para os effeitos da hypotheca : entendida em termos absolutos, isto é, — que o dote sem estimação absolutamente não vale contra terceiro — ella iria privar a mulher da acção de reivindicção contra terceiro pelos bens inestimados. Semelhante intelligencia vai além do motivo que determinou a necessidade da estimação para os effeitos hypothecarios. E' este um dos casos em que a generalidade resultante da letra do texto é restringida pela mente da lei.

Nem o Direito Romano, nem o Direito Francez, nem o Portuguez (Cod. Civil, art. 906, n. 3) exigem a estimação dos bens dotaes

para que a hypotheca valha contra terceiro. Esta clausula é uma innoção introduzida pelo § 40 da Lei de 25 de junho de 1774. Tão singular pareceu ella, que Paschoal deu-lhe uma intelligencia que completamente a annullava. L. 3, T. 14, § 10.

NOTA XI

(§ 109)

E' questão larga e fastidiosamente controvertida pelos nossos antigos e modernos escriptores, a de saber si a Ord. L. 2, Tit. 35, § 12, nas palavras: "comtanto que este filho fosse tal que com *Direito* pudesse ser legitimado por seguinte matrimonio" faz remissão ao Direito Romano ou ao Canonico.

Tenho para mim que a cit. Ord. refere-se ao Direito Romano, corrigido pelo *uso moderno*, isto é, nos termos em que elle pôde ser recebido como subsidiario, segundo as declarações da Ord. L. 3, Tit. 64 pr., *in fine*; da lei de 18 de agosto de 1769, § 9; e dos Est. da Univer. de Coimb. L. 2. Tit. 2, cap. 3, §§ 4, 13, 14, 15, 16, 17 e 19:

1º Porque as Ordenações, quando empregam a fórma usada no texto transcripto, alludem ordinariamente ou ao proprio Direito Patrio ou ao Romano. (Pegas ad Ord. tom. 5, pag. 578);

2º Porque o Direito Canonico não pôde ser aceito como subsidiario nas materias meramente temporaes, como indubitavelmente o é a legitimação por subsequente matrimonio para os effeitos civis. (Cit. Lei de 18 de agosto de 1769, § 12.)

Segundo o Direito Romano, só se legitimavam por subsequente matrimonio os filhos havidos de *concubina*, não havendo entre ella e o pai impedimento que ao tempo da concepção ou do nascimento obstasse ao casamento. (§ 13. J. de nupt.) Entre os impedimentos enumerava-se o de estupro.

Tal era a doutrina do Direito Romano ao tempo de Justiniano.

Esta doutrina foi geralmente aceita nas legislações modernas com as modificações seguintes :

1.^a O filho reputa-se natural e por conseguinte póde ser legitimado, não havendo impedimento entre o pai e a mãe, embora a mãe não fosse *concubina* do pai segundo a qualificação romana ;

2.^a O impedimento proveniente de raptó não impossibilita a legitimação.

Valasc. Consult. 147, n. 8 ; Phebo, Decis. 76, n. 11 ; Lobão a Mello, L. 2, Tit. 5, § 14, n. 3 ; Cod. Civil Francez, art. 321.

Assim pois, segundo o Direito Romano, corrigido pelo *uso moderno*, só não podem ser legitimados por subsequente matrimonio os adulterinos e os incestuosos.

Resta finalmente observar que, ainda aceita a opinião de que a citada Ord. do L. 2, Tit. 35, § 12 se refere ao Direito Canonico, a solução dada á questão não soffre alteração, sinão quanto á designação dos grãos de parentesco que importam prohibição para casamento ; porquanto, o Direito Canonico, segundo a intelligencia geralmente admittida e fixada por Benedicto XIV (Const. 113, *redite nobis*, tom. 1) só denega o effeito da legitimação por subsequente matrimonio aos filhos adulterinos e aos incestuosos. Berard. tom. 3.^o, Dissert. 6, q. 2.

A engenhosa opinião de Bohmero (Jus Canon. Protest. ad. T. qui sint filii legit. § 17) tem contra si a intelligencia pratica do Direito Canonico, o parecer dos mais doutos canonistas e a interpretação de Benedicto XIV.

NOTA XII

(§ 122)

Tem havido questão sobre saber: si as disposições da Lei de 2 de setembro de 1847 exigem a prova de filiação natural por *escriptura publica* ou por *testamento*, tão sómente para o effeito da successão, ou si tambem para os demais effeitos.

O doutissimo autor da *Consolidação das Leis Civis* (art. 212 nota 2) sustenta que a filiação natural não pôde ser provada em juizo para qualquer effeito, como por exemplo para a concessão de alimentos, sinão por *escriptura publica* ou *testamento*.

O illustrado Sr. Dr. Perdígão Malheiro, nos seus excellentes commentarios á citada lei, é de opinião que a dita lei “ não innovou a legislação anterior para outros effeitos de Direito, entre os quaes os *alimentos e o estado*. ”

A opinião do Sr. Dr. Perdígão parece-nos que tem por si melhores fundamentos:

1º Em nossa jurisprudencia prevaleceu sempre a doutrina de que a prova de filiação natural para o effeito da successão deve ser mais completa e rigorosa do que para alimentos: (Lobão, Notas a Mello, L. 2, T. 6, § 21 ns. 5 e 6; B. Carneiro, L. 1, T. 20, § 180, n. 12) doutrina que igualmente consagra o Cod. Civil do Chile (Lastarria, Inst. de Direito Civil Chileno, L. 1, T. 5, § 3).

2º A intelligencia da lei em sentido contrario importaria para os filhos naturaes não reconhecidos a privação de um direito (o de pedir alimentos); mas a privação ou restricção de direitos não pôde ser aceita, sinão quando expressa na lei, e a Lei de 2 de setembro nada contém de expresso a respeito.

3º A disposição do art. 3 “ a prova de filiação natural nos *outros casos* só se poderá fazer por um dos seguintes modos: escriptura publica ou testamento ” não tem nem grammatical, nem logicamente o sentido que se lhe tem querido dar. A phrase *adversativa* “ nos outros casos ” é contraposta á disposição do art. 2.

Este artigo prescreve que o reconhecimento, na hypothese a que allude (para os reconhecidos concorrerem á herança com os legitimos do mesmo pai) não possa ser feito sinão por escriptura publica. “ Nos *outros casos* ” (art. 3) quer dizer a lei: nos casos em que os naturaes não tenham de concorrer á herança com os legitimos, o reconhecimento póde ser feito por escriptura publica ou tambem por testamento.

INDICE ¹⁹⁸

INDICE

Introdução.	V
Direitos de Família.	1

SECÇÃO PRIMEIRA

DO CASAMENTO

CAPITULO PRIMEIRO

Esponsaes.	3
--------------------	---

CAPITULO SEGUNDO

Casamento: diversas especies; solemnidades da celebração.	12
TITULO 1º: Do casamento catholico.	19
TITULO 2º: Do casamento mixto.	31
TITULO 3º: Do casamento acatholico	35
TITULO 4º: Regras de direito applicaveis a todas as formas de casamento.	39
TITULO 5º: Da dissolução da sociedade conjugal.	53

SECÇÃO SEGUNDA

EFFEITOS DO CASAMENTO

CAPITULO PRIMEIRO

Relações de direito entre o marido e a mulher : poder marital e incapacidade da mulher.	62
---	----

CAPITULO SEGUNDO

Relações de direito entre os conjuges quanto aos bens.	88
TITULO 1º: Pactos antenupciaes.	88
TITULO 2º: Do regimen da communhão universal de bens.	96
TITULO 3º: Do regimen da simples separação de bens	121
TITULO 4º: Do regimen dotal.	127
TITULO 5º: Das arrhas.	165
TITULO 6º: Das doações entre marido e mulher. . .	173

CAPITULO TERCEIRO

Das relações entre os paes e os filhos legitimados. . .	183
TITULO 1º: Dos filhos legitimados.	183
TITULO 2º: Dos filhos legitimados por subseqente matrimonio.	197
TITULO 3º: Dos direitos entre os paes e os filhos-familias.	203

SECÇÃO TERCEIRA

CAPITULO UNICO

Dos filhos illegitimos.	225
TITULO 1º : Dos filhos naturaes.	229
TITULO 2º : Dos filhos espurios.	237
TITULO 3º : Da perfilhação solemne.	239

SECÇÃO QUARTA

CAPITULO UNICO

Alimentos.	247
--------------------	-----

SECÇÃO QUINTA

DA TUTELA E CURATELA

CAPITULO PRIMEIRO

Da tutela.	263
--------------------	-----

CAPITULO SEGUNDO

Da curatela.	301
TITULO 1º : Da curatela dos loucos.	305

TITULO 2º: Da curatela dos prodigos.	313
TITULO 3º: Da curatela dos bens de ausentes.	319

NOTAS

Nota I.	339
Nota II.	342
Nota III.	344
Nota IV.	347
Nota V.	350
Nota VI.	351
Nota VII.	353
Nota VIII.	356
Nota IX.	359
Nota X.	361
Nota XI.	363
Nota XII.	365

INDICE ALPHABETICO

A

Alimentos.—Obrigaçào de prestal-os, § 131. — Definição, § 132. —Entre parentes legitimos, § 133. —Direito de repetil-os, § 134. —Entre parentes illegitimos, § 135. —Quando são devidos, § 136. —Taxa, § 137. —Como se pagam, § 138. —Natureza da divida alimentaria, § 139. —Favores, § 140. —Extincção da obrigaçào de prestal-os, § 141. —Acção, § 142. —Provisionaes, § 143. —O marido é obrigado a prestar á mulher, §§ 35 e 40, n. 2.

Administrador.—E' o marido dos bens do casal, § 39, n. 4; §§ 65, 71, 83, 91 e 95. —A mulher casada em certos casos, § 46, ns. 1 e 2; § 163, n. 1, e 167. —O tutor, dos bens do menor, § 153. —O curador, dos bens do interdicto, §§ 164 e 168; dos bens de ausente, § 174.

Adquiridos.—Vej. *Bens*.

Adulterio.—Impedimento para o casamento, § 15, ns. 6 e 7. —Causa para divorcio, § 34. —E' mais grave, quando commettido pela mulher, nota 1, p. 62. —Em relação á legitimidade da filiação, § 105.

Adventicios.—Vej. *Peculio*.

Alfinetes.—§ 96.

Apanagio.—Cit. § 96.

Apolices da divida publica.—Não são immoveis, nota 1, p. 66 e Nota II.

Arrhas.—Definição, § 92. —São constituídas no contracto dotal, § 93. —Principios dominantes, cít. § 93. —Tradição, § 94. —Na constancia do matrimonio permanecem sob

a administração do marido, § 95.—Qual o seu destino, dissolvido o casamento, cit. § 96.

Arrhas esponsalicias.—§ 5.

Ausentes.—Veja-se *Curador*.

Avó.—Póde ser tutora dos netos, § 146, n. II.

B

Bemfeitorias.—Em bens incommunicaveis, § 67 ; como se compensam, nota 4, p. 117. O marido tem o direito de retenção pelas necessarias e uteis feitas nos bens dotaes, § 88, n. 3. Voluptuarias, cit. § e nota 3, p. 155.

Bens.—Adquiridos, quaes são, § 82, n. 4; communicam-se no regimen da simples separação, § 68, e no dotal, § 82, n. 4, e Nota IX.—De ausentes: Definição, § 172.—Immoveis: O marido não póde alienar sem outhorga da mulher, § 39, n. 1.—Inalienaveis, § 60, n. 1 ; § 83, n. 3, nota II.

C

Cabeça de casal.—E' o marido, §§ 38 e 65.—A mulher por morte d'elle, § 65 e nota 3, p. 116.

Casamento.—Definição, § 8.—Elemento religioso, § 9.—Consentimento prévio, § 27. Não póde ser celebrado contra as leis do Imperio, § 28.—Contrahido fóra do Imperio, § 29.—Como se prova, § 30.—Nullidade, § 31.—Putativo, § 33.

Acatolico.—§ 10.—Em que condições é feito, § 24.—Impedimentos e dispensa, § 25.—Solemnidades externas, § 26.—Qualificações do ministro para celebral-o, § 26 e nota 1, p. 40.—Registro, § 26 e nota 4, p. 38.

Catholico.—Por que lei é regido, § 11.—Qualidades e condições para contrahil-o, § 12.—Capacidade, § 13.—Consentimento, § 14.—Impedimentos derimentes relativos, § 15.

—Impedientes, § 16.—Dispensa, § 17.—Solemnidades externas, § 18.

Clandestino.—§§ 19 e 23, nota 2, p. 38 e § 28.

De consciencia.—Nota 1, p. 30.

Mixto.—Por que lei é regido, § 10.—Condições para permissão, § 21.—Impedimentos, § 22.—Solemnidades externas, § 23.

Morganatico ou salio.—Nota 1, p. 30.

Causa justa.—Para não cumprir a promessa esponsalicia, § 7, n. 6.—Para negação de consentimento para matrimonio, nota 2, p. 41.—Para os filhos separarem-se da companhia dos paes, nota 1, p. 256.

Communhão de bens (regimen da).—Noção, § 55.—Prevalece, na falta de pacto em contrario, § 56.—Necessidade da consummação do casamento, § 57.—Si resulta do casamento putativo, § 58.—Pactos modificativos, § 59.—Bens que não se comunicam, § 60.—Dividas contrahidas na constancia do matrimonio, § 61; contrahidas antes, § 62. e Nota VII.—Nas segundas nupcias, § 63.—No casamento da viuva quinquagenaria, § 64.—Dominio, posse e administração dos bens communs, § 65.—Como se dissolve a communhão, § 66.—Effeitos da cessação da communhão, § 67.

Contas.—Presta o pai pela administração do peculio do filho, § 116, n. III.—O tutor, § 160.—O curador, §§ 166, 168, 174, n. 9, e 178.

Curatela.—Definição, § 161.—Diversas especies, § 162.

Curatela de loucos.—Pessoas sujeitas, a quem é deferida, incapacidade e escusas, § 163.—Origações do curador, § 164.—Como termina, § 166.

Curatela dos prodigos.—Pessoas sujeitas, a quem

se defere, incapacidade, escusas, § 167.—Obrigações do curador, § 168.—Termo, 170.

Curatela dos bens de ausentes.—Especies, § 171.

Curadoria simples ou dativa.—Arrecadação dos bens, § 173.—Obrigações do curador, § 174.—Termo, § 175.

Curadoria ou successão provisoria.—Quando se defere, § 176.—A quem e como, § 177.—Direitos do curador, § 178.—Como se extingue, § 179.

D

Damno.—Responde o marido pelos causados nos bens proprios da mulher, §§ 71, 85, 88, 91 e 95.—O tutor e o juiz, § 155.—O curador, §§ 164, 168 e 174.

Demente.—Vej. *Louco*.

Desherdação.—Pena aos filhos-familias e menores que se casam sem licença, § 27.

Dividas.—Communicaveis, §§ 61 e 69 ns. 1, 2 e 3—Incommunicaveis, §§ 62, 69 e 86.

Divorcio.—Definição, causas, § 34.—Effeitos, § 35.

Doação entre marido e mulher.—Origem da prohibição, § 97.—Como são permittidas, § 98.—Quando irrevogaveis, § 99.—Inofficiosas, § 100.—Solemnidades externas, § 101.—Seus effeitos, segundo o regimen do casamento, § 102.

Domicilio.—Os effeitos do casamento são regulados pelo do marido, § 29.—Da mulher casada, § 39, n. 2.

Dominio.—No regimen da communhão, § 65.—No de simples separação, § 71.—No dotal, §§ 83 e 84.

Dotalicio.—§ 96.

Dote (regimen dotal).—Definição, § 73 e nota 2, p. 127.
 —Bens que se podem dar em dote, § 74.—Estimação de dote, § 75.—Por quem pôde ser constituido, § 76.—Contracto dotal, formalidades, § 77.—Não se presume, § 78.—Pactos permittidos, § 79.—Acção para haver o dote promettido, § 80.
 —Evicção, § 81.—Classes de bens no regimen dotal, § 82.
 —Direitos do marido, § 83.—Direitos da mulher, § 84.
 —Obrigações do marido quanto ao dote, § 85.—Dividas passivas, § 86.—Restituição do dote, § 87.—Que objectos se restituem, § 88.—Acção de restituição, § 89.—Garantias da restituição, § 90.

E

Educação.—Compete ao pai dar ao filho, § 114, n. 1.
 —Os tutores são obrigados a promover a dos menores, § 151.
 —Despezas com a educação, nota 1, p. 247 e nota 5, p. 253.

Emanipação.—§ 119.

Escriptura publica.—E' da substancia dos esponsaes, § 4; e dos pactos antenupciaes, § 52.

Escusas.—De tutores, § 149.—Dos curadores, §§ 163 e 167.

Esponsaes.—Definição, essencia, erro e dolo quanto ao consentimento, § 2.—Capacidade, consentimento do pai ou tutor, § 3.—Formalidades, § 4.—Pactos e condições, § 5.—Effeitos, acção, § 6.—Dissolução, § 7.

Espurios.—Definição, § 120.—Maternidade e paternidade, § 126.—Posição, § 127.

Estrangeiros.—Casamento, § 29.—Não podem ser tutores nem curadores, § 148, n. 1, §§ 163 e 167.

Expostos.—Nota 2, p. 266.

Evicção.—Não presta o dotador, § 81.

I

Fiança.—Prestada sem outhorga da mulher, § 39, n. 3.
—Quando são obrigados a prestal-a os tutores, § 150, ns. 2, 3, 4.—Presta o curador dos bens de ausentes, § 174.

Filhos-familias.—Definição, § 113.—Estado, § 117.
—Direitos sobre os peculios, § 116. Vej. *Emancipação e patrio poder.*

Filhos illegítimos.—Especies, § 121. Vej. *Espurios, naturaes e perfilhação.*

Filhos legítimos.—Filiação, § 103.—Contestação da filiação, § 106.—Acção de filiação, § 107.—Prova de filiação, § 108. Veja-se *Paternidade.*

Filhos legitimados por subseqüente matrimonio.—Que filhos podem sel-o, § 109 e Nota XI.
—Efeitos da legitimação, § 110.—Prova da filiação, § 111.

Fructos.—Dos bens do casal no regimen da simples separação, § 68.—Destino dos fructos do dote, § 73.—Como se restituem os civis e os naturaes no regimen dotal, § 88, n. 4 e nota 1, p. 157.

II

Habilitação.—§ 107.—Do filho illegítimo em relação á mãe, §§ 121 e 126.—De herdeiros de ausentes, § 177.

Herança.—De ausentes, § 172, nota 1, p. 322.

Herdeiros.—Passa a elles: a acção da mulher para reivindicar os immoveis vendidos sem sua outhorga, e os doados ou alienados á concubina do marido, § 40, ns. 4 e 5, e a de restituição do dote, § 87.—Aos do marido revertem as arrhas depois da morte da mulher, § 95.—Os do pai podem contestar a legitimidade da filiação, § 106.—A obrigação de prestar

alimentos lhes é transmittida com a herança, § 139, n. II.
—De ausentes, §§ 177 e 179.

Hypotheca.—Legal compete á mulher casada sobre os immoveis do marido pelos bens incommunicaveis, § 71; pelos dotaes, § 90; pelos paraphernaes, § 91; pelas arrhas, § 95; aos filhos sobre os immoveis dos pais, § 116, n. III; aos menores sobre os immoveis do tutor, § 150, n. IV; aos interdictos sobre os immoveis do curador, §§ 164 e 168.—Quando é prestada sem outhorga da mulher, § 39, n. 2.

I

Illegitimos.—Vej. *Filhos*.

Immoveis.—Delles não póde o marido dispor sem outhorga da mulher, § 39, n. I.

Incestuosos.—Vej. *Filhos*.

Indemnisação.—Vej. *Damno*.

Insinuação.—São sujeitos a ella os pactos antenupciaes, quando envolvem doação, § 52.—Quanto ao dote, § 77.

Interdictos.—§ 161.

L

Legitima.—§§ 76, 77 e 115, n. IV.

Legitimação.—Vej. *Filhos*.

Licença.—Supprida pelo juiz para esponsaes, § 3; para casamento, § 27; para a mulher casada poder contractar e estar em juizo; §§ 44 e 45; para o marido dispor dos immoveis § 39, n. I.

Louco.—Incapacidade, § 165. Veja-se *Curatela*.

M

Mãe.—§§ 103, 106 e 108.—Não tem patrio poder, § 118.
—E' obrigada a alimentar de leite o filho, § 133, n. 2.—

Quando tem o direito de repetir alimentos, § 134.—Póde dar em testamento tutor aos filhos, § 146.—Póde ser encarregada da tutela dos filhos, § 146, n. II.

Marido.—Direitos e deveres communs a elle e a mulher, § 37.—Poder marital, § 38.—Limitações deste poder, § 39.—Compete-lhe a administração dos bens do casal, §§ 38, 65, 71 e 83. Vej. *Communhão, dote e regimen da simples separação de bens.*

Maternidade.—§§ 104, 108, 121 e 126.

Matrimonio.—Vej. *Casamento.*

Menores.—§§ 3, 27, 45, 51 e 145.

Mora.—No pagamento do dote, § 80.

Mulher casada.—Direitos e deveres communs a ella e ao marido, § 37.—Direitos especiaes della, § 40.—Incapacidade de contractar e estar em juizo, §§ 41, 42 e 43.—Autorisação para contractar e estar em juizo, supprida pelo juiz, § 45.—Casos em que póde contractar e estar em juizo sem autorisação do marido e do juiz, § 46.—Tempo em que a autorisação deve ser dada, § 47.—Effeitos da autorisação, § 48.—Consequencias da falta de autorisação, § 49.

Mulher commerciante.—§ 42, n. 7, e Not. III.

N

Nascimento.—§§ 103, 104 e 108.

Naturaes (filhos).—Definição, § 120.—Prova da maternidade, § 121.—Reconhecimento da paternidade, § 122.—Em que tempo se póde fazer o reconhecimento, § 123.—Contestação do reconhecimento, § 124.—Posição, § 125.—Não são sujeitas ao patrio poder, §§ 113 e 125.

Negligencia.—Vej. *Damno.*

Nullidade.—Do casamento, § 31.

Nupcias (segundas).—§§ 63, 64 e 146, n. II e 150, n. III.

①

Orphão.—Vej. *Tutela*.

Outhorga.—§§ 39, 70 e 91.

P

Pactos antenupciaes.—§ 50.—Capacidade para contrahil-os, § 51.—Formalidades externas, § 52.—São irrevogaveis e não podem ser feitos depois do casamento, § 53.—Clausulas prohibidas, § 53.—Pactos admissiveis nos esponsaes, § 5; no regimen da communhão, § 59; no de simples separação, § 68; no dotal, § 79.

Pactos successorios.—Não são permittidos, § 54, n. 3 e Nota IV.

Paternidade.—Dos filhos legitimos, §§ 103, 104, 105, 106 e 108.—Dos legitimados, § 111.—Dos filhos naturaes, § 122.—Dos espurios, § 126.

Perfilhação solemne.—Definição, § 128.—Fórma da perfilhação, § 129.—Effeitos da perfilhação, § 130.—Que filhos podem ser perfilhados, § 128.

Patrio poder.—§ 112.—Definição, § 113.—Direitos do pai quanto á pessoa do filho-familia, § 114; quanto aos peculios, § 116.—Suspensão e termo, § 119.

Partilhas.—§§ 67 e 174, n. 6.

Peculio.—Profecticio, castrense, quasi-castrense, adventicio e adventicio extraordinario, § 115.

Pensões.—Vej. *Rendas*.

Posse.—§§ 65, 71, 83 e 91. 105

Prodigo.—Incapacidade, § 159. Vej. *Curatela*.

Prova.—Do casamento, § 30.—Da filiação legítima, § 108.—Da filiação dos legitimados, § 111.—Da maternidade dos filhos naturaes, § 121; da dos espurios, § 126.

R

Regimen de bens no casamento.— § 50. Vej. *Communhão, separação de bens e dote*.

Registro.—De nascimentos, nota 3, p. 193.—De casamentos, § 24 e not. 4, pag. 38.

Reivindicação.—Compete á mulher casada para reaver os immoveis alienados sem sua outhorga, e os dados ou os vendidos pelo marido á concubina, § 40, ns. 4 e 5; e os dotaes, § 89.

Removidos.—Podem ser os tutores, § 158, n. 4 e not. 2, p. 294; e os curadores, §§ 166, n. 3, 170, n. 3 e 174.

Rendas.—Vitalicias, são equiparadas a immoveis, §§ 40, n. 1. e Not. II.—Podem ser dadas em dote, § 74.

Rendimentos.—Communicam-se, §§ 67, 68 e 82.

Representar.—O que é, not. 1, p. 281.—Os tutores representam os impuberes, § 144, not. 1, p. 264, § 152.—O curador, os loucos, § 164.

Retenção.—Vej. *Bemfeitorias*.

Retroactividade.—Do subsequente matrimonio, §§ 109 e 110.

Revalidação.—Dos casamentos, § 14 e not. 4, p. 27. Quanto ao casamento acatholico, not. 2, p. 36.

S

Sacrilegos (filhos).—Definição § 120. Vej. *Espurios*.

Separação de bens (regimen).—Natureza, § 68.
—Não se communicam as dividas, § 69.—Condição dos bens, § 70.—Destino dos bens, dissolvida a sociedade conjugal, § 71.

Sociedade conjugal.—Como se dissolve, § 32.

Supplemento de idade.—§ 158, n. 2 e not. 3, p. 293.

Surdos e mudos de nascença.—Não podem ser tutores, § 148, n. 6; nem curadores, §§ 163 e 167.—São sujeitos á curatela, §§ 163.

T

Taxa de alimentos.—§§ 137, 35, 151, 164 e 168.

Tenças.—Vej. *Rendas*.

Terça.—§§ 76 e 93, n. 3.

Testamento.—O reconhecimento de filhos naturaes póde ser feito em qualquer das especies adoptadas em direito, § 122, n. II.

Tradição.—Do dote deve ser provada, § 89. — Das arrhas, § 94.

Tutela.—Definição, § 144.—Pessoas sujeitas, § 145.
—Testamentaria, legitima e dativa, § 146.—Confirmação e nomeação de tutores, § 147.—Incapacidade para tutor, § 148.
—Escusas, § 149.—Formalidades que precedem o exercicio, § 150.—Deveres dos tutores, § 151.—Representação e assistencia, § 152.—Administração dos bens, § 153.—Actos que o tutor não póde praticar, § 154.—Responsabilidade do tutor e do juiz, § 155.—Destino do dinheiro dos orphãos, § 156.—Protutor e falso tutor, § 157.—Como acaba a tutela, § 158.—Efeitos da cessação, § 159.—Prestação de contas, § 160.

U

Usufructo.—Póde ser dado em dote, § 74.—Tem o pai sobre os bens adventícios do filho, § 116, n. III.

V

Velleiano.—Not. 3, p. 67 e Nota III, § 150, n. III.

Viuva quinquagenaria.—§ 64.

