TRACTADO

DAS

OBRIGAÇÕES RECIPROCAS,

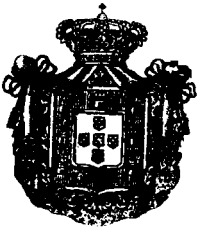
QUE PRODUZEM ACÇÕES CIVIS,

I. DOS PAIS PARA COM OS FILHOS;
II. DOS FILHOS PARA COM OS PAIS;
III. DOS IRMÃOS PARA COM OS IRMÃOS;

OBRA PRATICA, E COMPENDIARIA CONFORME A NOSSA LEGISLAÇÃO, E USO MODERNO DAS NAÇÕES, E QUE COMPREHENDE O MAIS FREQUENTE NO FORO:

POR

MANOEL DE ALMEIDA E SOUZA
de Lobão.



LISBOA
NA IMPRENSA NACIONAL.

1852.

PARTE PRIMEIRA.

OBRIGAÇÕES DOS PAIS PARA COM OS FILHOS.

CAPITULO I.

Obrigação dos pais de alimentarem os filhos legitimos, naturaes, e espurios. Extensão, e limites desta natural, e civil obrigação.

Exposição, e illustração do Assento de 9 de Abril de 1772.

§. 1.

"He Regra, e Preceito geral de todos os Di-
"reitos Natural, Divino, e Humano, que cada hum
"se deve alimentar, e sustentar a si mesmo; da
"qual Regra, e Preceito geral só são exceptuados
"em primeiro lugar os filhos, e toda a ordem dos
"descendentes; e em segundo lugar os pais, e to-
"da a serie dos ascendentes. Em primeiro lugar
"são exceptuados os filhos, e toda a ordem dos des-
"cendentes; porque como os pais lhe devão o ser,
"e a vida, dicta a razão natural que sejão obriga-
"dos a conservarem-lha, contribuindo-lhes primeiro
"que todos com os alimentos necessarios para este
"fim."

Esta obrigação natural dos pais produz acção civil nos filhos, não só por este Assento, mas pela Ord. L. 1. T. 88. §. 11. L. 3. T. 9. §. 4. no fim, e L. 4. T. 99. *Princ. Justit. de*

Jur. Nat. Gent. et Civil. L. 4. *Cod. de alend. Liber.* Pufendorf. *de J. N. et G. L.* 4. *C.* 11. §. 4. Stryk. *de Action. Secc.* 1. *membr.* 2. §. 3.

Sobre este Assento já fiz algumas reflexões no Trat. Prat. de Morgad. C. 17. §. 10., e seguintes, e nas Notas ao L. 2. de Mell. Freir.; e em geral sobre as causas, e questões de alimentos no Trat. das Acções Summarias, a que me remetto: E por isso só exporei neste lugar algumas cousas, que deixei de tractar naquelles.

§. 2.

« E na falta dos pais (continúa o Assento) a « mesma razão natural lhes subroga os Avós, e os « outros ascendentes mais chegados em gráo, para « a contribuição dos mesmos alimentos. » (a) A mãi he subsidiariamente obrigada a alimentar seus filhos, (b) mas só no caso de nem o pai, nem os avós paternos terem faculdades para os poderem alimentar. (c)

(a) Esta mesma gradação faz o Codigo Frederico *P.* 1. *L.* 2. *T.* 6. §. 1. Voet. *ad Pandect. L.* 25. *T.* 9. *n.* 6. *e* 7.

(b) Novell. 117. *C.* 7.

(c) Mull. ad Struv. *Exerc.* 30. *thes.* 75. Confira-se Peg. tom. 7. *ad Ord. L* 1. *T.* 87. §. 11. *a n.* 6.

§ 3.

A mãi porém com especialidade tanto pela obrigação, que lhe impõe o Direito Natural, como o Civil, e a nossa Ord. L. 1. T. 88. §. 10, he obrigada lactar seus filhos nos primeiros tres annos, concorrendo o pai com as despezas dos enfaxes, sem differença de ser legitimo, ou natural o filho. E só he escusavel: 1.° quando por imbecilidade ou enfermidade o não póde fazer: 2.° quando feito o divorcio quer entrar em Recolhimento de Religiosas: 3.° quando sem infamia propria, estando em reputação

de honesta, o não podesse crear: 4.° quando he tão pobre, que não tem de que possa viver: Recahindo em todos estes casos no pai a obrigação de pagar á ama, que crie o feto.

Vejão-se Guerreir. *Tr.* 3. *L.* 5 *C.* 2. Mull. ad Struv. *Supr.*, e Peg. tom. 7. *ad Ord. L.* 1. *T.* 87. § 10. *a n.* 19.

§. 4.

«O direito, e acção dos filhos, e de todos os «descendentes mais proximos, para obrigarem os «pais, e na falta delles os outros ascendentes (con- «tinúa o Assento) para que os alimentem, igual- «mente procede, e lhes compete: I. Ou os filhos «não tenhão ainda chegado á idade de poderem ad- «quirir por si o necessario para a sua sustentação, «ou sim tenhão já della passado; mas ou por defei- «to da natureza, ou por outro algum principio, sejão «tão inertes, que se não possão alimentar a si mes- «mos: II. Ou os filhos sejão legitimos, naturaes, ou «espurios; porque até os espurios devem ser ali- «mentados pelos pais, pois assim o dispõe a Ord. «do L. 4. T. 99. §. I.: III. Ou os filhos se conser- «vem ainda debaixo do patrio poder, ou se achem «já emancipados. Porque o acto civil da emancipa- «ção não deve priva-los do direito, que a mesma «natureza lhes dá para serem soccorridos pelos pais «nas extremidades das suas indigencias: IV. Ou os «ditos filhos não tenhão ainda recebido as suas le- «gitimas, ou as hajão já recebido, e dissipado; por- «que a si devem os pais imputar a intempestiva en- «trega, que dellas lhes fizerão.»

Exorna-se a I. ampliação.

§. 5.

Huma vez que os filhos estejão em idade de se poderem alimentar a si mesmos, e elles peção ali-

mentos dizendo, que o não podem fazer por defeito da natureza, ou por algum outro motivo, elles devem provar essa ineptidão, e incapacidade de se alimentarem a si, como fundamento da sua intenção: E no entretanto está contra elles a Regra geral, que cada hum se deve alimentar a si mesmo. (§. 1.)

Paul. Mell. *ad Castill. de Aliment. C.* 1. *n.* 10. Michalor. *de Fratrib P.* 3. *C.* 32. diz o contrario: Mas quando a pobreza he fundamento da intenção do agente elle a deve provar, Guerr. *ad Ord pag.* 296. Conciol. *alleg.* 6. *a n.* 26.

Exorna-se a II. ampliação.

§. 6.

Se o pai nega a filiação natural do filho, que não he nascido de matrimonio, e elle pede alimentos provisionaes, e *expensas Litis*, deve primeiro provar a quasi posse da filiação, e o bom direito para pedir os alimentos ordinarios, e vitalicios, bastando para aquella provas mais leves; (a) mas depois para a causa ordinaria dos alimentos perpetuos, e para estes se julgarem, são necessarias provas da filiação mais certas, legaes e concludentes. (b)

(a) Solan. *Cog.* 9. *a n.* 242. Voet. ad Pandect. *L.* 25. *T.* 3. *n.* 13. Stryk. *vol.* 1. *Disp.* 19. *C.* 3. *a n.* 74. Peg. de Maior. *tom.* 4. §. 13.

(b) Solan. *Supra*, Castill. *de Aliment. C.* 1. *n.* 10.

§ 7.

Se os filhos, que pedem alimentos ao pai, são simplesmente naturaes ou espurios, ainda que legitimados, e o pai tem outros filhos legitimos, estes gozão da primeira preferencia para serem alimentados; e só depois de providenciados competentemente, ainda que com parcimonia, póde applicar-se al-

gum resto aos naturaes: sem que estes possão ou devão concorrer com igualdade em os alimentos com os legitimos.

Peg. *de Spur.* 1. *sub n.* 1. Gratian. *for. C.* 552. *n.* 55. Bagn. *C.* 9. *n.* 120.

Na Questão: Se aos espurios se devem alimentos só *ne fame pereant*, ou *secundum qualitatem et dignitatem patris, ejusque facultatis, ac secundum qualitatem, et indigentiam ipsorum filiorum?* Segue-se commummente esta segunda parte, como se póde vêr nos muitos DD., que cumulou Bagn. *C.* 8. *n.* 118.; e entre elles os nossos Pinheir. *de Testam. tom.* 2. *Disp.* 5. *Secc.* 1. §. 4. *n.* 68. Oliveir. *de Muner. Provis. C.* 1. *n.* 52. Gam. *Decis.* 201. Peg. no Trat. *de Spur. C.* 4., e optimamente Egid. *na L. Ex hoc jure C. un. de Jur. Nat. n.* 33. Bem entendido, quando não concorrerem com os filhos legitimos.

Exorna-se a III. ampliação.

§. 8.

A filha que ainda sem consentimento do pai casou depois de ter 25 annos, ou antes com supplemento, e authoridade judicial, póde demandar o pai para que se lhe consigne dote como subrogado em lugar de alimentos: Mas no caso da impossibilidade do pai, ou quando elle não he obrigado a dota la, recahe esta obrigação no marido ou no sogro.

Fragos. *de Regim. P.* 3. *L.* 3. *Disp.* 6. §. 1. *n.* 13. Coller. *de Aliment. L.* 1. *C.* 2. *a n.* 29., aonde prova que a filha casada sem dote póde demandar ao pai para que a dote ou alimente; e que o filho ainda recebendo o dote de sua mulher, não sendo este sufficiente para as despezas da familia, deve o pai supplementa-las.

Exorna-se a IV. ampliação.

§. 9.

A hum filho prodigo, e dissipador não se lhe devem segunda vez assignar alimentos tão lautos, como que se a primeira vez se lhe assignassem, mas com muita parcimonia. (a) Mas se a perda da legitima foi casual, e inculpavel, devem assignar-se-lhe alimentos como da primeira vez. (b)

(a) Cabed. *P.* 1. *Decis.* 148 Molin. *de Primog. L.* 2. *C.* 16. *n.* 28

(b) Mull. ad *Struv. Exerc.* 30. *thes.* 76. Em Macedo *Decis.* 35. vemos julgado que, sem embargo de hum irmão ter perdido em huma negociação arriscada os alimentos consignados pelo irmão, se lhe arbitrárão segunda vez, mas com a diminuição da quinta parte.

A vista deste Assento, que expressamente comprehende o caso de ter o filho recebido antecipadamente a legitima, e a haver dissipado, cessa a differença que faz Struv. *Supra* entre o caso de o filho ter dissipado o seu proprio, e o caso de ter dissipado a legitima assignada; porque ainda neste segundo caso o Assento obriga ao pai.

Outras ampliações se podem vêr em Coller. *de Aliment. L.* 1. *C.* 2., e em Peg. *de Spur. C.* 1. Só não devo omittir que o pai não se excusa de alimentar o filho, ainda que lhe offereça a legitima, não querendo elle acceita-la, Portug. de Donat. L. 1. Prælud. 2. §. 5. n. 13.

Casos em que nos pais cessa esta obrigação.

§. 10.

« Cessa porém (continúa o Assento), e não « tem lugar o mesmo direito, e acção dos filhos, e « dos outros descendentes. I. No caso em que os « pais, ou quaesquer outros ascendentes não tem « com que se alimentem a si, ou apenas tem o pre- « ciso, e indispensavelmente necessario para a pro- « pria sustentação. II. No caso em que os filhos se « podem alimentar a si mesmos, ou de alguns bens « que tenhão, ou de alguma occupação propria da « sua condição que possão ter. III. No caso de te- « rem comettido contra os pais alguma ingratidão, « pela qual possão ser desherdados por elles; porque « em consequencia do poder de desherda-los podem « tambem os pais priva-los dos alimentos. IV. No « caso em que os filhos sem causa alguma justa se « tenhão apartado da casa dos pais, e lhes faltem « com a satisfação dos obsequios, que constituem « uma pensão necessaria, e impreterivel pelos que « recebem alimentos. V. No caso em que os filhos « se tenhão casado sem consentimento dos pais.... « Tudo o que fica assentado neste V. caso procede « a respeito dos filhos, e filhas de legitimo matri- « monio. Os illegitimos porém, e os que destes pro- « cedem, assim varões como femeas, se se casarem « sem consentimento dos pais, em qualquer idade « que tenhão, ou o fação com pessoa indigna, ou « com digna, ou ainda com mais digna, sempre in- « correrão na pena de desherdação, sendo taes que « ella possa ter nelles lugar; e em todos os casos « perderão por esse mesmo feito o direito, e acção « que tiverem para alimentos; porque quanto mais « favorecidos são os illegitimos pelos pais em os re- « conhecerem, e tractarem como filhos, tanto mais

«devem honra-los em tudo, e por tudo. E, faltan-«do á obrigação deste preceito, devem incorrer em «penas mais graves do que os filhos legitimos que «a elle faltão.»

Todas estas limitações provão os DD. Peg. *de Spur. C.* 5. Voet. *ad Pandect. L.* 25. *T.* 3. *a n.* 14. Coler. *de Aliment. L.* 1. *C.* 2. *a n.* 38.

Illustração, e exposição pratica destas cinco Limitações.

§. 11.

Quanto á Primeira: Não póde o pai affectar fidalguias, luxos do seculo, despezas com tantos criados, carruagens, bestas, etc. para se exonerar, dizendo com este Assento, que he escuso de alimentar o filho; porque o Assento mesmo só o escusa, quando apenas tem o preciso, e indispensavelmente necessario para a propria subsistencia; e não lhe permitte conservação de fausto, e luxo com privação dos alimentos do filho.

Coler. *Supr. n.* 85. 86. *et* 87.

§. 12.

Só sim não he o pai obrigado vender a propriedade de seus bens para alimentar os filhos; porque só deve ser obrigado a alimenta-los pelos rendimentos delles, deduzido primeiro para si o necessario. (a) E deve tambem, para o arbitrio destes alimentos, dar-se desconto ás dividas que deve o pai (b)

(a) Bagn. *C.* 9. *n.* 123. Coler. *Supr. n.* 35. Garcia *de Expens. C.* 4. *n.* 18 Guerreir. *Tr.* 3. *L.* 5. *C.* 15. *n.* 28. *et* 29. Peg. *de Spur. C.* 4. *n.* 2.

(b) Salgad. *in Labyr. P.* 1. *C.* 24 *n.* 118. Surd. *de aliment. T.* 9. *q.* 5. *n.* 26. Franç. *ad Mend. arest.* 85. *n.* 13.

§. 13.

O exposto procede quando o filho legitimo ou natural demanda ao proprio pai, em quanto vivo, por alimentos: Se porém o pai he morto, e o filho nateral demanda seus herdeiros legitimos ou extranhos, já o caso varia de face, já cessa no pai a primeira necessidade, entrando em collisão com a do filho; cessa esta limitação, e tem o filho direito a ser providenciado com melhores alimentos.

O nosso Egidio na L. *Ex hoc jure ff. de just. et jur. C. un. de jur. nat. n.* 32. expõe as razões de differença deste ao antecedente caso, e dá normas para o arbitrio dos alimentos no presente.

§. 14.

Sendo o pai casado por Carta d'ametade, e hum seu filho natural ou adulterino lhe pede alimentos, deve excomputar-se para o seu arbitrio, e para o fim desta primeira Limitação do Assento tambem ametade do rendimento respectivo á mulher.

Voet. *ad Pandect. L.* 23. *T.* 2. *n.* 82.

§. 15.

Quanto á segunda Limitação: Ou 1.° havemos de considerar (na sua conformidade) a possibilidade no filho de se alimentar a si mesmo d'alguns bens que tenha: Ou 2.° de alguma occupação propria da sua condição, que possa ter: Pelo que respeita á primeira parte, ou devemos olhar hum filho legitimo, em cujos bens o pai tem o usofructo, pedindo alimentos fóra de casa, por alguma justa causa das que se exporão na quarta Limitação, e cujo usofructo o pai goza; ou hum filho legitimo, emancipado, e casado; ou hum natural, que tem bens, de que o pai não he usofructuario.

§. 16

No primeiro caso só o pai he obrigado dispender com o filho o usofructo, e supplementar do seu

o que falta. E se algum terceiro deixou os bens ao filho, e o usofructo ao pai com a obrigação de alimentar por elle ao mesmo filho; se este usofructo he insufficiente, póde empregar nos seus alimentos todo o outro, que tiver nos mais bens adventicios do filho. E o mais he que, se hum estranho deixasse bens ao filho com condição de os fructos delles se converterem em capital, póde o pai imputar nos alimentos do filho para se exonerar da propria obrigação esses mesmos redditos, que o tal testador mandou converter em capital.

Todas estas proposições comprova Voet. ad Pandect. L. 25. T. 3. n. 15.

He Questão bem opinativa: Se o filho, que deve ser alimentado pelo pai pelos redditos dos seus bens adventicios, tem ou não preferencia aos credores do pai, quando estes fazem penhora no tal usofructo? Vejão-se Altim. *de Nullit. tom.* 8. *pag.* 66 Salgad. *in Labyrint. P.* 4. *C.* 15. Add. ad Oliveir. *de Muner. Provis. C.* 3. *n.* 21. Gam. *Dec.* 200. *n.* 1. Urceol *for. Cons.* 14. Prevalece a opinião: que o filho para ser alimentado pelos redditos dos seus bens adventicios, de que o pai he usofructuario, tem preferencia aos credores do pai, que lhe fazem penhora neste usofructo.

§. 17.

No segundo caso: Se o filho he emancipado, natural, ou espurio, e tem bens de que o pai não he usofructuario, he o pai exonerado de o alimentar, conforme a generalidade do Assento: Com tanto que 1.° pelos seus redditos se possa alimentar o filho; porque para esse fim não he obrigado o filho alienar a propriedade: (a) 2.° esses redditos sejão sufficientes ao filho, porque se o não forem deve o pai supplementar-lhe o que falta. (b)

(a) Coler. *de Aliment. L.* 1. *C.* 2. *n.* 78.

Mull. *ad Struv. Exerc.* 30. *thes.* 76. Solan. *Cog.* 9. *n.* 83. Surd. *de Aliment. T.* 7. *q.* 6. *a n.* 2.

(b) Surd. *Supr. a n.* 16. Solan. *Sub. n.* 83. Bagn. *C.* 9. *n.* 135.

Se o pai fôr tão pobre que não tenha o necessario para se alimentar a si, e menos ao filho, póde para esse fim vender os bens adventicios, mas com authoridade do Magistrado, Voet. *Supr. n.* 16. Guerreir. *for. q.* 60.

§. 18.

Quanto á segunda parte desta Limitação: Concordão os DD. em que se diz poder-se sustentar a si aquelle que póde trabalhar: (a) Mas como o filho nem sempre póde trabalhar, e a natureza humana está exposta a molestias, e outros incommodos, e embaraços que impedem muitas vezes adquirir o sustento pelo proprio trabalho, deve sempre arbitrar-se, e julgar-se alguma cousa para as contingentes necessidades, ou para o que o trabalho não podér supprir; não reservando o petitorio, e a demanda com todas as suas demoras para quando isto poder acontecer. (b)

(a) Solan. *Supr. n.* 80. Peg. *tom.* 7. *ad Ord. pag.* 237. *n.* 23., e no Trat. *de Spur. pag.* 121. *n.* 24. Coler. *Supr. a n.* 82. Bagn. *C.* 9. *a n.* 132.

(b) Surd. *de Alim. T.* 7. *q.* 9. *n.* 19. Bagn. *n.* 135. *n.* 82.

§. 19.

Quanto á terceira Limitação: Esta he a Regra geral: que cessa nos pais a precisa obrigação de alimentarem os filhos, quando estes tem commettido alguma ingratidão, pela qual possão ser desherdados. Mas em quanto pende a demanda sobre isto sempre se devem ao filho alimentos provisionaes: E quando se decida contra o filho, nunca este póde ser privado dos alimentos necessarios para sustentar a vida;

porque por maior que seja o seu crime nunca deixa de ser filho, nem aquelle de ser pai: e he com esta modificação tão justa, e tão conforme ao Direito Natural que deve entender-se o nosso Assento

Stryk *de Accion. for. Secc.* 1. *Membr.* 2. §. 16. Valasc. *Cons.* 1. *n.* 10. Mull. *ad Struv. Exerc.* 30. *thes.* 76. *in fin.* Guerreir. *Tr.* 2. *L.* 2. *C.* 1. *n.* 80. Fragos. *de Regim. P.* 3. *L.* 1. *Disp.* 2. §. 1. *n.* 113. *e* 114. Mell. Freir. *L.* 2. *T.* 20. §. 6.

§. 20.

Quando o filho que cometteo a ingratidão capaz de desherdação se reconcilia, e familiariza com o pai, ou quando se emenda dos seus vicios, principalmente antes da desherdação, e o pai tacitamente lhe tem remittido as injurias, e as offensas por algum dos modos que expõe os DD. (a) nestes casos, assim como não póde já ser desherdado sem novas causas, tambem não póde ser privado dos alimentos civis (b) E tambem neste sentido se deve entender esta Limitação.

(a) Barri *de Succession. L.* 10. *T.* 4. *a n.* 23. Surd. *de Aliment. T.* 7. *q.* 1. Stryk. *de Success. ab intest. Diss.* 12. *C.* 3. §. 30. *e* 37. Guerreir. *Supr. a n.* 65.

(b) Surd. *Supr. d. q.* 1.

§. 21.

Quanto á quarta Limitação: « Constituem os « obsequios, e respeitos (diz o Assento) huma « pensão necessaria e impreterivel pelos quê rece- « bem alimentos: » E por isso priva delles aos filhos « que sem causa alguma justa se tem apartado « da casa dos pais, e lhes faltão com a satisfação dos « obsequios, e respeitos » He regra geral: que o filho-familias, que he alimentado pelo pai deve trabalhar para elle; e recusando faze-lo póde o pai denegar-lhe os alimentos.

Silv. *ad Ord. L.* 4. *T.* 28. *in princ. n.* 5. Em differença das pessoas a quem se devem alimentos *ex dispositione hominis*, Solan. *Cog.* 9. *a n.* 89.

§. 22.

Como porém ha differença entre as obras, e serviços obsequiaes, e artificiaes, duvida-se se o filho deve prestar ao pai humas, e outras? Huns DD. os obrigão a todas, (a) outros tão sómente ás obsequiaes; (b) outros fazem differença entre os filhos-familias, e os emancipados, obrigando aquelles a todas, e estes sómente ás obsequiaes. (c)

(a) DD. que se podem vêr em Silv. *ad Ord. L.* 4. *T.* 28. *in princ. n.* 9.

(b) Em Harprectr. *Disp.* 1. = *De operis Liberorum, quas suis parentibus debent, ac præstant* = *a n.* 199.

(c) O mesmo Harprectr. *a n.* 211.

As obras, e serviços commummente se dividem em officiaes, e obsequiaes, ou artificiaes, e fabris: Aquelles consistem v. gr. em fazer a cama, pôr a mesa, acompanhar, dançar, cantar, dar agua, servir na Camara, etc. Estes em tudo o que he artificio, pintar, tecer, cozer, fiar, etc. Silv. *Supr. n.* 8. Solan. *Supr. a n.* 91.

§. 23.

Porém reflectido o nosso Assento parece que só obriga aos filhos, para receberem alimentos em casa dos pais, á satisfação dos obsequios, e respeitos; e estes he só que diz constituem a pensão necessaria pelos que recebem alimentos, e não os obriga ás obras artificiaes, nem industriaes, e servis; nem que estas, e os seus lucros cedão em beneficio dos pais que os alimentão. Parece que remove toda a dúvida a Ord. L. 4. T. 97. §. 16. e 17., que faz proprio, e peculio adventicio dos filhos-familias tudo

quanto elles adquirem por seu trabalho, e industria, ainda que o filho se governe, e alimente com os bens do pai, se com os bens delle o não ganhar. De forma que só faz proprios, e profecticios do pai os bens que o filho ganhou com os bens do pai ou da mãi; concorrendo estas duas circumstancias: 1.ª vivendo ou estando com elles, e governando-se com os bens delles; 2.ª sendo os ganhos com os bens dos pais. Logo, se o filho recebendo do pai alimentos lucra para si tudo quanto póde lucrar por officio, ou artificio, sem que lhe fique profecticio, segue-se que neste Reino não he obrigado prestar ao pai, recebendo delle alimentos, mais que os serviços officiaes.

Assim discorre optimamente Solan. *Cog.* 9. *a n.* 108., e cessa neste Reino a variedade de opiniões, que refere o citado Harprectr.

§. 24.

Tambem o Assento nesta quarta Limitação só priva dos alimentos os filhos, que sem alguma justa causa se tenhão apartado da casa dos pais: Logo os que com causa justa se apartão della podem pedi-los de fóra.

Quando os alimentos são deixados a alguma pessoa com a condição de ella os perceber em casa do herdeiro, expõe os DD. muitas causas, pelas quaes o alimentario póde pedi-los fóra de casa, como se podem vêr em Surd. *de Aliment. T.* 4. *q.* 15. Portug. *de Donat. L* 1. *Prælud.* 2. §. 2. *a n.* 117. Castill. *L.* 4. *Contr. C.* 60. *a n.* 27. Antonell. *de Loc. Legal. L.* 2. *C.* 19. *q.* 3. Luc. Ferrar. verbo = *Alimenta* = *a n.* 102. E com especialidade quanto aos filhos as expõe Arouc. *in L.* 3. *ff. de his qui sunt sui vel alien. jur. n.* 3. Altim. *ad Romit. L.* 3. *Obs.* 21. *a n.* 28.

§. 25.

Deve porém sobre estas Causas advertir-se 1.° que a demanda, que o filho move ao pai a pedir-lhe alimentos, não he por isso só causa bastante para receber os alimentos *extra domum*, e só sendo a demanda sobre diverso objecto: Porque aliàs seria facil a qualquer alimentario evadir a obrigação, que lhe impõe o Assento de habitar com o Alimentante, e obsequia-lo se a demanda, em que lhe pede alimentos, fosse causa justa para os receber *extra domum*.

Castill. *Supra n.* 24 Rot. *in Collect. ad Paul. Mell. ad Castil. de Aliment. Decis.* 23. *a n.* 8.

§. 26.

Deve advertir-se 2.° que (á excepção de o pai casar segunda vez, caso em que se presume sem outra prova odio da madrasta) em todo o caso, em que o filho pede, e quer com algum pretexto alimentos *extra domum*, a elle incumbe a prova da justa causa, com que se aparta do pai, e que com elle não póde viver em tranquillidade ou serenidade de consciencia.

Castill. supr. n. 30. Altim. ad Rovit. supra, Antonell. supr. n. 30. O mesmo Castill. no n. 29. deixa a causa, e a sua prova ao prudente arbitrio do Julgador. Mas adverte Silv. e Arauj. Post. Tract. de Perfect. Advocat. Cons. 4. que toda a presumpção forceja em favor do pai para se não presumir deshumano, nem cruel com o filho.

§ 27.

Quanto á quinta Limitação: Ella he absoluta: «No caso em que os filhos se tenhão casado sem «consentimento dos pais,» principalmente os illegitimos pelas razões, que expõe o mesmo Assento. A Lei de 9 de Junho de 1775 no §. 4. e 5. determinou «que as filhas-familias, ou que estiverem de-

« baixo da tutella, ou curadoria, as quaes com in-« juria de seus pais, e parentes se deixarem corrom-« per, fiquem pelos mesmos factos desnaturalizadas « das familias, a que pertencerem, e inhabeis para « dellas herdarem, ou haverem alimentos. Nas mes-« mas penas incorrerão os filhos, ou filhas pelos mes-« mos factos de casarem sem consentimento de seus « pais, tutores, ou curadores. » Foi esta Lei posterior ao dito Assento; e em consequencia revogou a distincção, que elle fez entre as filhas maiores de 25 annos, as quaes não privava de alimentos casando sem authoridade dos pais; e aos filhos sim em toda a idade que casassem. Mas sendo o Assento confirmado inteiramente pelo subsequente Alvará de 29 de Agosto de 1776 posterior á Lei de 1775, aquelle ultimo confirmatorio do Assento veio a ficar declaratorio desta antecedente Lei de 1775 para só incorrerem na pena as filhas menores, e sempre as maiores que casarem sem beneplacito dos pais, tutores, e curadores.

§. 28.

Mas a Lei de 6 de Outubro de 1784, posterior a tudo, só fez preciso o consentimento dos pais, tutores, e curadores para os esponsaes dos filhos-familias, sem distincção do sexo, sendo menores de 25 annos; porque no §. sexto=diz: « Os filhos maio-« res de 25 annos, que quizerem contrahir espon-« saes, deverão indispensavelmente pedir o consen-« timento dos pais; e repugnando estes, depois de « terem elles satisfeito, e cumprido com os impor-« tantes, e religiosos officios da obediencia, e res-« peito que se devem a estes chefes das familias, « poderão proceder á celebração do contracto sem « o seu consentimento; e com esta modificação se « entenderá a Lei de 29 de Novembro de 1775. » Consequentemente ficou pela ultima de 1784 cessando a generalidade da de 19 de Junho de 1775,

e a distincção do Assento confirmado pelo Alvará de 29 de Agosto de 1776.

§. 29.

Se os filhos menores recorrem ao Magistrado na forma das ditas Leis, e obtem o Supplemento judicial, não podem mais por essa causa ser desherdados, e podem consequentemente pedir aos pais dotes, e alimentos.

Sobre os matrimonios dos menores de 25, como podem pedir o Supplemento do consentimento paterno, etc. Veja-se a minha Diss. 14. na Collec. de Dissert. em Supplem. ás Acções Summar. pag. 379.

§. 30.

Não só pelo casamento contrahido sem authoridade dos pais incorrem as filhas menores a pena da desherdação, mas tambem por se deshonestarem antes dos 25 annos, Ord. L. 4. T. 88. A Lei de 19 de Junho de 1775 já transcripta (§. 27.) parece que as sujeita á pena de desherdação, e privação de alimentos indistinctamente em qualquer idade que se deixarem corromper: O §. 9. da Lei de 6 de Outubro de 1784 prohibio que as corruptas maiores de 17 annos querellassem do estupro voluntario, e mandou que ficassem sem vigor as disposições, e penas estabelecidas na Ord. L. 5. T. 23, e na dita Lei de 19 de Junho de 1775 pelo que pertence ao caso do estupro voluntario, e prohibida qualquer interpretação em contrario. Nesta collisão confesso que não sei decidir se, pela pena de não poderem as corruptas querellar de estupro voluntario, ficou cessando a outra da desnaturalisação, desherdação, e privação de alimentos imposta na Lei de 19 de Junho, vendo mandar a de 6 de Outubro que esta fique sem vigor, pelo que pertence ao caso do estupro voluntario, e não vendo revogada a geral Ordenação L. 4. T. 88. O meu provavel sentimento he: 1.° que esta

Ord. subsiste na sua generalidade: 2.° que a Lei de 19 de Junho de 1775 só cessa pelo que pertence ao estupro voluntario, para que as estupradas o não possão accusar em qualquer idade depois dos 17 annos; mas não para que, sendo menores de 25 quando se deixárão corromper, não possão ser desherdadas, conciliadas assim humas, e outras Leis: Em consequencia 3.° privadas de alimentos com a modificação acima exposta. (§. 19.)

A maior dúvida ainda he se huma filha antes dos 25 annos se deixa corromper, e incorre por isso *ipso jure* a pena de desherdação pela Ordenação, e depois dos 25 casa com o estuprador, tempo, em que já não precisa do consentimento de pai para as nupcias, se evita a pena da desherdação, e da privação dos alimentos? — Ha razões fortes por huma, e outra parte: No Cap. 21. §. 343. tractarei esta questão: No entretanto vejão-se Peg. *de Maior. C.* 10. *n.* 500. *et* 501. Stryk. *de Success. ab intest. Diss.* 12. *C.* 2. §. 37. Barri *de Success. L.* 10. *T.* 4. *n.* 24. *et* 25.

CAPITULO II.

Arbitrio judicial sobre a quantidade dos alimentos: Effeitos da Sentença que os julga: Transacções entre os filhos, e pais sobre os mesmos alimentos, e effeitos dellas.

Secção I.

Arbitrio judicial sobre a quantidade dos alimentos.

§. 31.

Sendo applicavel a disposição do Assento, de cuja intelligencia tractei no Cap. I., e cessando as

suas Limitações segundo a propria, e genuina intelligencia dellas, verificados os requisitos da pobreza da parte do Alimentario, e opulencia da parte do pai obrigado aos alimentos, requisitos que sempre se suppõem precisos, (a) fica arbitraria ao Julgador a quantidade, *segundo a faculdade do patrimonio do pai:* Ord. L. 3. T. 9. §. 4. no fim; e com respeito ao mais que fica exposto no Cap. I., e qualidades das pessoas, Ord. L. 1. T. 88. § 15. (b)

(a) Paul. Mell. *ad Castill. de Aliment. Cap.* 1. *Solan. Cog.* 9 *n.* 76.

(b) Peg. tom. 7. *ad Ord. L.* 1. *T.* 87. §. 15. *n.* 4. Salg. *in Labyr. P.* 1. *C.* 24. *n.* 14. *et* 15. Cyriac. *Contr.* 34. *n.* 8.

§. 32.

Abundando as faculdades do pai então he que se devem arbitrar alimentos lautos, conforme as qualidades das pessoas; arbitrando ao nobre o necessario para os criados, bestas, casas, moveis, etc. segundo o costume da Terra: (a) E não abundando, então he justo que o pai, e filho se moderem, a menos que o filho não demande os herdeiros extranhos do pai. (§. 13.)

(a) Peg. *Supr.* Cyriac. *Supr.* Struv. et Mull. Exer. 30. thes. 77.

Secção II.

Effeitos da Sentença, que arbitra, e julga os alimentos.

§. 33.

Primeiro effeito: Sendo os alimentos devidos *ex æquitate et Judicis Officio*, só se devem julgar, e executar do dia da citação, e não os preteritos: (a) a menos que 1.° o pai não tivesse sido interpellado pelo filho, propondo-lhe a sua indigencia: e 2.° o filho abandonado do pai, e sendo este inflexivel á sua

miseria, e supplicas, passasse a contrahir dividas para se alimentar; porque então o pai fica responsavel a ellas depois da interpellação, não sendo excessivas dos racionaveis alimentos; e fica competindo pela satisfação dellas acção contra o pai, não só ao filho, mas ainda aos credores. (b)

(a) Solan. *Cog.* 9. *à n.* 59. *et.* 76.

(b) Solan. *a n.* 60. *ad* 63.

O que alguns DD. dizem que estes alimentos se devem desde a Litis contestação se entende desde a petição, e citação, Arouc. na L. 10. *ff. de his qui sunt sui, n.* 9. Solan. *n.* 74. E assim se observa na Praxe.

§. 34.

Segundo effeito: Estes alimentos devem julgar-se que se paguem por mez, ou por mezes, e antecipadamente no principio de mez, ou mezes: (a) Ou em dinheiro, ou em especies de fructos: (b) Ou assignando-se predios, de que os Alimentarios percebão os alimentos: (c) Mas neste caso livres de decimas, e mais tributos; (d) a menos que os fructos dos predios consignados não excedão os julgados alimentos. (e)

(a) Boss. *de Aliment. C.* 12. *n.* 767. Molin. *de Primog. L.* 2. *C.* 15. *n.* 73. Fontanell. *de Pact. Claus.* 6. *gloss.* 2. *p.* 3. *n.* 61.

(b) Como se praticou no caso julgado, que refere Franç. *ad Mend. Arest.* 85. *a n.* 11.

(c) Guerreir. *Tr.* 1. *L.* 2. *C.* 12. *n.* 60.

(d) Balmased. *de Collect. q.* 75. *n.* 7. Molin. *Supr. L.* 1. *C.* 27. *n.* 9.

(e) Balmess. *a n.* 8. *et q.* 117. *a n.* 15.

§. 35.

Terceiro effeito: A Sentença que julga estes alimentos só he appellavel no effeito devolutivo, e não no suspensivo; e mesmo quando se appella da Sentença, que julga as *expensas Litis*, ou de qual-

quer incidente nas mesmas Causas: Não porém quando se tracta de alimentos preteritos, quaes os que se devem *ante motam Litem*, como em hum dos casos do §. 33., ou por Contracto, ou Testamento; ou a Sentença se profere contra o que pede os alimentos.

Peg. tom. 2. *for.* C. 15. *a n.* 103. *ad n.* 113.

§. 36.

Quarto effeito: Executando-se a Sentença, que julgou estes alimentos devidos *Judicis Officio*, em quanto pende a Appellação, ou em quanto a Execução della se embarga nos termos da Ord. L. 3. T. 86. §. 3. e 4., não he o Alimentario obrigado prestar fiança de os restituir no caso que a final venha a succumbir, e a revogar-se a Sentença, que lhos julgou.

Peg. *tom.* 1. *for.* C. 7. *sub n.* 47. Arouc. *in L.* 10. *ff. de his qui sunt sui, vel alien. jur. n.* 5., aonde ainda que refere outra opinião segue esta. Mas adverte Cancer 1.° *var.* C. 16. *sub n.* 40., e refere julgado que se o que assim recebeo sem fiança os alimentos pelo privilegio especial vem a succumbir, e depois vem a adquirir riquezas, deve então restituir os alimentos, que recebeo injustamente sem a fiança. E assim se deve entender a generalidade de Arouc. *Supr. n.* 5. *no fim.*

§. 37.

Quinto effeito: Se os alimentos se tem julgado por mezes, trimestres, semestres, etc. para serem pagos antecipadamente (§. 34.), e o Alimentario falleceo depois de vencido o pagamento de algum quartel, o transmitte a seus herdeiros.

Cost. *de Portion. rat. q.* 16. Castill. *tom.* 4. C. 54. *n.* 35. Balmassed. *de Collect. q.* 75. *n.* 4. Concioll. *alleg.* 26.

§. 38.

Sexto effeito: A Sentença que arbitra, e julga alimentos segundo o estado presente das cousas, das pessoas, e dos bens he voluvel, e nunca passa em julgado; de forma que ella, em quanto julgou alimentos ao Alimentario, cessa em todo se lhe sobrevem bens ou possibilidades para se alimentar a si proprio; e cessa em parte se ao Alimentario só sobrevem bens ou possibilidades para se alimentar em parte: E pelo contrario, se se não julgárão alimentos pela razão de não terem os pais bens sufficientes para os prestar pelos redditos ao filho, cessa a Sentença, e póde o filho de novo pedi-los; e mais (se se lhe julgárão poucos) sobrevindo riquezas ao pai, sem lhe obstar a cousa julgada.

Salgad. *in Labyrint. Creditor. P.* 1. *C.* 25. Franç. *ad Mend. arest.* 30. *a n.* 2. Arouc. *supr. a n.* 6. Stryk. *vol.* 1. *Disp.* 19. *C.* 4. *a n.* 12.

§. 39.

Septimo effeito: Se a Sentença que julgou os alimentos só decidio os provisionaes *ad Litem*, ella não obsta nem prejudica na Causa dos alimentos ordinarios, e perpetuos, a menos que na dos provisionaes não fosse plenamente tractada, e discutida a materia.

Arouc. *Supr. a n.* 1. Stryk. *de Action. Secc.* 1. *membr.* 2. §. 13. *in fin. et vol.* 1. *Disp.* 19. *C.* 4. *a n.* 47.

Se porém a Sentença proferida sobre a filiação na Causa, em que se pedírão, e julgárão alimentos ordinarios aproveita ao filho para, independente de outra disputa, sobre a filiação, pedir a herança do pai? He questão bem controversa, como se póde vêr nos DD., que por huma, e outra parte expende Castill. *tom.* 5. *C.* 104. *a n.* 21. Elle porém segue a negativa *a n.* 40. ¥. *Pro contraria* = com algumas declarações, que ahi devem ver-se.

Secção III.

Transacções entre os filhos, e pais sobre os alimentos.

§. 40.

Quando os alimentos são deixados por testamento, codicillo, ou qualquer outra ultima vontade, he expressa a L. 8. *Cod. de Transaction.* a prohibir toda a transacção sobre elles, que não seja celebrada com decreto judicial. A L. 8. *ff. de Transact.*, que tinha antes feito a mesma prohibição, he como hum Tractado, em que se expõe as circumstancias, que devem concorrer para o Pretor interpôr em tal transacção a sua authoridade para ser válida, e em que casos póde ou não subsistir. Basta vêr esta Lei sem ser necessario recorrer ao muito, que sobre ambas discorrêrão os DD.

Urceol. *de Transact. q.* 49. *Castill. de Alim. C.* 70. Valeron. *de Transact. T.* 3. *q.* 2. Mantic. *de Tacit. L.* 26. *T.* 3. Surd. *de Aliment. T.* 8. *Privil.* 56. Solan. *Coq.* 9. *a n.* 163. Struv. et Mull. *Exerc.* 6. *thes.* 58. *etc.*

§. 41.

O rigor e a formalidade precisa daquellas Leis estão moderadas pelo uso moderno: Basta que se subsiga, ainda que não preceda a Authoridade judicial: E, se não a houve antecedente ou subsequente, sempre no tom da disputa judicial subsiste a transacção mostrando-se util: E, pelo contrario, não subsiste mostrando-se prejudicial ao Alimentario.

Voet. *ad Pandect. L.* 2. *T.* 15. *n.* 14. Groeneveg. *de Leg. abrog. ad L.* 8. *Cod. de Transact.* Thomas. *Not. ad Pandect. L.* 2. *T.* 15.

§ 42.

Concordão unanimemente os DD. que tal authoridade judicial não he necessaria para a transacção,

que assenta sobre alimentos estabelecidos em contracto pelas diversas razões, que ha entre estes, e os deixados em testamento: (a) Tambem assentão alguns que nem ainda he necessaria a authoridade judicial para a transacção celebrada sobre alimentos devidos pela equidade, e pelo officio do Juiz, quaes os de que tractamos, assentando que como as ditas Leis (§. 40.) não comprehendem as transacções sobre estes alimentos, e só as sobre os deixados em ultima vontade, não ficão estes sujeitos ás formulas, que requerem as ditas Leis nas transacções sobre os deixados por ultimas vontades. (b)

(a) Assim todos os DD. citados na Nota ao § 41., e Struv. et Mull. *Exerc.* 6. *thes.* 58.

(b) Molin. *de Justit. Disp.* 557. *Sub n.* 19. *Disp.* 616. *n.* 12. Urceol. *de Transact. q.* 49. *n.* 24 *et.* 25., e outros que refere Solan *Cog.* 9. *a n.* 190. *até* 195., expondo os fundamentos dessa opinião.

§. 43.

Porém o mesmo Solan. no n. 196. firma em contrario esta Proposição = *Super alimentis jure Sanguinis debitis transigi nequit* = elle a authorisa com muitos DD. (a) E eu sigo tambem a geral, absoluta, e indistincta = *« Favore alimentorum, quæ fi- « liis debentur, jure introductum est, ut super eis nec « pacisci, nec etiam cum juramento transigi pos- « sit.* = » (b)

(a) Surd. *de Alim. Privil.* 56. *n.* 20. 22. 40. 86. Gallerat. *de Renuntiat. Cent.* 1. *renunt.* 50. *n.* 3. Molin. *de Primogen. L.* 2. *C.* 15. *n.* 77. Coler. *de Aliment. L.* 2. *C.* 12. *a n.* 3. *etc*

(b) Molin *supr.* Valer. *de Transact. T.* 3. *q.* 3. *n.* 42.

Na verdade: Se consumidos os alimentos huma vez assignados em transacção, ainda que prodigamente, póde o Alimentario, a que elles

se devem *ex æquitate*, pedir segundos, e se lhe devem julgar, ainda que com alguma moderação: (§. 9.) que composição póde haver, ainda confirmada com judicial authoridade, que assegure para sempre ao Alimentante? O unico, e mais seguro meio he consignar o Alimentario certos redditos annuos, ou uso-fructo que elle annualmente perceba, inhibindo-se-lhe a venda da propriedade.

Secção IV.

Effeitos das Transacções sobre alimentos.

§. 44.

Quando a Transacção validamente se celebra sobre alimentos deixados em ultima vontade, e com os requisitos das Leis, (§. 40.) ella não só produz os effeitos geraes de todas as Transacções, (a) mas com especialidade, que ainda que depois della se augmentem ou diminuão as faculdades do Alimentante, ou Alimentario, nem por isso varião, augmentão, ou diminuem os alimentos validamente estabelecidos por Transacção, em differença do que a respeito das Sentenças, que os arbitrão e julgão, fica exposto. (§. 38.) (b)

(a) Urceol. *de Transact. q.* 58. *e seq.*

(b) Urceol. *q.* 49. *a n.* 37. Gratian. *for. C.* 613. *a n.* 25.

§. 45.

Porém como, absolutamente fallando, não póde haver Transacção, ainda jurada, firme e irrevogavel sobre alimentos devidos por pais a filhos, parece impraticavel nella esta especialidade: (§. 44.) Se bem que, quanto a mim, huma vez consignados por Transacção a hum Alimentario maior de 25 annos, ou ao menor com tutor, curador, e decreto ju-

dicial redditos annuos para alimentos regulados prudentemente segundo o estado das pessoas, e dos bens ao tempo da Transacção, deve esta executar-se e sortir effeito em quanto, ou se não mostra lesiva no seu principio, ou dolosa, etc., ou em quanto se não prova que depois della variou o estado das pessoas, e dos bens, a que nella se houve respeito: (a) E só por huma acção ordinaria se póde pedir a sua rescisão. (b).

(a) Segundo as Doutrinas geraes de Urceol. *q.* 68. *e* 69.

(b) Urceol. d. q. 69. n. 24.

CAPITULO III.

Obrigações dos pais de collocarem seus filhos aos estudos elementares, e das Sciencias; a Officios, e artefícios conforme as suas qualidades.

§. 46.

Nos Tutores, e Juizes dos Orfãos, que substituem as obrigações dos pais, declara a Ord. L. 1. T. 88. §. 16. que «Se alguns Orfãos forem filhos de «taes pessoas, que não devão ser dados por soldadas... mandará ensinar a ler, e escrever aquelles, «que forem para isso até a idade de doze annos: «E dahi em diante lhes ordenará sua vida, e ensino «segundo a qualidade de suas pessoas, e fazenda: «E se forem filhos de officiaes mecanicos serão «postos a aprender os officios de seus pais, ou outros para que mais pertencentes sejão, ou mais «proveitosos segundo sua disposição, e inclinação, «fazendo Escripturas publicas com os mestres, em «que se obriguem aos dar ensinados naquelles of-«ficios em certo tempo arrasoado, obrigando para «isso seus bens. E o tutor ou curador com autho-

« ridade do Juiz obrigará os bens dos orfãos, e « suas pessoas a servirem os ditos Mestres por aquelle « tempo no serviço, que taes aprendizes costumão « fazer. » Em consequencia tem os pais as mesmas obrigações, que a Lei, na morte delles, incumbe aos tutores, substituidos, e subrogados em lugar dos pais: Só com a differença de serem os pais em quanto vivos obrigados a tudo o referido por seus bens, e os tutores pelos dos filhos menores. Não he menos notavel a Ord. L. 4. T. 50. §. 4., que incumbe aos pais pagar as dividas, que os filhos contrahem nas escolas.

§. 47.

Com especialidade 1.° he todo pai obrigado a fazer ensinar o filho a ler, escrever, e contar, como se deduz da citada Ord. (§. 46.), e tudo isto entra na obrigação dos alimentos. (a) Para o que basta que o pai seja de huma fortuna mediocre, com tanto que tenha possibilidades para isso. (b)

(a) Cod. Frederic. *P.* 1. *L.* 2. *T.* 6. §. 9. *n.* 5.

(b) Portug. *de Donat. L.* 1. *Prælud.* 2. §. 5. *n.* 16. Struv. et Mull. *Exerc.* 30. *thes.* 77. Guerreir. *tr.* 3. *L.* 5. *C.* 14. *a n.* 7 Bagn. *C.* 39. *n.* 52.

§. 48.

He obrigado 2.°, tendo possibilidades, e sendo nobre, a promover o filho aos estudos das Sciencias nas Universidades até o gráo de Bacharel, ou de Doutor, e subministrar-lhe todas as despezas para esse fim, quando o filho o requer, por mais que o pai repugne: Principalmente tendo o pai começado a propor o filho aos estudos, ou tendo-os este principiado com licença do pai.

Stryk. *de Accionib. Secc.* 1. *membr.* 2. *sub* §. 17. Portug. *supra.* Michalor. *de Fratr. P.* 1.

C. 25. *a n.* 16. Guerreir. *supr. a n.* 1. *et Tr.* 2. *L.* 2. *C.* 12. *a n.* 124. Mull. *ad Struv. supr.*

§. 49.

Isto (§. 48.) porém se limita: 1.° Se o filho se não applica aos estudos: 2.° Se não tem capacidade para elles: 3.° Se o pai não tem possibilidades para essas despezas: 4.° Se o filho tem bens adventicios, castrenses, ou quasi castrenses.

Michalor. *supr. a n.* 24. Adverte porém o mesmo Michalor. *a n.* 28. que estas despezas para os estudos se devem taxar *arbitrio boni viri* com attenção á qualidade, nobreza, e faculdades paternas, e ao costume dos mais estudantes, etc.

§. 50.

He obrigado 3.° o pai artifice ou plebeo, quando não applique o filho á agricultura, propo-lo a mestres artifices, que o ensinem ao officio, que fôr da sua condição, ou áquelle para que o filho declarar que tem mais propensão.

Guerreir. *Tr.* 3. *L.* 5. *C.* 14. *a n.* 9. *et. C.* 13. *a n.* 10. Fragoso *de Regimine. Reip. P.* 3. *L.* 1. *Disp.* §. 7. *Sub n.* 93., aonde amplia tambem esta obrigação quanto aos filhos naturaes, Coler. *de Aliment. L.* 1. *C.* 5. *sub n.* 51.

§. 51.

Não he necessario que o filho pessoalmente se obrigue ao Mestre juntamente com o pai: o filho fica obrigado a cumprir pessoalmente aquillo, que o pai convencionou com o Mestre. (a) A mãi mesma, supposto careça do poder patrio, pode convencionar com qualquer Artifice o ensino do filho, e este fica obrigado ao adimplemento do contracto (b).

(a) Zacch. *de Salar. q.* 38. *a n.* 1. Silv. *ad Ord. L.* 4. *T.* 28. *n.* 15. Guerreir. *Tr.* 3. *L.* 5. *C.* 13. *n.* 11.

(b) Silv., e Zacch. *supr.* Peg. *tom.* 7. *ad*

Ord. L. 1. *T.* 87 §. 17. *sub n.* 2., contra o qual está Guerreir. *supr. n.* 22.

§. 52.

O filho mesmo sem authoridade do pai se póde obrigar com o Artifice para o ensinar a algum officio, e fica efficazmente obrigado: E se o filho não cumpre o pactuado com o Mestre em falta de bens, pelos quaes o indemnize do interesse, póde ser prezo como obrigado a facto pessoal. (a) Prizão que a Ord. L. 1. T. 88. §. 17. commina aos orfãos assoldadados pelos tutores. (b)

(a) Silv. *supr. n.* 13. Zacch. *de Salar. q.* 38. *n.* 7. Moraes *de Execut. L.* 2. *C.* 20. *n.* 94. *in fin.*

(b) Como entende Guerreir. *Tr.* 3. *L* 5. *C.* 13. *a n.* 10.

§. 53.

E por mais que o pai queira tirar do poder do Mestre o filho, que se obrigou sem authoridade sua a aprender o officio, não tem acção para o fazer.

Arouc. na L. 3. *ff. de his qui sunt sui vel alien. jur. sub n.* 3. ℣. *Si apud Sartorem.* = Fragos. *P.* 3. *L.* 1. *Disp.* 2. §. 10. *n.* 272. Harprectr. *Disp.* 1. *n.* 393.

§. 54.

Só consiste a dúvida se o pai está obrigado pagar ao Mestre do filho o que este ajustou sem consentimento do pai, quando com effeito o ajuste foi racionavèl, e o filho interessou no ensino do officio, não tendo aliàs o filho bens, com que pague ao Mestre? Parece que sim; porque a Ord. L. 4. T. 97. §. 7., que excusa ao filho de conferir o que o pai dêo a quem *o ensina a qualquer mestre*, suppõe no pai essa obrigação necessaria de mandar ensinar o filho, e por isso he que o desobriga da collação da despeza feita com o Mestre: Logo fazendo este negocio util ao pai, ensinando-lhe perfeitamente o officio

que o filho elegeo, e que lhe era livre eleger, fica o pai obrigado, se não pelo contracto, que não fez, ao menos pela acção *Negotiorum gestiorum*.

A mesma Ord. põe em parallelo as despezas feitas nas escolas, e o ensino dos officios mecanicos: E assim como o pai he obrigado pagar as dividas, que o filho contrahe nas escolas, com as declarações de Bagn. *C.* 38. *a n.* 41. *ita silimiter* a divida racionavel, que o filho se obrigou pagar ao Mestre, que com proveito commum o ensinou, Fragos. *P.* 3. *L.* 1. *Disp.* 1. §. 7. *n.* 94. Valasc. *de Partit. C.* 13. *n.* 94. Nos casos porém em que o pai não he obrigado pagar as dividas contrahidas pelo filho nas escolas, tambem não as que elle contrahio para aprender o officio, casos que cumulou o citado Bagna.

Supposto Peg. tom. 7. ad Ord. L. 1. T. 87. §. 17. gloss. 19. diga ser costume, que cessa a obrigação para com o Mestre, se o discipulo faz Termo, que não quer aprender esse officio mecanico, com tudo contra esse costume justamente se suppõe Guerreir. Tr. 3. L. 5. C. 13 a n 28. Em todo o Cap. se poderão vêr as reciprocas obrigações entre os Mestres, e aprendizes.

§. 55.

Se porém os filhos desertarem das casas dos pais, e não estejão com Mestres aprendendo officios, podem os pais reivindica-los para o seu patrio poder, ainda que habitem com os Avós, e por mais que se diga que os pais são máos, e que cuidão pouco da educação dos filhos.

Peg. *tom.* 7 *ad Ord. L.* 1. *T.* 87. § 6 *n.* 92. *et* 93. *et* 3. *for. C* 30.

CAPITULO IV.

Obrigações dos pais de dotarem seus filhos para os Matrimonios carnaes, e para o Sacerdocio, ou para serem Religiosos.

§. 56.

Esta obrigação dos pais, e os casos em que ella cessa ou he praticavel, está largamente exposta nas Notas ao L. III. de Mell. Freire: Só resta aqui dizer que a mesma obrigação tem o pai de constituir Patrimonio ao filho, que quer receber Ordens Sacras.

Portug. *de Donat L.* 1. *præl.* 2. §. 2. *n.* 37. Bagn. *C.* 12. *n.* 62. Thom. Valasc. *all.* 35. *a n.* 5.

§. 57.

Com tanto que 1.° o pai tenha possibilidades para isso, e em termos que não offenda as legitimas dos mais filhos: (a) Porque esse Patrimonio não sendo tomado em terço deve vir á collação, conforme a melhor opinião recebida neste Reino. (b) Com tanto que 2.° haja insinuação no excesso de 360$ rs. sahindo do terço do pai; ou de 180$ rs. sahindo do terço da mãi, vista a generalidade da Lei de 25 de Janeiro de 1775.

§. 58.

Mas eu faço huma differença entre o caso, em que o pai coacto por Sentença constitue o Patrimonio, implorado pelo filho ordinando o nobre officio do Juiz, e entre o caso em que o constitue voluntario sem coacção alguma: No 1.° caso não ha necessidade de insinuação; porque a dita Lei, e a Ord. L. 4. T. 62. suppõe huma doação meramente liberal, e não huma assim coacta, e a que o pai he

effectivamente obrigado *necessitate juris*: E neste caso a constituição do Patrimonio pelo pai he mais huma satisfação de divida legal, e julgada, do que huma doação liberal. (a) De outro modo se neste caso fosse necessario praticar as solemnidades, e formulas preambulas das Insinuações, ficaria frustrado aquelle direito competente aos filhos; porque os pais nunca condescenderião nas Insinuações: E por tanto não póde entender-se que a dita Lei comprehende este caso.

§. 39.

No 2.° subdistinguo: Ou o pai assigna logo em vida ao filho a legitima, como póde assignar, e nella assim assignada com translação do dominio, e posse lhe constitue o Patrimonio, ficando-lhe iguaes legitimas para os mais filhos, e com obrigação de vir com elle á collação por sua morte, sem que seja necessario para inteirar o Patrimonio sahir alguma porção do terço, que exceda 360, ou 180$ rs. (§. 57); ou o pai assigna o Patrimonio do filho no seu terço: No 1.° caso não precisa de Insinuação: No 2.° sim, como distingue o Assento de 21 de Julho de 1797.

Veja-se Furgol. tom. 5. art. 20. v. A L'egard. — Quando, e como possa o pai assignar em vida a legitima ao filho.

Vejão-se Torr. *de Pact. futur. Succession. L.* 3. *C.* 3. Fragos *P.* 3. *pag.* 254. Guerreir. *Tr.* 2. *L.* 1. *C.* 11. *a n.* 116., *et L.* 2. *C.* 5. *n.* 42. Portug. *L.* 3. *C.* 23. *a n.* 7.

§. 60.

Se o pai dota voluntario o Patrimonio constituindo-o em seu terço com Insinuação, etc., póde condicionar, ou que só gozará delle em quanto não tiver Beneficio Ecclesiastico, ou impor-lhe o pacto reversivo por morte do filho Clerigo a favor de qualquer pessoa. (a) Porém sendo constituido em

legitima do filho em todo ou em parte, não se lhe póde pôr tal pacto na parte, que corresponder á legitima, a menos que o filho não approve expressamente esse gravame.

(a) Luc. Ferrar. verbo = *Patrimonium* = a n. 14.

§. 61.

Da mesma fórma se o filho ou filha tem vocação de serem Religiosos, tem o pai obrigação (tendo faculdades) de lhe constituir o enxoval, e dote competentes, conforme os costumados para o ingresso, e profissão na Religião, que elegem.

Fontanell. *de Pact. Clausul.* 5. *gloss.* 8. *p.* 1. *a n.* 53. Card. de Luc. *de Dot. Disc.* 144. *n.* 5. Thom. Valasc. *all.* 35. *a n.* 3. Bagn. *C.* 12. *a n.* 45.

§. 62.

Finalmente o pai não só he obrigado dotar as filhas para os matrimonios carnaes, mas ainda he obrigado constituir doações *propter nuptias* ao filho, que se propõe ao matrimonio, ou com seu consentimento, ou com o supplemento do judicial; ou, passados os 25 annos, ainda sem consentimento do pai.

Barbos. *L.* 1. *p.* 4. *n.* 15. *ff. de Solut. matrim.* Carvall. de Testam. *P.* 4. *C.* 1. *n.* 58. Valasc. *Cons.* 2. *n.* 11. Bagn. *C.* 12. *n.* 60.

CAPITULO V.

Em que casos he o pai obrigado emancipar o filho: Quando sem expressa emancipação se deva julgar tacitamente emancipado, e para que effeitos civis.

Secção I.

Emancipação expressa, e voluntaria do pai.

§. 63.

Convenho com Mell. Freir. L. 2. T. 5. §. 23. que, segundo o Direito Romano, houve tres especies de emancipações: *Antiga:* (a) *Anastasiana,* (b) que dependia de Rescripto, e confirmação do Principe; E finalmente a *Justineanea* que, como de Jurisdicção voluntaria, se podia fazer *coram quocumque Magistratu*, independente de confirmação do Principe. (c)

(a) Esta se fazia pelo modo, que expõe Heinec. *Antiquit. Roman. ad Instit. L.* 1. *T.* 2. §. 6. *et Element. Jur. Civ. secund. Ord. Instit.* §. 195. Thomas *Not. ad Instit. L.* 1. *T.* 12. *pag.* 63. Boehmer. ad Pandect. *Exerc.* 21. *a* §. 2.

(b) Na fórma que explicão a L. penult. *Cod. de Emancip. Liberor.* Heinec. *supr.* Boehmer. §. 13. *et* 14. Stryk. *us. mod. Pand. L.* 1. *T.* 7. §. 17.

(c) Na fórma da L. *fin. Cod. de Emancip. Liber.* Confirão-se Pereir. *in Elucidar. n.* 382. *Peg. tom.* 2. *ad Ord. pag.* 114.

§. 64.

Em quanto porém Mello diz, que só a eman-

cipação *Justineanea* provão os nossos costumes, e que ella póde fazer-se *coram quocumque Magistratu*, entendendo assim a Ord. L. 1. T. 3. §. 7. mostrou falta de Prática. Pelo contrario a emancipação *Anastasiana* he a que se pratica no nosso Reino com mistura da *Justineanea*: Eis-aqui a pratica observada, que ignorava Mello: Comparecem o pai, e o filho diante do seu Juiz Ordinario do proprio domicilio; exprimem-lhe um, e outro a sua vontade, e consentimento; o Juiz o manda escrever por Termo por Tabellião com duas testemunhas; e feito isto se supplica em nome do pai e do filho confirmação pelo Desembargo do Paço. (a) Eu assim o tenho visto sempre praticar.

(a) Guerreir. *Tr.* 3. *L* 2. *C.* 6. *n.* 12. Fragos. *de Regim. Reip. P.* 3. *L.* 2. *Disp.* 3. §. 1. *n.* 85. Peg. *tom.* 7. *ad Ord. L.* 1. *T.* 87. §. 6 *n.* 97.

§ 65.

Muitas vezes a *Anastasiana* simplesmente, porque só com huma Escriptura feita pelo pai, e filho perante qualquer Tabellião, pela qual o pai declare que emancipa o filho, se obtem a Carta do Tribunal Palatino.

Esta mesma Pratica attesta Cabedo *P.* 2. *Decis.* 72. *n.* 1. *et* 2., e bem se comprova com a Ord. L. 2. T. 45. §. 40. E bem mostra ser recebida neste Reino a emancipação *Anastasiana*, e não a *Justineanea*: Assim o entende Peg. *tom.* 2. *ad Ord. L.* 1. *T.* 3. §. 7. *n.* 5. *in fin.*

No mesmo erro havia cahido Arouc. na *L.* 8. *ff. qui sunt sui vel alien. jur.* em quanto quiz confundir as emancipações com os supplementos de idade; e que as ditas Ord. L. 1. T. 3. §. 7., e L. 2. T. 45. §. 40. só fallão do supplemento de idade, que outras Ordenações chamão emancipação; querendo persuadir que as eman-

cipações propriamente taes não dependem de Regia confirmação, etc. Porque está em contrario á Pratica, que he a melhor interprete das Leis: E toda a dúvida se removeo pela Lei de 7 de Janeiro de 1750; porque, augmentando as Assignaturas dos Desembargadores do Paço, fez differença das emancipações aos Supplementos de idade, suppondo serem cousas diversas; estabelecendo para estes a Assignatura de 400 rs., e para aquellas de 300 rs. — Em consequencia toda a Emancipação do pai em favor do filho, que assim não fôr confirmada, he nulla, *ex omissa fórma Legis*. A mesma diversidade já notárão Cabed. *Decis.* 12. Portug. *de Donat. L.* 2. *C.* 19. *a n.* 57. Reinos. *obs.* 30. *n.* 13., e Solan. *Cog.* 67. *n.* 2. *et* 23., onde vemos huma Provisão de emancipação pelo Desembargo do Paço no anno de 1729 em favor de hum filho-familias, a que o pai prestou o seu consentimento por huma Escriptura pública, independente de outra solemnidade.

§. 66.

Tambem em quanto Mello Freir. L. 2. T. 5. §. 23. na Nota disse, que he preciso concorrer no filho emancipado, alem do consentimento do pai, a idade de 25 annos, encontra a L. 5. *Cod. de emancipat. liberor.*, que não requer que tenha o emancipado essa idade. Esta Lei se vê seguida no anno de 1731 no Aresto, que transcreveo Solan. *Cog.* 67. *sub n.* 31., aonde se julgou em huma causa grave que para qualquer ser emancipado se não requer essa idade, antes em muito menor se póde conseguir a emancipação. Sendo bem notavel que nesse caso hum pai emancipou hum filho de pouca idade para obter hum legado, que se lhe deixou para quando fosse emancipado, e assim o venceo, etc. Na França he expresso o Codigo Civil Art. 478 e seg., aonde basta a

idade de 15 annos nos que tem pai, e 18 nos orfãos.

Essa emancipação *Justineanea* só se pratica nos que ficão orfãos de pai, e debaixo de tutella, e administração, sujeitos á jurisdicção do Juiz dos Orfãos. A prática dessa emancipação a expõe Guerreir. *Tr. 5. de Process. Civil. Cap.* 21. com Peg. *ad Ord. L. 1. T. 87. §. 45. n. 45. 49. et 50.*: Tanto que o menor passa de 25 annos assim o propõe ao Juiz dos Orfãos, juncta Certidão de idade, allega, e justifica a sua capacidade para bem reger seus bens, e o Juiz por Sentença o julga emancipado, e lhos manda entregar, tomadas as contas a seus Tutores, etc. Ha huma essencial differença entre esta emancipação, e a do filho-familias, que tem pai vivo: Esse filho pelas Leis civís está sujeito ao patrio poder, inhabil para testar, ainda que o pai consinta: He pois necessario que com o consentimento do pai concorra a Authoridade Regia, que dispense as Leis, que o sujeitavão ao Patrio poder, e seus effeitos. Mas o orfão de pai he *sui juris* logo que o pai morre; elle póde testar passando de 12 ou 14 annos: e a referida emancipação não he mais que huma declaração, de que chegou a idade em que cessa a Tutella, e que não tem demencia ou inhabilidade, que o impossibilite a administrar prudentemente seus bens, e que faça necessario continuar com elle a curadoria, senão pela razão de menor pela outra de demencia. Esta he a emancipação *Justineanea*, que Mello, por falta de prática, disse ser unicamente praticada neste Reino, quando só se pratica quanto aos orfãos; e a *Anastasiana* quanto aos filhos, que tem pai.

§. 67.

Supposto que alguns digão que esta emancipa-

ção não a póde o pai fazer por Procurador, (a) com tudo o contrario he mais justo. (b) O filho ausente póde ser emancipado pelo pai com tanto que depois ratifique a emancipação. (c) E por mais que o pai queira emancipar o filho, e demitti-lo do patrio poder o não póde fazer repugnando o mesmo filho, a menos que este não tenha comettido alguma cousa para ser desherdado. (d)

(a) Guerreir *Tr.* 3. *L.* 2. *C.* 6. *n.* 14. Fragos. *P.* 3. *L.* 2. *Disp.* 3. §. 1. *sub. n.* 38.

(b) Golin. *de Procuratorib. P.* 2. *C.* 1. *a n.* 12. Arouc. *in L.* 24. *ff. de Adoption. sub n.* 2. *et in L.* 1. *n.* 2. *Cod. eod.*

(c) Fragos. *supra n.* 97. Guerreir. *n.* 24.

(d) Guerreir. *supr. a n.* 2. Fragos. *n.* 87. Arouc. *in L.* 8. *ff. de his qui sunt sui vel alien. jur. a n.* 8.

§. 68.

He a emancipação hum acto legitimo, que não admitte condição alguma, nem divisão, nem o pai póde emancipar hum filho em parte, e em parte não, nem para certos fins, e ainda menos só para o fim de poder testar, ou *ad tempus.* (a) Tanto assim que a Ord. L. 4. T. 81. §. 3. não permitte testar ao filho familias não emancipado *posto que o pai lho permitta*, porque seria huma emancipação parcial essa permissão para esse acto.

(a) Furgol. *Trait. des Testam. C.* 4. *Secc.* 2. *a n.* 15. Fragos. *supr. n.* 86. Gravin. *de Orig. Jur. Civil. L.* 1. *C.* 83. Stryk. *de Cautell. Testam. C.* 3. § 41.

§. 69.

Os effeitos desta emancipação, sendo assim valida, são ficar *sui juris* o filho familias, cessando o poder patrio; dever o pai restituir-lhe os bens adventicios, Ord. L. 1. T. 88. §. 6., e L. 4. T. 97. §. 19, poder o filho testar, cessando já com elle

a Ord. L. 4. T. 81. §. 3., poder celebrar com o pai contractos (que não sejão os comprehendidos na Ord. L. 4. T. 12.) etc.

Veja-se a Ord. L. 1. T. 88. desde o §. 19. e 27., e confira-se o Cod. Civil dos Francezes art 481. e seg.

§. 70.

Supposto que o filho huma vez emancipado não póde já mais renunciar a emancipação para reincidir no poder patrio, (a) com tudo, se he ingrato ao pai, póde elle revogar a emancipação, e reduzi-lo outra vez ao patrio poder. (b)

(a) Fragos. *P.* 3. *L.* 2. *Disp.* 3. §. 3. *n.* 100.

(b) Furgol. *tom.* 4. *C.* 11. *Secc.* 1. *n.* 54. Stryk. *vol* 6. *Disp.* 17. *C.* 2. §. 8.

Depois que o filho emancipado testa, e morre não póde o pai arguir nullidade, e defeito da emancipação, Arouc. *in L.* 25. *de Adoption.*

§. 71.

Se a emancipação do filho he feita em fraude dos credores, elles a podem arguir fraudulenta: v. g. se o filho tem avultados adventicios, de que o pai he uso-fructuario, e para que seus credores lhe não penhorem o mesmo uso-fructo por dividas, emancipa o filho, e lho dimitte.

Este caso se vê largamente disputado em Cyriac. *Contr.* 319., aonde expõe as occorrentes conjecturas da fraude: As mesmas recopilou Arouc. *in L* 8. *ff. de his qui sunt sui vel alien. jur. n.* 32.

Não nega porém Cyriac *supr. n.* 8. *et.* 9. ao filho (de que a emancipação he fraudulenta) a primeira preferencia para ser alimentado pelos redditos dos seus bens adventicios em concurso dos credores do pai (Not. ao §. 16.)

Secção II.

Emancipação coacta.

§. 72.

Entre os casos, em que a Ord. L. 3. T. 9. §. 4. permitte demanda entre filho, e pai, hum delles he « no caso onde o pai diz, que o filho está sob seu « poder, e o filho diz ser emancipado, *ou diz que por « Direito deve ser seu pai constrangido a o emancipar.* » Aqui approva esta Ord. o Direito Romano, e confere acção ao filho para demandar ao pai, que seja obrigado a emancipa-lo nos casos, em que pelo Direito Romano tem essa obrigação.

Estes casos se achão expostos por Arouc. na L. 31. *ff. de Adoptionib. ibi:* « Primus, ex « quacumque causa illarum quibus pater a filio « potuisset ex hæredari: Secundus, in filio quem « pater male et contra pietatem afficiebat; pu- « ta, si pater nimis sævus fuerit, aut filium « inhumaniter tractaverit; causa sævitiæ arbi- « trio Judicis relinquenda: Tertius, si filium, « vel filiam pater induxerit ad peccandum: Quar- « tus, si matrem filiorum sine causa pater interfe- « cerit: Quintus, si pater dilapidaverit bona filii; » Sextus, in casu L. 32. de Adoption: Septimus, si « pater certæ summæ vel alicujus rei expromis- « sionem pro emancipando filio acceperit; postea « namque resilire non poterit, et saltem officio « judicis ad illum emancipandum cogi potest... « non turpiter id accepit pater, cujus potest « interesse aliquid habere, propter quod a filio « post emancipationem magis cararetur..... « Octavus, si legatum, donationem, vel here- « ditatem aut fideicommissum, quæ sibi data « fuerint sub conditione, vel gravamine eman-

« cipandi filium, acceptaverit pater: quia extra « ordinem cogendus est, ne circumveniatur tes- « tantium voluntas: Nonus, est in patre, qui « concubinas habens malum filiis præbet exem- « plum. » — Confira-se Fragos. *P.* 3. *L.* 2. *Disp.* 3. §. 1. *a n.* 89., aonde comprova alguns dos referidos casos: Guerreir. *T.* 3. *L.* 2. *C.* 6. *a n.* 6. comprova cinco dos mesmos: Mell. *L.* 2. *T.* 5. §. 25. comprehendeo alguns em huns versos, que transcrevêo de Thomas. Not. *ad Instit. L.* 1. *T.* 12. *pag.* 64., omittindo os textos, com que Thomasio provou os mesmos versos.

§. 73.

Resta porém ainda huma dúvida, que os nossos Reinicolas não attingírão, qual he: Se constrangido o pai por Sentença a emancipar o filho, ou havendo-se a mesma Sentença por emancipação, e supprido por ella o consentimento paterno, se deve está Sentença ser ainda confirmada pelo Desembargo do Paço para ficar o filho emancipado para todos os effeitos de Direito? Quanto a mim: Huma vez demonstrado que a fórma da emancipação Anastasiana foi adoptada pela nossa Legislação, e seguida sempre na pratica deste Reino, (§. 63. 64. e 65.) he indispensavel que a Sentença, que julgou o filho emancipado contra vontade do pai se confirme pelo Desembargo do Paço: Porque esta Sentença, este facto do Juiz não póde obrar mais que a emancipação voluntaria do pai; *imo* he o facto do Juiz hum Supplemento do que o pai devia fazer, e que podia obrigar a fazer, caso em que « *Factum Judicis reputa-* « *tur factum partis* » (a): Ora a emancipação voluntaria deve ser confirmada pelo Rei, ou pelo Tribunal, a que está commettido este Poder: Logo tambem a Sentença do Juiz subrogada em lugar da emancipação voluntaria deve ser legitimamente

confirmada. E por tanto, se eu fosse Juiz, condicionaria na Sentença, que o emancipado a confirmasse pelo Tribunal do Desembargo do Paço.

(a) Barbos. et Tabor *L.* 6. *C.* 7. *axiom.* 26.

§. 74.

Ainda mesmo independente da emancipação voluntaria ou coacta, não póde o pai oppôr-se á separação do filho, quando este quer emprehender alguma navegação para Africa, India, etc , ou ir buscar algum modo honesto de vida ; ou aprender algum officio ; ou quando se aparta por não poder conviver com a madrasta, ou algum irmão ; ou quando o pai he muito severo, ou tem concubinas, ou expulsa os filhos, etc. (a) : E nestes casos cessa aquella acção, que compete ao pai para reivindicar o filho. (§. 55) Só com a differença de que não recorrendo nestes casos o filho á acção para o pai o dever emancipar, (§. 72.) conserva o pai o patrio poder, e o filho está como filho-familias, tendo unicamente a liberdade de viver separado por estas causas, e se poder oppôr á reivindicação do pai. (b)

(a) Arouc. *in. L.* 3. *ff. de his qui sunt sui vel alien. jur. n.* 3.

(b) Arouc. *supr. n.* 3. *in fin.* — Muito mais intervindo para esta separação authoridade judicial, Stryk. *us. mod. L.* 1. *T.* 7. §. 20. *in. fin.*

Secção III.

Emancipação tacita.

§. 75.

Neste Reino nem se deve admittir a emancipação tacita ou prescripta, que segundo o Direito Romano na L. 1. *Cod. de patr. potest.* admittem com varias distincções os DD. ; (a) nem se deve admittir aquella, que por menos tempo, e ainda só por hum

anno, ou ainda menos, introduzírão os costumes de algumas Nações, logo que o filho se separava da economia paterna, pondo casa particular, etc., consentindo o pai. (b)

(a) Como Arouc. na *L.* 3. *ff de his qui sunt sui vel alien. jur. a n.* 4. Fragos. *P.* 3. *L.* 2. *Disp.* 3. §. 1. *n.* 94. *et* 95. Harprectr. *vol.* 1. *Disp.* 3. = *De Separatione Liberorum ab œconomia paterna* = *thes.* 7. *et* 15., ainda que Boehmer. ad Pandect. *Fxerc.* 21. *C.* 2. § 16. mostra, e convence erronea a deducção, que os DD. fazem de algumas Leis Romanas para estabelecer huma emancipação tacita ou prescripta por 10 ou 20 annos.

(b) Emancipação consuetudinaria, de que tractão largamente os citados Harprectr., e Boehmer. supr. C. 2. Stryk. us. mod. L. 1. T. 7. §. 18. e seg. Voet. ad Pand. eod. T. n. 12. e Emancipação consuetudinaria dessas Nações, que Mell. Freir. L. 2. T. 5. §. 26. quer se pratique no nosso Reino sem disso dar razão concludente.

§. 76.

A razão, em que me fundo para não admittir neste Reino nem as emancipações tacitas, que os DD. deduzem do Direito Romano, ou prescriptas, nem essas consuetudinarias de outras Nações, he porque as nossas Leis Nacionaes adoptárão o Direito Romano novissimo (e ainda o ampliárão) quanto aos poderes dos pais nas pessoas, e nos bens adventicios dos filhos, em quanto elles não são casados ou emancipados. Assim vemos a Ord L. 1. T. 88. §. 6., dizendo: « Deixará os bens em poder do « pai, porque elle por Direito he seu legitimo admi- « nistrador. Porém he obrigado conservar os bens a « seus filhos quanto á propriedade, e sómente póde « gastar as rendas, e novidades dos ditos bens em

«quanto tiver seus filhos em seu poder, e he obrigado «entregar-lhos, quando forem *emancipados* ou ca- «sarem.»

§. 77.

Assim vemos a Ord. L. 4. T. 97. §. 19., dizendo: «Haverá o filho a propriedade, e o pai os usos- «fructos, em quanto o filho estiver em seu poder: «*E tanto que for emancipado*, ou casado logo lhe «serão entregues para delles haver o senhorio cum- «prido, etc.» Vemos o mesmo Liv. T. 98. que suppondo a Regra só expõe as Limitações = em que casos não poderá haver o pai o uso fructo dos bens do filho. = E postas estas excepções firma no §. 7. esta Regra geral. = E em todos os outros casos haverá o pai geralmente o uso-fructo nos bens adventicios do filho, que está sob seu poder. = Vemos as Leis, que absolutamente fazem dependentes as nupcias dos filhos-familias minorenes do consentimento dos pais, como hum effeito do patrio poder. Finalmente a Ord. L. 4. T. 54. §. 2. no fim só assigna tres casos, em que os filhos sahem do patrio poder; *scilicet*, morte, casamento, ou emancipação.

§. 78.

Por outra parte: As citadas Leis do Reino só livrão ao filho do poder patrio por meio do casamento, ou *emancipação:* Nesta palavra suppõe huma válida, e solemnisada conforme as Leis do Reino; ora: já vimos (§. 63. 64. et 65.) que a nossa Legislação, e o costume do Reino adoptárão a emancipação Anastasiana, e que nenhuma emancipação de filho-familias póde livrar do patrio poder, nem habilitar para todos os effeitos civis, sem ser confirmada pelo Desembargo do Paço, ainda mesmo que o pai consinta que o filho seja emancipado. E ainda he mais notavel a Ord. L. 4. T. 50. no §. 3., que chama filho-familias o que negoceia separado sem man-

dado do pai, depois de ter dito no §. 2. que só livrão do patrio poder a morte, a emancipação, o casamento.

§. 79.

Destes Principios se segue 1.° que dependendo neste Reino a emancipação da solemnidade de Provisão expedida pelo Desembargo do Paço, passada pela Chancellaria, registada, etc. na fórma da Ord. L. 2. T. 38. e seg., se não apparece tal emancipação no Registo daquelle Tribunal, he evidente prova de que não houve tal solemnidade, e tal emancipação, ou que se a houve se não confirmou, (a) e não póde neste caso o tempo presumir a dita solemnidade necessaria: (b) logo longe de nós a emancipação presumida. Assim nas Nações, em que se pratica a Anastasiana, e depende a emancipação da confirmação do Principe. (c)

(a) Card. de Luc. de Benefic. Disc. 91. n. 17.

(b) Valeron de Transact. T. 4. q. 2. n 77. Castill. L. 7. Contr. C. 20. a n. 30.

(c) Harprectr. Disp. 3. n. 194. et 195.

§. 80.

Segue-se 2.° que se o pai *conniventibus oculis* deixa habitar o filho separado sem lhe entregar effectivamente todos os bens adventicios, privando-se do uso fructo delles, não póde o filho dizer que pela via da prescripção adquirio a plena liberdade, e de estar subtrahido aos juridicos effeitos do poder patrio, e pela prescripção emancipado: Quando em contrario, em quanto o pai retem o uso-fructo conserva hum attributo do patrio poder; e já vimos (§. 68.) que não póde haver emancipação expressa parcial; logo tambem não tacita; porque *taciti et expressi idem est judicium*.

« *Emancipatio autem tacita, quam DD. fin-*

« gunt, est ignis frigidus, » Thomaz *Not. de us. hod. L.* 1. *T.* 7. *in fin.*

§. 81.

Segue-se 3.° que ainda que o filho não tenha bens alguns adventicios, de que o pai retenha o uso-fructo na separação de filho, nunca este se póde dizer emancipado por via de prescripção: Porque, ou o filho tem justa causa para não viver com o pai, e para lhe rebater a sua acção de reivindicação, ou não: (Not. ao §. 72.) *Si prius* não he imputavel ao pai, não ha tacito consentimento delle; não ha negligencia nelle em reivindicar o filho, e sempre conserva nesse caso os effeitos do poder patrio: (§. 72) *Si secundum*, como he arbitrario, e facultativo ao pai reivindicar quando quizer o filho, (§. 55) ainda menos se póde dar prescripção contra o pai sem intervirem as circumstancias necessarias para haver prescripção nos actos dependentes do livre arbitrio, e faculdade de outro.

§. 82.

Segue-se 4.° que havendo entre nós tantas, e tão expressas Leis patrias, (§. 63. 64. 65 76. 77. e 78.) não nos podem ser subsidiarias, nem modêlo de imitação esses costumes de outras Nações, (§. 75.) pois que só nos são subsidiarias em falta de Leis Patrias, e costumes da Nação, unico caso, em que os admitte a Lei de 18 de Agosto de 1769.

§. 83.

Segue-se 5.° que á vista do exposto cessão as doutrinas de Arouca na L. 8. *ff. de his qui sunt sui, n.* 16. *et* 17., em quanto nos deixou os modos de provar a emancipação perdida: Porque, ou se hade provar pelo Registo da Chancellaria, ou se hade reformar pela fórma, que manda a Ord. L. 3. T. 60.

§. 84.

Eu só admittiria huma prescripção do patrio poder, (e de nenhum modo presumpção de emancipa-

ção) no caso em que o pai demittisse positivamente ao filho os seus bens adventicios com demissão do uso-fructo, e o filho depois vivesse separado por mais de 10 ou 20 annos, sem que o pai o reivindicasse, nem lhe tornasse a tirar o uso-fructo: Porque então o filho viria a prescrever contra o pai hum direito prescriptivel: Mas nunca sem emancipação solemne habilitaria ao filho para testar, porque a isso repugna tanto a nossa, como a Legislação Romana.

Boehmer. *ad Pandect. Exerc.* 21. *C.* 2. §. 16.

§. 85.

Quando porém, apezar deste meu novo Discurso, (§. 75. e seg.) haja quem ainda tenha afferro ao Direito Romano, e á turba dos DD., que deduzem a conclusão absoluta, que a emancipação se presume ou prescreve por 10 ou 20 annos, devo advertir que neste supposto, e para haver essa presumpção ou prescripção he necessario que o filho se tracte por livre, e *sui juris* com sciencia, e paciencia do pai, com negocio, e economia separada, e com independencia do pai, não bastando actos indifferentes. E ainda com a distincção, de que para subsistirem os seus contractos, e se não valer do Senatus consulto Macedoniano, basta esta posse da liberdade por 10 annos; porém, para testarem validamente, he necessario que tenhão passado vinte de economia separada, e sem que o pai lhe tenha feito em contrario protesto algum da conservação do seu patrio poder.

Assim o expõe, e distingue com muitos DD. Arouc. na *L.* 3. *ff. de his qui sunt sui, n.* 4. *et* 5.

§. 86.

E se houver quem como Mello Freire queira seguir o uso de outras Nações, abandonado o nosso Direito patrio, e Romano, não se deve levar cega-

mente do pouco, que a este respeito disse Mello: Primeiramente não deve chamar emancipação a demissão do patrio poder, e a liberdade que o filho adquire pela economia separada; porque não he isto propriamente emancipação, nem tem analogia alguma com a dos Romanos.

Assim largamente o demonstra Boehmer. *Exerc.* 21. *C.* 2 *per. tot.* — Nem foi conhecida pelo Direito Romano, Harprectr. *Disp.* 3. *thes.* 7.

§. 87.

Em segundo lugar: quem venerar o systema de Mello deve advertir que « *Nulli alii Juri quam consuetudinario, sive moribus modernis suos hæc separatio natales debet,* » Harprectr. *supr. n.* 36., aonde refere as Nações, em que se pratica esta separação dos filhos com effeitos semelhantes aos da emancipação: Porém na thes. 9. n. 41. infere que, como este costume he exorbitante do Direito Romano, só he praticavel nas Nações, em que elle se prova introduzido. E quem o vio jámais praticado neste Reino?

§. 88.

Em terceiro lugar: que ainda no tempo necessario para a separação produzir esse effeito varião os costumes das Nações: Em humas surte effeito a separação, logo que esta se verifica, intervindo os necessarios requisitos; em outras só passado anno e dia. (a) E qual destes costumes devemos nós abraçar, e seguir?

(a) Harprectr. supr. n. 73. 74. 75. e 153. Stryk. us. mod. L. 1. T. 7. §. 18.

§. 89.

Em quarto lugar: em humas Nações he necessario o consentimento do pai nessa separação do filho, expresso ou tacito, mas bem pronunciado; em outras não he necessario, sendo livre ao filho separar-se quando quizer da economia paterna, princi-

palmente casando o pai segunda vez, sendo severo, etc.

Harprectr. *supr.* 16. 17. *et* 18. — Compõe esta contradicção Stryk. *supr.* §. 20., fazendo geralmente indispensavel o consentimento do pai, assim como as Leis o requerem para a separação por meio de casamento.

§ 90.

Em quinto lugar: em humas Nações póde o filho fazer esta separação, logo que passar a puberdade; em outras só aos 21 annos; em outras só depois de ter 25.

Veja-se esta variedade no citado Harprectr. *thes.* 20. desde o n. 108. até o n. 124., e n. 152. Stryk. *sup.* §. 19.

§. 91.

Em sexto lugar: he necessario que o filho totalmente se separe da familia, da habitação, e da convivencia com o pai na mesma casa, e á mesma mesa, e nem por isso que o filho seja soldado; nem por isso que vá habitar nas casas, que algum parente lhe deixa, e que administre qualquer herança que se lhe deixe; nem por isso que se ausente da casa do pai para servir algum amo, para aprender ou exercitar algum officio; nem por isso que se embarque, e se proponha a negociar, basta para haver tal separação, com effeitos de emancipação. He sim precisa huma separação total da casa, familia, e mesa do pai; hum estabelecimento de casa propria, com animo, e intenção de perpetuidade; com estabelecimento de trafico, ou negociação propria, economia, e familia particular. (a) Em fim he necessario, segundo o costume da Alemanha, que com a separação do filho concorra assignar-lhe o pai bens, ou demittir-lhe a legitima materna. (b)

(a) Harprectr. *supr. thes.* 22. *cum seq.* Stryk. *supr.* §. 19.

(b) Thomas. *Not. ad Instit. L.* 1. *T.* 12. *pag.* 66. *et* 67.

O mesmo Harprectro desde a thes. 39. passa a expôr os effeitos dessa separação: Elles em substancia coincidem com os de huma emancipação solemne: o filho passa a gozar do usofructo dos seus bens adventicios; elle não póde mais valer-se do beneficio do SCto Macedoniano; elle póde testar como Cidadão Romano; elle fica habil para contractar com o pai; receber delle doações, etc.; elle pode demandar o pai em Juizo; elle adquire só para si; elle póde já contrahir matrimonio sem consentimento do pai; o pai não o póde já castigar, nem reivindicar; o pai não fica obrigado ás despezas dos seus crimes, etc. etc.

§. 92.

O mais seguro, quanto a mim, ou seja *in consulendo*, ou seja *in judicando*, he seguirmos o nosso Direito Patrio na forma que fica exposto nos §§. 75. e seg., abandonada a emancipação tacita ou prescripta do Direito Romano, e desprezados os costumes das Nações: Devemos seguir a nossa Jurisprudencia fixa, e postergar humas Jurisprudencias tão varias, e inconstantes como a Romana, e a das Nações. Essa novella 25, em que se funda Mello, nunca teve authoridade; e a conclusão, que alguns DD. tirárão da citada Lei 1. *Cod. de patr. potest.* he errada, como se póde vêr no citado Harprectro *thes.* 7. e em Boehmer. *Exerc.* 21. *C.* 2.

CAPITULO VI.

Matrimonios dos filhos-familias minorenes: Em que casos se podem os pais oppôr ás indignas pertendidas nupcias dos filhos: Recursos destes aos Magistrados, etc.

Analyse da Lei de 29 de Novembro de 1775, e da Lei de 6 de Outubro de 1784.

Prenoções.

§. 93.

A necessidade do consentimento dos pais para as nupcias dos filhos; o direito dos pais para se opporem ao abuso da sua authoridade, e ás indignas nupcias, que os filhos se propõem contrahir, tudo estava largamente demonstrado por Muscetula *de Sponsalibus filiorum famil.*, e por Bartholomeu Coelho das Neves Rebello no Discurso sobre a inutilidade dos Esponsaes dos filhos celebrados sem consentimento dos pais, antes que se publicassem as referidas Leis: Estas assim o determinárão, sem nos deixarem jámais lugar para dúvida com os Casuistas, que tentárão o contrario.

§. 94.

Como porém, depois da primeira Lei de 19 de Junho de 1775 (diz o Proemio da seguinte) «tinha «mostrado a experiencia que esquecidos (os pais) «até daquelles affectos, que inspirão os notissimos «principios do Direito Natural a todos os pais pa«ra promoverem os interesses de seus filhos, lhes «negavão absoluta, e obstinadamente os consenti«mentos, ainda para matrimonios mais uteis corres-

« pondentes ás suas qualidades: Erigindo no seu « particular, e domestico poder hum despotismo « para impedirem os mesmos matrimonios. » Por tanto reassumindo, e exercitando o nosso Legislador o poder de moderar abusos, e tyrannias do particular, e o privativo conhecimento das causas, e razões, por que os pais negão a sua licença para os matrimonios dos filhos; e fazendo conter o poder paterno nos seus justos, e racionaveis limites, e para se desembaraçarem os matrimonios em público, e particular beneficio, determinou na dita Lei de 29 de Novembro:

1.° « Que em tudo o que respeita aos matrimo- « nios da Nobreza, que administra bens da Corôa, « ou tiver foro de Moço Fidalgo, ou dahi para ci- « ma, se observem as Leis de 23 de Novembro de « 1716, e de 29 de Janeiro de 1739. »

2.° « Que no outro resto da Nobreza da Côrte, « e das Provincias, nos casos das referidas repu- « gnancias, se recorra pela Mesa do Desembargo do « Paço, a qual informada das qualidades das fami- « lias, e das conveniencias dos casamentos, e ouvi- « dos em termo breve, e summario os pais, mãis, « tutores, ou curadores, concederá ou negará as per- « tendidas licenças segundo o merecimento dos re- « cursos. »

3.° « Que o mesmo se observe a respeito dos « Negociantes de grosso tracto, e das pessoas, que « se achão nobilitadas pelas Reaes Leis. »

4.° « Que as outras pessoas da corporação, e « gremios dos Artifices, e das occupações da plebe « recorrão nos sobreditos casos: Na Côrte aos Cor- « regedores do Civel della, ou da Cidade: E nas « Provincias aos Corregedores, ou Provedores das « Comarcas, os quaes ouvindo de plano, e em ter- « mo breve os pais, mãis, tutores, e curadores so- « bre a razão da sua repugnancia, e informando-se

« da conveniencia dos ditos casamentos, concede-
« rão ou negarão as ditas licenças, etc. »

§. 95.

A dita Lei de 6 de Outubro no §. = Quarto = determina que « os filhos-familias, e os meno-
« res não poderão contrahir Esponsaes até á idade
« de 25 annos sem consentimento dos pais, tutores,
« e curadores: E prestando estes seu consentimen-
« to, delle se fará expressa menção na Escriptura:
« Se porém não quizerem consentir, *sendo para isso*
« *requeridos, e instados pelos filhos, ou menores*, po-
« derão estes recorrer á Mesa do Desembargo do
« Paço, e aos Corregedores, e Provedores das res-
« pectivas Comarcas, para supprirem por sua pú-
« blica authoridade o consentimento dos pais, tu-
« tores, e curadores, etc.

§. 96.

Tenho visto com horror malogrados os justos fins destas Leis por Corregedores, e Provedores das Comarcas, que ou predominados de paixões particulares, ou sem conhecimento das razões politicas, das Legislações que forão o modêlo das nossas, do que sobre as das outras Nações escrevêrão os Douros, tem denegado as pertendidas licenças onde as devião conceder, e as tem facultado onde as devião denegar; e neste caso com deslustre de familias, occasionando entre ellas odios, e dissensões, e causando ao público os funestos effeitos dos matrimonios desiguaes, e indignos. Ainda mesmo não pensão seriamente em negocio de tanta ponderação o espirito destas Leis, que consiste no complexo de todas as circumstancias individuaes, e especificas, em que os Legisladores as concebêrão, e quizerão que ellas se praticassem, e do fim, e da razão, que os movêrão a estabelece-las. Para que pois justamente as executem devem estar imbuidos nestas legaes, e juridicas Prenoções.

§. 97.

Primeira: A Lei (§. 94.) distingue o resto da Nobreza da Côrte, e Provincias, e comprehende geralmente neste resto os Negociantes de grosso tracto, e todas as pessoas, que se achão nobilitadas pelas Leis do Reino, para, quanto a estas, ficar privativo o Tribunal do Desembargo do Paço: E como só comette á inspecção dos Corregedores, e Provedores os requerimentos *das pessoas da corporação, e gremios dos Artifices, e das occupações da plebe*, não podem estes arrogar-se (como muitas vezes tenho visto) a conhecer de Requerimentos de plebeos contra pessoas nobres: Devem por tanto instruir-se quaes são as pessoas nobres segundo as Leis do Reino, para se conterem nos limites da sua jurisdicção, e não enxovalharem Nobres caracterisando-os plebeos, e atrahindo os indecorosamente ao seu Juizo.

Quaes sejão as pessoas nobilitadas pelas Leis, e costumes do nosso Reino deve saber-se pela Lição de Villasboas, Nobiliarch. Portugueza, Moraes de Execut. L. 4. C. 8. Carvalh. de Testam. Part. 1. Pint. Ribeir. no Opusculo dos Titulos da Nobreza de Portugal, e modernamente no Livro intitulado = Privilegios da Nobreza, e Fidalg. de Portug. E depois de se advertir na Lei, que para este fim (depois de separar os que tem Foro de Moço Fidalgo, e dahi para cima) reduz a huma só classe todo o resto da Nobreza do Reino, seja qual fôr a sua graduação; e geralmente todas as pessoas nobilitadas pelas Leis do Reino, bastará somente advertir os que no infimo lugar nobilita a Ord. L. 4. T. 92. §. 1., que são os que forem Cavalleiros ou Escudeiros, *ou de outra semelhante qualidade, que costumem andar a cavallo; não sendo os que assim costumão andar a cavallo of-*

ficiaes mecanicos, nem havidos, e reputados por piães Maiormente quando a mesma Lei de 19 de Junho depois desta generalidade, comprehensiva desta infima Nobreza, passa a distinguir as pessoas da corporação, e gremios dos Artifices, e das occupações da plebe, para só dos Requerimentos destas poderem conhecer os Provedores, e Corregedores.

§ 98.

Segunda: A Lei de 19 de Junho de 1775 detesta os matrimonios alliciados por homens destituidos das qualidades, que podião habilita-los para casamentos nobres, e que os solicitão pelos meios, que pode inventar a malicia, e a libertinagem. Esta mesma Lei detesta os matrimonios dos filhos-familias, a que os pais das esposas allicião para casarem com suas filhas.

Nesta mesma Lei, e no seu espirito se comprehendem aquellas mulheres que allicião os homens, e que com vivas expressões se vêm pintadas por Salomão Proverb. 7. «Ornatu meritri-«cio præparata ad capiendas animas, garrula «et vaga, quieti impatiens, nec valens in domo «consistere pedibus suis: nunc foris, nunc in «plateis, nunc juxta angulos insidians ... (quæ «juvenem) irretivit multis sermonibus, et blan-«ditiis labiorum protraxit illum »

§. 99.

A outra Lei de 29 de Novembro do mesmo anno, cohibindo, como já vimos (§. 94.) os abusos, e tyrannias do poder patrio, faz cargo aos Ministros (para supprirem os consentimentos para os matrimonios, que os pais injustamente denegão) do escrupuloso exame, quanto aos Nobres, *das qualidades das familias, e das conveniencias dos casamentos;* e quanto aos plebeos, faz cargo da averiguação *das conveniencias dos casamentos*, para depois deste

exame concederem, ou denegarem as pertendidas licenças. E he bem conforme ao espirito destas Leis, que só devem os Juizes supplementar os consensos paternos quando os pais são injustos; quando os pertendidos matrimonios o são pelos meios licitos, e honestos; quando são dignos, e iguaes, nas qualidades das familias, e nas conveniencias dos bens, e não quando taes matrimonios são alliciados por meios reprovados, e illicitos; quando desiguaes; e quando os pais usando do seu direito, se oppõe a taes matrimonios alliciados por más artes, desiguaes nas familias, e conveniencias, etc.

Na Nota 23 do Addicionador de Muscetul. *de Sponsalib. filiorum fam.* se mostra que os matrimonios desiguaes, e indignos sempre forão detestados em tôdas as Nações desde a mais remota antiguidade. — Em Agostinho Barbos. *vot.* 19. *n.* 39. em Tiraquell *ad Leg.* 5. *Connubial.* Paul. Rub. *in adnotationib ad Dec.* 331 *p.* 4. *tom.* 2. *recent. n.* 83. Sanches *de Matrim. L.* 2. *Disp.* 16. *n.* 2. Molin. *de Justit. Disp.* 176. *v. Contrariam* = no Card. de Luc. *de Dot. Disc.* 142. *sub n.* 21., e em Fragos. *de Regim. P.* 1. *L.* 2. *Disp.* 4. §. 2. *n.* 29. *etc.* se achará que matrimonios são desiguaes, e indignos, e quaes são os seus funestos effeitos.

Secção I.

Em que casos he justo, e deve pelos Magistrados attender-se o dissenso paterno contra as pertendidas nupcias dos filhos, que recorrem a pedir na fórma destas Leis o supplemento judicial: Em que casos injusto.

§. 100.

«O consentimento dos pais (diz Montesquieu «L. 23. C. 7.) para os matrimonios dos filhos he

« fundado sebre o seu poder; isto he sobre o seu « direito de propriedade: Elle he tambem fundado « sobre o seu amor, sobre sua razão, e sobre a in- « certeza da de seus filhos, que a idade tem em es- « tado de ignorancia, e as paixões ao estado de be- « bedice .... Nas Instituições ordinarias aos pais « he que pertence casar seus filhos; a sua pruden- « cia a este respeito será sempre superior a toda ou- « tra prudencia. A natureza dá aos pais hum dese- « jo de procurar a seus filhos successores, que elles « tem por seus proprios successores, etc. » A obrigação pois, que por todos os Direitos tem os filhos de recorrer ao arbitrio, e consentimento dos pais para a eleição das suas nupcias, passou a ser preceito positivo da nossa Legislação.

§. 101.

Ella olha no commum dos pais estes Direitos, estas particulares razões; (§. 100.) e só se propoz cohibir o domestico despotismo de alguns, que irracionavel, e obstinadamente negão os seus consentimentos ainda para matrimonios os mais uteis, e correspondentes ás suas qualidades: e por isto he que facultou aos filhos os recursos aos Magistrados para, ouvidos os pais, e tomadas as necessarias informações declararem justa, ou injusta a razão do seu dissenso. Mas sempre mandão as Leis attender, e ouvir os pais; porque sempre a favor delles está a natural, e juridica presumpção de que querem promover o bem de seus filhos. Por tanto devem os Magistrados olhar mais para as razões dos pais do que para as dos filhos, as mais das vezes allucinados com paixões cegas, e desordenadas, ou dolosamente seduzidos. Mais facilmente se devem presumir estes influxos nos filhos, que os contrarios de despotismo, e irracionabilidade nos pais.

§. 102.

Antes que os filhos recorrão a Juizo devem pri-

meiro recorrer aos pais, requerendo-os, e instando-os para que lhes prestem o consentimento para as nupcias que pertendem. Este he hum dever que lhe impõe, antes do recurso a Juizo, a Lei de 6 de Outubro de 1784 no §. 4. ibi: «Se porém não quize-«rem (os pais, mãis, tutores, curadores) consen-«tir, sendo para isso requeridos, e instados pelos «filhos ou menores, poderão estes recorrer, etc.» Esta he huma precedente obrigação antes do recurso a Juizo, que as Leis das mais Nações impõe aos filhos; (Leis que adoptou, e seguio a nossa) tanto assim, que não são os filhos attendidos com taes recursos em quanto não fazem certo que por si, ou por outras pessoas tem requerido, e instado a seus pais, e não tem cumprido com este primeiro dever.

Gibert. *tom.* 1. *Cons.* 60. Pothier *Trait. du Contr. de Mariag. P.* 4 *C.* 1. *Secc.* 2. *art.* 1. §. 3. Colleg. da Theolog. Lugdunens. *tom.* 5. *de Matrimon. Diss.* 1. *Prop.* 2.

§. 103.

E isto de tal fórma que, se os filhos antes de cumprir este dever passão a fazer os seus Tractados de matrimonio com abuso deste poder patrio, e depois de estarem já ajustados recorrem a Juizo, sem assim terem antes requerido, e instado os pais, só por isso mesmo tem estes huma justa, e attendivel causa para negarem os seus consentimentos.

Stryk. *us. mod. L.* 23. *T.* 1. §. 16. *quidquid dicat* Zecch. *post* Muscetul. *de Sponsal. pag.* 241. *n.* 21.

§. 104.

He bem facil de inferir, depois de tudo o exposto, quaes sejão as justas causas, com que os pais se podem oppôr ás nupcias dos filhos, e justificar perante o Magistrado os seus dissensos. He facil de inferir que podem (com o espirito das nossas Leis mesmas) allegar que os filhos são alliciados, seduzi-

dos, e illudidos dolosamente por meios criminosos, que ha desigualdade nas qualidades das familias, ou conveniencias dos casamentos; que o pertendido esposo ou esposa são de máos costumes, incapazes para a economia domestica, etc.

Vejão-se Zecch. *de Sponsalib. Academicor. Art.* 3. *n.* 22. Voet *ad Pandect. L.* 23. *T.* 3. *n.* 22 24. Stryk. *us. mod L.* 23. *T.* 2. *sub* §. 55.

Secção II.

Que filhos ou menores devem pedir este consentimento: A que pais, tutores, ou curadores: Fórma do consentimento extrajudicial, quando os filhos não recorrem a Juizo: Em que casos não he necessario

§ 105.

Devem os filhos supplicar o consentimento dos pais, ainda que 1.° estes tenhão passado a segundas nupcias; porque nem por isso perdêrão esse direito reverencial: Ainda que 2.° os pais tractem com rigor, e severidade os filhos: Ainda que 3.° o pai seja furioso; porque então o filho deve implorar o consentimento do curador delle, e do Magistrado: Ainda que 4.° seja prodigo, em quanto não está julgado tal; e estando-o deve o filho supplicar o consentimento da mãi ou dos avós: Ainda que 5.° seja morto o pai deve implorar o consentimento da mãi; mas não o do padrasto ou madrasta, a menos que não sejão seus tutores: O mais he 6.° que debaixo da palavra = Pais = com que se explicão as nossas, e outras semelhantes Leis a este respeito, se comprehendem, mortos ambos os pais, os avós: Em fim 7.° se requer este consentimento dos pais, e avós ainda que elles estejão em miseria.

Voet. ad Pandect. L. 23. T. 2. n. 14. Mull. ad Struv. Exerc. 29. thes 24.

§. 106.

Quanto aos menores que tem tutores, e curadores: As nossas Leis, assim como as de algumas Nações, requerem tambem os seus consentimentos. (a) Mas aqui he que os Magistrados devem pôr todo o cuidado, e vigilancia; porque aqui he onde podem entrar pessimas negociações dos tutores. (b)

(a) Voet. *supr. n.* 16. Mull. *supr. thes.* 23. *pag.* 539.

(b) Nem ainda ao pai, e menos ao tutor he licito exigir dinheiro pelo casamento da filha ou pupilla, Peres *in Cod. L.* 5. *T.* 1. *in fin.* E he notavel a Ord. L. 1. T. 88. §. 20. e 21. contra os Tutores que, ainda não recebendo dinheiro, induzem os orfãos a casamentos desiguaes.

§. 107.

Póde ainda vir em dúvida 1.° se deve concorrer o simultaneo consentimento de ambos os pais? A Theologia Lugdunense tom. 5. *de matrimon. Diss.* 1. *art. Prop.* 6. requer o concurso de ambos, e que a discordia de hum basta para impedir o matrimonio: Porém assenta Voet. *supra n.* 13. que se o dissenso he da parte da mulher prevalece o voto do marido.

Veja-se Furgol. *Trait. des Testam. C.* 8. *Secc.* 2. *n.* 67.

§. 108.

Póde vir em dúvida 2.° se o pai se propozer casar hum filho indignamente com deslustre de toda a familia, lhe podem ou não obstar os parentes com justiça? Sobre esta Questão se veja Muscetul. *de Sponsalib. Not.* 21., *e pag.* 44. *n.* 126.

§. 109.

Quanto á fórma do consentimento: Se os menores contrahem esponsaes por Escriptura pública, o §. = Quarto = da Lei de 6 de Outubro de 1784.

se satisfaz em que os pais, tutores, e curadores prestem o seu consentimento, e que *delle se fará expressa menção na Escriptura*, não fazendo preciso que os pais, tutores, e curadores assignem a mesma Escriptura. Póde pois o tal consentimento prestar-se *a parte antea* por Escripto ou Procuração, que ou se copie na Escriptura, ou delle se faça ahi menção, para assim se satisfazer á Lei.

Se o filho-familias que contrahio por Escriptura Esponsaes, ou se fingio maior de 25 annos, ou apresentou consentimento falso por escripto, elle não póde depois allegar a propria torpeza, dizendo que não interveio o consentimento do pai, e que falsamente se fingio maior, he hum privativo direito do pai essa allegação. E quando o pai se opponha depois ás nupcias, e obtenha impedi-las, sempre o filho a todo o tempo que tiver bens fica responsavel á esposa illudida, tanto pela pena convencional, como pelo interesse, e injuria. Tudo assim comprova Zecch. *de Sponsal. Academicor. n.* 27. *et* 54. *post Trat.* Muscet. *de Sponsalib.* — O contrario, e que em tal caso se não possa exigir a pena, estabelecêo o Codigo Frederic. *P.* 1. *L.* 2. *T.* 2. *sub* §. 25.

§. 110.

Não he porém necessario o consentimento dos pais para os esponsaes ou nupcias dos filhos 1.° quando elles são maiores de 25 annos. Lei de 6 de Outubro de 1784 §. = Sexto = . Mas esta Lei ainda assim determina que « deverão indispensavelmente « pedir o consentimento dos pais; e repugnando es- « tes, depois de terem os filhos satisfeito, e cum- « prido com os importantes, e religiosos officios da « obediencia, e respeito, que se devem a estes che- « fes das familias, poderão proceder á celebração do « contracto sem seu consentimento, » modificada a

Lei de 9 de Novembro de 1775. Não tem sancção penal no caso que os filhos não cumprão a obrigação, que lhe impõe, e por isso a transgressão fica impune.

§. 111.

Não he necessario 2.° o consentimento dos pais quando estes são ausentes em parte incerta, a menos que não haja mãi ou avós, cujo consentimento deverá na ausencia do pai supplicar-se. — Não he necessario 3.° quando os filhos, ainda que menores, já forão casados (a) — Não he necessario 4.° quando os filhos são emancipados solemnemente, e livres do patrio poder.

(a) Parece que a Ord. L. 5. T. 23. §. 3. faz reincidir no patrio poder a viuva menor de 25 annos. — Mas veja-se Peg. tom. 7. *ad Ord. L.* 1. *T.* 87. §. 6. *n.* 190.

CAPITULO VII.

Outros mais casos, em que se extingue o patrio poder.

§. 112.

O Sabio Mello Freir. L. 2. T. 5. §. 27. depois de ter reconhecido que pelo Direito Romano novissimo na Nov. 81. só ficavão isentos, e livres do patrio poder os que conseguião as Dignidades do Patriciado, a Consular, a Episcopal, o Governo de huma Cidade, etc. passa na Nota ao mesmo §. a dizer: « Filii dignitate aliqua ornati com emolumento con- « juncta, non tam ob dignitatem, quam ob priva- « tam œconomiam, quam tunc plerumque solent « instituere, a potestate patris liberantur » etc.

Seguio aqui Mello a Thomas. *in us. Prat. ad Instit. L.* 1. *T.* 12. *in. fin.* quasi por formaes palavras.

§. 113.

Porém em toda a nossa Legislação não encontramos outros modos mais que a emancipação ou o casamento, pelos quaes o filho fica livre do patrio poder, Ord. L. 1. T. 88. §. 6., e L. 4. T. 97. §. 19. Eu já no Cap. V. mostrei impraticavel neste Reino a emancipação tacita pela economia separada; e por isso devemos assentar com as nossas Leis que só o casamento, e a emancipação legal livrão do patrio poder, ou que este só cessa nos mais casos especialisados no Direito Romano subsidiario.

He notavel a conclusão de Stryk. *us. mod. L. 1. T. 7. §. 24.* « Quæcumque dignitas Jure « Romano non eximit filium a nexibus paternis, « illa nec hodie eum liberat, nisi dignitati ac- « cedat separata œconomia, vel emancipatio ju- « dicialis. »

A dignidade do Patriciado dos Romanos he hoje semelhante á dos Conselheiros do Principe, Stryk. *supra*, Mull. ad Struv. *Exerc.* 3. *thes.* 67. Amaya na *L.* 66. *Cod. de Decur. L.* 10. *a n.* 47.

§. 114.

Por Direito Romano novissimo libertavão do patrio poder as Dignidades relatadas na L. ult. Cod. de Decurion. por força da Novell. 81. C. 2. et 3. (a) As Leis de Hespanha adoptárão esse Direito Romano applicando-o aos Officios daquelle Reino: O nosso Fragoso (b) (Reinicola em ambos os Reinos) reduzio no da Hespanha a dez as Dignidades seculares, que livrão do patrio poder: 1.° a Dignidade do Patriciado, Conselheiro do Principe: 2.ª a do Proconsul, isto he, o Juiz Geral da Curia Imperial eleito para administrar justiça em huma Provincia: 3.ª a do Perfeito do Pretorio, que Fragoso diz em Castelhano, *Adelantado mayor de la Corte:* 4.ª a do Perfeito da Cidade, isto he, o Juiz maior da Cidade, que he cabeça do Reino: 5.ª a do Perfeito

do Oriente: 6.ª a da Questura, e Escrivão da Puridade: 7.ª a da Milicia Equestre entre nós, e em Castella o Alferes Mór, que leva a Bandeira Real na Guerra em que vai o Rei: 8.ª a do Officio do Procurador da Corôa ou Fazenda Real: 9.ª a do Mordomo Mor da Casa Real: 10.ª a de Chanceller Mor do Reino, e dos Secretarios de Estado — Accrescenta Fragoso n. 109. que destas Dignidades só as quatro do Patriciado, Consulado, Perfeito Pretorio, e Episcopal livrão do patrio poder só pela simples nomeação, e eleição. E todas as mais só pelo exercicio actual dellas. (c)

(a) Como dizem Struv. *Exerc.* 3. *thes.* 67. Fragos. *P.* 3. *L.* 2. *Disp.* 3. §. 3 *n.* 103.

(b) Fragoso *supra.*

(c) Tudo isto plagiou Fragoso de Thomé Valasc. *alleg.* 29. *a n.* 82.

Assim he facil de vêr quaes são os Officios, e Dignidades, que no Reino de Hespanha, e no nosso (em que só está a este respeito adoptado o Direito Romano) livrão do patrio poder; Secretarios, e todos os do Conselho de Estado, Chanceller Mor, Corregedores do Civel e Crime da Côrte etc. etc.

§. 115.

Em consequencia, nem pelo Direito Romano, nem pelos costumes do nosso Reino são livres do patrio poder 1.° os Ecclesiasticos *quoad temporalia*, ainda que tenhão Ordens Sacras (a): 2.° os Freires professos nas Ordens Militares; tanto assim, que tendo pais vivos não podem testar dos bens adventicios: (b) 3.° os Doutores, ou Bachareis: (c) 4.° os Militares, como se deduz da Ord. L. 3. T. 9. §. 3., e L. 4. T. 83. §. 1. (d) Nem finalmente 5.° outro qualquer Officio, ou Dignidade, que não seja entre nós semelhante aos exceptuados no Direito Romano na L. fin. Cod. de Decurion. juncta a Novell. 81. (e)

(a) Valasc. *Cons.* 108. *n.* 30. Fragos. *supr. n.* 99. Cald. *in L. si curatorem Verbo Læsis n.* 130. *ff. Tamen.* Guerreir. *T.* 2. *L.* 5. *C.* 5. *n.* 28. Arouc. *in L.* 3. *de his qui sunt sui n.* 13.

(b) Fragos. *supra n.* 114. Arouc. *supr. n.* 11. Thom. Valasc. *all.* 29. *n.* 111.

(c) Mull. ad Struv. *Exerc.* 3. *thes.* 67. Arouc. *n.* 14. Thom Valasc. *n.* 78.

(d) Arouc. *supr. n.* 10. Thom. Valasc. *n.* 77. Valasc. *supr. n.* 22.

(e) Sobre a intelligencia desta Lei se veja Amaya á mesma Lei, porque foi hum dos seus melhores Interpretes.

§. 116.

Tambem não se livrão do patrio poder e seus effeitos os filhos, ainda que os pais sejão furiosos ou prodigos.

Arouc. *in L.* 20. *de Stat. homin. a n.* 30. *et in L.* 8. *ff. de his qui sunt sui, a n.* 8. 10. — E ainda que Groenevegen de Leg. abrogat. na dita L. 8. diz que sendo o pai furioso adquirem os filhos o poder patrio, comtudo he reprovado por Stryk. *us mod. L.* 1. *T.* 6. §. 3. — Veja-se Peg. *de Compet. pag.* 184. *C.* 98. §. 1. *n.* 78.

§. 117.

Sim cessa o patrio poder pela morte civil, quando ha degredo perpetuo, ou o pai he banido, mas não pelo degredo temporal. (a) E supposto se suspenda pelo captiveiro do pai, elle o recupera tanto que he restituido á liberdade. (b)

(a) Portug. *L.* 3. *C.* 23. *a n.* 56. Fragos. *supr. a n.* 116.

(b) Thomas. *Not. ad Instit. L.* 1. *T.* 12. *pag.* 62. Peg. *supr. C.* 98. §. 2. *n.* 10. *et a n.* 22. — Veja-se o §. 5. *Instit. L.* 1. *T.* 12. com as Notas de Vinnio.

CAPITULO VIII.

Em que casos podem os filhos exigir salario dos serviços que fazem aos pais, mães, madrastas, padrastos, tutores e curadores.

Quanto aos pais. Em que casos devão salarios aos filhos.

§. 118.

Ou 1.° se tracta de salario do filho-familias legitimo, que trabalhou nos bens do pai: ou 2.° do filho emancipado, que trabalhou em beneficio do pai: ou 3.° do natural ou espurio, que trabalhou nos bens do pai: ou 4.° em qualquer delles, que trabalhou em beneficio da mãe: ou 5.° a bem do padrasto, ou madrasta: ou 6.° a tutores.

Pelo que respeita ao filho-familias legitimo, que trabalhou nos bens do pai.

§. 119.

Na questão abstracta: Se este filho merece, e vence salario? se dividem os DD. em duas opiniões: Huma he affirmativa, sustentada em sete urgentes fundamentos, que expõe Harprectr. Disp. 2. — *De salario pro operis liberorum præstando* — desde o n. 14. até o n. 21.: Outra, e a negativa he defendida por graves DD., e com razões de maior pezo, que estofou o mesmo Harprectro desde o n. 22. até o n. 28.: Outros passárão a fazer as diversas distincções, que expoz o mesmo Harprectro desde o n. 28. Porém reassumindo elle *ex professo* a resolução, e interpondo no meio de tanta variedade o seu arbitrio desde o n. 40., firma as seguintes conclusões.

§. 120.

Primeira: No stricto rigor de Direito o filho que serve ao pai não merece nem vence salario. Esta opinião, e como regra geral firma o mesmo Harprectro a n. 40.; respondendo a n. 43 ás objecções da opinião affirmativa contraria.

Além dos DD. que refere o mesmo Harprectro, confirão-se Fragos. *de Regim. P.* 3. *L.* 10. *Disp.* 22. §. 2. Zacch. *de Salar. q.* 51. *a n.* 19. Carvalh. *de Testam. P.* 4. *C.* 1. *a n.* 281., aonde tambem responde á opinião contraria, Pacion. de Locat. *C.* 35. *a n.* 112. Valasc. *Cons.* 32.

§. 121.

Segunda: Deve-se salario ao filho-familias, que trabalha nos bens do pai, quando ha Lei ou costume do Reino, ou Provincia, que assim o determina. (a) Porém neste Reino não sei que haja tal costume, antes o contrario.

(a) Harprectr. *supr. thes.* 21. *n.* 44. *et* 45.

§. 122.

Terceira: Em falta de Lei ou costume, e pela equidade natural deve-se salario a hum filho, que trabalhou notavelmente nos bens do pai; que lhe escusou hum criado; e que sendo já artifice, ou estando assalariado servindo outra pessoa, deixou o artefício, ou serviço alheio, em que podia lucrar para servir ao pai, que veio precisado da sua assistencia, e da sua administração; e que com effeito não só lhe conservou, mas augmentou o seu patrimonio com sua agencia, e industria; muito mais estando os outros filhos trabalhando, e lucrando para si.

Harprectr. *supr. a n.* 37. *et a n.* 46., aonde algumas vezes assim o refere julgado, *et a n.* 58, concordão com outros DD. Zacch. *de Salar. q.* 51. *n.* 36. *et* 37. Pacion. *supr. n.* 114. *et* 115. Com tanto que os taes serviços sejão notaveis,

como declarão os citados DD., e melhor Escobar *de Raciocin. C.* 27. *n.* 56. *até* 59. Voet. *ad Pandect. L.* 15. *T.* 1. *n.* 5.

§. 123.

Quarta: Se o filho-familias só trabalhou na agricultura para a percepção dos fructos dos bens do pai, neste caso, e por este trabalho não se lhe deve salario.

Zacch. *n.* 36. Ayor. *de Part.* 3. *q.* 3. Escobar *sub n.* 56.

§. 124.

Quinta: Se o filho, que aliàs podia servir outro amo, ou applicar-se a algum officio livremente sem authoridade do pai (§. 52.) ajusta salario com o pai, salario que podia lucrar servindo a outra pessoa: neste caso assentão os DD. que se lhe deve.

Harprectr. *a n.* 50. *et* 67. Peg. *tom.* 4. *for. C.* 45. *sub. n.* 105. E que possa paccionar salario o permitte o Codigo Frederico *P.* 2. *L.* 7. *T.* 16. *sub* §. 8. *pag.* 598. Stryk. *de success. ab intest. Disp.* 11. *C.* 4. §. 20. *in fin.*

§. 125.

Sexta: Deve-se salario ao filho-familias, se elle protestou por elle quando srevia ao pai, e o pai annuio aos seus protestos. (a) Com tanto que este protesto seja feito no tempo em que o filho presta ao pai as obras arteficiaes. (b)

Pacion. *de Locat. C.* 35. *n.* 115. Harprectr. *supr. sub n.* 50. Fragos. *P.* 3. *L.* 10. *Disp.* 22. *sub n.* 117. *ỳ. Præsertim*, Gomez *in Leg.* 29. *Taur. n.* 24. *ỳ. Ex quo*, Peg *tom.* 4. *for. C.* 45. *n.* 105. *in fin.* Sabell. §. *Salarium* = *n.* 11.

(b) Garcia *de Donat. remunerat. sub n.* 42. — Em contrario está Carvalh. *de Testam. P.* 4. *C.* 1. *sub n.* 281. denegando ao filho o salario, por mais que protestasse por elle quando servia ao pai. — Eu julgaria soldadas a hum filho,

que sendo de servir por soldada, e podendo lucralla servindo a outro, protestou por ella ao pai quando o servia, e o pai annuio ao seu protesto, Stryk. *de succession. ab intest. Diss.* 11. *C.* 4. §. 20. *in fin.*

§. 126.

Septima: Se o filho em vida do pai he proposto por elle a alguma negociação com bens, e dinheiros do pai, e o filho trabalhando, e traficando zelosa, e cuidadosamente lucrou muito para o pai, supposto que tudo o adquirido pelo filho cede ao pai, e em outra opinião ametade, que fica na classe de peculio adventicio, com tudo, e pelo menos pugna toda a razão para que a hum tal filho se arbitre hum racionavel salario prudentemente regulado em remuneração do seu trabalho, para que não resulte a iniquidade de ficarem locupletados os mais filhos ociosos, ou separados por effeito da industria, e trabalho de hum tal filho.

Harprectr. *Disp.* 1. — *De operis liberorum* = *a n.* 242. *et* 256. *et Disp.* 2 — *De Salar. pro oper. Liber. præst. a n.* 69. — Gomez *in L.* 29. *Taur. n.* 24. Fragos. *P.* 3. *L.* 10. *Disp.* 22. §. 5. *sub n.* 111.

O pai só tem o uso-fructo no que no filho adquire pelo officio, ou arteficio, ou por soldada, servindo a qualquer pessoa, por serem peculio adventicio esses adquiridos; e, extincto o uso-fructo por qualquer causa das expostas nos Capitulos precedentes, deve o pai restituir ao filho a propriedade deste peculio, Harprect. *Disp.* 2. *n.* 68. Em consequencia póde o pai exigir dos devedores do filho o que elles lhe devem para o uso-fructuar; e depois o filho já não tem regresso contra seus devedores, mas só contra o pai, ou sua herança, Peg. *tom.* 4. *for. C.* 45. *n.* 99. *et* 102.

Pelo que respeita aos emancipados, e casados.

§. 127.

Estes (á unica excepção das obras, e serviços leves obsequiaes, ou por estimulos de piedade, ou gratidão de beneficios recebidos, que sempre se presumem gratuitos) merecem salario servindo aos pais em serviços quaesquer outros, que lhe fação com trabalho ou despezas, ou deixando de servir a outras pessoas, e lucrar nesses serviços, ou subtrahindo-se aos proprios etc.

Harprectr. *Disp.* 2. §. 26. Fragos. *supr. n.* 118. *in fin.*, e assim o refere julgado Peg. *tom.* 4. *for. C.* 45. *a n.* 104. *et* 106.

Nesta class entrão os netos; porque a Ord. L. 1. T. 87. §. 7. declara que os netos filhos dos filhos casados não ficão debaixo do patrio poder dos avós, ou outros ascendentes.

Pelo que respeita aos filhos naturaes, e espurios.

§. 128.

Os pais não tem patrio poder nos filhos naturaes, ainda que aquelles sejão peães, e estes seus herdeiros necessarios, por força da Ord. L. 4. T. 92. (a) Muito menos tem patrio poder em taes filhos os pais nobres, e ainda menos os pais, cujos filhos são espurios. Elles recebendo alimentos em casa dos pais só são obrigados aos serviços obsequiaes, e não aos arteficiaes (§. 21.)

(a) Valasc. *Cons.* 94. *et Cons.* 151. *n.* 1. *et* 11. Arouc. *in L.* 11. *ff. de his qui sunt sui vel alieni jur. n.* 3.

Pelo que respeita ás mães.

§. 129.

Por Direito Natural ellas tem patrio poder igual ao dos pais: O Romano, adoptado nesta parte pela nossa Legislação, as privou deste poder. (a) Mas em outras Nações se lhe ficou conservando para diversos, e vantajosos fins nos bens adventicios dos filhos. (b) E neste Reino só se reservavão ás mães algumas prerogativas. (c)

(a) Mell. *L.* 2. *T.* 4. §. 6.

(b) Heinec. *Syloq. opuscul. Exerc.* 14.

(c) Prerogativas que recoligio Mell. *supr.* §. 15.

§. 130.

Por esta razão pois de carecerem as mães do poder patrio, assentão commummente os DD. que ellas devem soldadas aos filhos, sendo pessoas dessa qualidade: A menos que em contrario não haja alguma conjectura de doação; isto he, que os filhos quizerão servir a mãe gratuitamente sem intenção de exigir salario: Assim o prova em termos bem claros a Ord. L. 1. T. 62. §. 37. que tratando das mães providas nas tutellas dos filhos, diz que ellas hão de ficar obrigadas a que «sendo de qualidade «de andarem á soldada lha pagarão.» O mesmo prova a Ord. L. 1. T. 88. § 13 no fim.

Harprect. *Disp.* 2. *a n.* 68 Carvalh. *de Testam. P.* 4. *C.* 1. *n.* 283; assim o refere julgado Peg. tom 14. *ad Ord. L.* 1. *T.* 86. *n.* 139.

§ 131.

Mas das palavras da citada Ord. L. 1. T. 62. §. 37. se deduz por argumento *a contrario sensu*, que não sendo o filho de qualidade para andar á soldada, se lhe não pagará pela mãe.

Porque, como diz o Senador Peg. *tom* 4.

for. C. 45. *n.* 74. «*Salarium non debetur personis nobilibus ob operas suas* etc. — Confira-se Phæb. P. 1. arest. 49. — Quaes porém sejão as pessoas nobres, a que as mães não devão soldadas, depende da prova da nobreza, ao menos em infimo gráo: Porque aliàs os filhos de lavradores, que por suas mãos agricultão bens seus, ou alheios, não são nobres para este fim: Veja-se Guerreir. *T.* 3. *L.* 5. *C.* 12. *a n.* 21. *et* 23.

Pelo que respeita aos padrastos.

§. 132.

Se as mães são obrigadas a pagar soldadas aos filhos, com muita mais razão os padrastos aos enteados; porque não se presume amor reciproco entre elles, nem animo de doar o enteado os serviços, o padrasto os alimentos, a menos que aquelles não fiquem pagos, e compensados com estes. Mas se se mostrar ainda só por conjecturas que o padrasto deo alimentos a enteado, sem animo de os repetir; que não precisava dos serviços do enteado; que o conservou em casa por amor da mãe; ou que o enteado não era de qualidade de servir por soldada, então não se devem.

Harprectr. *Disp.* 2. *a n.* 92. *ad* 103. Silv. *ad Ord. L.* 4. *T.* 92. *pr. n.* 33. *et* 34. — Por mais que o padrasto protestasse repetir do enteado os alimentos, não os póde repetir se o enteado o servia, e os serviços ao menos equivalião aos alimentos, Harprectr. *Disp.* 1. *a n.* 375.

Pelo que respeita ás madrastas.

§. 133.

Se os filhos as servem, ainda que juntamente aos pais, evitando-lhes hum criado, augmentando-lhes utilmente o seu casal etc., sempre vencem a metade de soldada pela herança, e bens das madrastas.

Valasc. *Cons.* 32. Peg. *tom.* 4. *for. C.* 45. *a n.* 2. Harprectr. *Disp.* 2. *n.* 102. Zacch. *de Salar. q.* 19. *n.* 42. — Adverte porém o mesmo Zacch. que o exposto só póde proceder quando o pai, e madrasta são casados por carta de ametade; ou a mulher tem bens parafernaes, e extradotaes, que o enteado lhe cultiva, e administra.

Pelo que respeita aos tutores, e curadores.

§. 134

O tutor ou curador, que se serve do orfão (sendo pessoa de qualidade de servir por soldada) lha deve satisfazer. (a) Se o orfão he nobre, e faz em beneficio do tutor algum serviço leve, se deve este arbitrar prudentemente, e compensar-se em parte com os alimentos, que lhe presta o tutor. (b) Se os serviços são taes, que escusavão ao tutor hum criado ou criada, então nada dos rendimentos lhe deve o tutor excomputar nos alimentos; antes pelo contrario lhos deve inteiramente satisfazer, e de mais a mais humas competentes soldadas. (c)

(a) Peg. *tom.* 7. *ad Ord. L.* 1. *T.* 87. §. 13. *n.* 1. *Tr.* 3. *L.* 5. *C.* 12. *n.* 9.

(b) Gam. *Decis.* 216. Cancer 1.ª *var. C.* 16. *n.* 35. Guerreir. *supr. C.* 15. *n.* 43. *et C.* 16. *n.* 25.

(c) Assim o distingue Flores ad Gam. *Decis.* 216. *optime* Coler. *de Aliment. L.* 2. *C.* 6. *a n.* 20.

Adverte porém o mesmo Gam. *Dec.* 360. que devem entrar em desconto os tempos, em que a pupilla se instruio em aprender a cozer, fiar, etc., mais em beneficio seu, que do tutor, ainda que ao mesmo tempo, e pelo decurso de annos lhe fosse fazendo algum serviço: De forma que pelo arbitrio de Gama a huma pupilla tal, a quem os rendimentos estavão arbitrados para alimentos, só se mandou compensar com os serviços ametade da despeza dos alimentos, ficando o tutor responsavel a outra ametade.

Como devão arbitrar-se nestes casos os serviços.

§. 135.

Não fallo no caso, em que os orfãos se assoldadão na forma, e com os requisitos da Ord. L. 1. T. 88. §. 13.: Trato do caso, em que não ha ajuste algum sobre a quantidade do salario: Geralmente a Ord. L. 4. T. 29. manda que se arbitre «havendo «respeito ao tempo, qne servio, e á qualidade do «criado, e do serviço» etc. et §. 1. *ibi*: «poderá «o amo ser demandado em Juizo para pagar o ser«viço, como sempre se costumou geralmente pagar «semelhante serviço nessa Comarca.» Esta Ordena«ção se acha muito bem commentada por Silva, a «que póde recorrer-se.»

Favores, e privilegios destas soldadas.

§. 136.

Compete por elles acção. A divida dellas, quando convencionadas, tem preferencia em concurso de credores. Não devem vir á collação, huma vez re-

cebidas, por serem peculio adventicio, nem se devem imputar em legitima. (a) E finalmente quando não são convencionadas não prescrevem por tres annos como as mais. (b)

(a) Harprectr. *Disp.* 2. *a n.* 112. Carvalh. *de Testam. C.* 1. *in fin.*

(b) Peg. *tom.* 4. *for. C* 45. *a n.* 4. Pereir. *Decis.* 46. *a n.* 1. Gam. *Dec.* 344. *n.* 11. Silv. *ad Ord. L.* 4. *T.* 32. *n.* 4. *et* 8.

Nota a todo este Capitulo.

Se o pai ou mãe em seus testamentos se confessão devedores de serviços aos filhos, quando esta confissão não baste para esta divida, como passiva, se deduzir do cumulo da herança, sempre pelo menos a confissão deve valer como legado do equivalente á divida confessada, para se deduzir do terço do testador, que a confessou, e isto independente de outra prova da sua verdade, Peg. 3. *for. C.* 24. *n.* 45. Salgad. *in Labyrint. P.* 3. *C.* 13. *n.* 21.

CAPITULO IX.

Extensão, e limites do poder do pai e mãe para castigarem os filhos, e dictarem aos Magistrados civis castigos publicos.

Secção I.

Direito de Castigar por si os filhos immorigeros

§. 187.

Não me proponho expor com Gravin. *de orig. et progress. Jur. Civ. L.* 1. *C.* 25. com Heinec. *An-*

tiquit. Rom. ad Instit. L. 1. *T.* 9. com Thomas. *Not. ad eund.* T. Nood, e outros a origem, razão, e progressos do direito de matar, e vender os filhos, que nos Romanos era hum attributo do patrio poder. Era o pai hum Juiz domestico, hum Magistrado domestico, hum censor do filho; o seu direito huma paternal magestade: Tudo depois se abrogou quanto aos poderes de matar, e vender os filhos, ficando-lhe só destes poderes, como restos, o de castigar seus filhos, e de delatar seus crimes aos Magistrados, como notão os citados DD., e se vê na *L.* 3. *Cod. de Patr. potest.*, na L. *un. Cod. de emendat. propinq.*

§. 138.

Do ultimo destes direitos vemos a pratica neste Reino, mesmo desde o seu principio, e a cada passo os seus vestigios nos primitivos Foraes, de que forão só reformas os do tempo do Senhor D. Manoel. Entre outros vemos no do Porto §. 26., que impondo-se penas aos que ferissem com armas, ou sem ellas, se exceptuou «quem castigando sua mulher, e «filhos-familiares tirar sangue» etc. No de Coimbra debaixo do Titulo = Pena de arma, e sangue = *ibi:* «nem pagará (a dita pena) a pessoa, que cas- «tigando sua mulher, e filhos, criados, e escravos «tirar sangue» etc. Omitto outros. Sendo bem verosimil que este resto do poder patrio dos Romanos, e estes Foraes que o adoptárão forão as fontes das Ord. L. 5. T. 36. §. 1. *ibi:* «nem quem castigar «criado, ou discipulo, ou a sua mulher, ou seu fi- «lho, ou seu escravo» etc. E no T. 97. §. 4. *ibi:* «E esta Lei não haverá lugar no que encerrar seu fi- «lho familias, ou escravo pelos castigar, e emendar «de más manhas, e costumes, porque em tal caso «os poderá prender:» Isto he na propria casa.

§. 139.

He bem claro em toda esta Legislação, que só conferio o exercicio deste poder aos pais com os fi-

lhos em quanto elles estão na sua familia *sub sacris paternis*, e não depois de emancipados, e de ter sido com a emancipação extincto o patrio poder.

Harprecht. *Disp.* 3. *n.* 242.

§. 140.

Não limitão estas Leis este poder, ou de castigar até hum certo ponto, ou de castigar o filho até hum certo tempo, e fazem impunivel no pai o ferimento do filho, ou a clausura como em carcere privado; isto simplesmente parecendo que lhe deixão ainda o direito, e preeminencia de Juiz, e Magistrado domestico, sem que o filho se possa aggravar do excesso: Mas he justo que este castigo não exceda os termos de huma correcção domestica sem crueldade, e sem vingança.

Mull. ad Struv. *Exerc.* 3. *thes.* 38. *ibi*: « Quæ « correctio dicitur domestica absque acerbitate, « non ad vindictam, sed ad emendationem tendens. » Stryk, *vol.* 3. *Disp.* 6. *C.* 2. Brunneman. *ad L.* 3. *Cod. de patr. potest. n.* 9. Peres *in Cod. L.* 9. *T.* 15. Fragos. *P.* 3. *L.* 1. *Disp.* 1. §. 4. *n.* 57.

§. 141.

Porque se hum pai fere gravemente hum filho; hum marido a mulher, em termos que excedesse os justos limites desta permittida correcção, sendo de devassa o caso, póde entrar o officio do Juiz a devassar para punir. (a) E a mulher gravemente ferida póde querelar do marido, que no castigo excedeo aquelles limites. (b)

(a) Peg. *tom.* 5. *ad Ord. L.* 1. *T.* 65. §. 31. *n.* 63.

(b) Phæb. *P.* 2. *arest.* 115. Repertor. das Orden. debaixo da conclusão = Marido póde castigar sua mulher. =

§. 142.

O filho mesmo, supposto que não possa querelar do pai, quando elle exceda o modo, e proporção do castigo, tem recurso ao Magistrado, queixando-se da deshumanidade do pai, e implorando o seu nobre officio para que o emancipe. (§. 27.)

Rainald. *Crimin. L.* 1. *C.* 6. §. 3. *n.* 12.

Secção II.

Direito de requererem, e dictarem aos Magistrados castigo publico.

§. 143.

He na L. 3. *Cod. de Patr. potest.* que se funda este direito: Eis-aqui a sua letra: «Si filius tuus «in potestate tua est, res acquisitas tibi alienare «non potuit. Quem, si pietatem patri debitam non «agnoscit, castigare jure patriæ potestatis non pro«hiberis: acriore remedio usurus, si in pari contu«macia perseveraverit; eumque Præsidi Provinciæ «oblaturus, dicturo sententiam, quam tu quoque «dici volueris.»

§. 144.

Quanto sejão graves, e puniveis as injurias, e ferimentos, que os filhos fazem aos pais he evidente (a) Ainda que os pais se não queixem das injurias, e offensas que os filhos lhes commettem, podem, e devem os Magistrados punir *ex officio* os mesmos filhos, conforme a gravidade de suas culpas. (b) E se os pais lhes remittem as injurias, o mais que póde resultar he minorar-se a pena corporal dos filhos, mas não devem ficar totalmente impunidos. (c)

(a) Cortead. *Decis.* 83. *n.* 19. Carpzov. *Prat. Crim. q.* 100. Rainald. *Crim. p.* 1. *L.* 1. *C.* 6. §. 3. *a n* 4.

(b) Rainald. *a n.* 20. Stryk. *vol.* 9. *Disp.* 2. *C.* 3. *n.* 105.

(c) Rainald. *n.* 18. Fabr. *in Cod. L.* 8. *T.* 33. *Def.* 1.

§. 145.

Se o pai he o mesmo que delata o filho, e propondo os seus crimes, e offensas proprias ao Magistrado, requerendo-lhe, e dictando-lhe o castigo, entrão estas duvidas: 1.ª Se se exigem provas: 2.ª Se está no arbitrio do pai depois desta denuncia perdoar ao filho: 3.ª Se o Juiz ao menos á instancia do pai deve minorar a pena: 4.ª Se o mesmo proceda a respeito da mãe.

§. 146.

Antes que me proponha esta discussão, devo prenotar que a citada Lei 3 *Cod. de patr. potest*, ou só procede, e só então se permitte ao pai dictar ao Magistrado o castigo, quando se tracta de irregularidade do filho, que não sendo atroz, e criminosa he damnosa ao pai; (a) ou quando o pai pede castigo público de algumas injurias, e desobediencias do filho: E não quando o pai delata ao Magistrado offensas graves do filho, e outros crimes atrozes delle, que não offendêrão especialmente os bens, e pessoa do pai, mas só a terceiro ou ao público. (b)

(a) Como quando o pai se queixa de furto, que lhe fez o filho; caso em que o Juiz deve dictar a pena á vontade do pai, Rainald. *supr. a n.* 64. Molin *de Just. Disp.* 676. *n.* 6. Gomez 3. *Var. C.* 5. *n.* 3.

(b) Rainald. n. 23. Pinell. P. 2. rubr. Cod. de bon. matern. a n. 30.

§. 147.

Quanto á 1.ª dúvida: Distinguem commummente os DD. entre os casos leves, e os graves, dizendo que naquelles nenhuma prova se exige, porque não se tracta mais que de huma simples correcção;

mas nestes, que não só se exigem provas, mas audiencia dos filhos — Ainda mesmo naquelles casos póde o Juiz exigir provas: 1.° Se o filho for condecorado com o gráo de Doutor, ou semelhante: 2.° Se houver odio entre o pai, e o filho por demandas ou outras causas: Se habitarem separados.

Rainald. *supr. a n.* 48.

§. 148.

Quanto á 2.ª: Decide-se com a mesma distincção: Se o caso he grave, a injuria, e impiedade do filho para com o pai he atroz, e seria funesto exemplo ficar impune, não póde o pai perdoar-lhe; mas sendo leve não devem tirar-se-lhe os effeitos do seu paternal amor.

Assim com Fabr. *in Cod. L.* 8. *T.* 33. *Def.* 1. decide o mesmo Rainald. *n.* 26. *et* 27. Confira-se Valeron. *de Transact. T.* 4. *q* 7. *n.* 22.

§. 149.

Quanto á 3.ª: Deve distinguir-se o caso de o pai delatar, e accusar ao Magistrado as proprias offensas, e dictar o castigo que requer, e entre o caso de delatar outros diversos crimes do filho: No primeiro se o pai remitte a offensa, sem duvida se lhe deve minorar a pena, *maxime* a infamante: (a) No segundo a delatação do pai (á unica excepção do crime da deserção) não minora a pena, que as Leis impõe a esses crimes delatados pelo pai (sendo provados) por mais que o pai com a delação supplique remissão, ou minoração das penas legaes. (b)

(a) Rainald. *supr. a n.* 18. *et a n.* 28. Stryk. *vol.* 9. *Disp.* 2. *C.* 3. *n.* 107.

(b) Stryk. *Supr. a n.* 113. Anton. *Math. de criminib. L.* 48. *T.* 18. *de Pœn. C.* 5. *n.* 13. Renas. *Elem. Jur. crim. L.* 2. *C.* 5. *n.* 21.

§. 150.

Quanto á 4.ª: A mãe tem o mesmo direito de castigar particularmente a seus filhos para os corrigir, e emendar sem excesso, assim como os pais: Tem o mesmo direito de recorrer aos Magistrados, que castiguem seus filhos desobedientes. (a) Só com as differenças de que o Magistrado em nenhum caso (nem ainda para a pena leve de prizão, segundo a distincção do §. 147.) deve attender o simples dicto da mãe sem provas; nem no castigo deve seguir o dictame, e arbitrio da mãe. (b)

(a) Rainald. *supr. a n.* 49. Ricc. *Dec.* 284. Pinell. *supr. n.* 30.

(b) Rainald. *n.* 62. *et* 63.

Sobre todo este Cap. veja-se o Codigo Civil dos Francezes Art. 375. e seg.

CAPITULO X.

Poderes do pai para remittir as injurias feitas aos filhos: Em que casos lhe compete, ou não compete.

§. 151.

Antes que me proponha distinguir por meio de diversas conclusões a materia deste Capitulo, e os casos em que o pai tem ou não o poder de remittir as injurias feitas aos filhos, devo prenotar 1.ª que humas são introduzidas pelo Direito Civil, outras pelo Pretorio: As primeiras são as que se relatão no §. 8. Instit. *de Jujur.* « Ob eam rem quod se « pulsatum quis, verberatumve, vel domum suam « vi introitam esse dicat... Domum autem accipi- « mus, sive in propria domo quis habitet sive in con- « ducta, sive gratis, sive hospitio receptus sit. » As

segundas são geralmente todas as injurias, que se commettem *facto, verbis, literis aut pictura.*

Peg. tom. 6. *for. C.* 217. *n.* 2. *et* 3. Portug. *de Donat L.* 2. *C.* 18. *a n.* 89. Tondut. *de Prævent P.* 2. *C.* 17. *a n.* 10. Gravin. *de Origin. et progress. Jur. Civ. L.* 1 *De Legib. et Sctis C.* 102.

§ 152.

Devo prenotar 2.° que quanto ás injurias da primeira classe introduzidas pelo Direito Civil, derivado da Lei Cornelia, ellas competem primariamente ao filho, ainda independente do pai: (a) De fórma que toda a pena, que nellas se julga para satisfação particular, he applicada ao filho quanto á propriedade, como peculio adventicio, e só o pai tem o uso-fructo: (b) Em consequencia o filho a póde accionar em seu nome. (c) E quando o pai a accione, não a acciona em seu nome proprio, mas em nome do filho injuriado, como seu legitimo administrador, e pelo uso-fructo que lhe hade competir na condemnação pecuniaria, que se julgar ao filho. (d) E quanto ás injurias introduzidas pelo Direito Pretorio, póde o pai propollas, e accusallas *nomine et jure proprio.* (e) Suppostas pois estas Prenoções, seguem-se as conclusões seguintes:

(a) L. 5. § 6. et 7. *ff. de Jujur.* Gravin. *supra.* Portug. *supra n.* 91.

(b) Portug. *sup n.* 90. *in fin.* Tondut. *supr. n.* 11.

(d) Gravin *supra.*

(e) Portug. *supra n.* 90. Fabr. *in Cod. L.* 8. *T.* 32 *Def.* 2. *Tondut. supr. n.* 11.

§. 153

Conclusão 1.ª: O pai, independente do filho pessoalmente injuriado, póde remittir todas as injurias introduzidas pelo Direito Pretorio. (a) Mas não pó-

de remittir estas injurias 1.° quando o pai he pessoa vil, e o filho pessoa honesta, ou constituido em dignidade: 2.° se a injuria he cometida ao filho-familias por pessoa conjuncta, porque mais atroz: 3.° quando o pai he demente, furioso, ou ausente: 4.° quando o injuriante não olhava o injuriado como filho-familias, mas o reputava *sui juris*. (b)

(a) Valeron. *de Transact. T.* 4. *q.* 7. *n.* 17. Peg. *tom.* 5. *ad Ord. L.* 1. *T.* 65. §. 25. *n.* 215. Tondut. *de Præv. P.* 2. *C* 17. *n.* 13. Portug. *de Donat. L.* 2. *C.* 18. *n.* 92. *et* 94.

(b) Valeron. *supr. n.* 19. Portug. *n.* 93. Tondut. *n.* 13. Pinell. *de bon. matern. P.* 3. *n.* 105.

§. 154.

Conclusão 2.ª O pai não póde sem união do consentimento do filho remittir, e perdoar alguma das injurias introduzidas pelo Direito Civil, e nos casos da Lei Cornellia pelo primario prejuizo (§. 151. e 152.) que resultaria ao filho na privação da pena pecuniaria, que poderia julgar-se-lhe, e de que a propriedade lhe pertence.

Valeron. *supra n.* 18. Portug. *supr. n.* 94. Peg. *supr. n.* 216 Tondut. *supr. n.* 13. Egid. *in Leg. Ex hoc jure P.* 2. *C.* 2. *a n.* 42. Harprectr. *Disp.* 1. *thes.* 36. Conciol. *Crim. Verbo = Pax = res.* 20.

§. 155.

Figuremos o caso de qualquer espancar, e ferir gravemente hum filho-familias artifice, que ainda que filho-familias lucra para si pelo seu officio, e só o pai tem o uso-fructo nos seus adquiridos (§. 126. Not.); supponhamos este filho-familias gravemente molesto por causa das pancadas por muitos tempos, deixando de lucrar o que para si podia lucrar, e gastando do seu na cura; he bem certo que o injuriante, que assim o injuriou, e damnificou, está res-

ponsavel a todas as perdas, e damnos que lhe causou: E poderá o pai remittir a injuria independente do filho, e em prejuizo delle?

§. 156.

Se o pai remitte nestes casos, em que não póde remittir, as injurias feitas aos filhos-familias, estes, implorada a Authoridade judicial, podem prosegui-las em seu nome (a); e ainda porque o filho tem nestes casos huma acção propria, e independente do pai. (b) E se a acção pela remissão do pai se suspende quanto ao uso-fructo, que na futura condemnação lhe pertenceria, não póde suspender-se quanto á propriedade da condemnação mesma, que se deve julgar para o filho, e para quando for *sui juris*.

(a) Como sentem os DD. citados, e principalmente Tondut. *n.* 11. *et* 16.

(b) L. 5. §. 6. et 7. *ff. de Injur.* Gravi. *d. C.* 102.

CAPITULO XI.

Se he ou não o pai, ou em que casos obrigado defender de crimes á propria custa seus filhos-familias, ou assignar-lhe para esse fim a Legitima.

§. 157.

A Nossa Ord. L. 4. T. 97. §. 8. diz que: « Não tirará o filho á collação o que lhe o pai ou mãe derem para sahir do *captiveiro, ou homizio* » Equipara a Lei o captiveiro ao homizio: Esta palavra — omizio — na nossa antiga linguagem não só significava a morte de homem ou mulher feita por authoridade propria, mas o maleficio ou crime, que merece morte, desterro, açoutes, multa grave, per-

dimento de bens, ou outras semelhantes penas corporaes, ou pecuniarias.

Assim com varios Monumentos da antiguidade, e com o Codigo Affonsino L. 5. T. 61. § 18., nos expoz modernamente Fr. Joaquim de Santa Roza, no seu Elucidario Verbo = Omizio =; e assim o entendeo no seu tempo Valasc. *de Partit. C.* 13. *n.* 176., e depois Carvalh. *de Testam. P.* 4. *C.* 1. *a n.* 124.

§. 158.

Se o filho livre pelo pai do captiveiro ou homizio he obrigado conferir estas despezas, se verá na Parte 3.ª O presente objecto de dúvida consiste: Se o pai *velit nolit* he obrigado faze-las para livrar o filho do captiveiro, ou homizio? Eu vejo a Ord. L. 4. T. 88. §. 12. e 16. comminando pena de desherdação ao filho, que não livra ao pai da cadeia ou do captiveiro; e o T. 89. §. 6. comminando a mesma pena ao pai, que não livra do captiveiro ao filho, constituindo-os, ao que parece, nessa reciproca obrigação. Eu vejo em muitas Nações imposta aos pais a obrigação de pagarem pelos filhos as condemnações criminaes até os limites das suas legitimas.

Conciol. *Crimin. verbo = Legitima = res.* 3. *n.* 6. Card. de Luc. *de Legitima Disc.* 14. *n.* 4.

§. 159.

Porém esses Estatutos locaes dessas Nações nunca forão praticados neste Reino. A obrigação que as citadas Ordenações impõe aos pais, e filhos de se remirem das prizões, e captiveiros, não he directa, e primaria, mas só causativa para evitar a desherdação; e expondo-se a esta cessa aquella obrigação; de fórma que remindo-se da prizão ou captiveiro se deve attribuir mais a piedade, que a causa obligatoria, e necessaria em falta de Lei, que assim o mande.

Carvalh. *de Testam. P.* 4. *C.* 1. *a n.* 124.

§. 160.

Por tanto neste Reino se tem observado, e julgado (a) que o pai não póde ser obrigado involuntario a defender o filho de seus crimes, nem pagar por elle a condemnação, a menos que não tenha em seu poder bens do mesmo filho. (b)

(a) Como testifica Perad. *in Prax. Delegat. Crimin. n.* 128., que segue Guerreir. *Tr.* 2. *L.* 2. *C.* 5. *n.* 14.

(b) Assim o sente Mell. Freir. L. 2. T. 4. §. 14. Esta he a Regra do Direito Romano, L. 68. ff. de Reg. Jur. L. 1. §. 7. ff. de his qui dejicer. L. 6. §. 2. ff rer. annot. L. 3 Cod. de bon. proscrip optime olea de cession. jur. T. 2. q. 6. n. 19.

§. 161.

Se pois o filho se vê prezo por crimes, só tem o unico regresso de implorar o nobre officio do Magistrado, para que lhe assigne em vida a sua legitima, ou parte della equivalente para se livrar do crime.

Guerreir. *Tr.* 2. *L.* 2. *C.* 5. *n.* 23. Conciol. *Crim. Verbo = Legitima = res.* 3. *n.* 4. Portug. *de Donat. L.* 3. *C.* 23. *n.* 6. Merlin. *de Legitim. L.* 2. *T.* 2. *q.* 25. *n.* 3. — E ainda que Valasco *de Partit. C.* 21. *n.* 2. diz o contrario, e só admitta a supradicta resolução, concorrendo a summa indigencia do filho, e que elle esteja condemnado á morte, com tudo não nos devemos apartar da opinião commum. Confira-se Struv. *Exerc.* 20. *thes.* 70.

§. 162.

Se o pai concedeo a algum filho hum Peculio com administração delle para negociar, (sem com tudo o emancipar) e o filho com o delicto augmentou o Peculio, fica o pai obrigado *quatenus ex ma-*

leficio peculium auctum est. (a) E chegando o filho a ser condemnado, se o pai lhe tem concedido algum Peculio, póde então ser demandado (como pelo quasi contracto contrahido pela contestação da Lide com o filho) até os limites do mesmo Peculio. (b)

(a) *L.* 1. §. 20. *L.* 16. *ff. de vi et vi armat. L.* 30. *de action. empt. L.* 3. §. *ult. ff. de pecul. L.* 6. §. 2. *ff. de rer annotar. L ult. cod. eod.* Struv. *supra,* Voet *ad Pandect. L.* 15. *T.* 1. *C.* 4. *sub n.* 2.

(b) *L.* 3. §. 11. *ff. de pecul. L.* 57. *de Judic. L.* 35. *de noxal. action* Brunnem. *in L.* 3. *ff. de pecul.* Anton. Math. *de Criminib. L.* 47. *T.* 1. *C.* 4. *sub n.* 2.

CAPITULO XII.

Em que casos tem o pai obrigação de pagar as dividas contrahidas pelos filhos-familias.

Analyse da Ord. L. 4. *T.* 50. §. 2. 3. *e* 4.

§. 163.

Esta Lei, que teve inteiramente por fonte o Direito Romano, delle deve receber illustração, principalmente quando está recebido neste Reino, Mell. Freir. *L.* 2. *T.* 4. §. 14., e os DD. das mais Nações o suppõe tambem recebido nellas. (a) Arranjarei pois a cada hum dos tres §§. da dita Ord. as conclusões do Direito, que nelles se comprehendem, analysando as suas palavras, e restringindo quanto possivel fôr este favor pela razão do Assento de 2 de Dezembro de 1791.

(a) Stryk *us. mod. L.* 14. *T.* 6. §. 1.

Analysa-se o §. 2.

§. 164.

Este §. suppõe os emprestimos feitos aos mancebos, filhos-familias, e que esperão ser herdeiros de seus pais, e isto para que não succeda que carregados de dividas, e apertados por ellas procurem a morte de seus pais, ou lha desejem, e por outras mais razões que expõe os DD.: (a) ou os filhos-familias sejão bons ou máos, nobres ou plebeos, menores ou maiores (b)

(a) Struv. et Mull. *Exerc.* 20. *thes.* 50. *et* 54.

(b) Mull. ad Struv. *supra pag.* 1331.

§. 165.

Daqui vem 1.° que a Lei não comprehende os emprestimos feitos aos emancipados: (a) Nem 2.° aos livres do patrio poder por causa de alguma Dignidade (Veja-se o Cap. VII) (b) Nem 3.° aos geralmente reputados por *Sui juris;* ignorando com probabilidade os credores que elles são filhos-familias: (c) Nem 4.° aos naturaes, e espurios, que não hão de ser herdeiros dos pais, nem podem esperar suas heranças: (d) Nem 5.° aos que tem peculio castrense, ou quasi, (cap. seg.) porque a esse respeito se reputão pais de familias: (e) Nem 6.° aos menores orfãos de pai, cujas obrigações não estando sujeitas a este Scto, só ficão dependentes do beneficio da restituição *in integrum.* (f)

(a) Struv. *Exerc.* 20. *thes.* 50. *in fin.*

(b) Struv. *supr.* Coccey *Jus controv. L.* 14. *T.* 6. *q.* 3

(c) Struv. et Mull. *supr.* Lim. *ad hanc Ord. n.* 12. *ad* 17.

(d) Lim. *supr.* §. 4. *n.* 13.

(e) Struv. *supr.* Stryk. *us. mod. L.* 14. *T.* 6. §. 8.

(f) Stryk. *supr.* §. 3. Lim. *supr.* §. 2. *n.* 22.

Outros mais casos, em que tem ou não lugar a excepção do Scto Macedoniano se podem vêr em Struv et Mull. *supra*, em Voet. *ad Pandect. L.* 14. *T.* 6. *n.* 3. e em Stryk. *supr.* §. 2.

§. 166.

Conclue a Ord. que o Credor perca o direito de pedir o dinheiro assim ao pai como ao filho, posto que o filho-familias, a que se fez o emprestimo, tenha sahido do patrio poder por morte do pai, por casamento, ou emancipação; e da mesma maneira se não poderá pedir aos fiadores.

Em consequencia «uti potest hoc Scto 1.° «is eave quæ in patria potestate existens mu«tuum accipit, sive ante, sive post mortem «patris conveniatur: 2.° Pater: 3.° Fidejussor, «nisi donandi animo intercessit. Transit quo«que ad heredes; est enim hæc exceptio in «rem, non in personam concepta.» Struv. et Mull. *supr. thes.* 54 Voet. *ad Pandect. L.* 4. *T.* 6. *n* 3. Lim. *ad hanc Ord.* §. 2. *n.* 6.

Se hum tal emprestimo obriga na consciencia, varião os DD. apud Struv. et Mull. *supr. thes.* 44. Lim. *ad Ord. L.* 4. *T.* 50. §. 2. *n.* 27. *et* 28., aonde com Barbosa concilia as opiniões, Luc. Ferrar. *Verbo = Mutuum = n.* 8.

§. 167.

Esta excepção póde oppor-se ainda mesmo depois da Sentença condemnatoria, e na sua execução, e produz o effeito suspensivo della.

Coccey Jus controvers. L. 14. T. 6. q. 11. Lim. ad hanc Ord. n. 7. Voet. ad Pandect. L. 14 T. 6. n. 14. in fin. — Porém Stryk. us. mod. ao mesmo T. no §. 9. diz o contrario, havendo

Lei (como a nossa Ord. L. 3· T. 20. § 15. e §. 50.) que mande pôr as excepções peremptorias com a litis contestação, a menos que não sobrevenhão depois, o que não póde applicar-se a esta do Scto Macedoniano. — *Et hæc est veritas.*

§. 168.

Se o filho-familias depois de ser *sui juris* pagou parte da divida, se póde ainda recorrer ao beneficio deste Scto, varião os DD.: Struv. *Exerc.* 20. *thes.* 57. defende que sim. Em contrario com outros estão Stryk. *supra* §. 12. Coccey *supra q.* 12., aonde attesta que esta opinião he recebida na praxe. Hermosilh. *gloss.* 3. *L.* 6 *T.* 1. *p.* 5. *pag.* 68. refere duas diversas opiniões; e no n. 7. et 8. com Hernig. *de Fidejussorib. C.* 5. *a n.* 177. distingue entre o mesmo que contrahio a divida, ou outro: o primeiro pagando parte ratifica o todo; o segundo ignorante, não.

Pagando o filho tal divida, he certo que lhe não compete a condição *Indebiti*, Coccey *supr. q.* 7. — Mas se a pagou com dinheiro adventicio, he questão se o pai tem direito para o recuperar? Veja-se Coccey *supra q.* 13.

Analysa-se o §. 3.

§ 169.

Esta Ordenação firma duas limitações da regra, ou dos casos, em que não tem lugar o Scto Macedoniano: 1.° se o filho-familias estiver em alguma Loja de mercadorias, ou tiver algum tracto de consentimento, e mandado de seu pai: E neste caso decide que, se por mandado do pai está no tal tracto, fica o pai obrigado pelo emprestimo, que ao dito filho se fizer: 2.° se o filho negociou sem mandado de

seu pai, e neste caso manda que ficará o filho obrigado até onde chegar o seu peculio, e mais não.

Quanto ao 1.° caso: Quaes são os que nelle se comprehendem por identidade de razão, (e pelo Direito Romano fonte desta Ordenação) vejão-se em Bagn. *C.* 39. *a n.* 35. *ad* 38. em Gom. 2. *var. C.* 6. *n.* 2. em Hermosilh. *L.* 4. *Gloss* 3. *T.* 1. *part.* 5., e em Lim á mesma Ord.

Quanto ao 2.° caso: Qual seja o peculio, de que falla a Ord. bem o expõe Mell. Freir. *L.* 2. *T.* 4. *Not. ao* §. 14.

§. 170.

E como esta Ord., e o Direito Romano fazem cessar o Scto quando ha expresso ou presumido consentimento do pai, para que o filho possa receber emprestimos, (a) segue-se 1.° que se o pai permittir se empreste alguma somma ao filho, e ainda que ignorante o credor revogue o mandato, sempre fica obrigado: 2.° que o credor assim abonado pelo pai não deve indagar em que cousas dispende o filho-familias o dinheiro: 3.° que se o pai depois ratificar o emprestimo, pagando parte, dando fiador á divida, novando-a, etc fica igualmente obrigado: Bem como 4.° quando tacitamente, e com actos positivos consente, como pagando a alguns credores dividas contrahidas pelo filho, etc. (b)

(a) Lim. *ad hanc Ord. n.* 10.

(b) Mull. ad Struv. *supr. pag.* 1336. *Col.* 2. *et pag.* 1339. *col.* 1. Bagn. *C.* 39. *a n.* 30. *ad* 34. Gomez. 2. *var. C.* 6. *n.* 2. Cardos. *Verbo = Pater = n.* 31.

Huma simples Carta de recommendação do filho não o authorisa, nem a pessoa a quem elle se recommendou, para se fazerem emprestimos, a menos que da Carta se não deduza essa permissão, ou o pai depois confirme os em-

prestimos, Mull. ad Struv. *supr. pag.* 1339. *col.* 1.

§. 171.

Com mais razão se comprehende nesta Ord., e cessa o Scto Macedoniano, o caso, quando o filho-familias converte o emprestimo em utilidade do pai, ou em satisfação de cousa, a que o pai era obrigado. (a) Em consequencia 1.° se o filho pedio o emprestimo para alimentos seus necessarios ou do pai: (b) 2.° se o filho pagou dividas do pai: 3.° se pedio dinheiros para dotar a irmã, a quem o pai era obrigado constituir dote, dentro porém dos justos limites da sua congruidade, e do quanto só o pai seria obrigado constituir em dote á filha: 4.° se o emprestimo se pedio pelo filho para cura de alguma sua enfermidade. (c)

(a) *L.* 7. §. 2. *et* 10. *L.* 12. §. 14. *L.* 17. *ff. L.* 5. *Cod. ad Sct. Macedon.* Gomes 2.° *var. C.* 6. *n.* 2. *ꝟ. Octavo* = Bagn. *C.* 39. *n.* 62. *et* 63. Lim. *ad hanc Ord.* §. 2. *n.* 9.

(b) Bagn. *supra n.* 64.

(c) Mull. *supr. pag.* 1339. *Col.* 2. *et pag.* 1340. *Col.* 1. *Ad omnia* Cyriac. *Contr.* 387. *a n.* 41.

Como se possa provar esta conversão do emprestimo em utilidade do pai, veja-se Stryk. *us. mod. L.* 12. *T.* 1. a §. 61. *ad* 74., aonde admitte provas de testemunhas, confissões, presumpções, e conjecturas, etc. E a identidade do dinheiro como se prove; isto he, que o mesmo identico recebido pelo filho foi despendido em utilidade do pai, vejão-se Antonell. *de tempor. Legal. L.* 1. *C.* 53. Gratian. for. *Cap.* 955. Cyriac. *Contr.* 219. Em summa, esta identidade se presume *ex brevitat e temporis, vicinitate actuum; et aliis similibus conjecturis*, etc. Hermosilh. Gloss. 7. L. 3. T. 1. part. 5. a pag. 48. diz que

logo que a necessidade se vê remediada existe huma prova da conversão do dinheiro, e que com elle se remediou.

Analyse-se o §. 4.

§. 172.

A materia deste §. illustra-se com as doutrinas de Mull. ad Struv. *Exerc.* 20. *thes.* 57. *pag.* 1337. *Col.* 2. *et pag.* 1340. de Bagn. *C.* 39. *a n.* 41., e de Lim. ao mesmo §. *a n.* 7. A duvida maior consiste se o pai he obrigado satisfazer taes dividas contrahidas pelo filho, que contra sua vontade prosegue os estudos, ao credor dellas, que sciente da repugnancia do pai lhe fez emprestimos para aquelles fins? Os DD. citados varião: Mas em todos os casos, que ficão expostos no Cap. III., em que os pais tem obrigação propor seus filhos aos estudos, ainda que involuntarios, he favoravel á causa dos credores para repetirem dos pais os justos, racionaveis, e moderados emprestimos, que fizerão a esses Estudantes dentro dos limites das quantias, que os pais, conforme as suas faculdades, erão aliàs obrigados fornecer-lhes para essas despezas.

Nisto concordão os DD. citados, e além delles Brunneman. na *L.* 5. *Cod. ad Sct. Macedon. n* 4.

Outros mais casos, em que os pais são responsaveis pelos filhos.

§. 173.

O pai, que expressa ou tacitamente não o contradizendo, consente que seu filho-familias seja eleito Vereador, ou Magistrado, fica como fiador, e subsidiariamente em falta dos bens do filho, respon-

savel a todos os damnos, que elle causou pela sua má administração.

Vejão-se Bagn. *C.* 39. *a n.* 65. Amaya na *L.* 1. *Cod. de Decurion* Arouc. na *L.* 2. §. 1. *ff. de rer. divis. sub n.* 145. e na *L.* 4. *ff. de his qui sunt sui vel alien. jur.* — Esta a disposição de algumas Leis do Direito Romano citadas por estes DD. — Veja-se tambem Egid. na *L. Ex hoc jure p.* 2. *C.* 2. *a n.* 108., aonde diz que raras vezes se verificão os requisitos do Direito Romano.

Pelo contrario Groenevegen. *de Leg. abrogat. ad L.* 1. *Cod. quod cum eo qui in alien. potest.* diz abrogadas as Leis Romanas, em que se funda esta obrigação dos pais pelos filhos Decuriões, Magistrados, etc., a menos que os pais se não obriguem expressamente pelos filhos: Porém Groenevegen. falla dos costumes da sua Nação, em que o patrio poder cessa pela maioridade do filho-familias; pela Magistratura, economia separada, etc., o que se não verifica neste Reino, como fica mostrado no Cap. VII. Só sim póde ser entre nós plausivel a razão de que hum filho Magistrado adquire para si, e não para o pai: (cap. seg.) E o mesmo Direito Romano só dentro dos limites do peculio concedido pelo pai concede acção contra elle; (§. 162.) e o pai não está responsavel pelos delictos do filho *nisi quatenus ex eis factus locupletior.* Accresce que se o pai não he obrigado pelo filho Magistrado, que já he emancipado, porque este só para si adquire, que diversa razão para que fique responsavel pelo filho Vereador, ou Magistrado, que adquire para si?

Por outra parte: O Povo he que elege os Vereadores, e Juizes Ordinarios; o Rei, e

seus Tribunaes depois de informações nomeão os Magistrados que approvão: os pais se portão com inacção, e com despeza: Porque direito pois hão de pagar as damnificações, que ao publico fazem os filhos (ainda que só subsidiariamente depois de excutidos estes) quando por via de regra quem elege he o primeiro obrigado pelas culpas do eleito? *L.* 1. *Cod. de pericul. nominat.* L. 11. *ff. ad Municip.* L 2. et 8. *Cod. de suscept et arcar.* Otter. de *Official. Reip. C.* 17. — Alem disto a Ord. L. 1. T. 88. §. 54. obrigando o Juiz dos Orfãos dar fiança para compor os damnos; a Ord. L. 1. T. 75 §. 3., que a manda prestar aos Alcaides; a outra L. 1. T. 80. §. 2. aos Tabelliães; são indistinctas tenhão ou não pais os Juizes, Alcaides, e Escrivães: Logo suppõe desobrigados os pais. Finalmente a Ord. L. 4. T. 102. §. 8. no fim só faz responsavel o Juiz dos Orfãos aos damnos dos menores *por seus bens*, e não pelos dos pais, se os tiverem.

CAPITULO XIII

Peculios dos filhos-familias: Castrense: Quasi castrense: Profecticio: Adventicio: Em que bens dos filhos tem o pai o uso-fructo legal: Encargos annexos ao mesmo uso-fructo.

Secção I.

Peculios dos filhos, e o que a cada hum pertence.

§. 174.

Todas estas especies de peculios são conhecidas, e approvadas na nossa Legislação; o castrense, o quasi castrense, o profecticio, o adventicio, como

se nota na Ord. L. 3. T. 9. §. 3. e 4. L. 4. T. 50. §. 3. e 4. T. 96. §. 10. 16. 17. 18 e 19.

Os Direitos do Peculio castrense são recebidos nas mais Nações, Stryk. *us. mod. L.* 49. *T.* 17.: Ainda que o contrario diz Thomas *ibidem* com Stryk. Concorda Voet. *ad Pandect. L.* 15. *T.* 1. *n.* 4.

Peculio castrense.

§. 175.

Peculio castrense no sentimento da Ord. L. 3. T. 9. §. 3. he tudo o que o filho tem de bens ou fazenda, que adquirio em acto de guerra; ou, como diz a Ord. L. 4. T. 97. §. 18., tudo quanto o filho ganha em acto militar.

Esta he a definição mesma que expõe Carvalh. de Testament. P. 4. C. 1 n. 290.

§. 176.

A este Peculio castrense pertencem as doações, que os pais fazem aos filhos solteiros para a milicia, ou para o serviço no Paço, e Casa Real, como se nota na Ord. L. 4. T. 97. §. 7. 8. et 9. E geralmente tudo quanto qualquer outra pessoa dá ou deixa ao filho por contemplação da milicia (caso omisso na dita Orden., em que só se tractava das collações) como se nota na L. 1. *Cod. de castrens. pecul.* Accrescenta a L. 4. *Cod. eod. T.* que a herança de hum irmão soldado, e companheiro na guerra deixada a outro irmão soldado he peculio castrense. A L. fin. *eod.* e a L. unic. *Cod. de castrens. omn. Palatin. pecul.* collação na classe de castrenses o que se adquire no serviço, e comitiva da Casa Real, e o que se dá pelos pais ou outra pessoa ao filho para seu mais decente tractamento neste serviço.

Vejão-se Michalor. *de Fratrib. P.* 1. *C.* 2. *a n.* 2. Brunneman. ao Codigo *L.* 12. *T.* 37.

Portug. *de Donat. L. 3. C. 25. a n. 1.* e Stryk. *vol. 8. Disp. 26. C. 2.*

Eis-aqui como o Codigo Frederico P. 1. L. 1. T. 9. art. 4. §. 62. recopilla o exposto. « O pe- « culio castrense são os bens que o filho adqui- « re pela guerra, ou por occasião da guerra. « Não sómente tudo o que tem sido adquirido « na guerra, movel ou immovel, mas ainda as « acquisições feitas por via de troca, ou com- « pra com o dinheiro, que ahi tem ganhado O « que tem sido dado aos filhos para sua equipa- « gem pelo pai, ou por hum extranho, perten- « ce tambem ao peculio castrense: Mas os dona- « tivos, que se fazem fóra deste caso a hum ho- « mem de guerra pertencem ao peculio adven- « ticio: O peculio castrense subsiste, ainda que « o filho esteja aposentado, ou com licença, e « elle o empregue a adquirir outras cousas. » — O dinheiro emprestado ao filho soldado não he quasi castrense; nem o que se dêo ao filho para ir para a milicia não chegando elle a militar. Stryk. *de succession. ab intestat. Diss.* 11. *C.* 3. §. 2. *e* 3. Mull. ad Struv. *Exerc.* 37. *thes* 29.

Peculio quasi castrense.

§. 177.

Reputa a Ord. L. 3. T. 9. §. 3 e L. 4. T. 97. §. 18. peculio quasi castrense todo o que o filho adquire *em acto de letras:* No § 10. do mesmo T. 97. determina que sejão, e se regulem *como se fossem bens quasi castrenses*, as Mercês Reaes, promessas de dotes, ou ajudas delles, Concorda a Ord. L. 3. T. 9. §. 3. ibi: « Doação nossa. =

§. 178.

Da generalidade das palavras — *em acto de letras* — o da definição deste peculio que « *dicitur*

« *omne illud quod ex aliqua adquiritur scientia,* » se infere ser peculio quasi castrense tudo quanto adquirem os filhos pela Magistratura; tudo o que adquirem ensinando Linguas ou Sciencias em público, ou em particular; tudo o que adquirem os Advogados, os Medicos, os Cirurgiões, os Solicitadores do Numero das Relações do Porto, e Lisboa; (mas não quesquer outros Agentes particulares sem Portaria) tudo o que adquirem os Notarios, Escrivães, Tabelliães, ou seja de ordenados, ou de salarios de seus officios.

Carvalh. *de Testam. P.* 4. *C.* 1. *a n.* 234. Portug. *de Donat. L.* 3. *C.* 25. *n.* 41. Peg. *tom.* 13. *ad Ord. L.* 3. *T.* 9. §. 3. *a n.* 7. Guerreir. *Tr.* 2. *L.* 2. *C.* 12. *a n.* 92. — Michalor. *de Fratr. P.* 1. *C.* 2. Mull. *ad Struv. Exerc.* 20. *thes.* 67., aonde amplia a natureza deste peculio a tudo o que o pai dá ao filho Dr. Medico, ou Advogado, *intuitu illius dignitatis,* como vestidos, luvas, etc.

§. 179.

Quanto ao que os Clerigos de Ordens Sacras adquirem por Beneficios, ou por lucros provenientes das Ordens, não se duvida ser peculio quasi castrense. (a) O Patrimonio só he peculio quasi castrense sendo constituido por extranhos, e não pelos pais: (b) Tambem não são peculio quasi castrense, nem tomão essa natureza os bens, que o Clerigo tinha adventicios antes do Clericato. (c) Quanto porém aos bens adventicios, que alguem deo ou deixou ao Clerigo, ou elle herdou depois de o ser, se estes bens ficão ou não na classe de quasi castrenses para o pai ser ou não usofructuario, varião os DD. como ao diante se verá. Entretanto assentemos com os melhores DD., que segue Mull. ad Struv. Exerc. 20. thes. 67., que só he peculio quasi castrense o que os Clerigos adquirem *intuitu et ratione clericatus.*

(a) Carvalh. *de Testam. P.* 4. *C.* 1. *a n.* 228.

(b) Carvalh. *supra.*

(c) Carvalh. *n.* 239. *et* 240.

§. 180.

E pelo que respeita aos Clerigos *in Minoribus*, ou só iniciados com Prima tonsura, depois de varias opiniões, vem a assentar o citado Carvalho n. 244. que nada do que tem ou adquirem he quasi castrense, não tendo beneficio, ou não andando com habito, e tonsura, e juntamente addidos ao serviço de alguma Igreja: e ainda assim concorrendo estes requisitos, só fica sendo quasi castrense o que adquirem pelo Beneficio, ou pelas Ordens no serviço da Igreja, a que são addidos.

Confirão-se Thom. Valasc. *all.* 29. *n.* 123. Fragos. *P.* 3. *L.* 1. *Disp.* 2 §. 8. *n.* 234.

§. 181.

Pelo que respeita ás Doações Regias, Juros ou Tenças, que os Reis fazem a quaesquer filhos-familias, ainda que femeas, ainda que por contemplação dos pais, se reputão peculios quasi castrenses pelas Ordenações já citadas no §. 177.

Carvalh. *de Testam. P.* 4. *C.* 1. desde o n. 245. até o n. 251. Confira-se Peg. *tom.* 13. *ad Ord. L.* 3. *T.* 9. § 3. *n.* 10.

Veja-se largamente sobre tudo o exposto, e o mais que comprehende o peculio quasi castrense, Stryk. *vol.* 8. *Disp.* 26. *C.* 2. *a* §. 14.

Peculio profecticio.

§. 182.

Peculio profecticio, como define Michalor. *de Fratrib. P.* 1. *n.* 4. *C.* 1. « Vocatur et dicitur omne « id quod filius acquirit ex bonis patris, vel patris « contemplatione » O Codigo Frederico P. 1. L. 1.

T. 9. §. 41. art. 4. o descreve assim: « O Peculio « profecticio tem lugar quando o pai ou hum extra- « nho em consideração do pai dá ao filho huma por- « ção de seus bens para os administrar, fazer valer, « e ter delles huma conta particular separada das « contas do pai. »

Eis-aqui os seus requisitos conforme Struv. *Exerc.* 20. *thes.* 63. « Requiritur itaque ad pe- « culium profecticium 1.° ut consensu patris si- « ve expresso, sive tacito sit traditum: Et qui- « dem 2.° filio familias; hoc 3.° modo ut separa- « tum ab aliis rebus, mercibus paternis id ad- « ministret, et seorsim in eo negotietur: et de- « nique 4.° ut ex re patris non aliunde obvene- « rit. » Accrescenta Muller: « Quæ tamen fi- « lius familias occasione peculii profectitii sua « licet opera acquirit, profectitia censentur. »

§. 183.

Na nossa Ord. L. 4. T. 87. no princip. se repu- tão profecticios todos os bens, que o pai ou mãe, ou ambos juntamente dão a seus filhos (sem differença de familias, sexo ou idade) quer em casamento « *quer* « *em outra qualquer maneira;* e bem assim tudo o « que o filho houver de seu pai, ou mãe, *ou o que* « *delles procedesse, que se chama em Direito profecti-* « *cio.* » No §. 17. tambem se declara profecticio « se « o filho, que estiver debaixo do poder de seu pai « houver delle alguns bens, *ou que delle procedes-* « *sem* .... e bem assim todos os ganhos, que dos di- « tos bens procedêrão, se os houve vivendo, ou es- « tando com o pai ou mãe. »

§. 184.

Concordão estas Ordenações com o Direito Ro- mano (§. 182.) em quanto reputão profecticio tudo o que provem ao filho *ex re et pecunia patris.* Quan- to aos ganhos, e lucros com os bens ou dinheiros do pai, só os reputa profecticios concorrendo simultanea-

mente estas circumstancias: 1.ª que os bens com que lucrou procedessem do pai: 2.ª se houver ganhos *vivendo, e estando com o pai ou mãe;* palavras de ablativo absoluto, que denotão condição.

Solan. *Cog.* 9. *n.* 141. Valasc. *de Part. C.* 13. *a n.* 181.

§. 185.

Desta Ord. *a contrario sensu* se infere 1.º que se o filho não estiver sob poder do pai, mas for casado, ou emancipado, tudo quanto lucrar com os bens que o pai lhe dêo, ou delle procedem, não he peculio profecticio, e só o fica sendo o capital, que procedeo do pai: o que se comprova com a mesma Ord. no principio, que não obriga conferir os rendimentos, mais que depois da morte do pai; supponde proprio do filho emancipado tudo quanto elle em vida do pai lucrou com os bens que elle lhe demittio, quer em casamento, *quer em outra qualquer maneira:* A menos que o filho emancipado ou casado se não alimente com os bens do pai juntamente. O mesmo se viver, e se alimentar dos bens da mãe.

Solan. *Cog.* 9. *n.* 127. 128. 133. 149. *et* 150.

§ 186.

Infere-se 2.º que não he profecticio, mas adventicio o que o filho ainda familias lucrou estando, e vivendo com o pai, mas não com bens que procedessem do pai, como tinha declarado o §. 16. ibi: «E ainda que o filho se governe com os bens do «pai, ou da mãe, se com os bens delles o não ga«nhar, não será obrigado traze-los á collação co«mo profecticios: De fórma que para se julgarem «taes he preciso que concorra se o ganhou com os «bens do pai ou da mãe, estando com elles, e go«vernando-se com os bens delles.»

Solan. *supr. a n.* 141. Valasc. *de Part. C.* 13. *n.* 182. *et* 183.

Confira-se Stryk. *de succes. ab intest. Diss.*

11. *C.* 4. *sub* §. 12. — Se o pai dá ao filho o dinheiro como emprestimo, e não ha especie de sociedade, só o filho lhe deve o dinheiro, Stryk. supra.

§. 187.

Segue-se 3.° que se o pai der hum peculio de bens proprios ao filho-familias, só são profecticios os ganhos, que dos ditos bens procedêrão, *se os houver vivendo, e estando com o pai ou mãe;* mas não, e *a contrario,* se os houve não estando nem vivendo com o pai ou mãe: Porque para serem profecticios os lucros, que obteve o filho com os bens do pai, ou mãe he necessario que simultaneamente concorra o requisito de procederem os ganhos dos bens do pai ou mãe estando com elles, e governando-se com os bens delles. (a) E se o filho commercea separado com peculio do pai, são do filho os adquiridos. (b)

Solan. *Cog.* 9. *a n.* 14. *ad* 147. *et* 151., aonde assim o comprova bellissimamente.

(b) Stryk. *supra.*

§. 188.

Por Direito commum o filho-familias, que negoceia com bens do pai, e adquire com elles lucros, adquire para si ametade destes pela agencia, e industria, e outra ametade relativa ao capital he do pai, sem differença alguma de o filho, quando assim negoceia, se alimentar ou não com os bens dos pais, conviver ou não com elles: E essa ametade attribuida á industria do filho lhe fica adventicia: Sobre o que ha muita variedade de opiniões com distincções, e subdistincções.

Vejão-se Michalor. *de Fratrib. P.* 1. *C.* 6. *n.* 2. Guerreir. *Tr.* 2. *L. C.* 12. *a n.* 172. — Mas Harprectr. *Disp.* 1. *a n.* 242. *et Disp.* 2. *a n.* 69. sente de outra maneira, e conforme a me-

lhor opinião attribue em todo o caso o lucro profecticio todo ao pai.

§. 189.

Porém o nosso Direito patrio varia notavelmente neste artigo: Elle não admitte partilha dos lucros profecticios entre o filho, e pai, nem entre filho, e mãe; e ou bem todo o lucro do filho hade ser profecticio, ou todo elle hade ser adventicio: Se o filho negoceia com os bens do pai ou da mãe vivendo com elles, e alimentando-se juntamente dos bens delles, todos os seus lucros são profecticios sem partilha alguma, §. 17. ibi: «*todos os ganhos*, que dos ditos «bens procedêrão, se os houver, vivendo, e estando com o pai ou mãe.» Seguindo aqui o Legislador a opinião da Glossa na L. *Cum oportet. Cod. de bon. quæ liber*, ainda que o filho subtrahindo dinheiro ao pai negoceie com elle clandestinamente.

Confirão-se Carvalh. *P.* 4. *C.* 1. *a n.* 270. *et* 280., e Harpectr. *supr. a n.* 240.

E á vista da generalidade desta Ord., longe de nós a opinião de Bartholo, as suas distincções, e as de outros DD referidos por Harprectr. *a n.* 247., que attribuírão ao filho parte dos adquiridos profecticios por divisão racionavel entre elle, e o pai: Longe de nós a opinião do nosso Valasc. de Partit. C. 13., que não advertindo a generalidade da dita Ord. seguio essas distincções de Bartholo: Longe de nós o citado Carvalho n. 275. e 276. em quanto tentou persuadir que faltando na mãe o patrio poder, ao menos entre ella, e o filho, se hão de repartir os lucros. que elle adquire profecticios com bens della: Pois não adverte que a Ord. se explica pela alternativa, *pai ou mãe*, como melhor discorre Solan. *supr. a n.* 133., concedendo ao filho só huma competente soldada; mas attribuindo á mãe todos os lucros do filho ad-

quiridos com os bens della. *Aliter* (quanto a mim) havendo conjecturas de sociedade entre a mãe, e filho, admittiria eu a opinião de Carvalho: Porém nada ha que embarace que o filho possa estipular com o pai algum salario, pois que não participa no que se adquirir com os bens do pai, pondo o filho a industria. (Veja-se o Cap. VIII.)

§. 190.

Se o filho, ainda que se alimente com os bens do pai, não negoceia, nem adquire com os bens delle, mas com peculio *aliunde* proveniente, todo o lucro he do filho: (§. 186.) Se negoceia separado dos pais, ainda que com bens delles, não se alimentando juntamente com os bens delles, todo o lucro he do filho: (§. 187.) E só está obrigado neste segundo caso conferir a seus irmãos unicamente o peculio, e capital, que recebeo do pai para o seu negocio vivendo separado: (§ 183. e 185.) sem que a Ord. o obrigue conferir redditos alguns dos que percebo em vida do pai, nem o que lucra com as doações, que elle lhe faz huma vez que viva separado, e se alimente do seu.

Voet. *ad Pandect. L.* 15. *T.* 1. *n.* 4. — Nada ha que embarace poder o pai, quando concede o peculio ao filho para com elle ir traficar vivendo separado, reservar para si neste caso alguma parte dos lucros, Solan. *supra* n. 148. Voet. *supra*, Stryk. *de success. ab intest. Diss.* 11. *C.* 4. *sub* §. 19.

§. 191.

Finalmente: Se o pai consigna para alimentos do filho hum predio, e o filho pondo toda a sua industria na boa cultura, e augmento delle, percebe fructos excessivos dos necessarios alimentos, vivendo separado do pai, todo esse lucro, e acrescimo at-

tribuido á sua maior industria, he adventicio, e não profecticio.

Assim com Surd. de Aliment. T. 9. q. 20. defende Carvalh. *P.* 4. *C.* 1. *n.* 278. 279. *e* 280. Porém em contrario está Guerreir *Tr.* 3. *L.* 2. *C.* 1. *n.* 30., affirmando com Barbosa, e Pegas que este lucro he profecticio.

§. 192.

Já prenotei (§. 182) que se reputa profecticio tudo que qualquer pessoa dá ao filho por contemplação do pai: A nossa Ord. porém no L. 4. T. 97. §. 10. e 12. exceptua 1.° as Mercês Reaes, Tenças, e ajudas de casamentos, ainda que feitas por contemplação do pai ao filho: Exceptua 2.° «Os casamen-«tos (isto he dotes) ou ajudas para elles dadas ou «promettidas por Fidalgos, ou outras quaesquer pes-«soas que não sejão ascendentes por linha directa «daquelles, a que os casamentos ou ajudas para el-«les derem,» a menos que (como limita o §. 11.) os doadores não declarem o contrario, e que essas doações, e dotes devão conferir-se.

Vejão-se sobre a intelligencia desta Ord. os Reinicolas, com os quaes o Repertor. das Ordenações debaixo da conclusão = Casamento que ElRei.

§. 193.

Declara no §. 20. e 21. profecticias, e como feitas em contemplação dos pais, as doações feitas pelos avós aos netos; depois de se remetter no fim do §. 10. ao que nesta parte por Direito he determinado. (a) Resta porém ainda huma duvida, qual he, se a doação simples (que não he dote) feita a qualquer filho-familias por contemplação do pai he profecticia ou adventicia? Este caso da doação, que não he dote, ou que não he feita pelo avô ao neto ficou omisso na Ord. E commummente assentão os Reinicolas que se não comprehendeo nas citadas Orde-

nações; e que fica sendo peculio profecticio (sujeito á collação) toda a doação simples feita a qualquer filho por contemplação do pai. (b)

(a) Cessando o muito, que neste artigo se disputa conforme o Direito Romano, apud Carvalh. *supr. a n.* 64., e Barbos. na L. 10. §. *In adrogato ff. de vulgar. a n.* 89.

(b) Repertor. *supra*, Carvalh. *supr. n.* 100. *in med. et n.* 248. *et* 249. Valasc. *de Partit. C.* 13. *n.* 74.

§. 194.

Assentando-se pois que ficou omisso o caso da doação simples feita por extranho ao filho-familias, resta a questão: Se aquillo que he dado ou deixado ao filho se entende por contemplação do pai ou do filho? Ainda mesmo nos termos da questão considerada *in abstracto* sem recurso a conjecturas; ou quando as não ha, varião os DD. Huns assentão que em duvida se deve presumir a doação feita por contemplação do mesmo filho, ainda que nella se faça menção do mesmo pai; ainda que seja doação feita a ambos; ou quando não ha meritos distinctos de hum, e outro. (a) Outros pelo contrario assentão por melhor opinião, que a doação feita por extranho ao filho-familias se presume em contemplação do pai. (b)

(a) Michalor. *de Fratrib. P.* 1. *C.* 7. *a n.* 1. *ad* 11.

(b) Carvalh. *de Testam. P.* 4. *C.* 1. *n.* 62. *in fin.*

§. 195.

A materia he conjectural: Nem ainda o que he dado ao afilhado se presume dado a elle, mas por contemplação do pai, e fica peculio profecticio: (a) Se precedêrão merecimentos do pai; se o doador apenas conhecia o filho, e era mais amigo do pai, e em casos semelhantes se presume em contemplação do

pai; a menos que não concorrão circumstancias, que façáo prevalecer a contemplação do filho. (b)

(a) Groenevegen. *ad* §. 2. *Instit. per quas person. et ad Leg.* 9. *ff. de pecul.* Voet. *ad Pandect. L.* 15. *T.* 1. *n.* 4.

(b) Vejão-se Menoch. *L.* 3. *præs.* 38. Michalor. *supra.*

Nesta variedade eu sigo o insigne Barbosa na L. 10. *In adrogato ff. de vulgar. n.* 109. *et* 111. *ibi:* «Datum contemplatione mei fingi a «me datum, intellige quando contemplatio mei «fuit causa proxima, et immediata donationis, «vel etiam multum propinqua causæ immedia-«tæ, et sine qua non fieret; secus si contem-«platio mei sit causa remota, et causa imme-«diata sive finalis sit persona cui donatur; ut «pote quia propter patrem cognovi filium, et «tamen donationem feci propter benemerita, «et personam filii; nam tunc cessabit conclusio «hujus textus, et acquiritur perfecte donata-«rio.... Limita 2.° quando clare constiterit con-«templatione alterius datum esse: Nam in du-«bio præsumitur donatam propter personæ do-«natariæ merita; et sic in dubio non procedet «hujus textus conclusio. Quod verum intelli-«gas quando aliquis extraneus donavit filio, «ut sentit textus; vel quando filius attento «sanguine erat etiam cognatus illi, qui dona-«vit, ut etiam sentit textus; et sic licet filius «sit in cognatione remotior quam pater; nam «si filio donavit amicus patris, qui non erat «amicus filii, vel non ita intimus, vel erat «cognatus patris non autem filii, attento sangui-«ne; in his casibus potius præsumetur dona-«tum contemplatione patris, etc.» — Veja-se porém sobre tudo a Rota *in Cotlect. ad Luc. L.* 9. *de Testam. Decis.* 35., aonde se expõe ma-

gistralmente muitas conjecturas exclusivas da presumida contemplação do pai.

§. 196.

Em quanto acima no §. 193 se disse que o que o avô dá ao neto se subentende por contemplação do pai, e he profecticio, entende-se quanto ás doações simples; e neste sentido he que falla o §. 20. e 21. da Ord. L. 4. T. 97. E quanto aos dotes feitos pelos avós aos netos, manda o §. 10. no fim que se guardará o que por Direito for determinado.

Esta distincção reconhece o Barbos. supr. n. 88. — E sobre o que está determinado por Direito commum, veja-se o citado Barbosa *a n.* 76., aonde faz varias distincções, e mais largamente Carvalho P. 4. C. 1. desde o n. 64. até o n. 89. Stryk. *de Success. ab intest. Diss.* 11. *C.* 4. §. 6., aonde segue as distincções do nosso Carvalho *supra*: E vem a concluir em poucas palavras: «Opus ergo est animi declaratione «respectu avi, quod pro filio suo dotem dede«rit.» De outro modo assenta (depois de referir a variedade de distincções) que em todo o caso seja pobre ou rico o filho «magis præsu«mendum, non contemplatione filii, sed neptis «avum dotem dedisse.»

Sobre tudo o exposto neste Artigo veja-se Stryk. vol. 8. Disp. 26. C. 4.

Peculio adventicio.

§. 197.

Depois de se ter visto o que se comprehende nos circumscriptos limites dos peculios castrense, quasi castrense, e profecticio, he facil de inferir que todos os mais bens pertencentes ao filho entrão na classe do peculio adventicio. Porém com especialidade he peculio adventicio tudo o que o filho mili-

tar adquire por doações, que não sejão feitas *intuitu et occasione militiæ*: (§. 175. e 176.) He peculio adventicio o que se dá ao filho sem ser com o intuito da milicia quasi castrense: (§. 177. e seg.) He peculio adventicio tudo aquillo, que o filho adquirio pelo proprio trabalho, e industria, ou lhe proveio por liberalidade da fortuna, Ord. L. 4. T. 97. §. 16. ibi: «E quando o filho, que está com seu pai, ou «com sua mãe, ou com ambos, ganhar alguma cou«sa por seu trabalho, quer antes de casado, quer «depois.... não será obrigado ao trazer á colla«ção, etc.»

Confirão-se Harprectr. *Disp.* 1. *thes.* 32. Valasc. *C.* 13. *a n.* 180. Solan. *Cog.* 9. *n.* 103. Carvalh. *P.* 4. *C.* 1. *n.* 255. Guerreir. *Tr.* 2. *L.* 2. *C.* 12. *n.* 86.

§. 198.

He peculio adventicio o que qualquer extranho dá ao filho pela propria contemplação, e merecimento, sem ser por contemplação do pai, nos termos que ficão expostos §. 193. e seg. He peculio adventicio a legitima, que o filho herdou da mãe, ou herança de qualquer outra pessoa *ex testamento*, ou *ab intestato* Ord. L. 1. T. 88. §. 6., e L. 4. T. 97. §. 19. Todos os bens que adquirem, ainda estando com os pais, e alimentando-se com os bens delles, mas não *ex re et pecunia patris;* ou habitando separados, ainda que negoceiem com os bens do pai (§. 185. e seg.)

§ 199.

He peculio adventicio a condemnação julgada ao filho por injuria de pancadas ou ferimentos. (§. 154. e 155.) He peculio adventicio tudo o que o filho adquire por delicto, jogo reprovado; a filha pelo exercicio de meretriz, ou qualquer causa torpe. (a) He peculio adventicio tudo quanto o filho Clerigo tinha antes de ser ordenado de Ordens Sacras. (§.

178.) He adventicio o que depois herdou alem do seu Patrimonio, como logo veremos. He adventicio todo o fructo dos bens, em que o pai não tem uso-fructo, que se chama peculio adventicio extraordinario. (b)

(a) Carvalh. *P.* 4. *C.* 1. *n.* 256.

(b) Mull. ad Struv. *supr. Ad omnia* Stryk. *vol.* 8. *Disp.* 26. *C.* 3. *ubi Latissime.*

Secção II.

Em que bens dos filhos tem ou não os pais o uso-fructo.

Analyse da Ord. L. 4. *T.* 98.

§. 200.

Esta Ord. propõe seis casos, em que o pai não tem o uso-fructo *dos bens adventicios do filho, que está sob seu poder.* Nestas palavras mysteriosas he visto suppor com a Ord. L. 2. T. 9. §. 3. e 4., e L. 4. T. 97. §. 18. que o pai não tem (como com effeito não tem) o uso-fructo legal nos peculios castrense, ou quasi castrense do filho-familias, nos quaes peculios elle he *sui juris et habetur pro patre familias:* He visto suppor que o pai no peculio profecticio não só tem o uso-fructo, mas a propriedade (a) E por isto depois de expôr os seis casos, em que o pai não tem uso-fructo nos bens adventicios do filho, outras tantas limitações da regra geral, firma no §. 7. a mesma regra, *ibi:* « E em todos os outros casos « geralmente haverá o pai o uso-fructo nos bens ad- « venticios do filho, que está sob seu poder. » Tratarei pois em Artigos separados os casos, em que a regra se limita, e depois exornarei, e exemplificarei a mesma regra.

(a) Portug. *de Donat. L.* 3. *C.* 24. *a n.* 5. *et n.* 41.

Artigo I.

Casos, em que o pai não tem uso-fructo nos bens adventicios do filho.

§. 201.

« O primeiro caso he quando alguma cousa for « dada ou deixada ao filho sob tal condição, que « não haja o pai o uso-fructo della, nem outro al- « gum proveito. » A fonte desta Legislação he a Authent. *Excipitur Cod. de bon. quæ liber.* (a) Amplia-se, ou a condição prohibitiva de ser uso-fructuario o pai seja expressa, ou seja tacita: (b) Como por exemplo, se se deixão ou dão bens ao filho com a condição de que os bens serão para seu peculio castrense ou quasi; porque então tacitamente, e em consequencia he visto prohibir-se ao pai o uso-fructo (c)

(a) Exornão Portug. *de Donat. L.* 3. *C.* 23. *n.* 20. Guerreir. *Tr.* 1. *L* 4. *C.* 13.

(b) Portug. *supr. n.* 20. Gall. *de Fruct Disp.* 36. *art.* 4. *sub n.* 5. *v. Decimus* = Lagun. *de Fruct. P.* 2. *C.* 5. *n.* 92. Castill. *de usufruct. C.* 3. *a n.* 54.

(c) Mull. ad Struv. *Exerc.* 12. *thes.* 5.

§. 202.

Amplia-se conforme huma opinião bem fundada, quando a mãe deixando a legitima ao filho prohibe que o pai seja uso-fructuario. Porém outra opinião defende o contrario; como, além dos DD., que por huma, e outra parte refere Portug. *supr.* n. 21., se póde vêr em Mull. *supra*, aonde declara que tal condição só póde sortir effeito nos bens, que a mãe, além da legitima, deixa ao filho (como entre nós o terço)

Confirão-se Lauterbach. *de pecul. adventit.*

irregular. thes. 12. *et* 13. Fragos. *P.* 3. *L.* 2. *Disp.* 3. §. 1. *sub n.* 130.

Se o pai só he privado pelo doador, ou testador da administração dos bens deixados ao filho, não se subentende privado do uso-fructo, Portug. *supr. n.* 22. Lagun. *supr. a n.* 93 — Mas sendo privado do uso-fructo o fica tambem sendo da administração, como adiante se verá §. 210.

§. 203.

« O segundo: Se o pai renunciar o uso-fructo « da cousa, e lhe aprouver de o não haver, » dicta Ord. §. 2. A fonte desta Legislação he a Lei *Cum oportet.* §. *Sin autem, Cod. de bon. quæ liber.*

Exornão esta Ord. Portug. *supr. n.* 23. Valasc. *de Partit. C.* 13. *a n.* 140. — Confirão-se Mull. *ad Struv. supr. pag.* 740. *col.* 1. Lauterbach. *supr. thes.* 20. Fragos. *supr. n.* 142. Arouc. *in L.* 8. §. 1. *ff. de his qui sunt sui, sub n.* 5.

§. 204.

« O terceiro, se for dada, e deixada alguma « cousa a esse filho por outra pessoa, e o pai lhe « denegar faculdade para haver a dita cousa assim « doada, ou deixada, não lhe querendo consentir « que a haja, e o filho a houver sem seu consenti- « mento. » Esta Legislação tem por fonte a L. fin. §. 1. *Cod. de bon. quæ liber.*

Vejão-se Struv. et Mull. *Exerc.* 12. *thes.* 5. Portug. *supr. n.* 41. Gall. *de Fruct. Disp.* 36. *art.* 4. *sub n.* 5. Fragos. *P.* 2. *Disp.* 3. §. 1. *n.* 137. Valasc. *de Part. C.* 13. *n.* 146. *v. Tertius*, onde dá a razão genuina desta conclusão.

§. 205.

« O quarto caso, se fôr dado, e deixado o uso- « fructo de alguma cousa ao filho; porque segundo « Direito não se póde de hum uso-fructo haver ou- » tro uso-fructo, Ord. §. 4. Mas neste caso se o pai

não póde ter outro uso-fructo formal, sempre a commodidade pertence ao pai como tal, e não como uso-fructo. (a) Principalmente se o uso-fructo foi deixado ao filho em contemplação do pai. (b)

(a) Portug. *supr. n.* 42. Lagun. *de Fruct. P.* 2. *C.* 5. *n.* 97. Gomez *in L.* 48. *Taur. n.* 2. Castill. do *usufr. C.* 63.

(b) Fragos. P. 3. L. 2. Disp. 3. §. 1. sub n. 143.

§. 206.

«O quinto caso he, se nós dermos alguma «cousa ao filho quer movel quer de raiz,» Ord. §. «5. L. *Cum multa Cod. de bon. quæ liber.* Amplia-se ás doações que fazem as Rainhas, e todas as pessoas que tem Dignidade Real.

Lauterbabh. *supr. thes.* 14. Mull. ad Struv. *Exerc.* 12. *thes.* 5. *pag.* 739 *in fin.*

§. 207.

«Não haverá outro sim (o pai) o uso-fructo «nos bens dos filhos no caso, em que não fizer por «morte da mãe delles inventario dentro de dous «mezes do dia do falecimento della, como dissemos «no L. 1. no T. do Juiz dos Orfãos, §. E manda-«mos.» (L. 1. T. 88. §. 8.)

Este ultimo caso me dava assumpto para huma larga digressão sobre os casos, em que se incorre, ou se evita esta pena; e a da privação da successão dos filhos, não se fazendo pelo pai inventario dentro de dous mezes: Porém seria fóra do meu projecto, muito mais quando sobre huma, e outra Ordenação fizerão largos commentarios Peg. *tom.* 7. *ad eand. Ord. L.* 1. *T.* 87. §. 8., e Guerreir. *Tr.* 1. *L.* 4. *C.* 13. *a n.* 1. *ad* 22. *et a n.* 93. E só aos DD. que elles referem accrescento Peg. tom. 6. *for. C.* 129. aonde, contra hum Aresto, nervosamente defende

que tal pena se não incorre sem Sentença declaratoria. Adverte porém o mesmo Guerreir. n. 97. que nunca víra executadas estas Ordenações.

§. 208.

Connumera Gall. *de Fruct. Disp.* 36. *art.* 4. *n.* 5. vinte e hum casos, em que o pai não tem o uso-fructo nos bens adventicios do filho: Muitos delles por si mesmos são inapplicaveis aos costumes, e Leis do nosso Reino. Porém Portug. *de Donat.* L. 3. C. 23. n. 45. adverte que neste Reino em nenhuns outros casos he o pai privado do uso-fructo nos bens adventicios do filho, sénão nos seis casos, que declarou a Ord. L. 4. T. 99.: E exceptuados elles unicamente prevalece a regra geral em contrario, firmada no §. 7. *ibi*: «*e em todos os outros casos geralmente* haverá o pai o uso-fructo nos bens adventicios do filho, etc.» Bastando advertir-se na rubrica desta Ord. — Em que casos não poderá o pai haver o uso-fructo dos bens do filho — para em todos os não exceptuados se firmar Regra geral em contrario.

Signanter Arouc. *in L.* 8. §. 1. *ff. de his. qui sunt sui.*

§. 209.

Daqui vem que supposto seja questão opinativa: Se o pai que dissipa os bens adventicios do filho deve ser privado do uso-fructo delles, ou só da administração, dizendo huns DD. que de tudo, outros que só da administração; distinguindo outros entre a dissipação dolosa, e culpavel, e a não dolosa; (a) questão, que suppoz, e deixou indecisa a Ord. L. 3. T. 9. §. 4. nas palavras «ou posto que «nellas tenha o uso-fructo se as o dito pai dissipar, «e gastar, ou em tal maneira damnificar, que o fi«lho a não poderá depois recobrar ao tempo que «lhe houverem de ser restituidos;» com tudo hu-

ma vez que a Ord. L. 4. T. 98. expondo certos casos em que o pai he privado do uso-fructo dos bens dos filhos não connumerou o presente, quando o pai os dissipa, ficou comprehendido na regra geral do §. 7. da mesma Ord.: (§. 208.) E consequentemente só quando muito poderá o pai ser obrigado neste caso a caucionar, ou poderá ser privado da administração, mas não do uso-fructo, e menos de alimentos.

(a) Como se póde vêr em Castill. *de usufr. C.* 3. *n.* 99. *et tom.* 8. *de Aliment. C.* 43. *n.* 27. Fragos. *de Regim. P.* 3. *L.* 2. *Disp.* 3. §. 4. *a n.* 120. Molin. *de Primog. L.* 1. *C.* 16. Guerreir. *Tr.* 3. *L.* 2. *C.* 1. *n.* 34. *Souz. de Maced. Dec.* 11. *a n.* 8. *optim.* Harprectr. *Disp.* 77. *a n.* 124., onde refere a variedade de opiniões.

§. 210.

Em todos estes casos, em que o pai he privado do uso-fructo, suscita Guerreir. *Tr.* 1. *L.* 4. *C.* 13. *a n.* 73. esta Questão: Se nos casos, em que o pai he privado do uso-fructo o fica tambem da administração? Propõe duas opiniões oppostas: No n. 80. huma conciliação dellas; e passando a discorrer por todos os dictos casos (§. 201. e seg.), assenta que o pai não he privado da administração senão naquelles, em que a Lei ou o homem suspeitárão mal delle. Na mesma questão tractando-a *ex professo* Lagun. *de Fruct. P.* 2. *C.* 5. a n. 69. depois de expôr as opiniões oppostas, passa no n. 85. a fazer outra diversa distincção em dous casos: 1.° quando a Lei ou o homem em pena ou odio do pai o privão do uso-fructo; e neste caso o priva das commodidades, e da administração: 2.° quando he por vontade expressa do doador, ou testador. *Quidquid sit:* A opinião absoluta negativa, de que privado o pai do uso-fructo o fica da administração, e da commodidade he, quanto a mim, a que se deve seguir indistinctamente.

Eu a vejo abraçada pelo Codigo Frederic. P. 1. L. 1. T. 9. art. 4. §. 61.

Confirão-se Portug. *de Donat. L.* 3. *C.* 23. *n.* 12. Cald. *in L. si Curatorem Verbo* Læsis = *n.* 147. Castill. *de usufr. C.* 3. *a n.* 54. — *Aliter* Arouc. *in L.* 8. §. 1. *ff. de his qui sunt sui* a n. 10., aonde segue o partido do pai quanto á commodidade *nisi conditionis verba usum fructum et commoditatem prohibuerint.* No n. 11. concede-lhe a administração *« ubi suspicio vel delictum eum non excludat; seu ubi alteri administratio sit commissa.... seu si ab homine usus fructus et administratio sit prohibita.* No caso de ser privado por não fazer inventario *nec legitimam administrationem tanquam suspectus habebit.»* Stryk. us. mod. L. 15. T. 1. §. 14. segue a mesma distincção: Mas no vol. 8. Disp. 26. C. 3. §. 26. segue absolutamente o contrario, e denega ao pai a commodidade, e administração.

§. 211.

Sempre porém sendo nobre o pai, que nos dictos casos he privado do uso-fructo, e administração, deve ser alimentado pelo filho. (a) O mesmo quando o pai he privado da administração por causa da dissipação, e dilapidação dos bens adventicios do filho. (b)

(a) Lagun *de Fruct. P.* 1. *C.* 5. *n.* 89. Mull. ad Struv. *Exerc.* 12. *thes.* 5. *pag.* 740. *Col.* 1. *in fin.* Cald. *supr. a n.* 145. *et* 150.

(b) Molin. *de Primog. L.* 1. *C.* 16. *n.* 17. Arouc. *supr. n.* 16.

Artigo II.

Exemplifica-se a regra geral da Ord. L. 4. T. 98. §. 7.

§. 212.

Este uso-fructo nos bens adventicios do filho se adquire *ipso jure* ao pai, ainda que 1.° ignorante, (a) mas não invito, porque póde deixar de o querer; (b) aindaque 2.° louco, demente, ou prodigo, gozando-o nesses casos por Curador; (c) ainda que 3.° o filho queira renunciar o direito da propriedade quando se lhe doão ou deixão alguns bens adventicios; (d) ainda que 4.° o pai passe a segundas nupcias, Ord. L. 4. T. 91. §. 4.; ainda que 5.° o filho cometta algum crime, pelo qual mereça, e incorra a pena de perdimento de seus bens. (e)

(a) Arouc. *in L. 8. §. 1. ff. de his qui sunt sui n. 4.* Portug. *de Donat. L. 3. C. 23. n. 46.*

(b) Arouc. *Supra.*

(c) Ord. L. 1. T. 88. §. 6.

(d) Olea *de cess. jur. T. 2. q. 6. a. n. 16.* Guerreir. *Tr. 3. L. 2. C. 1. n. 45.*

(e) Olea *supra a n. 17.* Portug. *a n. 12.* Lagun. *de Fruct. P. 2. C. 5. a. n. 104.*

§. 213.

Este uso-fructo compete ao pai 1.° nos moveis, dinheiros, direitos, e acções: 2.° nas soldadas que os filhos ganhárão servindo outra pessoa: 3.° em tudo o que além da legitima materna lhe foi dado, e deixado por qualquer pessoa: 4.° nos bens de Morgado ou Prazo, em que o filho succedeo, e ainda nos bens do Ducado, e Condado: 5.° nos bens adquiridos pelo filho fugitivo, etc.

Guerreir. *Tr. 3. L. 2. C. 1. a n. 31.* Peg. *tom. 7. ad Ord. L. 1. T. 87. §. 6. a n. 74.* Boss. *de Patr. potest. C. 4.* — Em fim em todos os

bens, que não são castrenses ou quasi castrenses, como fica exposto §. 175., e seg.; em todo o profecticio; em todo o adventicio, exceptuados sómente os casos, em que he privado do uso fructo delle. (§. 201. e seg.)

§. 214.

Quanto aos bens dos filhos Clerigos *in Sacris*: Já vimos (§. 179.) que não são peculio quasi castrense os bens que o filho tinha antes do clericado: Que o são os do seu Patrimonio; os adquiridos pelas Ordens; e os rendimentos dos seus Beneficios, nos quaes o pai não tem o uso-fructo; antes se o perceber das rendas ecclesiasticas do filho he divida que lhe deve, e que tem de sahir do cumulo da sua herança.

Assim o refere julgado Peg. *tom* 7. *ad Ord. L.* 1. *T.* 87. § 6. *n.* 88. Cald. *in Leg. si curatorem verbo = Lœsus = sub n.* 132. v. *Pertio infertur.* — Veja-se porém Guerreir. *Tr.* 2. *L.* 2. *C.* 12. *a n.* 225. *ad* 239., onde faz varias distincções.

§. 215.

Porém quanto aos bens adventicios, que depois do Clericado provierão ao filho Clerigo por doações ou heranças, he a maior a dúvida: Huns DD. defendem que ficão tambem estes na classe dos quasi castrenses, em que o pai não he uso-fructuario, (a) outros pelo contrario que estes bens ficão adventicios sem reassumirem a natureza de quasi castrenses para effeito algum juridico, e que nelles tem o pai o uso fructo. (b) Esta opinião defende com razões superiores a toda a replica Cald. *in L. si curatorem verbo = Lœsio = a n.* 120., e o segue Fragos. *P.* 3. *L.* 2. *Disp.* 3. §. 4. *a n.* 149. Confira-se Peg. *tom.* 4. *ad Ord. pag.* 248. *sub n.* 78.

(a) Valensuel *Cons.* 5. Carvalh. *de Testam.*

P. 4. *C.* 1. *n.* 241. Thom. Valasc. *alleg.* 29. *n.* 128. *et* 131.

(b) Guerreir. *Tr.* 3. *L.* 2. *C.* 1. *n.* 40. *optime* Mull. ad Struv. *Exerc.* 20. *thes.* 67.

Commodos deste uso-fructo.

§. 216.

Neste uso-fructo se comprehendem todas as commodidades, que são communs aos mais uso-fructuarios: Pertence aos pais uso-fructuarios legaes tudo o que he fructo natural, industrial, ou civil; tudo o que se comprehende na nomenclatura de *fructo*. (a) Com especialidade compete ao pai o laudemio, que se paga da alienação do Prazo, de que o filho he senhor directo. (b) O pai apresenta a Igreja, de que o filho he Padroeiro. (c)

(a) Disto tractárão largamente Gallo, e Lagunes *de Fructibus*. Castilho *de usu-fructu*, Guerreir. *Tr.* 4. *L.* 2. *C.* 10. Barbos. *Appellativ.* 103.

(b) Lagun. *P.* 1. *C.* 13. *n.* 37.

(c) Bagn. *C.* 48. *n.* 67. *et* 68.

Quid no thesouro achado no predio uso-fructuado? Vide Lagun. *P.* 1. *C.* 11. *a n.* 42. — *Quid* no augmento por alluvião? Vid. Lagun. *supr. a n.* 46. Harprectr. *Disp.* 78. *thes.* 23. *et Disp.* 76. *a n.* 333. — E geralmente sobre os commodos dos uso-fructuarios. Vejão-se Voet. *ad Pandect. L.* 7. *T.* 1. *a n.* 21., e Struv. et Mull. *Exerc.* 12. *thes.* 15. *e seg.*

§. 217.

Outro, e não menor commodo he que o pai tem huma livre administração sem necessidade de Decreto de Magistrado, nem de caucionar o uso-fructo, nem de jurar como tutor, nem de dar contas dos redditos, etc.

Veja-se Harprectr. *Disp.* 78. *tot.* Confi-

ra-se a Ord. L. 1. T. 88. §. 6., e L. 4. T. 92. §. 4 junta á L. 8. *Cod. de bon. quæ liber.*

Secção III

Encargos annexos ao uso-fructo paterno: Differenças entre este uso-fructo, e dos mais uso-fructuarios.

§. 218.

Primeiro encargo: E quanto aos bens uso-fructuados: He o pai obrigado conservar as casas, e edificios reparados de tudo o necessario para occorrer a maiores ruinas; cultivar á sua custa os predios; subrogar arvores em lugar das caducas ou mortas; de rabanho do gado substituir os fetos em lugar das cabeças que perecerem, etc.

Harprectr. *Disp.* 79. *a n.* 7. Voet. *ad Pandect. L.* 7. *T.* 1. *a n.* 36. Castilh. *de usufr. C.* 56, *e* 57. — No nosso Carvalh. *de Testam. P.* 4. *C.* 1. *desde o n.* 253. *até* 268 se acha recopilado tudo quanto o pai póde repetir das despezas que fez nos bens do filho, quando se casa ou emancipa, ou que o mesmo deve imputar por morte do pai. — Tambem sobre este objecto se podem consultar Michalor. *de Fratrib. P.* 1. *C.* 5. *a n.* 12. Merlin. *de Ley L.* 2. *T.* 2. *q.* 28. Voet. *supr. sub n.* 16. Struv. et Mull. *Exerc.* 12. *thes.* 23. Guerreir. *Tr.* 1. *L.* 4. *C.* 2. *a n.* 93., e melhor que todos Bagn. *C.* 9. *a n* 182., et signanter n. 201., onde faz bellissimas distincções, e muito praticas.

§. 219.

Segundo encargo: Supposto Pinello, e Molina *de Primogen.* referidos por Carvalho *supra sub n.* 269. tentarão equiparar o uso-fructo legal dos pais com o dos mais uso-fructuarios, para o fim de não serem aquelles, como não são estes, obrigados ás

despezas grandes sobre a propriedade, mas somente ás modicas, com tudo o mesmo Carvalho com Garcia de Expensis *C.* 11. *n.* 7. segue indistinctamente que o pai, em differença dos mais uso-fructuarios nesta parte, he obrigado a todas as despezas grandes ou pequenas das demandas que move, ou que se lhe movem, sobre a propriedade dos bens adventicios, ou sobre o uso-fructo, ou sobre tudo juntamente. Isto mesmo segue com muitos DD. Harprectr. *Disp.* 79 *thes.* 2. *a n.* 15. E somente limita ou adoça esta obrigação absoluta do pai n. 27.: « *Si* « *sumptus litium quantitatem perceptorum fructuum* « *excedant* »

§. 220.

Terceiro encargo: Todo o uso-fructuario universal he obrigado contribuir pelos rendimentos dos bens uso-fructuados os censos, e pensões, a que os bens são sujeitos; os tributos, e collectas reaes, que se pagão em razão dos bens; as dividas annuas; os legados annuos; fintas para calçadas; marachões; os alimentos a que estaria obrigado o proprietario, etc. (a) Se porém estes tributos, e prestações annuas forem superiores á commodidade do uso-fructo, recahem sobre o proprietario. (b)

(a) Bagn. *C.* 9. *a n.* 208. *et C.* 64. *a n.* 36. *et a n.* 70. Garcia *de Expens. Cap.* 11. Balmassed. *de Collect. q.* 77. Guerreir. *Tr.* 1. *L.* 4. *C.* 2. *a n.* 78. Voet. *supr. n.* 37.

(b) Bagn. *C.* 9. *n.* 229. *et C.* 64. *n.* 75. Castilh. *de usufr. C.* 56. *n.* 18. Gall. *de Fruct. Disp.* 36. *art.* 1. *n.* 13.

§. 221.

Quarto encargo: O pai he obrigado pagar os legados, que aliàs deve o filho proprietario como herdeiro de algum testador, ou sejão por huma vez ou annuos, chegando para ellos os redditos do filho, sem que deva vender a propriedade, aliàs deve pas-

sar a vender primeiro os moveis do filho; as cousas mais estereis, e menos uteis, etc., como se nota na L. 8. §. 4. *Cod. de bon. quæ liber.* E por estas dividas póde ser demandado o pai uso-fructuario.

Guerreir. *Tr.* 1. *L.* 4. *C.* 2. *n.* 97. Moraes *de Execut. L.* 6. *C.* 7. *n.* 69. *ff. Item solum.*

§ 222.

Quinto encargo: Se o pai, independente de ser uso-fructuario dos bens adventicios do filho deve alimenta-lo; (Cap. I) se o deve collocar aos estudos, officios, e artificios, (Cap. III.) muito mais uso-fructuando os seus bens; pois que o filho tem o primeiro direito para ser por elles alimentado, e educado nas Sciencias, e officios, com preferencia ao pagamento das dividas dos credores do pai. (Veja-se o §. 16.)

Anton. *Fabr. in Cod. L.* 6. *T.* 35. *Def.* 13. Harprectr. *Disp.* 79. *a n.* 58. *et a n.* 101. *ad* 114. Guerreir. *Tr.* 3. *L.* 2. *C.* 1. *n.* 89. Urceol. *Cons.* 14. *a n.* 16. *ubi optime.*

CAPITULO XIV.

Poderes do pai, e em que casos para alienar os bens adventicios dos filhos: Que outros contractos póde fazer sobre ellés, e com que solemnidades.

Secção I.

Alienação quatenus *Venda.*

§. 223.

A Ord. L 1. T. 88. §. 6. determina ao Juiz dos Orfãos que «deixará os bens em poder do pai, «porque elle por direito he seu legitimo adminis-

«trador: Porém he obrigado *conservar os bens a «seus filhos quanto á propriedade, e somente* póde «gastar as rendas, e novidades dos ditos bens em «quanto tiver seus filhos em poder, e he obrigado «*entregar-lhos* pelo inventario, quando forem eman- «cipados ou casarem .... Porém se forem moveis, «de que os orfãos se servirem, ou em seu uso se «gastarem, não será o pai obrigado a lhos entregar «senão assim como estiverem.» Não he menos notavel a Ord. L. 3. T. 9. §. 4 *v.* «Se as o dito pai «dissipar, gastar, ou em tal maneira damnificar, «que o filho as não poderá depois recobrar ao tem- «po, que lhe houverem de ser restituidas.»

§. 224.

Destas Ordenações infere contra Pinello, e outros, Cald. *de Emption. Cap* 13. *a n.* 4., e na L. *Si curatorem Verbo = Contractum fecisti* a n. 4., que os pais neste Reino, só com differença de perceberem os redditos dos bens adventicios dos filhos, são como seus tutores; e que não podem alienar os bens adventicios delles por proprio arbitrio sem authoridade e decreto judicial, a que preceda conhecimento, e prova da justa, urgente, e necessaria causa para a alienação. Esta opinião se vê largamente demonstrada, e seguida em Guerreir. *for. q.* 60., aonde, ainda que houve decreto judicial, se julgou nullo pelas razões expressas no Accordão transcripto debaixo do n. 21.

Concorda o Aresto, que refere Peg. *tom.* 7. *ad Ord. L.* 1. *T.* 87. §. 6. *sub. n.* 16.

§. 225.

Á vista de huma Lei tão clara, e que recebe illustração do Direito Romano, he notavel o muito, que com os DD. que escrevêrão conforme o Direito Romano, miscellaneou Guerreir. *Tr.* 3. *L.* 2. *C.* 1. *a n.* 18., já permittindo ao pai o livre arbitrio de alienar os bens sem decreto judicial; já declarando

no n. 19. que isto sem duvida procede nos bens moveis; (a) já tornando a dizer no n. 20. 21. e 83. que o pai ainda que legitimo administrador, não póde sem justa causa, e decreto do Juiz alienar bens de raiz dos filhos; já tornando a dizer no n. 26. «ut «existente aliqua necessaria causa, puta æris alie«ni, aut simili alia legitima possit pater bona filii «absque decreto alienare, quidquid contrarium di«cant alii» etc.; já no n. 27. fazendo differença entre o pai, tutor ou administrador, uso-fructuario, ou não dos bens do filho; já no n. 73. e 74, permittindo a despotica alienação para alimentos do pai, etc.

§. 226.

Porém eu advirto que o nosso Legislador na Ordenação, quanto aos poderes, e direitos do pai nos bens adventicios do filho-familias, seguio a Legislação Romana. Nos lugares citados no §. 222. teve o nosso Legislador por fonte, como regra geral, a L. 1. e 2. *Cod. de bon. matern.*, aonde absolutamente se determinou (d. L. 2.) que o pai deverá conservar os bens adventicios para os filhos, sem que os possa alienar, ou hypothecar, etc. Estas Leis erão de Constantino, Arcadio, e Honorio, que precedêrão a Justiniano. Justiniano foi o Auctor da L. 6. *Cod. de bon. quæ liber:* Esta Lei veio a ser em parte confirmação, em parte declaração, em parte limitação das Leis referidas dos antecedentes Imperadores. Ora, como a nossa Ord. na parte em que teve por fonte o Direito Romano deve recèber delle toda a illustração; por tanto, conciliada a generalidade da L. 1. e 2. *C. de bon. matern.* com a L. 8. §. 4 e 5. *C. de bon. quæ liber;* e accingindo-me ao literal desta ultima, se reduz tudo o que miscellaneárão os DD. com clareza a estas Conclusões: (Abandonada a indistincta generalidade de Mell. Freir. *L.* 2. *T.* 4. §. 12.)

§. 227

Primeira: Se os bens adventicios dos filhos lhe provierão onerados e gravados com dividas, *maxime* vencendo juros, tem o pai na mesma L. 8. §. 4. já a licença, e authoridade para vender dos taes bens adventicios os equivalentes para satisfação dessas dividas; para que elle mesmo, como em pena, não fique responsavel ás usuras: Com tanto que 1.° venda os moveis, e em falta delles a raiz, como he expresso no dito §. 4.: Com tanto que 2.° em falta de moveis, e sendo necessario passar a vender a raiz, deve primeiro vender desta o que for inutil, pouco rendoso, ou muito dispendioso; e só tanto quanto fôr necessario para pagamento da divida, como diz a mesma Lei: Com tanto que 3.° (§. 5. da dita Lei) se porte nestas vendas *paterna pietate*.

§. 228.

Em consequencia neste caso tem o pai já na Lei o poder, e authoridade de vender bens adventicios dos filhos para dividas, conformando-se com as impreteriveis condições de principiar pelos moveis, de passar aos immoveis menos uteis; e em todos com piedade paternal, sem dolo, ou fraude, ou prodigalidade. E se elle abusa destas condições procede nullamente. E neste sentido he que se deve entender os DD., que authorisão os pais para alienarem os bens sem decreto para o caso urgente, e necessario do pagamento de dividas.

Harprectr. *Disp.* 79. *a n.* 390. Valeron. *de Transact. T.* 4. *q.* 4. *n.* 17. Olea *de Cess. Jur. T.* 2. *q.* 6 *n.* 28. Castill. *de usufr. C.* 3. *n.* 70. *et de Aliment. C.* 44.

Porém a simples asserção do pai, que vende para pagamento de taes, e taes dividas, não basta, sem que elle, no caso da entrega por casamento, ou emancipação, assim o prove: Harprectr. *supr. a n.* 405. *ad* 410., ou sem que os

compradores depois o justifiquem, Cald. *de Empt. C.* 13. *n.* 8. Pinell. *in L.* 1. *Cod. de bon. matern.* 3. *P. n.* 23. Castilh. *de usufr. C.* 3. *n.* 70. Urceol. *de Transact. q.* 15. *n.* 24. *et* 30. De outro modo póde o filho repetir os bens do pai, ou dos compradores; porque tem a sua intenção fundada na regra geral prohibitiva da alienação, em quanto plenamente se não verifica com applicação propria a dita limitação. — Confira-se Anton. Fabr. *in Cod. L.* 6. *T.* 36. *Def.* 3. Castilh. *tom.* 8. *C.* 44. *n.* 14.

§. 229.

Conclusão segunda: Esta he a mesma expressa na L. 8. §. 4. *Cod. de bon. quæ liber. ibi:* «Sin «autem legata, vel fideicommissa, sive annalia, si- «ve semel relicta imminent hujusmodi personis: Si- «quidem tales redditus sunt, qui sufficiunt ad an- «nalia legata, pater ex hujusmodi redditibus hoc «dependere compelletur. Sin autem non habeat «substantiam sufficientem reddituum ad legatorum «vel fideicommissorum præstationem, vel minime «redditus, vel alias accessiones contineat; sint tamen «res mobiles, vel immobiles, steriles quidem, non «tamen inutiles, veluti domus in provinciis prætio- «sæ, vel ubicumque posita (ædificia vel) suburba- «na, ex quibus hujusmodi legata possunt explica- «ri: *Licentia dabitur patri sufficientem eorum par- «tem similiter filii nomine vendere, et satisfacere le- «gatis.*»

§. 230.

Conclusão terceira: A mesma L. 8. §. 5. permitte ao pai a alienação para alimentos dos filhos, ou para os seus proprios alimentos em falta de outros bens.

Brunneman *ibidem n.* 19. Harprectr. *Disp.* 79. *a n.* 400. Castilh. *de Aliment. C.* 49. *a n.*

10. Surd. *de Aliment. T.* 8. *privil.* 37. Cost. *de Privileg. Cred. reg.* 1. *ampl.* 10. *n.* 16.

§. 231.

Conclusão quarta: Tambem da prohibição geral da L. 1. e 2 *Cod. de bon. matern.*, e da L. 8. *Cod. de bon. quæ liber.* exceptua esta no §. 5. os moveis ou immoveis inuteis ou damnosos ao filho, ou á herança, de que elle he herdeiro; e proprietario o pai. Bem entendido que, quanto aos moveis fungiveis, e consumptiveis, ou corruptiveis, he que tem lugar a premissão desta Lei, e não daquelles, que só se deteriorão com o longo uso: (a) O que parece persuade a nossa Ord. L. 1. T. 88. §. 6. E quanto á raiz quasi esteril, onerosa, ou damnosa, que esta Lei permitte ao pai alienar, amplia-se ás dividas, cujos devedores vão a fallir, que o pai póde cobrar, e exigir; amplia-se ás casas ruinosas, etc. (b)

(a) Harprectr. *Disp.* 79. *a n.* 341. *contra Cyriac. contr.* 243. *n.* 23.

(b) Harprectr. *supr. a n.* 411.

Em todos estes casos (§. 227. e seg.) procedendo o pai nas vendas com boa fé, justa causa, sem dolo ou fraude, e cumprindo as condições da Lei, verificando-se depois a verdade pelo pai na entrega que fizer ao filho casado, e emancipado; ou pelo terceiro comprador (§. 228. Not.) subsistem validas as mesmas vendas, independente do judicial decreto; porque olhada a dita L. 8. como huma limitação da L. 1. e 2. *Cod. de bon. matern.*, e da nossa Ord. L. 1. T. 88. §. 6.; esta mesma L. 8. §. 4. e 5. authorisa ao pai vender os bens adventicios do filho nos referidos quatro casos, e debaixo das expostas condições; e verificadas ellas (quando se negue a justa causa) ficamos nas regras geraes: « Precibus frustra impetratur quod a Ju-

«re communi concedituv; frustra ab homine «desideratur quod per legem competit,» Barbos. et Tabor. *L.* 14. *C.* 110. *axiom.* 7. «Si «habemus effectum de modo curandum non «est.» Portug. *L.* 3. *C.* 16. *n.* 52. Harprectr. *supr. n.* 419. Castilh. *de Aliment. C.* 44. *a n.* 13. *et de usu-fruct. C.* 3. *n.* 71., aonde assenta que esta opinião he a mais seguida: Britt. *ad Rubric. de Locat.* 2. *P.* §. 5. *sub n.* 11., aonde argue Caldas citado no §. 223. pela sua indistincta generalidade, e que só se deve seguir com esta distincção de casos. — Nos mais, além destes quatro exceptuados, he que fica sendo necessario para qualquer outra alienação o decreto judicial, Castill. *de usu-fr. C.* 3. *n* 69. *et* 72.

Poderia vir em dúvida que a dita L. 8., quando nos ditos casos permitte a licença de alienar, juncta a palavra *rite*, que Gothofredo commenta *adhibitis solemnitatis:* seguido esse systema não haveria caso algum, em que a alienação subsistisse sem decreto judicial, *adhibitis solemnitatis:* Porém a torrente dos DD. tem interpretado, e seguido o contrario nos referidos quatro casos; e essa palavra *rite* póde conciliar-se *scilicet*, cumprindo o pai *rite et recte* com as condições da Lei, que ficão recopiladas no §. 226., e demonstrada depois das vendas a verdade pura; demonstração que incumbe ao pai, ou ao comprador. (Not. ao §. 227.)

Reflexão sobre a Ord. L. 1. *T.* 88. §. 6.

§. 232.

Esta Ordenação sim obriga ao pai conservar os bens adventicios dos filhos quanto á propriedade; porém já vimos (§. 225. e seg.) que tendo por fonte a Jurisprudencia Romana nesta parte, deve receber

as limitações da regra geral da mesma Jurisprudencia, que adoptou: Todas estas limitações são expressas nella. Por outra parte: Se não se diz herança senão depois de deduzidas as dividas, e legados; se só os bens que restão ficão adventicios do filho, e do pai o uso-fructo; eis-aqui justas as duas limitações, (§. 226 e 228.) e só o pai vem a ficar obrigado conservar para o filho o que restar dos bens adventicios deduzidas as taes dividas, e legados.

Mend. *in L. cum oportet pr.* 2. *n* 136. Moraes *L.* 2. *C.* 20. *n.* 100

§. 223.

Se os alimentos do filho ou do pai, quando faltão outros bens, são despezas de huma indispensavel necessidade, as Leis que authorisão civilmente esta reciproca obrigação natural do pai, e filho, necessariamente admittem a terceira limitação. (§. 229.) Promover o pai os interesses do filho, desfazer-se dos bens quasi inuteis, onerosos, ou damnosos para occorrer a maiores prejuizos, he huma obrigação natural: (a) E a Ordenação mesma, que obriga ao pai conservar os bens adventicios do filho, o obriga ao mesmo, que se lhe permitte na quarta limitação. (§. 230.)

(a) Heinec. *Elem. Jur. Nat. L.* 2. §. 60.

§. 234.

Não se lê em todo o Tit. 88. que para alienação dos bens dos orfãos, que tem pai, seja necessario o decreto judicial; e he bem claro no §. 26. e seg. que só tracta dos orfãos, que carecem de pai; e quando no §. 6. tracta dos filhos que tem pai, os chama *menores*, e *filhos*, e não *orfãos*: Com effeito só se dizem orfãos os que carecem de pai. (a) A conclusão geral pois que o citado Caldas (§. 224.) tirou desta Ord. L. 1. T. 88. §. 6. não he genuina. Elle mesmo, como se advertio na Nota ao §. 227., veio obrigado a condescender que justificada a ver-

dade, e necessidade da alienação ella subsiste, ainda que feita sem decreto judicial. Pelo que, e no meu arbitrio, sem duvida devemos seguir o Direito Romano não só nos quatro casos, que ficão expostos; mas, por identidade de razão, em todos os mais contractos, que passo a expôr. O mesmo Direito Romano nesta parte, e as opiniões que permittem nos ditos casos ao pai a alienação sem decreto, tudo se vê adoptado no Codigo Frederico P. 1. L. 2. T. 9. art. 4. §. 56.

Secção II.

Quanto aos mais contractos sobre os bens adventicios do filho, em que tem o uso-fructo.

Locação, e conducção, e emfiteuticação.

§. 235.

Os DD. commummente fazem differença entre o arrendamento *ad modicum vel breve tempus*, e entre o arrendamento *ad longum tempus:* No primeiro assentão sem dúvida que o pai póde fazer semelhantes arrendamentos: No segundo não: A menos que do arrendamento *ad longum tempus* não resulte grande utilidade aos bens do filho, bem como se os predios forem incultos, estereis, estiverem arruinados, e não houver quem de outra maneira os queira tomar de arrendamento: E nestas circumstancias tambem podem validamente emprazar-se.

Pacion. *de Locat. C.* 7. *a n.* 58. Caroc. *de Locat. P.* 2. *in T. de Patr. potest. C.* 3. *n.* 79. O que concorda com os principios expostos §. 230., e se comprehendem por identidade de razão na premissão do §. 5. da L. 8. *Cod. de bon. quæ liber.*

Permutação.

§. 236.

Supposto na geral prohibição da alienação na L. 1. e 2. *Cod. de bon. quæ liber.* se comprehenda tambem a permutação, (a) com tudo no proprio caso, sendo util, e interessante a permutação, ella subsiste válida: (b) E he principio geral que, prohibida a permutação como especie de alienação, se permitte a lucrosa, e interessante: (c) Huma vez que este avance, e interesse se prove depois pelo pai, ou pelo permutante com o pai, que defende a validade da permutação, como fica demonstrado na Secção I.

(a) L. fin. *Cod. de reb. alien.*, *e com* Hermosilh. Peg. *tom.* 7. *ad Ord. L.* 1. *T.* 87. §. 26. *n.* 3.

(b) Como contra Pegas, e Hermosilh. refere julgado o Repertor. das Orden. debaixo da conclusão = Nulla he a venda, que se fizer de bens de raiz dos orfãos. =

(c) Peg. *tom.* 2 *for. C.* 9. *n.* 86.

Transacção.

§. 247.

Não tracto da transacção que o pai faz sobre os bens profecticios do filho, que por serem do pai quanto ao dominio, e livre arbitrio, póde sobre elles transigir indistinctamente: (a) Não tracto da transação sobre os bens castrenses ou quasi do filho, em que o pai absolutamente não póde transigir, mas sim o mesmo filho, que nesses bens tem o pleno dominio, e uso-fructo, e a respeito delles se reputa como o pai de familias: (b) Não tracto aqui dos adventicios, em que o pai não tem uso-fructo,

como nos casos dinumerados no Cap. XIII., nos quaes, ainda que tenha a administração como tutor do filho, se assenta que não póde transigir sem decreto judicial. (c)

(a) Valer. *de Transact. T.* 4. *q.* 4. *n.* 8.
(b) Valeron. *supr. n.* 5. Urceol *q.* 16. *n.* 19.
(c) Urceol *supr. n.* 16.

§. 238.

Tracto sim a questão: Se o pai sem decreto judicial póde transigir sobre os bens adventicios do filho, em que elle tem o uso-fructo? Tudo quanto nesta materia tem escripto os DD. se reduz á distincção seguinte: Ou o pai procede com justa, e provavel causa, e com boa fé; ou não; no primeiro caso he valida a transacção; no segundo de nenhuma maneira. — Mas quando foi feita incautamente, sem necessidade, e com damno do filho he nulla.

Valer. *de Transact. q.* 4. *n.* 18. Urceol. *de Transact. q.* 16. Guerreir. *Tr.* 3. *L.* 2. *C.* 11. *a n.* 11. Olea de *Cession. jur. T.* 2. *q.* 6. *n.* 29. — Mas que o pai não póde absolutamente transigir sem decreto judicial o refere julgado Peg. *tom.* 7. *ad Ord. L.* 1. *T.* 87. §. 6. *sub n.* 16.

Cessão de direito, e acção competente ao filho.

§. 239.

Eis aqui o que magistralmente distingue, e resolve *ex professo* Olea *de Cession. jur. T.* 2. *q.* 6. *a n.* 27. *ver.* « Distinguendum est inter actiones ad mobilia, et actiones ad immobilia; nam actiones ad « mobilia (quæ mobilibus æquiparantur) sinè decreto cedere et alienare potest. . . . Actiones verò « ad immobilia (quæ inter immobilia referuntur) si « filius emancipatus et extra potestatem sit, subdis- « tinguendum est, an cessio ex justa causa, an ve-

«ro sine causa fiat? Si enim justa et legitima cau-«sa adsit, magis recepta et vera sententia est pos-«se parentum immobilia alienare sine decreto.... «Necessaria vero et legitima causa non stante, non «potest pater actionem ad immobilia cedere, nec «immobilia alienare; et cessio, sive alienatio sine «decreto non subsisteret.»

Doação feita pelo pai dos bens adventicios a terceiro.

§. 240.

Regra geral he que o pai não póde fazer doação dos bens adventicios do filho. (a) Mas em todo o caso, em que o tutor póde fazer doações dos bens do pupillo, muito mais o pai as póde fazer. (b)

(a) Olea *de cession. jur. T.* 2. *q.* 6. *n.* 24.

(b) Olea *supra n.* 26. Quaes sejão esses casos, vejão-se em Barsan. *de Pupill. C.* 2. *q.* 13. *a n.* 8. *apposite* Pinell. *L.* 1. 3. *P. Cod de bon. mat. n.* 56. *et* 59., e largamente Guerreir. *Tr.* 3. *L.* 7. *C.* 14. *a n.* 24. Escobar *de Raciocin. C.* 24.

Renunciações.

§. 241.

O pai administrador dos bens adventicios do filho póde renunciar o direito de optar o Prazo, que se vende, e de que o filho he senhorio, ainda que parece especie de alienação. (a) Póde remittir o commisso incurso pelo emfiteuta, recebendo delle a pensão. (b) Sendo porém o filho emfiteuta, e o pai administrador, e uso-fructuario do Prazo, se o pai não paga a pensão, ou por outra causa incorre em commisso se prejudica ao filho? Veja-se o meu Tractado do Direito Emfiteutico.

(a) Cald. *de Extinct. C.* 14. *n.* 46.

(b) Fulgin. *de Jur. Emphyt. in Tit. de Alie-*

nation q. 1. sub n. 225. et de Solution: Can. q. 12. n. 6.

§. 242.

Se o pai repudia a herança deferida ao filho, póde o filho acceita-la, e adi-la sem embargo da repudiação do pai; bem como se o pai a acceita, sendo damnosa, póde depois o filho repudia-la pelo beneficio da restituição. (a) Não póde tambem o pai renunciar a querella *inofficiosi* competente ao filho preterido pela mãe ou avô materno. (b)

(a) L. 8. §. 6. *Cod. de bonis quæ liber. ubi Brunneman.* Veja-se Net. *de Testam. L. 5. T. 6. et T. 14.*

(b) Egid. *in L. Ex hoc jure P. 2. C. 2. n. 46.*

Recebimento do pagamento de dividas adventicias do filho.

§. 243.

Póde o pai, legitimo administrador dos bens adventicios do filho, receber, e ainda exigir em Juizo as dividas, que pertencem ao uso-fructo adventicio do filho, e fica livre o devedor. Pelo contrario se o devedor pagar ao pai, que não tem o uso-fructo nos bens do filho.

Veja-se largamente Salgad. *in Labyr. P. C. 27. a n. 25.*

Remissão dos censos remiveis.

§. 254.

Se alguns censos remiveis pertencem aos bens adventicios do filho, póde o pai acceitar do devedor a sua remissão, e extinguir o censo.

Salgad. *supr. a n.* 26. Card. de Luc. *de Servitut. Disc.* 56. Cens. *de censib. q.* 109. *n.* 97.

CAPITULO XV.

Em que casos, e em que especies de bens póde haver contractos entre pai, e filho-familias, ou emancipado.

Prenoções.

§. 245.

No systema do Direito Romano entre o pai, e o filho não podia consistir obrigação alguma civil; (a) porque o pai, e o filho se reputava huma, e a mesma pessoa; (b) e tudo o que filho adquiria no mesmo momento se adquiria ao pai, fosse qual fosse a causa da adquisição. (c) E destes principios deduzião os Jurisconsultos muitas consequencias, que inundão a Jurisprudencia Romana.

(a) L. 38. §. *Quæsitum ff. de Condit. indebit. Text. in* § *Inutilis de Institut de Inutil. stipulat.*

(b) L. fin. *Cod. de Impuber. et ali substit.*

(c) *Ad omnia* Urceol. *de Transact. q.* 18. *a n.* 1. *et* 14. Vinn. *ad* §. 6. *Instit. de inutilib. stipul.* Coccey. *Jus Contr. L.* 1. *T.* 6. *q.* 19.

§. 246.

Que porém entre pai, e filho-familias possa haver reciprocamente obrigação natural, o firmão muitos DD. (a) E por isso, segundo o Direito Canonico, que abraçou esta equidade (bem como dêo aos pactos nús a força das antigas estipulações) póde entre o pai, e o filho, como pessoas diversas, haver toda a especie de obrigação. (b)

(a) Com Fabro, Allegrado, Fontanella, Michalor. de Fratrib., e outros o citado Urceol. *q.* 18. *n.* 4. Portug. *de Donat. L.* 1. *prælud.* 2. §. 5. *n.* 2. Vinn. *supra.*

(b) Como com muitos DD. o mesmo Urceol. *n.* 58.

§. 247.

Justamente pois o sabio Mell. Freir. L. 4. T. 1. §. 8. infere que: «Obligari quoque filii parentibus «possunt, et e contrario, et pactiones inter se ini«re, nulla licet prævia emancipatione, modo mino«renibus constituantur tutores, daturi operam, ne«quid liberi detrimenti ex conventione capiant. Jus «Romanum nullam obligationem inter patrem et fi«lium agnoscit, cum eos pro una eademque perso«na habeat, quæ ratio mere civilis.»

Este he o uso da Alemanha, como refere Thomas. *ad Instit. L.* 3. *T.* 20. *pag.* 221., ainda que fundado em diversos principios da Jurisprudencia da sua Nação. Confirão-se Groenevegen. *ad* §. 6. *Instit. de inutilib. stipulat. n.* 2. Urceol. *de Transact. q.* 17. *a n.* 45.

Quanto aos contractos sobre bens castrenses, ou quasi, ou sobre os adventicios, em que o pai não tem o uso-fructo.

§. 248.

Sobre estas especies de bens, em que o filho he como pai de familias, e em que o pai não tem a propriedade nem o uso-fructo, he sentimento uniforme dos DD. que entre o pai, e o filho póde haver obrigação civil, e póde entre elles celebrar-se toda a especie de contracto.

Gratian. for *C.* 576. *a n.* 3. *et C.* 713. *a n.* 81. *Plenissime* Urceol. *de Transact. q.* 17. *a n.* 50. *ad* 55. Vinn. *supr.* v. *Tuo jure subjectus.* Va-

leron. *de Transact. T. 4. q. 4. n. 39. junct. n. 5.*

De fórma que quanto aos contractos sobre estas especies de bens cessão as razões do Direito Romano; (§. 245.) e esse Direito mesmo os authorisa. Tambem para haver contractos entre pai, e filho emancipado não repugna o Direito, *ex DD. supra:* Confira-se Silv. *ad Ord. L. 4. T. 1. in rubr. art. 5. a n. 28.*

Quanto aos mais contractos sobre os bens do pai, ou sobre profecticios, ou adventicios do filho.

§. 249.

A Ord. L. 4. T. 12. diz: « Por evitarmos muitos enganos, e demandas, que se causão, e podem causar das vendas, que algumas pessoas fazem a seus filhos ou netos, ou outros descendentes, determinamos que ninguem faça venda alguma a seu filho ou neto, nem outro descendente. « Nem outrosi faça com os sobreditos troca, que « desigual seja, sem consentimento dos outros filhos, « netos ou descendentes, que houverem de ser herdeiros do dito vendedor.... E fazendo a tal venda ou troca sem consentimento dos filhos, ou sem « nossa expressa licença será nenhuma, e de nenhum « vigor, etc. »

§. 250.

Sobre esta Ordenação fez Silva hum largo commentario: E por isso me limitarei a humas poucas prenoções, corrigindo os erros de Silva, e supprindo o que lhe falta. Ella pois na palavra *filhos* (a) comprehende 1.° os emancipados, e *sui juris;* (b) 2.° os espurios, ainda que o pai careça de legitimos; porque, se se não frauda esta Lei, fraudão-se outras prohibitivas das liberalidades dos pais para com os espurios: (c) 3.° as compras que os filhos fazem aos

pais por interpostas pessoas; presumindo-se a simulação só por isso que se vêm possuidos pelos filhos os bens, que outras pessoas comprárão a seus pais: (d) 4.° as compras feitas ás mães, e avós. (e)

(a) *Quid quid dicant* Phæb. arest. 80. *et alii apud* Silv. *ad Ord. L.* 4. *T.* 1. *in rubr. art.* 5. *n.* 31.

(b) Como segue o mesmo Silv. *ad Ord. L.* 4. *T.* 12. *pr. n.* 7., e duas vezes o refere julgado o Repertor. das Orden. debaixo da conclusão = Neto não póde fazer contracto, etc.

(c) Silv. *supr. a n.* 9. Adverte porém Peg. no Opusculo *de Spur. C.* 20., que se a verdade da venda ou confissão feita em favor do espurio for *aliunde* admniculada com outras provas subsiste valida, não bastando aliás a simples confissão do pai, Castilh. *L.* 5. *C.* 111 *n.* 10. Noguerol. *alleg.* 32. *n.* 23.

(d) Barbos. á mesma Ord. Mantic. de Tacit. L. 4. T. 23. Furgol. Trat. das Doações tom. 6. *q.* 35. *n.* 20.

(e) Silv. supr. a n. 32.

§. 251.

Debaixo da palavra *venda* se comprehende 1.° a doação em pagamento de divida: (a) 2.° a venda complicada com troca, quando o filho deo ao pai, como em troca, huma cousa, e juntamente dinheiro; porque no que corresponde ao dinheiro he absolutamente nullo o contracto, por se verificar nessa parte a presumpção da simulação: (b) 2.° a confissão de divida, que hum pai faz a favor de hum filho com prejuizo dos mais: (c) 4.° a doação remuneratoria do pai, quando os serviços equivalentes *aliunde* se não provão. (d)

(a) Como contra Gam. Dec. 295. largamente demonstra Silv. ad eand. Ord. a n. 18.; e alem dos DD. que ahi cita assim o refere jul-

gado Peg. 3 for. C. 23. n. 126. — *Aliter* se a doação for em pagamento de dote antes prometido, Silv. *n.* 28. *et* 29. Ou se a venda for necessaria celebrada por authoridade judicial, Silv. n. 30 ; *dummodo* não haja aqui algum excesso de valor com respeito á divida ; porque a Lei o reprova como simulado, sem differença da troca desigual.

(b) Como com Pinell. e Cald. diz Silv. n. 3.

(c) Silv. *n.* 15. — Esta confissão da divida do pai em favor do filho se faz porém attendivel, quando admniculáda com outras provas da sua realidade, Peg. *de Spur. C.* 20. *n.* 3. Salg. *in Labyrint. P.* 3. *C.* 13. *n.* 21. *et* 25. Castill. *L.* 5. *C.* 111. *a n.* 25. Guerreir. *Tr.* 1. *L.* 1. *C.* 10. *a n.* 42. E ainda quando se não prova pelo filho a verdade da confissão, se ella he feita em testamento do pai vale como legado, e se imputa na sua terça, Peg. 3. *for. C.* 24. *n.* 45. Salgad. *n.* 21.

(d) Silv. *n.* 16.

§. 252.

O consentimento que esta Ord. requer dos filhos he preciso não só na venda, mas na troca : (a) Não basta tacito, (b) he necessario expresso ; (c) e ainda que não intervenha no mesmo acto, basta que seja antecedente ou subsequente. (d)

(a) Silv. n. 2.

(b) Como quizerão alguns DD. *apud* Silv. *n.* 6. *et a n.* 36.

(c) Como com huma belissima razão deduzida da Lei se vê julgado no Repertor. das Ord. debaixo da conclusão = Neto não póde fazer contracto, etc.

(d) Silv. n. 39. — Subsiste porém a venda em quanto vive o pai, e só depois da morte delle tem os filhos acção, Pereir. *Dec.* 44. *Silv.*

a n. 44. *et* 49. E o pai mesmo que assim fez a venda simulada não póde em quanto vivo reivindicar do filho a cousa vendida, como contra Barbosa rectamente discorre Silv. *a n.* 49. Confira-se Stryk. *vol.* 6. *Disp.* 2. *et vol.* 11 *Disp.* 17. Nem qualquer terceiro póde arguir tal nullidade, Altim. *tom.* 6. *pag.* 261.

§. 153.

Em quanto Silv. no n. 81. diz que como a razão de decidir he a alma da Lei, parece que cessando a fraude, e prejuizo dos filhos, subsiste a venda, porque cessa a razão da Lei, he erro grave: Porque esta Lei, que se funda em huma presumpção geral, não cessa ainda quando a sua presumpção cesse em algum caso particular: (a) E he necessario que a razão da Lei cesse universalmente. (b)

(a) Carvalh. *de Testam. P.* 2. *n.* 452.

(b) Menoch. *de Præsumpt. L.* 1. *præs.* 80. *n.* 14. *optime* Britt. *in C.* 1. *de Locat. P.* 2. *n.* 38. *pag.* 207.

§. 254.

Tambem não posso tolerar Silv em quanto no n. 14. pela regra dos correlativos, e suppondo identidade da razão, defende nella a venda, que o filho que tem filhos faz a seu pai: porque essa regra dos correlativos cessa onde se póde assignar diversa razão: (a) O argumento *a simili* só procede, quando ha huma total semelhança, e conveniencia: (b) O outro da identidade de razão cessa nos casos singulares, e exorbitantes, e em outros mais: (c) Ora o amor do pai para um filho (causa proxima da simulação, que presume a Lei) he mais forte que o do filho para com o pai: (d) E que diversa razão! Os filhos desejando sempre os bens dos pais, será crivel que queirão prodigalizar-se com elles? Será crivel que queirão prejudicar os proprios filhos para melho-

rarem, e augmentarem os pais, e por morte delles os irmãos em prejuizo dos proprios filhos? (e)

(a) Barbos. et Tabor. *L.* 3. *C.* 145. *in fin.*

(b) Barbos. *supr. L.* 1. *C.* 137. *axiom.* 127.

(c) Barbos. *L.* 16. *C.* 7. *axiom.* 13.

(d) Veja-se Moraes *de Execut. L.* 2. *C.* 20. *n.* 15. *et* 16.

(e) Só póde dar-se simulação na venda feita ao pai pelo filho, quando este está gravado com dividas para assim fraudar de presente aos credores: Mas huma tal fraude não he a que foi o objecto desta Ordenação: Ella tem causa diversa, e diversas vistas, e só vai sujeitar-se ao Direito no *T. Digest. Quæ in fraud. credit.* Ainda mesmo que haja hum só filho, e cesse o prejuizo dos mais, que a Lei unicamente teve em vista, e por conseguinte seja válida a venda feita pelo pai ao unico filho, como diz Silv. *n.* 8.; se for fraudulenta em prejuizo dos credores, sim escapa da prohibição desta Ord., mas lá recahe no outro artigo de Direito, que occorre a taes fraudes, que facilmente se presumem entre pessoas tão conjunctas.

Doação do pai ao filho.

§. 295.

No systema do Direito Romano he nulla a doação feita pelo pai a seu filho-familias, não só pelas já dictas razões, (§. 245.) mas pela especial, que o pai doando ao filho doa a si mesmo. (a) E só se confirmão pela morte natural ou civil do pai, ou pela emancipação do filho, concorrendo a perseverança do pai na mesma vontade sem a revogar, e concorrendo, em huma opinião, a tradição real ou ficta da cousa doada ao filho: Se bem que outra mais provavel opinião não faz preciso este requisito da tradição. (b)

(a) L. 1. §. *Si pater. ff. de Donat.* Leg. *Cod. de inofficios. donat.*

(b) Vejão-se Urceol. *de Transact. q.* 18 *a n.* 32 *et Consil. for.* 39. Portug. *de Donat. L.* 1. *prælud* 2. §. 5. (os quaes limitão esta regra geral em muitos casos, de que logo tractarei,) Voet. *ad Pandect. L.* 39. *T.* 5. *n.* 6. Struv. *Exerc.* 40. *thes.* 7.

§. 256.

Porém nesta mesma questão abstracta, e independente das limitações, judiciosamente diz Mell. Freir. *L.* 2. *T.* 4. §. 14. na Not. in fin ibi: «Distinguendum quoque est peculium profecticium filio concessum, ut illud a paternis bonis separatum habeat, et patris nomine administret, (a) a «donatione facta filio emancipato, vel in potestate «constituto, quæ utique valet, et Ord. L. 4. T. «97. §. 3. expresse approbatur. modo filii legitimam et tertiam non excedat: Itaque a patre pro «libito revocari non poterit, quemadmodum peculii «administratio, nisi ingrati crimen superveniat: Neque ratio Juris Romani, quod patris et filii una, «eademque sit persona, et quod pater, cum filio «donat, sibi donare videatur, legibus nostris vel «moribus etiam post illius receptionem acommodari potest. In Castella valida est etiam donatio inter patrem et filium, ex L. 17. Taur. et 1. T. 6. «Lib. 5. Recopil. Stryk. ad Pandect. L. 15. T. 1. «§. 5. (b)

(a) Como porém ha differença *(ex Mell. supra)* entre a entrega do peculio profecticio, e a doação, quando aquelle ou esta se devão presumir em dúvida, e para os diversos effeitos juridicos. Vejão-se Menoch. *de Præs. L.* 3. *præs.* 30. Fragos. *P.* 3. *L.* 2. *Disp.* 3. §. 5. *a n.* 175.

(b) Accrescenta Groenevegen. *de Legib. abrogat. ad* §. 6. *Instit. de inutilib. stipul. a n.* 3.

ibi: «Huic donationes inter patrem et filium «nondum emmancipatum viribus subsistere Ju«re Saxonico statutum Wessemb. et Antuer«piæ consuetudine receptum est: Idem in Gal«lia judicatum refert Autum. etc.» Concordão com bellas razões o Card. *de Luc. de Donat. in Summ. n.* 85. Harprectr. *Disp.* 60. *n.* 576.

§. 257.

Fixado este systema da nossa Legislação, e do uso moderno de tantas Nações (§. 255.) abandonado o do Direito Romano, (§. 255.) he logo válida toda a doação do pai a seu filho-familias, e irrevogavel (exceptuada a causa da ingratidão) independente da tradição, e confirmação pela emmancipação ou casamento do donatario, ou pela morte civil ou natural do doador. Não he jámais necessario recorrer ás limitações, que nos termos do mesmo Direito Romano expõe os DD.; porque este systema, e regra geral approva todas, ou (como diz a Ord. L. 4. T. 97. §. 3.) sejão feitas «por pai, ou mãe, «ou por ambos, assim em casamento, *como por qual«quer outra maneira.*»

§. 258.

E conforme a nossa Jurisprudencia, só estas doações ficão expostas 1.° a poderem ser revogadas por alguma causa de ingratidão das relatadas na Ord. L. 4. T. 63.: 2.° a deverem conferir-se querendo os filhos donatarios ser herdeiros na fórma da Ord. L. 4. T. 97. §. 3.: 3.° a subsistirem só dentro dos limites da legitima do donatario, e terça do doador, dita Ord.: 4.° a precisarem de insinuação quanto á parte, que sendo excessiva da legitima, dever prefazer-se pela terça; sendo a quantia que assim dever sahir da terça excessiva de 360$ réis quanto ao pai, ou de 180$ réis quanto á mãe na fórma, que declarou o Assento de 1797.

Em limitações da regra do Direito Romano valião as doações do pai ao filho 1.° quando feitas para matrimonio carnal, ou para patrimonio do Clerigo: 2.° quando por causa do estudo: 3.° quando intervinha juramento: 4.° quando remuneratorias de serviços não obsequiaes, que os filhos devem aos pais, mas de serviços artificiaes, que aliàs feitos a outra pessoa merecerião salario, provando-se por outro modo que não fosse pela confissão do pai: 5.° quando era huma effectiva assignação de legitima em vida do pai: 6.° quando havendo (em huma opinião, ainda que desnecessaria em outra) tradição, concorria no pai perseverança na sua vontade até a sua morte, ou até a emmancipação do filho sem o pai a revogar, como se póde vêr nos DD. citados na Nota ao §. 255. Accrescentando Portug. *n.* 47. 7.ª limitação quanto á mãe, em que cessão os effeitos do patrio poder. Estas, e outras mais limitações se podem tambem vêr em Michalor. *de Fratrib. P.* 1. *C.* 11. Fragos. *P.* 3. *L.* 2. *Disp.* 3. *a n.* 160.

Locação, e conducção de bens, ou serviços.

§. 259.

«In casibus, in quibus patri non quæritur usus-«fructus (diz Caroc. *de Locat. P.* 2. *in Tit. de patr.* «*potest. q.* 4. *sub n.* 8.) prout castrensibus vel quasi, «vel in aliquibus casibus in adventitiis locatio con-«sistit inter patrem et filium, et pensio licita exi-«gitur.... Locatio operarum a filio in patrem valet «in illis, quas filius non tenetur præstare, prout «industriales, secus in obsequialibus.» Confira-se o §. 124.

§. 260.

Supposto que alguns DD. como Bartholo, Baldo, o nosso Pinello na L. 1. P. 1. *sub n.* 1. *ff. ultro quos, Cod. de bon. matern.* fundados nos principios de Direito Romano disserão, que entre pai, e filho-familias não póde contrahir-se sociedade, com tudo com outros muitos DD. assenta Urceol. *de Transact. q.* 17. *n.* 70. que sim, ou o capital seja de ambos, ou hum ponha o capital, outro a industria; os lucros se communicão, e dividem como entre outros quaesquer socios; e os que pertencerem ao filho como bens adventicios não se conferem. (§. 126.)

Esta opinião se conforma com a moderna Jurisprudencia (§. 248.), e que segue Voet *ad Pandect. L.* 15. *T.* 1. *sub n.* 4. *ff. si tamen filius.*

Transacções.

§. 261.

Se o filho demanda ao pai para lhe prestar alimentos, como lhe permitte a Ord. L. 3. T. 9. §. 4.; se o filho ou filha demanda ao pai para que lhe constitua dote, como fica exposto no C. IV.; se o filho demanda ao pai sobre bens, em que contenda que elle não tem uso-fructo; ou tendo-o, accusando a damnificação, e dissipação do pai, como lhe permitte a mesma Ord. d. §. 4.; nestes casos póde entre o pai, e filho-familias celebrar-se transacção sobre os alimentos, o dote, o uso-fructo, etc. (a) Tambem se o pai não tem uso-fructo dos bens adventicios, póde entre elles, e sobre elles haver transacção. (b)

(a) Urceol. *de Transact. q.* 17. *a n.* 44.

(b) *Nisi metus probetur, alia ve justa causa*

eam impediat, Valeron. *T.* 4. *q.* 4. *n.* 39. Gratian. *for. C.* 173. *n.* 81.

Servidão.

§. 262.

O pai não póde constitui-la nos bens adventicios do filho em prejuizo delle.

Guerreir. *Tr.* 3. *L.* 2. *C.* 1. *n.* 88. Fragos. *P.* 3. *L.* 2. *Disp.* 3. §. 1. *n.* 130.

Renuncia da legitima futura feita pelo filho ao pai.

§. 263.

Sim póde haver este contracto entre o pai, e filho, pelo qual contracto acceitando o filho huma porção da substancia paterna, convencione não exigir mais por morte delle. Porém este contracto sendo lesivo, e sem juramento, não priva ao filho que por morte do pai peça o devido supplemento da legitima.

Veja-se largamente Urceol. *de Transact. q.* 18. *a n.* 11., e a minha Dissertação na Colleç. de Dissert. em Supplem. ás Segund. Linhas.

Nota sobre tudo o exposto.

Sendo menor de 25 annos o filho-familias, que assim contracta por qualquer destes modos com o pai, deve nomear-se-lhe Curador, e haver decreto judicial com conhecimento de causa, como disse Mello no lugar já transcripto §. 247. Porque o pai não póde authorisar o filho menor para contracto, de que ao pai resulte commodo, Olea *de cession. jur. T.* 5. *q.* 10. *n.* 10. Veja-se o §. 271.

CAPITULO XVI.

Contractos que póde celebrar o filho-familias com outras pessoas, dependente, ou independente da authoridade do pai.

§. 264.

Exceptuando o mesmo, de que já tractei no Cap. XII. he o filho-familias obrigado por todo o contracto, que celebre com qualquer outra pessoa, ainda independente do consentimento do pai. (a) A menos que não seja impubere; porque então são nullos todos os seus contractos, ainda mesmo sobre bens castrenses ou quasi, por mais que o pai o authorise. (b)

(a) Moraes *de Execut. L.* 2. *C.* 20. *n.* 94. Silv. *ad Ord. L.* 4. *T.* 28. *n.* 13. Constantin. *ad Statut. Urb annot.* 45. *n.* 1.

(b) Moraes *supr. n.* 95.

§. 265.

O filho independente do pai póde obrigar-se servir algum amo, ou algum mestre, que o ensine a officio. (§. 52.) Elle póde alienar, e vender livremente os bens castrenses ou quasi, e os adventicios, em que o pai não tem o uso-fructo; ou transigir sobre elles independente da authoridade do pai.

Urceol. de Transact. q. 19. a n. 13. Valeron. T. 4. q. 4. n. 5.

Conciol. for. alleg. 47. n. 13. Castill. de usu-fr. C. 3. n. 14.

Moraes supr. sub n. 97. Stryk. vol. 8. Disp. 26. C. 2. a §. 12. et 19. et C. 3. §. 35.

§. 266.

Elle tambem sem intervenção do pai póde doar *inter vivos* os bens castrenses ou quasi, ou os adven-

ticios, em que o pai não tem o uso-fructo. (a) Se porém o filho morrer primeiro que o pai, só esta doação poderá vir a subsistir na sua terça, e no mais he inofficiosa. (b)

(a) Tondut. *Civil. C.* 88. *n.* 4. Egid. *in Leg. Ex hoc jure. P.* 2. *C.* 2. *n.* 17. Stryk. *supr.*

(b) Veja-se a Parte II. Cap. VI.

§. 267.

E como as doações *causa mortis quoad initium et ordinationem potius accedunt naturæ contractus*, (a) tambem o filho-familias sem precisar da authoridade do pai póde doar *causa mortis* os bens castrenses ou quasi, e os adventicios, em que o pai não tem o uso-fructo.

Furgol *Trait. du Donat. q.* 22. Perez *in Cod. L.* 8. *T.* 57. *n.* 18.

Nett. *de Testam. L.* 1. *T.* 11. *n.* 10. Stryk. *de Cautell. Testam. C.* 3. §. 36.

§ 268.

Póde o filho-familias ser fiador do pai, e o pai do filho. (a) Bem como o filho-familias póde ser fiador de qualquer outra pessoa extranha, com tanto que passe de 25 annos; porque sendo menor tem o beneficio de restituição contra a fiança, como acto em si damnoso. (b)

(a) Egid. *in L Ex hoc jure. P.* 2. *C.* 2. *n.* 111.

(b) Hering. *de Fidejussor. C.* 7. *n.* 327. *et a n.* 367. Constantin. *ad Stat. urb annot.* 45. *n.* 2. Bersan. *de Pupill. C.* 2. *q.* 4. *a n* 18. Posth. *Civil. res.* 55. *a n.* 36, aonde adverte que sendo fiador em favor do pai, e sendo menor devem intervir solemnidades, e que em todo o caso lhe compete restituição, a menos que a sua fiança não seja *pro patre excarcerando; vel ne carceribus adstringeretur.* Confirão-se o mesmo

Bersan. *de Contract. C.* 2. *q.* 22. *a n.* 7. *et ad omnia* Brunnem. *in L.* 1. *C. de filio-fam. menor.*

§. 269.

Não póde porém o filho-familias alienar nem doar o peculio profecticio do pai sem consentimento delle; porque para tanto se não extende a administração, que lhe facultou o pai. (a) Tambem não póde doar ou alienar os bens adventicios, em que o pai tem o uso-fructo, pelo prejuizo que o pai resulta da alienação na privação do uso-fructo. (b)

(a) Voet. *ad Pandect. L.* 39. *T.* 5. *n.* 7. Struv. *Exerc.* 40. *thes.* 6. Furgol. *tom.* 6. *q.* 20. *a n.* 6.

(b) Struv. et Mull. *supra*, Concioll. *all.* 47. *n.* 16. Urceol *de Transact. q.* 19. *a n.* 16. Tondut. *Civil. C.* 63. *n.* 13. Furgol. *q.* 21. *a n.* 29.

Não faltão DD. a sustentar que se o filho dá sem consentimento do pai os bens adventicios, em que o pai tem o uso-fructo, sempre a doação subsiste válida quanto á propriedade, Tondut. *Civil. C.* 63. *n.* 16. Muito mais « Si con« fertur in tempus quo filius-familias contrahens « sui juris futurus est, cum paterno usu-fructui « præjudicium ex hoc non paretur, » Moraes *de Execut. L.* 2. *C.* 20. *sub n.* 97. Egid. *in L. Ex hoc jure P.* 2. *C.* 2. *n.* 18.: « Et regulari« ter (conclue Moraes) super istiusmodi bonis « confirmatur filio exeunte a patria potestate. » Veja-se porém Michalor. de Fratr. P. 1. C. 10. n. 24.

§. 270.

Ha porém differença entre a doação, que o filho faz de bens, em que o pai tem o uso-fructo, *inter vivos*, ou *causa mortis:* Se a faz *inter vivos* basta o consentimento tacito, antecedente, ou subsequente: Se a faz *causa mortis* he necessario que intervenha no mesmo acto da doação: (a) Mas pres-

tado pelo pai o consentimento não póde mais revoga-lo. (b)

(a) Portug. L. 1. Prælud. 2. §. 5. n. 48. O que deve entender-se da doação dos bens, em que o pai tem o uso-fructo, e não da que faz dos castrenses ou quasi, em que o pai o não tem (§. 265.)

(b) Michalor. *de Fratr. P.* 1. *C.* 10. *n.* 21.

§. 271.

Estas liberdades dos filhos-familias nos casos, que tenho distinguido, entendem-se sendo elles maiores de 25 annos: Sendo menores de 14. he nullo todo o seu contracto, ainda com authoridade do pai. (a) Sendo maiores de 14., e menores de 25. annos não podem alienar bens, em que o pai não tem o uso-fructo, (b) se o pai como seu administrador, e tutor legal, ou sendo elle suspeito, qualquer outro tutor nomeado lhe não authorisar as alienações, e doações. (c) E havendo o filho menor de fazer algum contracto ou doação em favor do pai, necessariamente se lhe deve nomear outro Curador, que o authorise. (d)

(a) Moraes *L.* 2. *C.* 20. *n.* 103.

(b) Novell. 117. C. 1. §. 1. ibi: «Si quidem perfectæ sint ætatis, etc.

(c) Tondut. *Civil. C.* 63. n. 19. Scop. *ad Gratian. Decis.* 76. *n.* 26.

(d) Tondut. *a n.* 17. Bersan. *de Contract. C.* 2. *q.* 22. Michalor. *de Fratr. P.* 1. *C.* 10. *n.* 26. Veja-se a Nota ao §. 262.

§. 272.

Em todo o caso que o filho-familias menor de 25. annos fôr leso nos contractos, que faça sobre bens castrenses ou quasi, profecticios, ou adventicios, mostrando a lesão, gosa do mesmo beneficio da restituição concedido aos menores.

L. 1. et 2. *Cod. de filio-fam. min.* L. 8. §. 6. *de bon. quæ lib.* L. 3. §. 4 et 5. L. 38. *in fin. ff minorib.* Cald. *in L. Si curatorem Verbo Læsis n.* 86. *et* 89., aonde accrescenta que morrendo o filho-familias, que gosava deste beneficio da restituição se transmitte o direito, e privilegio ao pai herdeiro. Confirão-se Perez *in Cod. L.* 2. *T.* 23. Groeneveg. *de Leg. abrog. Cod. L.* 4. *T.* 26. *n.* 3.

§. 273.

Resta só mostrar o modo como os credores, que contrahem com os filhos, fóra os casos em que obsta o Macedoniano, podem cobrar, e exigir as suas dividas: Devem distinguir-se os tempos: Ou elles são demandados em vida, ou depois da morte dos pais: Se em vida, então se deve distinguir entre o caso de serem demandados pelas dividas contrahidas em razão do peculio profecticio, e então he a acção competente contra o pai: (a) Ou pela acção *quod jussu*, e de *in rem verso;* e então só deve ser obrigado o pai: (b) Ou pela acção Exercitoria, e Institutoria, e então tambem procede a acção contra o pai: (c) Ou por contracto seu proprio independente de peculio, mandato, e exercicio a que o pai o propozesse; e então póde ser penhorado nos peculios castrense ou quasi, ou no adventicio em que o pai não tem o uso-fructo: (d) E ainda no profecticio: (e) Ou esperar o credor que elle venha a ter bens. (f)

(a) Nos termos que optimamente expõe o Cod. Frederic. *P.* 1. *L.* 1. *T.* 9. *art.* 4. §. 45. *e seg.* Egid. *in Leg. Ex hoc jure P.* 2. *C.* 2. *a n.* 77. *ad* 97.

(b) Egid. *supr. a n.* 98.

(c) Egid. *a n.* 98. *et* 102.

(d) Moraes *L.* 2. *C.* 20. *n.* 98.

(e) Cald. *in Leg. si curatorem Verbo Læsis, sub n.* 152. *y. ultimo.*

(f) Stryk. *vol.* 8. *Disp.* 26. *C.* 1. §. 11. *et* 12.

§. 274.

Se são demandados depois da morte dos pais por dividas proprias, que contrahírão em vida delles, gosão do beneficio da competencia concedido na L. 2. e 8. *ff. Quod cum eo qui alien. potest.*, com as distincções que expõe os DD.

Urceol *de Transact. q.* 19. *a n.* 5. Michalor. *de Fratr. P.* 1. *C.* 10. *n.* 30. Voet. *ad Pand. L.* 14. *T.* 5 Struv. *Exerc.* 20. *thes.* 47. 48. *et* 49.: Se bem que estes ultimos com Groeneveg. *ad L.* 2. *et* 9. *Cod. quod cum eo*, dizem abrogado este beneficio pelo uso de algumas Nações: E o mesmo Groeneveg. só concede aos filhos o beneficio da restituição se contractárão no tempo da sua minoridade. — Mas em contrario Stryk. *us. mod. L.* 14. *T.* 5., *aonde reprova Groeneveg.*

CAPITULO XVII.

Em que casos póde o filho-familias accionar ao pai em Juizo: Em que casos póde o pai activa ou passivamente disputar os bens adventicios, em que tem o uso-fructo, sem dependencia do filho, ou com ella: Em que casos póde o filho-familias estar em Juizo independente do pai, etc.

Secção I.

Em que casos póde o filho-familias accionar o pai em Juizo.

§. 275.

Supposto seja regra geral deduzida da L. *Lis nulla ff. de Judic.*, e da L. *Qui in potestate. Cod. de*

in jus vocand., que não póde haver demanda judicial entre o pai, e o filho-familias, que está debaixo do seu patrio poder: (a) com tudo a nossa Ord. L. 3. T. 9. §. 3. e 4. temos comprehendidos expressamente, e por identidade de razão, muitos casos, quaes são:

(a) Altim. *de Nullit. tom.* 2. *rubr.* 11. *q.* 7. *n.* 4.

§. 276.

1.° Quando o filho tiver bens ou fazenda, que se comprehende no peculio castrense, e sobre esses bens, ou cousa que delles dependa quizer demandar ao pai, bens quaes são os relatados no Cap. XIII. §. 175. e 176.: 2.° quando tiver bens ou fazenda, que pertenção ao peculio quasi castrense; peculio que comprehende os declarados no §. 177. e seg.: 3.° quando ao filho pertencem bens adventicios, em que o pai, segundo o Direito, não deve haver o uso-fructo; bens, e casos que se expozerão no §. 200. e seg.: 4.° quando o pai dissipa, e gasta ou damnifica os bens adventicios do filho, em que aliàs tem o uso-fructo, para o fim de ser privado senão do uso-fructo, ao menos da administração delles segundo as opiniões referidas nos §§. 208. e 209.

§. 277.

5.° Quando se disputa se o filho he ou não emancipado; contendendo o pai que elle está em seu poder, e dizendo-se o filho emancipado por algum dos modos, que ficão expostos no Cap. V.: 6.°, e por identidade de razão, quando o filho ou filha proclama a Juizo, pedindo o supplemento do consenso paterno para as nupcias contra o irracionavel dissenso do pai, segundo as novas Leis analysadas no Cap. VI.: 7.° quando o filho demanda ao pai para que o emancipe, verificando-se algum dos casos expostos no Cap. V. Secç. II.: 8.° quando o filho demanda ao pai por alimentos: E comprehensivamen-

te: 9.° quando o filho implora o officio do Magistrado, que obrigue ao pai que o colloque a Estudos, ou Arteficios, nos casos em que o deve fazer, Cap. III., ou que lhe constitua dote para o matrimonio carnal, ou espiritual, Cap. IV.

Confira-se Altim. de Nullit. tom. 2. rubr. 11. q. 7., aonde expõe outros casos, que entre nós são impraticaveis.

§. 278.

Em todos estes casos authorisão as Leis aos filhos-familias para demandarem aos pais; com a distincção de que tendo os filhos a idade de 25 annos, ou tendo obtido supplemento de idade, podem por si mesmos estar em Juizo, Ord. L. 3. T. 9. §. 3. no fim. Porém sendo menores de 25. annos necessariamente hão-de propor suas acções por Tutor, e Curador, Ord. L. 3. T. 41. E em todo o caso devem demandar os pais com Alvará de venia, pela generalidade do §. 1. e 2., que comprehende todos os referidos casos.

Omitto os mais casos relatados no §. 5. e 6. da Ord. L. 3. T. 9. como alheios da materia de que tracto. E quanto á pena comminada ao que deixa de impetrar a venia, quando se incorra ou escuse, veja-se, além de Peg. á mesma Ord. §. 1. e 2. Altim. *supr. a n.* 27.

Secção II.

Em que casos póde o pai activa ou passivamente disputar os bens adventicios, em que tem o usofructo independente, ou dependente da citação, e consentimento do filho-familias.

§. 279.

He notavel o muito que neste ponto tem variado os DD. nos termos do Direito commum, pois

que este ponto foi omisso nas Leis Patrias, como advertio Silv. *ad Ord. L.* 3. *T.* 41. §. 8. *n.* 30. E por tanto procederei com distincção de casos em conclusões diversas seguindo em cada hum as opiniões mais communs, e provaveis.

§. 280.

Conclusão 1.ª: Se a demanda activa ou passiva versa só sobre o uso-fructo, sem offender nem ferir o direito da propriedade pertencente ao filho, basta só que o pai ou a proponha, ou seja citado, independente delle.

Pereir. *Dec.* 19. *n.* 5. Cabed. *Dec.* 197. *n.* 13. Silv. *supr. n.* 39. Bagn. *C.* 39. *a n* 25. Moraes *de Execut. L.* 6. *C.* 1. *sub n.* 40. Guerreir. *Tr.* 3. *L.* 2. *C.* 1. *n.* 62.

§. 281.

Conclusão 2.ª Quando o filho-familias he menor de 12. ou 14. annos, e a demanda versa sobre a propriedade dos bens adventicios, em que o pai tem o uso-fructo, neste caso póde o pai por si só demandar ou ser demandado independente de consentimento, ou citação do filho impubere.

Olea *de cession. jur. T.* 2. *q.* 6. *sub n.* 49. Valasc. *de Part. C.* 7. *n.* 41. Bagn. *supr. a n.* 15. Silv. *supr. n.* 32. *et* 33. Pereir. *Dec.* 19. *n.* 1. Altim. *tom.* 2. *rubr.* 11. *q.* 7. *a n.* 53. Stryk. *vol.* 8. *Disp.* 26. *C.* 3. §. 16. Guerreir. *supr. n.* 63.

§. 282.

Conclusão 3.ª Quando o pai he demandado passivamente sobre bens adventicios do filho maior de 14. annos, supposto que Pereir. *Dec.* 19. *a n.* 6. tentou distinguir entre os bens adventicios provenientes ao filho da legitima materia, ou *aliunde*, seguindo que no primeiro caso basta citar o pai, e que elle defenda a demanda, e que no segundo he necessaria a citação de ambos, com tudo esta distincção se

vê reprovada no Aresto, e Tenções em Peg. *tom.* 15. *ad Ord. L.* 3. *T.* 41. *a n.* 14. por Bagn. *C.* 39. *n.* 18. *et* 19. por Moraes *supr. n.* 40., e por outros, com os quaes Altimar. *de Nullit. tom.* 2. *rubr.* 11. *q.* 7. *a n.* 56. Por esta opinião indistincta, que em todo o caso deve ser citado o pubere filho-familias, refere muitos DD. Silv. *supr. a n.* 35., e he a mais commum, e conforme o espurio da Ord. L. 3. T. 41. §. 6. (por identidade de razão) nas palavras, *e sendo maior de quatorze annos, ou a femea de doze, será citado o mesmo menor, e mais seu Curador*, como bem ponderou o Senador em Peg. *supr. n.* 126.

Adverte porém Moraes *supr. n.* 4. *f. Data* — que citado o pai, o defeito da citação do filho familias póde supprir-se na primeira, ou ainda na segunda Instancia, Cabed. *Decis.* 197. *n.* 12.

§. 283.

Conclusão 4.ª Querendo o pai activamente demandar bens adventicios do filho, que he maior de 14. annos, depende da união do consentimento delle: (a) E se o filho lhe não quer prestar o consentimento, he admittido o pai com supplemento judicial. (b)

(a) Silv. *supra a n.* 35. Valasc. *C.* 7. *n.* 37. Altim. *supr. n.* 53. *et* 57.

(b) Lauterbach. *ad Tit. de Pecul.* §. 23. Stryk. *vol.* 8. *Disp* 26. *C.* 3. §. 16. Guerreir. *Tr.* 3. *L.* 2. *C.* 1. *n.* 64.

§. 284.

Conclusão 5.ª Se o filho-familias está ausente, então basta fazer citar o pai como réo; e basta só que o pai proponha em seu nome a acção como legal administrador do filho.

Bagn. *C.* 39. *a n.* 20. Olea *de cession jur. T.* 2. *q* 6. *n.* 43. Silv. *supr. n.* 41. Stryk. *supr. d.* §. 16.

§. 285.

Conclusão 6.ª **A duvida** maior consiste se he necessario citar o pai, quando o filho-familias he demandado **por bens, de que o pai não tem o uso**-fructo, mas só a **administração**? Varião os DD. (a) A resolução depende da variedade de opiniões, que expuz no Cap. XIII. §. 210.: De fórma que, seguidas as opiniões, que em **alguns casos** deixão a administração ao pai, privado aliàs do uso-fructo, deve elle ser citado, a **menos que** não seja ausente. (b) Nos casos porém em que o pai he privado do uso-fructo, e juntamente da **administração**, basta citar o filho; e sendo menor se lhe nomeia **Curador**. (c)

(a) **Como** se vê em Altim. *supr. a n.* 96. Bagn. *C.* 39. *a n.* 24. Guerreir. *supr. a n.* 65.

(b) **Bagn.** *n.* 20. Thom. Valasc. *all.* 20. *n.* 7.

(c) **Silv.** *n.* 42. **Altim.** *n.* 96. ¥. *Sed si filius.*

§. 286.

Conclusão 7.ª **O pai mesmo**, que **alienou sem** justa causa, e **nullamente** (veja-se o Cap. XIV.) os bens adventicios do filho, em que tinha o uso-fructo, póde reivindica-los, sem lhe obstar a excepção de contravir o facto proprio, nem a outra: *Quem de evictione tenet actio, eundem agentem repellit exceptio;* e só fica responsavel indemnisar ao comprador.

Stryk. *vol.* 6. *Disp.* 2. = *De Impugnatione facti proprii.* = *C.* 3. *a n.* 46. Rox. *de Incompat. P.* 5. *C.* 6. *n.* 10. *et* 11. Guerr. *ad Ord. p.* 277. *n.* 7. Altim. *de Nullit. tom.* 2. *rub.* 11. *q.* 7. *sub n.* 39. Urceol. *de Transact. q.* 17. *n.* 27. **Peg.** *tom.* 7. *ad Ord. L.* 1. *T.* 87. §. 6. *sub n.* 17. Cost. *de Privil. Credit. reg.* 1. *ampl.* 10. *a n.* 2.

Secção III.

Em que casos póde o filho-familias estar em Juizo independente do pai.

§. 287.

He uniforme entre os DD. que o filho póde estar em Juizo como Auctor ou Réo independente do pai: 1.° quando o litigio versa sobre bens castrenses ou quasi castrenses: 2.° quando se tracta de bens adventicios, em que o pai não tem o uso-fructo: (confira-se o §. 285.) 3.° quando o pai he ausente, ainda que se tracte de adventicios, em que elle tenha o uso-fructo: 4.° nos Juizos criminaes: 5.° nas Causas espirituaes: 6.° quando o pai injustamente lhe nega o consentimento, e o Juiz lho suppre: 7.° em todos os casos acima expostos: (§. 276. e 277.) 8.° quando acciona o pai como procurador: (confira-se a Ord. L. 3. T. 9. §. 5. e 6.) 9.° quando o pai não he seu legitimo administrador: 10.° quando o pai he demente, e furioso, ou velho decrepito, etc.

Estes, e outros mais casos menos frequentes expõe Moraes *de Execut L.* 6. *C.* 1. *sub n.* 40. Guerreir. *Tr.* 3. *L.* 2. *C.* 1. *n.* 69. Altim. *de Nullit. tom.* 2. *rub.* 11. *q.* 7.

§. 288.

He porém necessario que o filho nestes casos (á excepção dos da Ord. L. 3. T. 9. §. 5. e 6., em que tracta como Procurador) tenha a idade de 25. annos: Porque a Ord. L. 3. T. 9. §. 3. não habilita o filho-familias para estar em Juizo sem authoridade do pai (nos casos em que sem authoridade delle póde estar em Juizo) senão quando tem 25. annos, ou obteve supplemento de idade (§. 278.) E nos Juizos criminaes, ainda que o filho-familias menor tenha pai, sempre se lhe deve

nomear Curador: (a) Bem como no Juizo do inventario, em que o pai he aliás interessado. (b)

(a) Silv. *ad Ord. L.* 3. *T.* 41. §. 8. *n.* 45.

(b) *Silv. supr. n.* 46. com Guerreir. *Tr.* 2. *L.* 3. *C.* 11. *a n.* 2.

§. 289.

A maior dúvida consiste: Se o filho-familias antes de casado ou emancipado, ou antes da morte do pai, póde elle mesmo reivindicar os bens adventicios, que o pai sem justa causa alienou? Varião os DD.: (a) E vem a assentar pela negativa: Limitando-a 1.° se o filho se offerece restituir o preço ao comprador. 2.° se o pai consente nesta acção do filho, que o pai mesmo póde por si intentar: (§. 286.) 3.° se negando o pai o seu consentimento o filho o obtem judicial. (§. 286. 6.°) (b)

(a) Como se póde vêr em Urceol. *de Transact. q.* 17. *a n.* 19., que transcreveo Altim. *de Nullit. tom.* 2. *rubr.* 11. *q.* 7. *a n.* 38.

(b) Veja-se Peg. *tom.* 7. *ad Ord. L.* 1. *T.* 87. §. 6. *sub n.* 17.

O contrario indistinctamente, que o filho-familias póde em vida do pai reivindicar os bens adventicios, o segue por melhor opinião Guerr. *ad Ord. pag.* 149. — Mas se o filho consentio na venda, nem elle nem o pai os podem reivindicar, Cost. *de Privil. Cred. reg.* 1. *ampl.* 10. *n.* 4.

CAPITULO XVIII

Restituição plenaria dos bens adventicios ao filho quando se emancipa, casa, ou morre o pai: Direito de hypotheca competente ao filho nos bens do pai para a sua indemnisação: Acções que restão ainda ao filho casado, emancipado, ou morto o pai: ou contra os bens, e herança delle, ou contra os terceiros possuidores.

Secção I.

Restituição plenaria dos bens adventicios do filho quando se emancipa, casa, ou morre o pai.

§. 290

Determina a Ord. L. 1. T. 88. §. 6. que «O pai «he obrigado *conservar* os bens a seus filhos, quan- «to á propriedade, e sómente póde gastar as ren- «das, e novidades dos dictos bens em quanto tiver «seus filhos em poder; e he obrigado entregar-lhos «pelo inventario, quando forem emancipados ou «casarem..... Porém se forem moveis, de que os «orfãos se servirem, ou em seu uso se gastarem, «não será o pai obrigado a lhos entregar senão as- «sim como estiverem.» O mesmo quanto aos mo- veis, sem differença, quando os orfãos se servem delles na companhia da mãe ou tutor, havia determi- nado o antecedente §. 5.° no fim, *ibi*: «Porém se fo- «rem moveis, de que os orfãos se servirem, não «será sua mãe, ou seu tutor, obrigado a lhos en- «tregar senão assim como estiverem.» No mesmo §. 5. havia o Legislador determinado que «para que «os orfãos não recebão perda, sejão no inventario «avaliadas todas as cousas.... e sejão os preços das

«dictas cousas logo escriptos nos ditos inventarios, «para que ao tempo, em que se lhe hade fazer a «entrega por serem casados, ou emancipados.... «se as taes cousas gastadas, ou damnificadas.... «se pagarem pelas dictas avaliações» etc. O §. 6.°, quanto aos pais, que hão-de ser entregues dos bens dos filhos, e dar-lhe conta, e entrega pelo inventario, suppõe a mesma avaliação.

§. 291.

Eis-aqui temos o pai hum uso-fructuario legal sem differença dos outros uso-fructuarios (mais que a dispensa da obrigação de caucionar Ord. L. 4. T. 91. §. 4. (a)) constituindo nas obrigações communs de todos os uso-fructuarios. Esta Ord. obriga a *conservar* os bens do filho, permittindo-lhe *sómente* os fructos, e redditos, e obrigando-o á entrega de tudo pelo inventario; e só exonera ao pai dos moveis *de que os filhos se servirem*, ou *em seu uso se gastarem*, satisfazendo *com a entrega delles no estado em que estiverem*. E ainda mesmo *a contrario sensu* vem a mandar que se os orfãos se não servirem dos moveis, nem os gastarem, deverá o pai, se se servir delles, ou os consumir, pagar-lhe a deterioração, ou total valor dos consumptos, conforme a estimação do inventario. Não podemos porém interpretar que a Ord. confere aos pais menos commodos, que aos mais uso-fructuarios, nem que os pais são de deterior condição que elles. (b)

(a) *Late* Bagn. *C.* 7. *a n.* 68.

(b) Na conformidade desta Ord. se vê julgado em Peg. tom. 7. ad Ord. L. 1. T. 87. §. 5. n. 9.: «Quod traditio bonorum deberet fieri in «eo statu, in quo inveniuntur tempore traditio- «nis, licet in illis daretur damnificatio, et dam- «nnm etiam factum culpa patris tradentis; et «quod sufficeret constare de traditione patris «illorum, ut omnia censerentur tradita.»

§. 292.

Já vimos no §. 216. e seg. os commodos, e os encargos do pai uso-fructuario, ainda mesmo quanto á conservação, e defeza dos bens adventicios do filho: E proseguindo o que pertence de mais ao presente Capitulo, devo prenotar que os bens adventicios do filho podem ser ou 1.° em cousas fungiveis, que se consomem com o uso, e que não durão além de tres annos, como vinho, azeite, pão, vestidos quotidianos: Ou 2.° nas que se deteriorão, e consomem com mais ou menos uso, como roupas de lã, linho, algodão, colchas, etc., que servem á mesa, e á cama, etc.; ou 3.° em bens de materia solida, como de páo, ouro, prata, estanho, cobre, ou outro metal: ou 4.° em bens de raiz: ou 5.° em dinheiro, ou em dividas activas: ou 6.° em gados grandes ou meudos.

§. 293.

Antes porém que me proponha a dilucidação das especiaes obrigações do pai a respeito da conservação dos bens adventicios do filho, em que elle tem o uso-fructo, devo prenotar que o pai não he de peior condição que o commum dos uso-fructuarios *ex dispositione hominis; imo* tem differenças com os maiores favores, e prerogativas, que largamente demonstrou, Pinell. na L. 1. *Cod. de bon. matern. p.* 2. *a* n. 16., e no nosso Direito Patrio huma das grandes prerogativas, que lhe notamos (§. 290.) he não ser obrigado caucionar.

§. 294.

Quanto á 1.ª especie de bens: He constante a distincção, que se o uso-fructuario os recebe estimados deve restituir, findo o uso-fructo, o valor em que o forão: Se os recebe inestimados satisfaz, findo o uso-fructo, com a restituição de outros semelhantes na mesma qualidade, e quantidade. (a) Em todo o caso esta especie de bens passa para o uso-

fructuario, quanto ao dominio, com obrigação de restituir o equivalente: E consequentemente assim como sobre elle recahe toda a perda, ou seja culpavel, ou inculpavel, tambem lhe cede todo o lucro; de fórma que se vender por mais da estimação estes bens, que assim recebe estimados, todo o augmento he seu, sem ser obrigado restitui-lo, como tractando do uso-fructo materno, que com quasi total semelhança do paterno compete ás mães em algumas Nações, largamente comprova Harprectr. *Disp.* 78. *thes.* 10. *a n.* 87. (Veja-se a Nota no fim desta Secção.)

(a) Bagn *C.* 7. *a n.* 6. Castilh. *de usu-fruct. C.* 17. *a n.* 9. Aylon ad Gomes 2.° *variar. C.* 15. *n.* 4.

Se o objecto do uso-fructo consistir em fructos, ou cousas fungiveis, como acontece muitas vezes, entra a dúvida se consummindo o pai esses fructos nos alimentos dos filhos será obrigado restituir-lhos quando se casarem ou emanciparem? O certo he 1.° que a Ordenação lhe manda conservar tudo, e entrega-lo segundo o inventario, e só exonera dos moveis deteriorados no uso dos filhos: 2.° estes fructos inventariados ficão como capital das legitimas dos filhos; e nesses fructos mesmos como capital, fica o pai com o uso-fructo improprio, mas sempre especie de uso-fructo, de que a natureza he a conservação, e restituição do equivalente: 3.° Lá diz a L. 8. §. 5. Cod. *de bon. quæ liber.* que a obrigação, que tem os pais de alimentar os filhos lhe provem não de serem uso-fructuarios dos seus adventicios, mas da natureza mesma.

Distingo pois: Ou o pai tinha *aliunde* com que alimentar seus filhos, sem lhe consummir nos alimentos delles estes fructos, parte do ca-

pital de suas legitimas; e então entra a regra da Ord.; e a disposição do Direito exposto no §. 294.: Ou o pai não tinha *aliunde* com que alimentar seus filhos, e foi indispensavel consummir nos alimentos delles esta parte do capital de suas legitimas, então, assim como, intervindo justa causa, podia vender outros moveis dos filhos para os seus alimentos (Cap. XIV.) *a fortiori*, podia alimentar os filhos com os fructos mesmo existentes, que pertencêrão a elles, ainda que em capital de suas legitimas.

§. 295.

Quanto á 2.ª especie de bens: Se elles se deteriorárão ou consummírão no uso dos filhos, he clara a decisão da Lei: (§. 290) Se pelo contrario, e collocamos o pai na classe dos mais uso-fructuarios, ainda que os DD. varião, parece-me conforme a mais racionavel distincção, que sim he o pai obrigado ao seu valor conforme o tempo do Inventario, mas se delles usou, e os deteriorou só em parte, satisfaz com a entrega dos mesmos bens no estado em que estiverem, pagando só o que menos valerem em razão do uso, e deterioração por causa delle.

Card. *de Luc. de servitut. Disc.* 53. *a n.* 3. *et Disc.* 54. *a n.* 8. Harprectr. *Disp.* 78. *a n.* 103., e neste sentido he que procedem as doutrinas de Bagn. *C.* 7. *a n.* 11. *quidquid dicat* Castilh. de usu fr. C. 17., porque he confutado pelos DD., com os quaes Harprectr. *supra*.

§. 296.

Quanto á 3.ª especie de bens: contra Castilho *dit. C.* 17. segue com Surd. *Dec.* 67, e outros o Card. de Luc. *de servitut. disc.* 53. *sub n.* 3., *e Disc.* 54. *n.* 12., que satisfaz o uso-fructuario restituindo-os no estado em que estiverem findo o uso-fructo, supposto que com alguma leve deterioração. *Aliter* Bagn. *C.* 7. *a n.* 18., aonde seguindo o mesmo Castilho, e

Pinello quer que estimada esta especie de moveis se restitua findo o uso-fructo a sua estimação com respeito ao tempo, em que se receberão pelo uso-fructuario.

§. 297.

Quanto á 4.ª especie de bens: Das obrigações que incumbem ao pai uso-fructuario de conservar os bens, e occorrer ás ruinas, etc. (§. 217. e seg.) he facil de inferir os damnos causados nos bens de raiz a que elle fica responsavel.

§. 298.

Quanto á 5.ª especie: O dinheiro deve restituir-se na mesma quantidade. (a) Todo o augmento da moeda cede em beneficio do uso-fructuario; porque o dinheiro passou para o seu dominio, e fica só obrigado a pagar quantidade igual á que recebeo. (b) Quanto ás dividas activas: Se os devedores se fazem insolvaveis por culpa lata do pai uso-fructuario, e administrador, deixando de os demandar quando hião a fallir, ou prorogando-lhes espaços para os pagamentos, etc. ficão responsaveis aos filhos. *Aliter* se as dividas já erão fallidas quando principiou o uso-fructo; se faltárão provas dellas; se fosse maior a despeza da cobrança que a esperança do recebimento: em huma palavra, se não houve culpa lata ou leve. (c)

(a) Bagn. *C.* 7. *n.* 4.

(b) Pinell. *in L.* 1. *Cod. de bon. matern. p.* 2. *n.* 41. Castilh. *de usu-fruct. C.* 17. *n.* 7. *et* 8.

(c) Guerreir. *Tr.* 1. *L.* 4. *C.* 10. *a n.* 53. *et Tr.* 3. *L.* 6. *C.* 36. *a n.* 3. *et Tr.* 4. *L.* 4. *C.* 13. *a n.* 56. Peg. *tom.* 1. *for. C.* 3. *a n.* 678. — E se remido ao pai hum censo remivel he elle obrigado empregar o dinheiro em outro semelhante, veja-se o Card. de Luc. *de servit. Disc.* 56. *et* 57.

§. 299.

Quanto á 6.ª especie: os fetos dos animaes, a lã, o leite, o queijo, o estrume, são fructos, que pertencem ao uso-fructuario; os pombos dos pombaes; os enxames das abelhas, etc. (a); bem como os alugueis, que se pagão pelo uso das bestas, e bois. (b) O uso-fructuario do rebanho he obrigado substituir outras em lugar das cabeças mortas, mas dos fetos das vivas, sem que seja obrigado have-las de outra parte para fazer essa substituição. O uso fructuario particular de certas cabeças de gado não tem obrigação de substituir algumas em lugar das mortas, nem o uso-fructuario de cavallos, machos, e mullas, etc.; e satisfaz, findo o uso-fructo, com a entrega das cabeças que existirem, e no estado em que estiverem (c).

(a) Gall. *de Fructib. Disp.* 3. *art.* 3.

(b) Guerreir. *Tr.* 4. *L.* 2. *C.* 10. *a n.* 37.

(c) Castilh. *de usu-fruct. C.* 27. Card. *de Luc. de servit. Disc.* 54. *a n.* 13.

Para evitar as controversas opiniões lembradas no §. 294., nada ha que embarece que o pai venda com boa fé, e justo preço esses moveis, que com o uso se deteriorão ou estragão, reduzindo-os a dinheiro, e conservando neste o uso-fructo legal, ou empregando-o em bens estaveis, com a differença já exposta no §. 293, de que todo o augmento do preço destes bens não fungiveis cede em favor dos filhos proprietarios, como com o Card. de Luc. de servit. *Disc.* 54. *n.* 11., e outros DD. largamente comprova Harprectr. *Disp.* 78. *thes.* 14. *a n.* 142.

Como se devão dividir os fructos dos bens adventicios entre o filho proprietario, e o pai, ou herdeiros delle, quando o uso-fructo do pai se extingue pela emancipação ou casamento do filho, ou morte do pai, vejão-se Castilh. *de*

usu-fruct. C. 77. Valasc. *de Partit. C.* 33. Guerreir. *Tr.* 2. *L.* 2. *C.* 7. *a n.* 34.

Secção II.

Direito da hypotheca competente ao filho nos bens do pai, quando foi doloso, e culpavel administrador, para a indemnisação dos seus adventicios.

§. 300.

Quando o pai dissipou, e estragou com fraude, e dolo os bens adventicios do filho, compete a este nos bens daquelle o direito da tacita hypotheca com retrotracção ao dia, em que o pai entrou na administração dos bens do filho. (a) « Secus si semota « doli machinatione pater bona filii distraxit, » Cost. *de Privileg. creditor. reg.* 1. *ampl.* 10. *n.* 15. Se bem que Gam. *sub n.* 3. (citado por Costa) parece que não requer precisamente tal dolo para competir este privilegio ao filho: E accrescenta Cost. n. 16. que « satis fraudulenter se habet pater, quando omnia « bona tam propria quam aliena dissipat. »

(a) Como largamente comprova Valeron. *de Transact. T.* 4. *q.* 4. *a n.* 21. Gam. *Dec.* 330.

§. 301.

A maior dúvida consiste: Se esta hypotheca compete só ao filho para ser indemnisado dos bens adventicios herdados da mãe, ou provenientes de qualquer outra parte? Harprectr. *Disp.* 28. *n.* 66., *e Disp.* 23. *n.* 166. com muitos DD., restringe este privilegio só quanto aos adventicios maternos, e não quanto aos outros adventicios do filho: Parece concordar nesta opinião Fabr. *in Cod. L.* 8. *T.* 7. *Def.* 13. Porém o Codigo Frederico *P.* 1. *L.* 1. *T.* 9. *art.* 4. §. 58. diz: « Os filhos tem a respeito deste « peculio huma hypotheca tacita sobre todos os bens « do pai. » Com a mesma indistincção falla a Au-

thent. *Ut nulli Cod. de bon. quæ liber.* §. 4. Brunneman. *ibidem. n.* 15. reprova a tal distincção dos bens maternos ou outros, huma vez que a administração do pai se convença dolosa.

§. 302.

Com effeito mostrando-se dolosa a administração do pai estamos na regra geral, que compete a tacita hypotheca nos bens de todo o administrador doloso. (a) Muito mais quando o pai passa a segundas nupcias, então sem dúvida lhe ficão os bens hypothecados aos bens adventicios dos filhos. (b)

(a) Guerr. *ad Ord. pag.* 337. *n.* 3. *et* 4.

(b) L. 6. §. 2. *Cod. de secund. nupt. ubi Brunneman.*

Secção III.

Acções que restão ainda ao filho depois de casado, emancipado, ou morto o pai.

§. 303.

Depois de casado ou emancipado o filho, e vivo ainda o pai, não só o póde demandar pela plenaria entrega dos seus peculios; mas se o pai (ainda vivo) alienou alguns bens do filho, tem este a eleição, ou de demandar pela reivindicação os terceiros possuidores, sem que seja necessario excutir primeiro os bens do pai, ou deixados aquelles demandar o pai mesmo pelo valor dos bens. (a) He principio geral que o proprietario de quaesquer bens (que outro vendeo) tem acção ou contra o vendedor pelo preço, ou contra o terceiro possuidor para os reivindicar. (b)

(a) Valeron. *de Transact. T.* 4. *q.* 4. *a n.* 27., que seguio Guerreir. *Tr.* 3. *L.* 2. *C.* 1. *a n.* 22. Cost. *de Privil. credit. reg.* 1. *ampl.* 10. *a n.* 1.

(b) Silv. *ad Ord. L. 4. T. 1. in rubr. art. 7. a n. 77.*

§. 304.

Esta mesma acção electivamente compete ao filho por morte do pai; com esta differença que, se elege demandar os herdeiros do pai pelo preço, e elle he tambem coherdeiro, deve rebater a sua respectiva parte: Se elege demandar o terceiro possuidor, e este filho foi herdeiro unico do pai alienante, está confundida a acção, e carece della. (a) A menos que não fosse herdeiro a beneficio de inventario, porque então póde reivindicar os bens alienados pelo pai; porque adindo assim a sua herança se não confundio a acção. (b)

(a) L. 17. *ff. de Except rei jud.* L. 46. *ff. de action. empt.* L. 31. *ff. de Liberal. Caus.* Peg. *tom.* 3. *for. C.* 36. *n.* 31. Buxett. *de Confusion. jur. C.* 19. §. 2. Pinell *in L.* 1. *Cod. de bon. matern. sub n.* 79.

(b) Cost. *de Privil. creditor. reg.* 1. *ampl.* 10. *a n.* 11. — Mas fica responsavel indemnisar o comprador até onde chegarem as forças da herança do pai, DD. *supra*, Buxett. supr. n. 104.

§. 305.

Se porém este filho foi herdeiro do pai juntamente com outros coherdeiros, póde reivindicar o todo, satisfazendo só ao comprador a sua respectiva parte do preço, conforme a parte em que he herdeiro, sem que a venda subsista nem ainda respectivamente á parte do filho, e herdeiro reivindicante.

Pinell. *in L.* 1. *Cod. de bon. matern. sub n.* 78. *et n.* 80.

§. 306.

Esta acção não prescreve contra o filho, nem a prescripção tem principio senão depois que elle he casado, emancipado, ou morto o pai; porque entretanto estava o filho impedido: E ainda que *aliàs*

lhe competia a acção que já vimos, (§. 289.) podia cohibi-lo a obediencia, e reverencia paterna. (a) E isto ainda que o pai alienasse bens adventicios, em que não tivesse o uso-fructo; porque nem ainda neste caso corria a prescripção contra o filho em quanto durava o patrio poder. (b)

(a) Como bem discorrem Urceol. *de Transact. q.* 17. *a n.* 20. Altim. *de Nullit. tom.* 2. *rubr.* 11. *q.* 7. *n.* 39. *in fin.* Barbos. *in L. cum notissimi*, §. *Illud. Cod. de præscript. a n.* 19. Cost. *supr. a n.* 19.

(b) *Ut optime* Barbos. *supra.*

§. 307.

Cessa porém esta acção em todos os casos, em que o pai póde alienar os bens adventicios dos filhos: Casos que ficão expostos no Cap. XIV.

CAPITULO XIX.

Se ha caso, em que o pai possa ser obrigado em sua vida assignar legitimas aos filhos: Se póde assignarlha voluntario, acceitando-a antecipadamente o filho; e quando revogavel; quando irrevogavelmente. Quando, e como podem os pais dar partilha aos seus filhos: Effeitos desta partilha, etc.

Secção I.

Se ha caso, em que o pai possa ser obrigado em sua vida assignar involuntario legitimas aos filhos.

§. 308.

A Regra geral he que o pai em quanto vivo não he obrigado a assignar involuntario a legitima ao filho: Guerreir. *Tr.* 2. *L.* 2. *C.* 5. *a n.* 1. O mesmo

Guerreiro segue o contrario por melhor opinião no n. 4. e 5., quando o pai dissipa, e estraga prodigamente os seus bens, concedendo neste caso ao filho o nobre officio do Magistrado, para obrigar o pai que antecipadamente lhe entregue a legitima: Da mesma opinião são outros muitos, que refere Guerra *ad Ord. pag.* 144. tanto Reinicolas como Estrangeiros: Porém essa opinião involve não menos que hum erro legal, como bem discorre Pinello na L. 1. *Cod. de bon. matern. P.* 3. *n.* 75., e com outros Guerra *supra.* Pois que se o pai he sandeo ou prodigo, lá tem os filhos o remedio ordinario de lhe requerer Curador, remedio dado na Ord. L. 4. T. 103., e L. 1. T. 88. §. 6. no fim; e não podem recorrer a hum remedio extraordinario inventado pelo livre arbitrio dos DD. sem fundamento em Lei alguma, e mesmo contra todas as Leis, como bem discorre o citado Pinello.

Confira-se Manz. *de Testam. T.* 12. *q.* 5. *n.* 12. E ainda que contra Pinello se levantou Gratian. *for. C.* 44. *n.* 19. *et* 20., he Gratiano reprovado pelo Addicionador Luca n. 15. seguindo a Pinello, como mais solido na sua doutrina. Com esta opinião se conformão Voet. *ad Pandect. L.* 5. *T.* 2. *n.* 51., e Harprectr. *Disp.* 60. *n.* 221.

E ainda que Manz. *supr. n.* 17. permittio ao filho em vida do pai arguir a doação inofficiosa, e prejudicial á sua legitima, e reivindicar para si a legitima, que o pai havia dado, e comprehendido na doação, com tudo ainda no mesmo caso repugna contra o filho a mais seguida opinião, Pereir. *Dec.* 44. *n.* 5. Arias de Meza *L.* 3. *var. C.* 6. Altim. de *Nullit. tom* 5. *q.* 32. *sub n.* 69.

O caso de professar o pai em alguma Religião, caso sobre que havia variedade de opi-

niões entre os DD., que referem Guerra pag. 145., e Guerreir. Tr. 2. L. 2. C. 5. a n. 6., está hoje decidido pela Lei de 9 de Setembro de 1769., que julga morto para o seculo e civilmente para todos os effeitos, como se naturalmente morto fosse, o Religioso professo.

A disputa do caso do pai banido ou confiscado he ociosa; porque muitas Leis salvão logo as legitimas aos filhos em muitos crimes, e se lhas não salvão he ridicula a pertenção dos filhos contra o Fisco. — Veja-se Portug. de Donat. L. 3. C. 25., e no Cap. 22. a n. 23., aonde refere todas as nossas Leis, que impõe a pena de confiscação; e no n. 26. as que salvão as legitimas dos filhos, e as que não.

Secção II.

Se o pai voluntario póde assignar em vida legitima ao filho, e quando revogavel, quando irrevogavelmente.

§. 309.

He uniforme resolução dos DD. que o pai voluntario póde, quando vivo, assignar a sua legitima a qualquer filho, que voluntario, e assim antecipadamente a acceite: Mas com estas differenças: Se o filho he já emancipado, ou a mãe viuva he a que assigna a legitima ao filho, cessando nella o patrio poder; se com esta assignação concorre logo por acto entre vivos a effectiva tradição da legitima ao filho, fica como huma doação irrevogavel, e adquirido ao filho irrevogavelmente o dominio: E se a assignação he simples sem clausulas, que denotem ser huma effectiva doação entre vivos, fica como acto de ultima vontade revogavel pelo pai ou mãe. Se porém o pai faz huma tal assignação de legitima a hum

filho-familias, por mais que seja por acto entre vivos, fica como uma doação de peculio profecticio, ou como doação entre pai, e filho, que he revogavel, e só se confirma pela emancipação ou casamento delle, ou pela morte do pai, se este entretanto, e no meio tempo, a não revoga, e se persiste sempre na mesma vontade.

Eis aqui ao que em summa se reduz o que dizem a este respeito os DD., com os quaes Portug. *de Donat. L.* 1. *Prælud.* 2. §. 5. *a n.* 8. *et L.* 3. *C.* 23. *n.* 7. *et* 8. Guerreir. *Tr.* 2. *L.* 2. *C.* 5. *a n.* 20. Torr. *de Pact. futur. success. L.* 3. *C.* 4. *a n.* 5. Peg. *de Maior. tom.* 4. §. 9.

§. 310.

Duvidão os citados DD.: Se o pai póde obrigar ao filho que acceite sua legitima em vida? Portug. *supr. Prælud.* 5. *n.* 13. segue que não: Desta opinião são Altogrado *Cons.* 8. *n.* 31., e os muitos que refere, e segue Guerreir. *Tr.* 2. *L.* 5. *C.* 5. *n.* 44. Em contrario com outros DD. está Torre *de Pact. futur. success. L.* 3. *C.* 4. *n.* 11., accrescentando no n. 12. e 13. que feita pelo pai a dita assignação da legitima, se o filho a prodigalisa dolosamente, não he o pai obrigado assignar-lhe outra. Mas que em todo o caso lhe deve alimentos. (Veja-se o Cap. I. §. 9.)

Outros muitos DD. *pro utraque parte* refere Harprectr. Disp. 60. a n. 377., e assenta mais commummente que o filho não he obrigado acceitar a legitima em vida do pai.

§. 311.

Tal he neste artigo o systema dos DD. segundo os principios da Jurisprudencia Romana. Porém segundo o systema da nossa Legislação, e de outras Nações, já demonstrado nos §§. 255. e seguintes, sendo válidas, e irrevogaveis as doações propriamente taes (que não fiquem na simples natureza de pe-

culio profecticio), e feitas pelos pais aos filhos-familias *sub sacris paternis*, não ha nada que embarace a que hum pai por titulo de doação propriamente tal, e entre vivos, possa irrevogavelmente assignar a qualquer filho, ainda que debaixo do seu patrio poder, a sua legitima; ficando porém esta doação da legitima antecipada exposta ao que das mais doações feitas aos filhos se expoz nos ditos §§. 255. e seg.

Augmentadas porém ou diminuidas as faculdades dos pais, se os filhos podem pedir augmento das legitimas, ou os pais revogar a antecipada entrega dellas, he questão cuja resolução depende de varias distincções, que se podem vêr em Torr. de Pact. futur. Success. L. 3. C. 4. a n. 16. em Valasc. de Part. C. 21. Urceol. de Transact. q. 18. a n. 11. Antonell. de Tempor. Leg. L. 2. C. 98. a n. 24. et 38. em Carvalh. de Testam. P. 4. C. 1. a n. 11., e melhor em huma Dissertação minha na Collecç. dellas em Supplement. ás Segund. Linh. sobre as renuncias com juramento, Diss. 13.

Ha aqui huma especialidade, que se deve notar na conformidade da Ord. L. 4. T. 97. §. 3. 4. e 5., que se a assignação da legitima foi feita a titulo de dote, tem o filho dotado a liberdade de eleger o tempo do dote para computar a justa quantidade da legitima conforme os bens que o pai tinha nesse tempo, em que fez a assignação a titulo de dote; de fórma que cabendo então na legitima, subsiste, ainda que as faculdades do pai viessem depois a diminuir. Quanto porém ás mais doações (e semelhantemente assignações de legitimas) que os pais fazem aos filhos, determina a citada Ord. §. 4. que cessará essa eleição, *e se olhará o que os bens doados valerem ao tempo da sua morte.*

Secção III.

Quando, e como podem os pais em vida dar partilha a seus filhos: Effeitos desta partilha.

§. 312.

He sentimento commum de todos os DD. que os pais podem tanto por acto entre vivos, como por ultima vontade, dividir os seus bens por seus filhos ainda com desigualdade, com tanto que a cada hum fique salva a legitima, que não póde gravar-se.

Torr. *de Pact. futur. succession. L.* 3. *C.* 3. *a n.* 2. *ad* 12. Fragos. *P.* 3. *L.* 5. *Disp.* 8. §. 8. Valasc. *de Partit. C.* 21. Peg. *de Maior. tom.* 4. §. 19. Guerreir. *Tr.* 2. *L.* 1. *C.* 11. *a n.* 115. *et L.* 2 *C.* 5. *a n.* 42. *Ex professo* Harprectr. *Disp.* 60.

§. 313.

Não tracto aqui da partilha, que o pai ou mãe faz entre seus filhos por testamento: Tracto sim da que entre elles faz por contracto entre vivos: Não se duvidando da possibilidade do pai, e filhos, sendo conformes nas vontades, (a) só se duvida, e resta a disputa se taes partilhas feitas assim por contracto são 1.° revogaveis ou irrevogaveis: 2.° se os filhos podem ou não depois pedir supplemento da legitima, augmentando-se o patrimonio dos pais: 3.° se para serem válidas he necessario que o pai faça alguma reserva para testar: 4.° se precisão de insinuação: E por tanto reduzirei o que tem escripto os DD. ás seguintes conclusões praticas.

(a) Ainda que Valasc. *supr. sub. n.* 7. permitte ao pai poder obrigar os filhos que acceitem a legitima em sua vida, a menos que não sejão menores, ou dissipadores: Veja-se o §. 309.

§. 314.

Primeira: Se o pai, ainda mesmo por acto entre vivos, faz partilha entre seus filhos, ou sejão emancipados, ou ainda debaixo do patrio poder, só com huma distinação das suas arrumações, e como arbitrador entre elles, prevenindo as partilhas ao tempo da sua morte, e isto sem circumstancias algumas demonstrativas, de que lhe quiz fazer desde logo antecipada, e irrevogavel doação de suas legitimas, e de todo ou parte de seu terço, e sem clausulas indicativas de irrevogabilidade, e sem tradição das legitimas assim divididas, em tal caso essa divisão, ou fica nos simples termos de huma acto de ultima vontade em todo o tempo revogavel, ou fica nos termos (ainda havendo tradição) de huma assignação de peculio tambem revogavel pelo pai.

Gratian. *for. C.* 28. Fusar. *de substit. q.* 633. *n.* 6. Valasc. *de Partit. C.* 21. *a n.* 11. Guerreir. *Tr.* 2. *L.* 1. *C.* 11. *n.* 116. Torr. *de Pact. fut. success. L.* 3. *C.* 3. *a n.* 16. Fragos. *P.* 3. *L.* 5. *Disp.* 8. §. 8. *n.* 239.

Em Peg. *de Maior. tom.* 4. §. 19. *n.* 1. 2. 3. 20. *e* 21. vemos huma hypothese, em que se julgou ser como acto de ultima vontade huma partilha, que o pai fez entre seus filhos, quando lhe não fez tradição mais que para elles usofructuarem; prohibindo-lhe toda a alienação em quanto o pai fosse vivo, ou toda a disposição, e salvando o pai o que havia disposto em seu testamento.

§. 315.

Segunda: Pelo contrario: Reputa-se acto entre vivos, e irrevogavel a partilha, que o pai faz entre os filhos, quando usa de palavras expressivas de doação; quando logo transfere aos filhos o dominio das suas legitimas divididas, e entregues; quando faz reserva de alguma parte do uso-fructo, ou de algu-

ma cousa para testar; quando junta a clausula *omni melhori modo*, ou outra qualquer, por onde se indusa a irrevogabilidade da partilha.

Torr. *de Pact. supr. a n.* 18. De Luc. ad Gratian. *C.* 82. *a n.* 3. Valasc. *supr. n.* 13 *et* 14. Fragos. *supr.* Cabed. *Decis.* 127. *a n.* 4. Harprectr. *supr. a n.* 336.

§. 316.

Terceira: Se todos os filhos são emancipados, concordão os citados DD. que subsiste válida a partilha, e he irrevogavel, sendo assim feita por doação, e tradição entre vivos. O mesmo se he feita entre mãe, que não tem poder patrio em seus filhos. (a) Porém se a partilha he feita entre filhos não emancipados, e *sub patria potestate*, então, segundo os principios do Direito Romano, a julgão nulla como doação entre pai, e filho-familias, só confirmavel com a emancipação, ou com a morte do pai, não a revogando este, e perseverando na mesma vontade. (b)

(a) Assim se vê julgado em Cabed. *dit. Decis.* 127.

(b) Valasc. *supr. n.* 14. Fragos. *supr.* Torr. *supr. a n.* 29.

Este systema do Direito Romano he reprovado pela nossa Legislação, e uso moderno de algumas Nações: E procede pelo contrario a respeito da partilha feita entre pai, e filho-familias, o que acima no §. 310. fica exposto a respeito da assignação particular da legitima feita ao filho, para ser válida, e irrevogavel, ainda que doação entre pai, e filho: E só ha differença, que valendo as partilhas entre pai, e filhos-familias, quando são a titulo de doação entre vivos, como quaesquer outras doações, (§. 255.) cessa o direito da collação; porque sobre os bens assim divididos, e assignados ir-

revogavelmente pelo pai não ha, nem deve haver jámais outras partilhas. Sim parece que o pai fica uso-fructuario outra vez dos bens que assim divide, e assigna ao filho-familias; mas não ha nada que embarace que elle possa remittir-lhe o uso-fructo juntamente, e todo o lucro desses bens ainda que não emancipado. Vejão-se os §§. 185. e 203., e Harprectr. *Disp.* 60. *a n.* 566.

§. 317.

Quarta: Se a partilha se fizer de todos os bens sem reserva alguma para testar, assenta o commum dos DD. que ella he nulla, assim como o he a doação geral de todos os bens feita por qualquer, e do terço pelos pais que tem filhos sem herdeiros necessarios: (a) Se bem que feita a partilha sómente dos bens presentes, sem comprehender os futuros, convem alguns DD. (b) que subsiste válida sem embargo da falta de reserva, bem como he válida toda a doação de bens presentes, que não comprehende futuros, ainda que nella não haja reserva para testar.

(a) Torr. *de Pact. supr. n.* 55. Cabed. *Dec.* 127. *n.* 9.

(b) Guerreir. *Tr.* 2. *L.* 1. *C.* 11. *n.* 119, Fragos. *supr. n.* 241.

Que a doação *omnium bonorum præsentium et futurorum* sem reserva para testar he válida, o defendem graves DD. que refere Torr. *de Pact. supr. L.* 3. *C.* 5. *a n.* 8., e a segue commummente Stryk. *de Cautell. Contr. Secç.* 3. *C.* 9. §. 4., *et us· mod. L.* 39. *T.* 5. §. 9. Voet. *ad Pandect. L.* 3. *T.* 5. *n.* 10. Harpectr. *ad* §. 2. *Instit. de Donat. n.* 115. Mull. *ad Struv. Exerc.* 40. *thes.* 9., e outros: Porém a nossa Ord. L. 4. T. 70. §. 3. (apezar da resposta de Mell. Freir. *L.* 1. *T.* 3. §. 10. *Not.)* parece invalída huma tal doação: E por isso somos obrigados a seguir

a opinião contraria dos DD., com os quaes Torr. *supra*, Moraes *L.* 2. *C.* 19. *n.* 14. Portug. *de Donat. L.* 1. *prælud.* 2. §. 7. *a n.* 28. E como no nosso Reino os pais que tem filhos só podem testar da sua terça, inferem os DD. que a doação universal da terça sem reserva para testar he nulla, Portug. *supr. a n.* 55. Guerreir. *Tr.* 2. *L.* 5. *C.* 2. *n.* 10. Pelo que se o pai doando, e dimittindo por partilhas a seus filhos todos os seus bens presentes, e futuros nada reservou para testar, equiparada esta partilha ás mais doações reincide nesta nullidade: Mas se só deo em partilha os bens presentes sem se espoliar dos futuros, ou sem expressão delles, então assim como subsiste a doação universal, em que falta a dita expressão, Moraes supr. n. 17. Voet. supra ✝. Et facta simpliciter = Torr. supr. n. 67., da mesma fórma subsiste válida sem reserva a partilha de bens presentes; ou se nella se não comprehendêrão os direitos, e acções, ou se os pais reservárão o uso-fructo, e do sobejo delle podião adquirir de que podessem testar, etc.

§. 318.

Quinta: Se o pai ou mãe sómente cedem, e dimittem a seus filhos unicamente as suas legitimas, antecipando o tempo da morte, não he necessaria insinuação: Só sim, quando além das legitimas se cede o todo ou parte dos terços no excesso de 360., ou de 180$ réis. (a) Maiormente attendido o Assento de 21 de Julho de 1797, conforme ao qual tudo quanto os pais doão ou dotão a seus filhos, além do equivalente ás suas legitimas, deve insinuar-se excedendo a taxa da Lei.

(a) Como ao proposito Cabed. *Decis.* 127. *n.* 8. Torr. *supr. n* 44. Constantin. *ad Statut. Urb. annot.* 43. *n.* 112. *et* 113.

Se pois os pais comprehenderão nas partilhas seus terços com igualdade ou desigualdade entre os filhos (reputando-se cada hum melhorado no excesso da sua legitima, Moraes *de Divis. bonor. P.* 4. *C.* 3. *n.* 7.) essa doação implicita dos terços igual, ou desigualmente doados, e comprehendidos nas partilhas, he nulla, e revogavel no respectivo excesso de 360., ou de 180$ réis, sem embargo de serem tantas, e diversas doações quantos os filhos: Porque huma vez que a todos juntamente fez o pai ou mãe a doação, se reputa esta huma só para o effeito de dever insinuar-se, e ser nulla, e revogavel no excesso, como que se fosse feita a huma só pessoa, Voet. *ad Pandect L.* 39. *T.* 5. *n.* 16. Stryk. *de Caut. contract. Secç.* 3. *C.* 9. §. 5. Barbos. et Tabor. *L.* 9. *C.* 91. *axiom* 10. Mull. *ad Struv. Exerc.* 40. *thes.* 10. E revogando o pai a doação, e partilhas *quatenus* comprehensivas do terço por este defeito de insinuação, os 360$, ou 180$ réis, em que só fica subsistindo se hão-de ratear soldo a livra pelos Donatarios.

§. 319.

Se abandonado o que fica exposto no §. 315. se seguirem os principios de Direito Romano, estas partilhas assim feitas entre pai, e filho-familias se confirmão (não as revogando elles) ou pela subsequente emancipação, ou morte do pai, bem como as mais doações, e valem *a principio* em todos os casos expostos no Cap. XV. §. 255., quando por esses titulos, e causas são feitas as partilhas entre pais, e filhos.

Torr. *de Pact. L.* 3. *C.* 3. *a n.* 40.

§. 320.

Septima: Se os pais fizerão entre seus filhos partilhas dos bens presentes, e depois lhes sobrevem heranças, ou quaesquer outros adquiridos, podem os

filhos pedir partilha, e legitimas dos bens supervenientes aos pais, a menos que não tenhão renunciado com juramento pedir de futuro esse supplemento. Veja-se a Nota ao §. 310.

Ex professo Valasc. *de Partit. C.* 21. *a n.* 15. *et* 19. Fragos. *de Reg. Reip. P.* 3. *L.* 5. *Disp.* 8. *a n.* 242.

Para evitar nesta questão toda a variedade de opiniões, e occorrer aos diversos gostos de Jurisprudencia, será huma providente cautella emancipar o pai aos filhos, celebrar com todos as partilhas, reservar para testar, comprehendendo nellas o terço; requerer insinuação quanto a este. E se quer que algum ou alguns dos filhos não aspirem mais á successão dos bens supervenientes ao pai depois desse contracto, impetre Provisão para se jurar, e firmar o contracto, promettendo o pai, e filhos nunca o revogar; e renunciando os filhos com juramento todo o futuro supplemento de legitima. Se o pai não comprehende o terço, he desnecessaria a insinuação.

Veja-se sobre tudo o exposto neste Cap. a Harprectr. na especial *Diss.* 60. = *De divisione bonorum inter liberos a parente adhuc in vivis facta* =, e não ficará mais que desejar nesta materia.

CAPITULO XX.

Se os pais podem deixar de adquirir ou renunciar bens ou heranças, que estão a deferir-se-lhe em prejuizo dos filhos, ou em favor de hum com consequente abondono dos mais.

§. 321.

« Os pais (diz Formey no Extract. de Wolph. « Princip. do Direit. Natur. L. 7. C. 4. §. 48. e seg.) « não devem privar os filhos dos bens da fortuna, « que lhes[] podérem transmittir .... Elles devem em- « pregar todos os seus esforços, e tentar todas as vias « legitimas, para que seus filhos tenhão riquezas, « honra, credito, e amigos .... Amando-os como a « si mesmos, elles devem experimentar a mais sin- « cera satisfação pondo-os em felizes circumstancias. « Em geral, desde que os pais podem fazer possuir « a seus filhos não sómente as cousas necessarias á « vida, mas as cousas uteis, e agradaveis, elles são « obrigados empregar nisto todas as suas forças com « preferencia a tudo. »

Confira-se Heinec. *Elem. Jur. Nat. L.* 2. §. 60. 62. *et* 72.

§. 322.

Taes são as obrigações dos pais para com seus filhos: Estes principios de Direito Natural são preceitos Evangelicos, Matth. C. 7. v. 12. et C. 22. Luc. C. 6. v. 31. Preceitos que Jesu Christo inculcou, e determinou como novas Leis, Joan. C. 13. Quem os não cumpre he sem dúvida deshumano, e injusto: E finalmente o Apostolo obrigou aos pais enthesourar (pelos meios licitos) para os filhos, ad Corinth. I. Cap. 11. ỳ. 21., aonde accrescenta que dos filhos = *Et alius quidem esurit, alius autem ebrius est.*

Veja-se o máo effeito que produzio a amorosa preferencia, que Jacob tinha para José, Genes. C. 37. S. Ambros. sobre o Patriarch. José C. 2., e L. 1. sobre Jacob C. 2. Não se deve fazer injustiça a hum filho para enriquecer outro, mas observar-se a igualdade entre elles quanto permittem as Leis do Paiz, S. Ambros. L. 1. sobre a obra dos seis dias C. 18.

§. 323.

A Ethica dos Jurisconsultos Romanos era diversa, e inteiramente pagã, sem as novas luzes do Evangelho. (§. 232.) Elles tinhão por maxima que se qualquer não podia prejudicar a seu credor, alienando ou dissipando os bens adquiridos, podia com tudo deixar de adquirir outros, por mais que se lhe offerecessem occasiões opportunas; e que deixando de os adquirir não fraudavão a terceiro, que aliás viria a ter direito nelles se o sujeito effectivamente os quizesse adquirir.

Assim se nota nas LL. 6. 19. 20., e outras no T. *ff. quæ in fraudem creditor.* L. 28. *ff. de verbor. signif.* L. 184. *ff. de Reg. Jur.* L. 98. §. ult. *ff. pro Socio*, L. 26. *ff. de Jur. Fisc.* L. 67. *ff. ad Trebell.*, e outras mais que seguirão o mesmo systema. Vejão-se Olea *de Cession. Jur. T.* 2. *q.* 3. *a n.* 5. Stryk. *de Success. ab intest. Diss.* 8. *C.* 10. §. 55. Voet. *ad Pandect. L.* 42. *T.* 8. *n.* 16. Torr. *de Pact. L.* 2. *C.* 46.

§. 324.

Destas Leis, e da razão dellas inferirão commummente os citados DD. 1.° que como o direito de addir qualquer herança não he direito radicado na pessoa dos devedores, ou dos criminosos, podem elles, em prejuiso dos seus credores ou do Fisco, renunciar, antes de addidos, os legados, as heranças, os fideicommissos: 2.° que da mesma fórma o succêssor do Morgado o póde renunciar antes de

addido ao successor, por mais que o resultado seja ficarem sem satisfação de dividas, ou de penas os credores ou o Fisco: Da mesma fórma 3.° os filhos podem renunciar as legitimas deferidas dos pais, etc.: 4.° que o pai antes de acceitar o uso-fructo dos bens adventicios do filho, e antes de principiar a goza-lo, que póde renuncia-lo, e deixar de o adquirir; ainda que em consequencia prejudique a seus credores, ou aos mais filhos, podendo aliás com o tal uso-fructo engrossar o seu patrimonio, e em consequencia todos os mais filhos.

§. 325.

E finalmente (o que he mais escandaloso) assentava geralmente Pinheir. *de Testam. Disp.* 5. *Secç.* 3. §. 5. *sub. n.* 227. que « Parentes recte « possunt præjudicare filiis in acquirendis, non enim « tenentur acquirere quæcumque possunt, ut eis « plus relinquant. » E especialmente dos mesmos principios do Direito Romano inferem alguns DD. que o pai póde consentir que hum filho emancipado testando não institua herdeiro ao pai, como aliás devêra nas duas partes da sua herança, e que institua hum irmão, ou qualquer pessoa extranha: Opinião, que fundada unicamente naquelles principios seguirão o mesmo Pinheir. *sub n.* 227. Olea *de cession. jur. T.* 2. *q.* 3. *a n.* 29. os Addicionadores de Molin. *de Primog. L.* 2. *C.* 3. *n.* 49. Guerreir. *Tr.* 2. *L.* 5. 4. *n.* 68. Torre *supr. L.* 2. *C.* 46. *n.* 90. Peg. *tom.* 4 *ad Ord. pag.* 349.

§. 326.

Mas aquella razão do Direito Romano, de que os DD. fazem estas, e outras illações, he ella aquella boa razão, que só nos póde fazer subsidiarias as Leis Romanas, conforme o §. 9. da Lei de 18. de Agosto de 1769? He ella aquella boa razão que « Consiste nos primitivos principios, que contém « verdades essenciaes, intrinsecas, e inalteraveis,

« que a Ethica dos mesmos Romanos havia estabe-
« lecido, e que os Direitos Divino, e Natural for-
« malisárão para servirem de regras moraes, e civis
« entre o Christianismo? » He ella aquella boa razão, que se funda nas outras regras, que de universal consentimento estabeleceo o Direito das Gentes para a direcção de todas as Nações civilisadas? He ella a boa razão, que só assim póde pelo preceito da dita Lei fazer subsidiario o Direito Romano? Pelo contrario essa razão, esse systema do Direito Romano (§. 323.) he opposto aos dictames do Direito Natural, e Divino; he huma razão, que por isso mesmo faz, segundo o preceito da dita Lei §. 9., reprovavel nesta parte, e neste Reino o Direito Romano, porque fundada « nos particulares costu-
« mes dos mesmos Romanos.... Superstições pro-
« prias da gentilidade, (a que não raiou a nova luz
« do Evangelho) e inteiramente alheias da Christan-
« dade dos seculos que depois se seguírão. »

§. 327.

Por outra parte: Essa razão mesma da Jurisprudencia Romana, e a Jurisprudencia mesma, de que se tem deduzido todas as expostas illações, tudo está hoje abrogado pelo uso moderno das Nações: Na Prussia, na França, na Sardenha, etc.

Furgol. tom. 7. no Commentar. da Ord. de Luiz XV. de 1747. Art. 38. Codigo Civ. da Sardenh. *L.* 6. *T.* 10. §. 12. Groenevegen. *de Legib. abrogat. ad L.* 6. *ff. Qui in fraudem creditor.* Stryk. *us. mod. L.* 42. *T.* 8. §. 3.

§. 328.

Com effeito: Não por todas estas razões, mas por algumas dellas, e por outras mais se vê julgado em Souz. de Maced. Decis. 8. nullo o consentimento, que huma mãe deo a seu filho para no Testamento a preterir, e testar livremente, pela razão

de ser avultada a herança, e não poder prejudicar aos mais filhos. A mesma opinião defende, e segue o Padre Nogueira nas questões singulares Disp. 4. q. 60., e conforme a ella o obtive julgado na Supplicação em huma Causa grave: E só quando muito poderá esse consentimento surtir effeito dentro dos limites da terça do pai, a não obstar o que obstou no caso de Maced. n. 12.

Ainda nos termos dessa reprovada opinião não ha nada certo, e solido sobre a fórma desse consentimento dado pelo pai ao filho para testar livremente, e preterir o pai. Tal consentimento he em effeito huma renuncia da successão futura do filho, sem differença da renuncia, que o filho faz da futura successão do pai. Ora esta renuncia da futura successão de homem vivo, sendo nulla por Direito civil, só he válida confirmada com juramento, conforme o Direito Canonico, como vemos (e necessariamente devemos seguir) adoptado na Ord. L. 4. T. 70. §. 4. Stryk. *de Success. ab. intest. Diss.* 8. *C.* 10. §. 18. *e* 19., aonde optimamente assim o comprova; *Latissime* Barbos. *vot.* 87. Não duvidão disto os defensores desta opinião: Só sim se he necessario o juramento, quando o consentimento do pai, e renuncia da futura herança do filho intervem no mesmo acto do juramento: Huns dizem que em todo o caso he necessario o juramento; outros que só he necessario quando he prestado antes, mas não quando no mesmo acto do testamento, como dizem os DD. citados no §. 325.

Porém tal distincção he huma quimera: Porque o pacto renunciativo da futura herança he absolutamente nullo pelo Direito Romano sem tal distincção. O Direito Canonico o confirma, intervindo juramento tambem sem tal

distincção: A nossa Ord. L. 4. T. 70. §. 4., que approva hum, e outro Direito, ou suppõe que elle deve ser a norma da decisão, tambem não distingue: Ora he erro distinguir o que as Leis não distinguem.

Por outra parte: os pactos reciprocos de pais, e filhos não tem especialidade, Torr. *de Pact. L.* 1. *C.* 11. Stryk. e Barbos. *supra:* Esse consentimento do pai he em effeito hum pacto renunciativo da herança futura do filho, que para ser válido deve firmar-se com juramento: Ou esse pacto he propriamente pacto celebrado entre o pai, e o filho no acto do Testamento (que admitte contracto *occasione ejusdem testamenti* Solan. Cog. 2. a n. 42.) e então fica na regra geral dos mais pactos, e contractos successorios para depender de juramento: Ou elle toma a natureza de Testamento; e então, ou o filho dispõe já do que o pai hade herdar delle, e fica sendo huma disposição do alheio, ou (e mais propriamente) o pai consentindo que o filho disponha do que necessariamente deve deixar ao pai, vem em effeito o pai, que consente, a ser o que dispõe, *quia ea omnia nostra facimus quibus auctoritatem nostram impertimur;* e então não póde o pai que tem filhos, dispôr mais que do seu terço, nem consentir mais que dentro dos limites do seu terço. Ainda que pois se siga a tal opinião, ella por todos os lados vem a cahir nestes erros; vem a ser opposta á nossa Legislação.

CAPITULO XXI.

Obrigação dos pais de instituir seus filhos na legitima sem gravame. Ex-herdação, e causas della.

Secção I.

Obrigação dos pais de instituir seus filhos na legitima sem gravame.

§. 329.

A necessidade de serem instituidos herdeiros os filhos depende de preliminar noção de quaes são os filhos, e herdeiros necessarios de que tracta a Ord. L. 4. T. 82. Taes são 1.° todos os nascidos de legitimo matrimonio, ou do putativo válido: (a) 2.° os legitimados pelo seguinte matrimonio (b)

(a) Como largamente discorre Guerreir. *Tr.* 2. *L.* 1. *C.* 2. *a n.* 8., a que inteiramente me remetto.

(b) De que tambem tracta o mesmo Guerreir. *Cap.* 4. Stryk. *de succession. ab intest. Diss.* 1. *C.* 2. §. 60. Boehmer. *Exerc.* 20. — A respeito destes occorrem no Foro frequentes vezes estas questões: 1.ª se se legitimão pelo subsequente matrimonio os filhos adulterinos? 2.ª Se os incestuosos nascidos antes do matrimonio contrahido depois com Dispensa? Sobre huma, e outra questão se veja huma especial Dissertação minha a 1.ª na Collecç. de Dissert. juridico-praticas.

§. 330.

Taes são 3.° os filhos naturaes dos homens plebeos, que para a necessidade de serem instituidos herdeiros pelos pais não differem dos filhos de legi-

timo matrimonio; e ainda mesmo para deverem ser co-herdeiros com os de legitimo matrimonio do mesmo pai, Ord. L. 4. T. 92.

Se os filhos dos homens, que tem meio estado entre plebeos, e nobres são herdeiros necessarios dos pais, e que devão por elles ser instituidos? Se ha o tal meio estado, e qual he elle? Veja-se Cordeir. *Dub.* 21. pela opinião do qual, contra a de Phoeb., Portugal, Pegas, e Carvalho vi julgado na Supplicação: E he expressa a Resolução de 27 de Março de 1738. no Indice Chronologico do Desembargador João Pedro Ribeiro.

Se o filho natural succede ao pai, que no tempo da concepção era plebeo, e nobre ao tempo do seu nascimento? Veja-se Cordeir. *Dub.* 19. — Não posso aqui preterir que a dita Ord. exclue os filhos « se ao tempo que os taes filhos « nascerem o pai for Cavalleiro ou Escudeiro, « *ou d'outra semelhante condição*, que costume « andar a cavallo, não sendo, o que assim cos*n* tuma andar a cavallo, official mecanico, nem « havido, e tractado por peão. » Reputa nobres para este fim não só os Cavalleiros simples, mas os Escudeiros, ou pessoas *d'outra semelhante condição* dos Cavalleiros simples ou Escudeiros; com tanto que o 1.° costume andar a cavallo; e 2.° não seja official mecanico; ou 3.° não seja havido, e tractado por peão. Para intelligencia desta Ord. se deve ponderar o Decreto de 1538., transcripto por Peg. *tom.* 9. *ad Ord. L.* 2. *T.* 33. *in rubr. n.* 294., aonde se declarou que « Escudeiros são aquelles feitos por quem « os póde fazer *(de quo vid.* Pint. Ribeir. Disc. « sobre os Titulos da Nobreza de Portugal pag. « 138.) com tanto que tenhão continuamente ca« vallo: D'outro modo serão tidos como peães. »

Deve tambem vêr-se, e ponderar-se a Carta Regia d'ElRei D. João V. transcripta pelo Repertor. das Ord. debaixo da Conclusão = Cavalleiro, que tiver filhos naturaes =, aonde authenticamente se interpreta a dita Ord.

§. 331.

Taes são 4.° os filhos naturaes das mães, a menos que não sejão havidos de algum Clerigo, ou de algum outro coito damnado, e punivel pelas Ordenações do Reino, Ord. L. 4. T. 93.: Bem como os filhos das mães nobres, que aliàs não sejão illustres. Veja-se Guerreir. *Tr.* 2. *L.* 1. *C.* 3. *n.* 113.

Qual seja neste Reino o coito damnado, e juntamente punivel, do qual os filhos produzidos não são herdeiros das mães, veja-se *ex professo* Peg. de Spuriis, e o Commentario á dita Ord. gloss. 3. tot. *signanter n.* 38., aonde depois de ter referido desde o n. 2. todos os coitos puniveis pelas nossas Leis, conclue ut ibi: « Ex quibus omnibus infertur verus intellectus « ad nostrum textum, quod procedat tantum- « modo, quando agitur de spuriis natis ex da- « mnato et punibili coitu, ob quam causam « eorum pater matrimonium contrahere non po- « test; tunc enim tales spurii a successione pa- « terna et materna excluduntur; et non proce- « dit in aliis filiis, quamvis sint nati ex coitu « damnato, et punibili; cum eorum parentes « matrimonium contrahere possunt absque ullo « impedimento, quia tunc dicuntur naturales, « et procedit Ord. L. 4. T. 92. » A maior dúvida he se o filho da solteira, e casado he herdeiro necessario da mãe? Esta questão largamente disputa Peg. tom. 6. for. C. 128., e vem a concluir com Valasc. Cons. 29., e Pereir. Dec. 12. n. 6., e com muitos Arestos, que diz víra, que o tal filho he herdeiro da mãe, e que póde

contratabular o seu Testamento, em que foi preterido, subsistindo só na terça.

Veja-se Portug. *de Donat. L.* 2. *C.* 18. *n.* 82.

Os espurios, ainda que legitimados pelo pai ou mãe, não são seus herdeiros necessarios; não tem precisa obrigação de os instituir: E ainda que sejão preteridos não podem contratabular os testamentos dos pais; porque pelo estilo deste Reino só são simplesmente dispensados para succederem *ab intestato*, ou *ex testamento* no que os pais ou mães lhe quizerem dar ou deixar, em differença das legitimações segundo o Direito Romano, Portug. *de Donat. L.* 2. *C.* 16. *n.* 15. Franç. *ad Mend. P.* 2. *L.* 1. *C.* 2. §. 1. *n.* 6. *et* 7. Peg. *tom.* 2. *ad Ord. L.* 1. *T.* 3. §. 1. *C.* 1. *n.* 14. *ubi judicatum.*

§. 332.

Taes, e herdeiros necessarios são 5.° os netos filhos de filhos legitimos, e successiveis; porque precisamente devem ser instituidos herdeiros pelo avô, Ord. L. 4. T. 82. §. 4.

Ainda que o neto seja filho de filho natural, se este filho natural era herdeiro necessario do pai peão, como fica exposto no §. 328. Cordeir. *Dub.* 11. *n.* 11. E isto ou o neto seja legitimo de filho natural, ou o neto seja natural de peão legitimo do avô, como refere julgado Peg. tom. 5. for. C. 80. a n. 94. et 110.

§. 333.

« Dispondo o pai ou mãe (diz a Ord. L. 4. T. « 82. §. 1.) em seu testamento de todos os seus bens, « e fazenda, não fazendo menção de seu filho legi- « timo (ou natural §. 329. 330.) sabendo que o ti- « nha, ou desherdando-o, não declarando a causa « legitima porque o desherda, tal testamento he por

«Direito nenhum, e de nenhum vigor quanto á ins-«tituição ou desherdação nelle feita; mas os lega-«dos conteudos no dito testamento serão em todo «o caso firmes, e valiosos, em quanto abranger a «terça do testador, assim, e tão cumpridamente, «como se o testamento fosse bom, e valioso por Di-«reito. (§. 4.) Tudo o que acima dito he, quando «o pai morre deixando filhos, haverá lugar quando «faz testamento, e morre sem filhos, e lhe ficão «netos ou outros descendentes.»

§. 334.

Esta Lei (diz Mell. Freir. L. 3. T. 6. §. 38.) «Omissis differentiis inter filios, filias et nepotes, «sive jam natos, sive nascituros, et inter patrem «et matrem Romano antiquo jure constitutis (eas «enim scire nihil prodest) statuit, quod liberi «omnes, cujuscumque ætatis, ordinis, gradus, et «sexus, sive sui, sive emmancipati, tam a patre, «quam a matre debent institui, vel nominatim ex-«heredari; et quod iis præteritis, vel injuria et si-«ne causa, vel ea non dicta, ex heredatis testa-«mentum nullum est; legata tamen valent, si ter-«tiam bonorum non excedant.»

Confirão-se Nett. *de Testam. L. 2. T. 4. n.* 8. Valasc. *de Partit. C.* 17. *a n.* 28. Guerreir. *Tr.* 2. *L.* 5. *C.* 1. Stryk. *de Cautel. Testam. C.* 17. *membr.* 1. §. 26. 27. *et* 28.

§. 335.

Suppõe porém a mesma Ord. no princ., e admitte instituição tacita. «Se o pai ou mãe fizerem «testamento, e sabendo que tem filhos ou filhas, «tomarem a terça de seus bens, e a deixarem a «quem lhes approuver, ou a mandarem distribuir de-«pois de suas mortes, como fôra sua vontade; pos-«to que no testamento não sejão os filhos expressa-«mente instituidos ou desherdados, o tal testamen-«to valha, e tenha effeito. Por quanto pois tomou

«a terça dos seus bens no testamento, e sabia que «tinha filhos, parece que as duas partes quiz dei- «xar aos filhos, e os instituio nellas, posto que del- «las não faça expressa menção; e assim devem ser «havidos por instituidos herdeiros, como se expres- «samente o fossem, em favor do testamento.»

Confirão-se **Mell.** *supra n.* 41. **Nett.** *L.* 2. *T.* 3. *n.* 5. *exornat* Pinheir. *de Testam. Disp.* 3. *Secç.* 4. §. 3.

He questão muito controversa, se a instituição de herdeiro necessaria para a validade do testamento se póde deduzir por conjecturas? Huns affirmão, outros negão, outros o permittem sendo as conjecturas urgentes, e demonstrativas deduzidas do contexto do testamento, e não extrinsecas, como se póde vêr em Nett. *de Testam. Disp.* 3. *Secç.* 4., *e ex professo* em Harprectr. *Disp.* 37. = *De Tacita heredis institutione.* Porém uniformemente se assenta «ut «ex conjecturis institutio inducatur, si Lex ita «disponat, ne filius dicatur præteritus, et tes- «tamentum valeat.» Nett. *supr. n.* 5., accrescentando no n. 6. que «Signo indubitali non «dubitamus fieri posse institutionem.» Mas isto por privilegio especial dos testamentos *inter liberos*, como com outros DD. adverte Pinheir. n. 79. ibi: «Etiam de jure communi illa tacita «institutio filii sustinenda est ex privilegio tes- «tamenti inter liberos: Quia in ejusmodi tes- «tamentis valet institutio tacita ex solis con- «jecturis admissa.» A citada Ord. diz = *Em favor do Testamento.* Ella não limita a tacita instituição só ao unico caso que figura, nem exclue semelhantes. Se pois por algumas outras palavras ou conjecturas deduzidas do contexto do testamento se podér inferir a instituição dos filhos, subsiste o testamento; *ad instar* do

exemplo que figurou a Ord., e procedendo o argumento de semelhante ao semelhante, mas não para que subsista o testamento em favor de extranho, a que he inampliavel o privilegio, Pinheir. n. 80. Vejão-se Berlich. *P.* 3. *conclus.* 15., e Stryk. *supr.* §. 30. 31. *e* 32., aonde expõe circumstancias, e palavras inductivas da tacita instituição dos filhos para a validade dos testamentos dos pais.

O Codigo de Sardenha no L. 5. T. 1. §. 24. determinou: «Tudo o que for deixado de qual«quer maneira que seja nas disposições de ul«tima vontade áquelles a que a legitima he de«vida, se julgará deixado em razão della: Nós «queremos que para este fim se tenha sempre «por expresso o titulo honroso de instituição «para todos os effeitos, que elle póde obrar de «Direito.» E finalmente diz Coccey *Jus Controv. L.* 5. *T.* 2. *q.* 26. «Omissa institutione tes«tamentum valere ut divisionem paternam.»

§. 336.

Nesta instituição pois (que necessariamente deve haver no testamento do pai expressa ou conjecturada) não póde o pai gravar a legitima do filho com onus, gravame, condição qualquer que seja, substituição, etc.

Veja-se Guerreir. *Tr.* 2. *L.* 5. *C.* 1. *a n.* 1. *ad* 40., onde firma a regra com 25. ampliações: Aos DD. que elle refere accrescento Stryk. *de Cautell. Testam. C.* 17. *membr.* 2., aonde exorna, e declara todas as ampliações de Guerreiro.

§. 337.

O mesmo Guerreir. *d. L.* 5. *C.* 1. desde o n. 41. até o n. 81. passa a expor 21. limitações da regra geral, muitas das quaes reconhece opiniativas, e duvidosas: E como este Livro he familiar a todos os Jurisconsultos deste Reino, tambem a elle me re-

metto, porque *ex professo* reassumio esta materia. Só sim não me dispenso comprovar com o incomparavel Stryk. *de Cautell. Testam. C.* 17. *membr.* 3. algumas daquellas limitações, exorna-las, e juntar outras. Taes são:

§. 338.

Primeira: Subsiste o gravame na legitima, quando se dirigem as suas vistas á utilidade, e maior commodo dos filhos, Guerreir. *supr. n.* 41. Stryk. *sub* §. 5. Segunda: Póde gravar-se a legitima por meio da substituição pupillar (nos casos em que esta póde fazer-se, e em quanto se não extingue) Guerreir. *supr. n.* 50. Stryk. §. 6. Terceira: Se o filho consente no gravame: Mas Guerreir. *a n.* 59. distingue tres tempos; antes do testamento; no acto delle; e depois delle: Em todos he nullo o consentimento do filho menor. Sendo maior he nullo no primeiro, válido no segundo, e terceiro. Passa no n. 64. a disputar se basta o tacito, e distingue que não basta, quando o filho he só instituido na legitima; e que basta o tacito, quando o pai lhe deixou juntamente o terço, e tudo juntamente com gravame, o que comprova até o n. 69. O citado Stryk. §. 7. 8. e 9. fallando do tempo depois da morte do pai, citando Castilh. *L.* 5. *C.* 107. *n.* 73. se vem finalmente a satisfazer com a tacita approvação do filho, concorrendo com ella alguns factos positivos.

Furgol. *Trait. du Testam. C.* 8. *Secç.* 2. *n.* 99. diz, que nenhum consentimento prestado pelo filho para ser desherdado, ou qualquer approvação do testamento durante a vida do pai, lhe não prejudica, e tudo he nullo, et Secç. 3. n. 122. E só admitte a repudiação, ou consentimento depois da morte do pai.

§. 339.

Quarta: Quando o filho gravado repudia a legitima, e passa ao substituto ou co-herdeiro, então

passa para este com o onus, e gravame, Guerreir. *a n.* 16. Stryk. §. 12. Quinta: A que expõe Guerreir. n. 74. he seguida por Stryk. §. 11. Veja-se Conciol. *Fer. allag.* 42. *a n.* 30. Omitto as mais.

Cautella de Socino.

§. 340.

Esta cautella he a mais famosa, a mais pratica, e a mais segura, que se tem inventado no Direito para sustentar gravames, e condições impostas nas legitimas (e que em si comprehende muitas das limitações, que expoz o citado Guerreiro). Ensina-a como com os mais DD. a expõe o citado Stryk. §. 15. ibi: «Progredimur nunc ad famosam cautellam, «quam vocant Socini, vi cujus legitimam gravari «posse, extra dubium esse existimo. Latet vero in «casu, si pater instituit filium heredem universa- «lem, eundemque sub conditione; v. c. si absque «liberis moriatur, rogat, ut totam hereditatem resti- «tituat, etiam comprehensa filii legitima; ea tamen «adjecta clausula, ut si filius non acquiescat vo- «luntati paternae, restitutioni legitimam filii subji- «cienti, quod tunc in sola legitima institutus pure «esse debeat.»

Avançárão alguns DD. a defender que a clausula *omni meliori modo* (com que frequentemente concluem os Testadores, dizendo querem que o seu testamento valha pelo melhor modo que por Direito deva valer) tem os mesmos effeitos da dita cautella de Socino, como são Sabell. §. *Legitima n.* 31. Rocc. *Sellectar. C.* 52. *n.* 34. Fachin. *Contr. Jur. L.* 12. *C.* 70., e outros mais desta opinião, que refere Stryk. *supr. a* §. 21. Porém elle mesmo, e outros muitos DD. defendem optimamente que a tal clausula, ainda que aliàs produza muitos effeitos,

não póde produzir o de equivaler á cautella de Socino, e obrar o mesmo que ella.

Secção II.

Ex-heredação, e causas della.

§. 341.

He (diz a Lei de 19. de Junho de 1775) a "ex-heredação a ultima extremidade dos desabafos "dos pais injuriados, tão contraria á natureza, e "commum voto dos pais, como destructiva das ba- "ses, e termos da paternidade." Para poder praticar-se he preciso causa, modo, e fórma: Para poder executar-se he preciso prova da causa, e que o injuriado pai a não tivesse remettido, nos casos em que a póde remittir. Tratarei pois esta Secção por esta delineada ordem.

Causas da ex-heredação expressas na Ordenação.

§ 342.

Ellas se achão dispostas na Ord. L. 4. T. 88. estofadas largamente, e interpretadas pelos DD., com os quaes Guerreir. *Tr.* 2. *L.* 2. *C.* 1., e além dos que ahi refere por Stryk. *de succss. ab intestat. Diss.* 12. *C.* 2. *a* §. 9. *et de Cautell. Testam. C.* 19. Manz. *de Testam. T.* 10. *q.* 6.; e melhor que todos os mais Furgol. *no Trat. dos Testam. Cap.* 6. *Secç.* 2. *tot. et maxime a n.* 41. Discorrerei só por algumas expondo as circumstancias, que devão concorrer para fundamentarem huma justa ex-heredação, notando o mais especial sobre o muito, que está escripto.

Primeira causa.

Se alguma filha antes de ter 25. annos dormir com algum homem.

§. 343.

Julgou Mell. Freir. L. 3. T. 5. §. 43 que a filha só incorre esta pena propondo-se a huma vida meretricia, abandonado o casamento, em que o pai a quizesse elocar, e não quando se entrega huma ou mais vezes a hum só homem, e muito mais se áquelle, que lhe deo a palavra de esposo. — Nos termos da Novella. 115. C. 3. §. 11. assim parece; porque esta Lei Romana só faz objecto de ex-heredação a filha que, rejeitando o casamento, que o pai lhe procurava, escolheo huma vida meretricia. (a) Se dissermos que esta Ord. tem por fonte a dita Novella, parece que assim a devemos interpretar. Porém Pinheir. *de Testam. Disp.* 5. *Secç.* 3. §. 7. *n.* 277. diz, que a Ord. se afastou nesta parte da dita Novella, e que a filha incorre a pena, ainda que huma só vez se deshoneste com algum homem, citando Barbos. *L.* 1. *P.* 4. *n.* 44. *ff. solut. matrim.*

(a) Assim com muitos DD. Stryk. *de succession. ab intest. Diss.* 12. *C.* 2. §. 22. *et de Cautell. Testam. C.* 19. §. 35., e outros que cita Pinheir. *supra n.* 270.

§. 344.

Esta he a opinião, que no nosso Reino se deve seguir; porque a Ord. se explica pela palavra *dormir*, frase de que usou repetidas vezes no L 5. T. 14. e seguintes: E no sentimento do Legislador o *dormir* criminoso se verifica por hum só acto. E quando no T. 27. e seg. tracta da vida meretricia se ex-

plica por frases diversas. Esta mesma opinião segue com outros Reinicolas Guerreir. *Tr.* 2. *L.* 2. *C.* 1. *n.* 55.

§. 345.

A dúvida maior consiste se a filha, que por paixão se deshonestou com hum homem, antes de ter 25. annos, casa depois com elle passados os 25. annos, se purga a mancha, desfaz a injuria do pai, e evita a pena? Paschal *de Patr. potest. P.* 2. *C.* 5. *n.* 43. Thesaur. *L.* 1. *q.* 7. *n.* 13. assentão que não: Pelo contrario Stryk. *supra* assenta que sim; porque o matrimonio subsequente purga toda a mancha, e infamia, que causava a antecedente copula, *ex Cap. Tanta* ⁜ *qui fil. sint. Legit.* Confira-se Peg. *de Maior. C.* 100. *a n.* 500., aonde prova com muitos Textos, e DD. que o matrimonio subsequente lava, alimpa, purga, e supprime toda a mancha, e infamia, que na mulher havia causado a copula antecedente.

§. 346.

Porém a Strykio contrapondo o mesmo Strykio no §. 37., aonde firma que «*pœnitentia post delic-*«*tum patratum pœnam non tollit.*» E passa a distinguir que a mudança de vida não evita a ex-heredação: «*Si causa ingratitudinis directo offendat pa-*«*trem; secus si primario turpitudinem filii respiciat,*«*seu brevius: In delictis successivis locus pœnitentiæ:*«*Non in momentaneis.*» Ora huma tal injuria offende mais directamente o pai que a filha: (a) Logo ainda que a filha depois dos 25. annos venha a casar com o mancebo, que antes dos 25. a havia deflorado, não evita a pena da ex-heredação incursa pelo primeiro acto. (§. 343.) E só evita, e desfaz a propria mancha, mas não a offensa, e injuria, que havia commettido ao pai; injuria, que nunca a filha podia evadir. (b) Accresce que a mesma Ord. L. 4. T. 88. §. 2. equipara ambos os erros do dormir ou casar sem consentimento do pai, e *ipso jure* induz a

ex-herdação em ambos sem differença, ainda que o pai queira perdoar, havendo outros filhos, porque a todos reputa feita a injuria. (c)

(a) Raynald. *Crimin. L.* 2. *C.* 23. *Supplet.* 2. Nett. *de Testam. L.* 6. *T.* 13. *n.* 16.

(b) Como em semelhante caso discorre Furgol. *Trait. des Testam. C.* 6. *Secç.* 2. *sub n.* 75.

(c) Pinheir. *de Testam. Disp.* 5. *Secç.* 3. §. 9. *n.* 313. Nett. *supr. a n.* 10. 15. *et* 16.

Eu applicaria a este caso por identidade de razão a dita Ord. no §. 3. E se huma filha antes dos 25. annos se deshonestasse com homem digno para casamento, e depois dos 25. viesse a casar com elle, daria força retroactiva deste matrimonio ao tempo da primeira copula, para já presumir então entre elles hum affecto marital, e ficar abolida toda a macula, conforme as genuinas doutrinas de Peg. *de Maior supra*, juntas as de Portug. *de Donat. L.* 2. *C.* 16. *n.* 34. E assim como casando a filha com homem digno antes dos 25. annos sem authoridade do pai procede o dito §. 3., semelhantemente deshonestando se nesse tempo com homem digno, que depois vem a casar com ella. Assim conciliaria eu as opiniões, (§. 30.) e isto por equidade, apezar das razões de Furgol. *supra*.

§. 347.

Esta pena incorre a filha luxuriosa se o he antes que complete os 25. annos; (a) ainda que a mãe mesma, que por essa causa a quer desherdar, seja luxuriosa, como defende Furgol. supr. n. 58.; ainda que o pai mesmo, que a desherda por esta causa, seja lascivo, e lhe désse máo exemplo; e ainda que a tal filha seja emancipada, e viuva, sendo assim menor de 25. annos. (b)

(a) Pinheir. *supr. n.* 273.

(b) Pinheir. *n.* 283.

Segunda Causa.

« Ou se casar sem mandado de seu pai, ou de sua « mãe não tendo pai. »

§. 348

Esta pena se repetio nas Leis de 29 de Novembro de 1775 e 19 de Junho do mesmo anno: *Imo* se exasperou; porque estas Leis, e outras semelhantes da Europa não fazem differença (como fazia o dito §. 3.) entre os matrimonios dignos, ou indignos, huma vez que falte o consentimento dos pais. Mas se os filhos, a que os pais denegão o consentimento para as nupcias, recorrem aos Magistrados, e elles o supprem, evitão a pena da ex-heredação.

§. 349.

Por outra parte: A Ord. só comprehendia as filhas menores, que casavão sem consentimento dos pais; e a Lei de 19 de Junho de 1775 ampliou a pena aos filhos minorennes, que casão sem authoridade dos pais, ou supplemento judicial, o que declarárão as outras de 29 de Novembro de 1775, e de 6 de Outubro de 1784, e o Assento de 9 de Abril de 1772. Confirão-se os §§. 27. e seg. do Cap. I., e todo o Cap. VI.; e do que ahi expuz facilmente se inferirá em que casos incorrem ou não nesta pena os filhos varões, ou femeas, que casão antes de completar os 25 annos sem authoridade, e consentimento dos pais expresso ou tacito: Ampliando-se geralmente a mesma pena aos naturaes reconhecidos, herdeiros dos pais. (Veja-se o §. 10.)

Guerreir. *Tr.* 2. *L.* 2. *C.* 1. *n.* 66.

§. 350.

Só sim accrescento neste lugar com Furgol. *Trait. du Testament. C.* 8. *Secç.* 2. *n.* 67. que « No concur-« so do pai, e da mãe, de que hum quer o matri-

« monio, outro se oppõe a elle, he justo, e natural « que a vontade do pai prevaleça, seja que elle « consinta, ou que elle se opponha ao matrimonio; « mas quando o pai consente, a mãe não poderá « desherdar seu filho com o pretexto de que elle se « casou sem requerer, nem obter o seu consenti- « mento: O pai he o chefe da familia, e os direitos « da mãe não devem entrar em consideração, senão « quando a sua vontade concorre com a de seu ma- « rido, ou quando ella não he eclipsada por huma « vontade contraria do marido. A L. 20. *Cod. de nupt.* « he expressa sobre este ponto; e M. Claude Horri « no seu Trat. do Matrimon. Christ. pag. 61 o de- « cide da mesma fórma. A L. 3. *ff. de ritu nuptiar.* « he elegantemente formal, etc. » A Ord. L. 4. T. 86. no princip. parece que coincide, fazendo preciso o consentimento da mãe *não tendo pai.*

§. 351.

Tambem não posso aqui preterir a questão: Se esta ex-heredação por esta causa he real transcendente aos netos, ainda que o filho ou filha, que casárão sem consentimento dos pais morrão em vida delles? O nosso Phæbo suscitando esta questão na Decisão 45. a n. 14. diz, que por nenhum Reinicola a vira tractada, e mostra que a ex-heredação he real, e prejudica aos netos, ainda que os pais morrão primeiro. (a) A nossa Lei de 19 de Junho de 1775 parece tirou toda a dúvida, porque desnaturalisou perpetuamente das familias os filhos menores, que casão sem consentimento dos pais, e consequentemente privou os netos da successão dos avôs, porque não podem aspirar a ella senão mediante as pessoas dos pais, (b) se procede a regra canonisada na Ord. L. 2. T. 35. §. 14. Com effeito na França, aonde havia semelhantes Leis, e na conformidade dellas assim o attesta Furgol. *supr. C.* 8. *Secç.* 2. *n.* 69.,

dizendo no n. 71. que o contrario procede nas exheredações pelas outras diversas causas. (c)

(a) *Ita etiam* Peg. *tom.* 6. *for. C.* 130. *a n.* 100.

(b) Cordeir. *Dub.* 11. *a n.* 53.

(c) Geralmente em todo o caso declama justamente em contrario. Voet. *ad Pandect. L.* 5. *T.* *n.* 27. em favor dos netos filhos do filho, que mereceo a ex-heredação, mas fallecido em vida do pai: As razões de Voet. são superiores a todas as expostas. *Cogita et vide* Guerreir. *Tr.* 2. *L.* 2. *C.* 1. *n.* 65. *et* 126., e com muitos DD. o segue, e refere julgado Peg. *tom.* 6. *for. C.* 130. *n.* 95.

Terceira Causa.

« Se irosamente pozerem as mãos a seu pai, ou a « sua mãe. »

§. 352.

Eis-aqui o que a este respeito diz Stryk. *de succession. ab intest. Diss.* 12. *C.* 1. §. 12. ibi: « Sub pa« rentum veri nomine etiam novercam comprehendi « statuunt Covarruv .... Bari .... cum injuria ipsi « illata, etiam in patrem redundet. Nec ab hoc « Edicto excusabitur filius, nisi vel ob defensionem « sui (a qua tamen excipitur si patri castiganti re« sistat, castigatio quidem patri in filium conces« sa, *confira-se o Cap. IX.)* vel ad defensionem Pa« træ: Vel denique si manus tantum adversus paren« tes levaverit, nec percusserit, cum Imperator rea« lem manum illationem desiderat. » O que he conforme com as palavras da Ord. ibi: *pozerem as mãos.*

Furgole *supra* discorda quanto á offensa da madrasta, dizendo não ser causa justa de des-

herdação, porque só o pessoalmente offendido he que póde desherdar. Merecendo reprovação Pinheir. *supra n.* 256. em quanto só faz causa justa da ex-heredação a execução violenta, e grave de pancadas, e não a leve; e em quanto permitte ao filho offender o pai em sua defeza indistinctamente, quando toda a defeza do moderado castigo do pai he injusta «a menos que «o filho se não achasse em hum tal estado, que «não podesse segurar a sua vida, que seu pai «se esforçava de lhe tirar; se elle o ferisse, só «para se livrar delle; contendo-se com tudo em «os estreitos limites de huma defeza legitima; «e em suppondo que não restava ao filho algum «outro recurso para segurar a sua vida: Por- «que admittir que o filho poderia ferir seu pai «defendendo-se em todo o caso, seria tirar aos «pais o direito de corrigir seus filhos; e conce- «der aos filhos a liberdade de se subtrahir á «disciplina do pai, « Furgol. *supr. sub n.* 42. Confirão-se o mesmo Stryk. de Cautell. Testam. C. 19. §. 25., e Manz. de Testam. T. 10. q. 6. a n. 2.

Quarta Causa.

«*Se o doestar de palavras graves, e injuriosas maior-* «*mente em lugar publico .... E ficará em arbi-* «*trio do Julgador se as taes palavras forão graves* «*ou leves.*»

§. 353.

Não diz bem Stryk. supra §. 13. em quanto reputa por si mesma grave, e para este fim toda a injuria, ainda que leve, feita aos pais, L. 7. §. 8. *ff. de Injur.* Melhor, e mesmo conforme ao espirito desta Ord., discorre o citado Furgole n. 44.: «A fim de que «a injuria seja huma causa sufficiente, he preciso 1.°

«que ella seja *grave:* 2.° que fira a honra daquelle «que he offendido; e como o §. precedente falla «nominalmente da injuria real por máos tractamen- «tos, he preciso que a injuria, de que se falla nes- «te §., seja de huma natureza differente; e importa «pouco que ella seja verbal, ou que ella resulte de «algum outro facto, que encerre huma injuria gra- «ve, e que torne em deshonra do offendido; he «preciso ainda attender que, segundo o espirito da «Novella, a injuria deve ser grave por si mesma, «e pela natureza das palavras, ou dos factos, e não «por respeito somente á qualidade da pessoa offen- «dida; porque se se olhasse deste lado, ella deve- «ria sempre ser considerada como grave; porque «não se póde considerar como leve huma injuria fei- «ta por hum filho a seu pai, ou outro ascendente, «em razão do respeito que lhe he devido, L. 7. §. «8. *ff. de injur.* Porém a Lei exige ainda que a in- «juria seja grave de si mesma, e que ella redunde «em deshonra do offendido.» Isto he o mesmo que em poucas, mas bem misteriosas palavras requer a nossa Ord.

Conçorda Stryk. *de Cautell. Testam. C.* 19. §. 26. Confira-se Manz. *de Testam. T.* 10. *q.* 6. *a n.* 9.

Quinta Causa.

«Se accusar criminalmente o pai ou mãe por algum «crime, que não toque nosso Estado.»

§. 364.

«Quod extenditur (Stryk. *de success. ab intest.* «*supr.* §. 14.) licet vere commiserint delictum pa- «rentes :... Accusare autem, et tunc dicetur si «sponte, non coactus in causa criminali contra pa- «rentes dixerit testimonium .... Idem erit si spon- «te contra parentes in causa criminali egerit advo-

« catum ... Quæ omnia tamen limitationem reci-
« piunt, si tale delictum sit quod ad eversionem Rei-
« publicae tenderet. » — Melhor em contrario dis-
corre Furgol. n. 45.: « O Texto não explica qual
« deve ser a natureza do crime, de que o filho accu-
« se seu pai para servir de causa á ex-heredação.
« Certos DD. pertendem que o crime deve ser de
« huma natureza de poder fazer infligir ao pai ac-
« cusado por seu filho huma pena corporal ou infa-
« mante, o que não parece conforme o espirito da
« Novella, que comprehende *(bem como a nossa Or-*
« *denação)* todas as especies de accusações crimi-
« naes, sem fixar a qualidade dellas. Outros DD.
« pertendem que o mesmo procede quando o filho
« depõe contra seu pai accusado de crime: Porém
« a Novella não comprehende este caso, e em huma
« materia penal não se deve fazer extensão de hum
« caso a outro; *maxime* quando, como logo mostra-
« remos, a Novella não admitte outras causas mais
« que as que ella exprime. Mas não seria huma cau-
« sa de ex-heredação se o filho pleiteasse contra seu
« pai em materia civel; porque *juris executio non*
« *habet injuriam*, L. 13. §. 1. *ff. de Injur.* etc.

Confirão-se Mull. *ad Struv. Exerc.* 32. *thes.* 33. Manz. *T.* 10. *q.* 6. *sub. n.* 13. *ad* 18. — He bem claro o erro de Pinheir. *supra a n.* 258. E só diz bem que não são crimes contra o Estado, exceptuados na L., se o filho accusa ao pai de furto de bens Reaes, ou da Republica, ou qualquer outro crime *ex quo Status Principis, vel Reipublicæ periclitetur.*

Sexta Causa.

« Se usar de feitiçaria conversando com feiticeiras. »

§. 355.

Esta Causa he hoje universalmente irrisoria, e eu o seria se a tractasse, e defendesse. Quem quizer veja Pinheir. *supr. n.* 260.

Setima Causa.

« Se der peçonha ao pai ou mãe, ou tractar de lha « dar, e não ficar por elle ser-lhe dada; *ou dar « aso, favor, conselho, ou consentimento a ou- « trem acintemente para lhe dar. »*

§. 356.

Exornão esta Causa, e expõe a razão della os DD., com os quaes Stryk. *supr.* §. 16. *et de Cautell. Testam. C.* 19. §. 29.: Pinheiro *supr.* §. 262. só reduz o Texto á Lingua Latina, e o mesmo fizerão Guerreiro, e outros: Porém, e mais conforme ao espirito da nossa Lei, e á Jurisprudencia criminal, diz Forgol. n. 47. que « Só a tentativa póde ser punida « neste caso com a pena da ex-heredação, ainda que « o facto, e projecto se não tenha conseguido, mas « he preciso que a tentativa se prove; que se tenha « chegado aos actos proximos, e que a intenção se- « ja manifestada por algum modo, e signal exterior. « Daqui se segue que não basta ter preparado o ve- « neno com o designio de o dar, porque a Lei exi- « ge huma tentativa *insidiari tentaverit.* » E a nossa Ord. *« tractar de lhe dar, e não ficar por elle « ser-lhe dada.* »

Confirão-se Stryk. *de Jur. Sens. Diss.* 10. *De Jure cogitationum C.* 6. Boehmer. *Elem. Jur.*

Crim. Secç. 2 C. 20. §. 336. *Not.* Man. *de Testam.* 10. *q.* 6. *n.* 21.

Outava Causa.

« Se por qualquer maneira por si, ou por outrem « procurar a sua morte. »

§. 357.

Esta Causa tem a mesma glossa que a precedente: Quanto á tentativa do proprio filho he necessario que seja exhibida por acto externo: Se tentou matar o pai por algum assassino, he necessario provar o mandato, que aliàs se não presume, ainda que he provavel pelos indicios, que referem os DD.

Peg. *alleg.* 4. *a n.* 98. Calder *Decis.* 44. 45. *et* 49. Matheu *de Re Crimin. Contr.* 15. *et* 23. *Conciol. verbo = Mandatum.*

Nona Causa.

« Se houve affeição ou ajuntamento carnal com a mu- « lher de seu pai, ou com sua maneeba, que com- « sigo tinha em casa manteuda, e governada: E o « mesmo dizemos na filha, que semelhante ajunta- « mento tiver com o marido de sua mãe, ou seu « barregão, que a tivesse em casa manteuda. »

§. 358.

He porém necessario para se incorrer a pena por esta Causa 1.° que a concubina seja unica: 2.° que o ajuntamento do filho com a do pai seja *scienter*. (a) Nota-se porém nesta Lei que ella parece alude aos tempos, em que os Concubinatos erão tolerados nos Romanos; (b) ou parece contraria á Ord. L. 5. T. 28., que prohibe taes Concubinatos, não os tolerando. Devemos julgar que o Legislador seguio

a letra do §. 6. da Novella 115. C. 9.: E devemos assentar com o judicioso Furgole n. 49. que « A con-« cubina está aqui (na dicta Novella) ao nivel, e em « igualdade da mulher legitima do pai, porque o « Concubinato era permittido em os Romanos; mas « como o Concubinato não he permittido entre nós, « o habito que o filho tivesse com a concubina de « seu pai, não seria huma justa causa de ex-here-« dação; visto que, segundo a Nota de M. Claud. « de Ferrier. sobre a Novell. 115. C. 3. n. 9., o pai « não poderia fundar a ex-heredação mais que so-« bre a torpeza, e sobre a sua má conducta. *Aliter* « se o filho enxovalhasse o leito nupcial de seu pai « por hum incesto com sua madrasta, conhecendo a « pessoa, etc. (b) Por isto he que o Codigo Frederi-« co *P.* 2. *L.* 7. *T.* 5 §. 12. omittio este caso, com-prehendendo só o coito do filho com a madrasta.

(a) Pinheir. supr. n. 262. Furgol. n. 48. Stryk. supr. §. 17. et de Cautell. Testam. C. 19. §. 30., aonde accrescenta « itidem obtinere pu-« to siquidem fœmina non fuerit concubina sed « aliàs a patre cognita; præsertim hodie post-« quam concubinatus est abrogatus. »

(b) Manz. supr. n. 24.

Decima Causa.

« Se déo informação famosa do pai ou mãe á Justiça, « pela qual recebêrão alguma deshonra na pes-« soa, ou damno em seus bens, e fazenda »

§. 359.

São conformes os DD., que para fundamentar por esta causa a ex-heredação, a Novella, fonte da nossa Ordenação, e esta mesma exigem cumulativamente 1.° a delação ou denunciação: 2.° que o pai por causa della soffresse damno na pessoa, ou na fa-

zenda: 3.ª que este damno seja consideravel. E qual seja ou não o damno consideravel, fica neste caso ao arbitrio do julgador.

Furgol. *n.* 49. Stryk. §. 18. *et de Cautell. Testam. C.* 19. §. 31. Pinheir. *n.* 264. Manz. *de Testam. T.* 10. *q.* 6. *n.* 27., aonde requer copulativamente a união dos referidos requisitos.

Decima primeira Causa.

« Se o pai ou mãe forão prezos por divida, e o filho « varão os não quizer fiar para os tirar da Cadeia « sendo abonado, e abastante para os fiar, e li- « vrar della, sendo para isso requerido. »

§. 360.

Esta Lei he clarissima: Ella mesma une os requisitos, que devem concorrer para o filho por esta culpa incorrer a ingratidão, e a pena da desherdação. (a) Se bem que hoje depois do Assento de 18 de Agosto de 1774 fica cessando esta Lei, pois que o pai prezo rime a prizão, e a divida fazendo cessão de bens, independente de que o filho o affiance. E só poderá ser praticavel nos casos, em que, ainda depois do dito Assento, se não admitte cessão de bens; casos que expuz no Tractado das Execuções por Sentença.

(a) Stryk. *supr. a* §. 19. *et de Cautell. Testam. C.* 19. §. 32. Manz. *supr. a n.* 28. Furgol. *n.* 50. Pinheir. *n.* 265.

Decima segunda Causa.

« Se tolhêrão ao pai ou mãe fazerem testamento, etc. »

§. 361.

« Impedir fazer testamento (declara a Ord. L.

« 4. T. 4. §. 1.) he não sómente tolher ao testado-
» a faculdade de livremente testar, mas tambem der
« fender ao Tabellião, ou á pessoa que houver de
« escrever o testamento, ou ás testemunhas neces-
« sarias, e chamadas para o tal acto, ou fazer-lhe
« sobre isso ameaças. » — « Seria assás difficil (diz
« Furgol. *C.* 6. *Secç.* 3. *a. n.* 106.) determinar pre-
« cisamente os casos, nos quaes o testador se repu-
« te ter sido sufficientemente impedido de fazer tes-
« tamento, ou de mudar o antecedente. Isto póde
« acontecer de muitas maneiras differentes; e hum
« Julgador prudente deve determinar, segundo as
« circumstancias, e natureza das provas, se a in-
« dignidade se incorreo ou não. Basta notar que
« ella deve ter lugar todas as vezes que parece que
« o testador tem estado com o desejo sincero de
« testar, e tem sido impedido por força, ou por
« dolo, ou por outra qualquer manobra directa, ou
« indirecta, etc. »

« Blando autem sermone (declara Stryk.
« *de success. ab intest. Diss.* 12. *C.* 1. §. 19.)
« atque officiorum promptitudine de mulcere
« non prohibitum est decessuri animum, licet
« ille jam ad testamenti factionem fuerit firma-
« tus; cum per hoc non auferatur facultas tes-
« tandi; sed relinquatur libertas an testamen-
« tum facere velit, vel non: Sic enim cessant
« mendacia, calumnia, et id genus alia in eum
« eructata, in quem testamentum condituri ani-
« mum propendere elucebat; nam hæc demum
« dolum arguunt. » Concorda o Codigo Frede-
rico *P.* 2 *Q.* 7. *T.* 5. §. 13., e o mesmo Stryk.
de Cautell. Testam. C. 19. §. 33. Manz. *de Tes-
tam. T.* 10. *q.* 6. *a n.* 33.

Decima terceira Causa.

« *Se algum pai ou mãe perdesse o siso natural, e o* « *filho ou filha... fosse negligente em o curar na sua* « *enfermidade, este tal poderá ser desherdado desse* « *pai, ou mãe, ou avó, tornando elles a seu siso, e* « *entendimento perfeito.* »

§. 362.

Esta Ord. he literalmente copiada da dita Novella 115. C. 3. §. 12., e a expõe Pinheiro *a n.* 294. Furgol. *C.* 6. *Secç.* 3. *n.* 283. Stryk. *supr.* §. 29. Mas interpretado o omisso na Lei pela Novella sua fonte, para o filho incorrer nesta pena he necessario que tenha 18 annos, como he expresso na fonte, e declarou huma Lei de Castella, que refere o citado Pinheiro.

O Codigo Frederico P. 2. L. 7. T. 5. §. 7. não só requer que o filho tenha a mesma idade, mas ainda he mais humano ampliando o caso da demencia ao da miseria, e enfermidade, seguindo nesta parte o dicto Codigo a opinião de Harprecto *in* §. *fin. Instit. de exheredat. Liber. n.* 44., e outros que refere Stryk. *de Cautell. Testam. C.* 19. §. 36.

Decima quarta Causa.

« *Se o pai ou mãe vierem a ser captivos, e o filho* « *ou filha forem negligentes em os remir do* « *captiveiro, etc.* »

§. 363.

Tambem esta Ord. he copia do §. 13. da dicta Novella 115. C. 3., e não precisa de exposição: Nem os DD. aqui notão alguma especialidade necessaria para a sua intelligencia.

Vejam-se Stryk. *de Cautell. Testam. C.* 19. §. 37. Manz. *supr. a n.* 98.

Decima quinta Causa.

« Poderá o pai ou mãe, que forem Catholicos Chris-« tãos desherdar livremente os filhos hereges, etc. »

§. 364.

Esta he a ultima, e bem expressa causa das que do Direito de Justiniano adoptou o nosso Legislador, isto he, da Novella 115. *C.* 3. §. 14. E foi superfluidade em Pinheiro, Guerreiro, e outros expôr-nos outras, e diversas Causas, quando he certo que o nosso Legislador só adoptou, e approvou as que acabo de dinumerar. E conforme a melhor opinião dos DD., não devemos admittir outras Causas de desherdação semelhantes, ou ainda maiores que as expostas.

Stryk. *de success. ab intest. Diss.* 12. *C.* 1. §. 11. Furgol. *C.* 8. *Secç.* 2. *a n.* 92. Nett. *de Testam. L.* 4. *T.* 5. *a n.* 6. Voet. *ad Pandect. L.* 5. *T.* 2. *n.* 24. Pinheir. *de Test. Disp.* 5. *Secç.* 3. §. 8. *a n.* 307. — O que Mell. Freir. *L.* 3. *T.* 5. §. 43. no fim não devia deixar, como deixou, ignorado pelos principiantes, e indecisa a dita questão: *An aliae ejusdem generis causae admittuntur?*

Na mesma Ord. §. 13. 14. 15. e 16. se relatão juntamente as Causas de ex-heredação tacita, ou aliàs da indignidade dos filhos, e outros parentes: Indignidades que expõe o mesmo Stryk. *de success. ab intest. Diss.* 13. *C.* 2. *a* §. 28. Furgol. *C.* 6. *Secç.* 3.

Modo, e fórma da ex-heredação.

§. 365.

Supposto que Costa ad Caminh. pag. 204 nos deixou um formulario para se fazer por Escriptura a desherdação, suppondo poder fazer-se por esse modo independente de se dever fazer por testamento: (a) Com tudo eu noto na Ord. L. 4. T. 82. §. 2. que parece dever ser feita no testamento, *ut ibi:* « E » declarando o pai ou mãe *em seu testamento* a cau» sa ou razão, etc. » Nisto mesmo assentão commummente os DD. até o ponto de não admittirem ex-heredação feita ainda que em Codicillo. (b) E he juntamente necessario que seja feita em hum testamento válido ao principio, e que depois se não infirme por alguma causa: (c) Sem que baste ser feita em testamento, que entre pais, e filhos vale sem as regulares solemnidades; mas o pai havendo de desherdar hum filho deve fazer hum testamento solemne: (d) Tanto que não subsiste a ex-heredação feita no testamento nullo, ou caduco, que aliàs só se executa por effeito da clausula codicillar. (e)

(a) Refere-o, e parece que o segue Guerreir. *Tr.* 2. *L.* 2. *C.* 1. *n.* 93.

(b) Stryk. *de succession. ab intest. Diss.* 12. *C.* 2. §. 32. *et* 33. Pinheir. *de Testam. Disp.* 5. *Secç.* 3. §. 6. *n.* 252.

(c) Stryk. *supr. d.* §. 32. Barri *de succession. L.* 18. *T.* 1. *n.* 36.

(d) Como quizerão muitos DD. referidos por Furgol. *C.* 9. *Secç.* 2. *a n.* 115. *et* 116. Ainda que Stryk. *de Cautell. Testam. C.* 19. §. 12. refere duas opiniões a este respeito, aconselhando por cautella que a ex-heredação se faça em testamento solemne.

(e) Furgol. *sub. n.* 117.

§. 366.

O commum dos DD. requerem mais *pro forma* que a ex-heredação se faça com as condições seguintes: 1.ª *verbis dispositivis et expressis*, e não por palavras tacitas, e conjecturaes. 2.ª que se faça puramente, e não debaixo de alguma condição: 3.ª que se faça *nominatim*, exprimindo o proprio nome do filho desherdado: 4.ª séria, e pensadamente, e não temerariamente, e por impulso repentino de alguma paixão: 5.ª que se faça de toda a herança, ainda que separadamente se póde deixar algum legado ao exheredado como extranho: 6.ª que se faça *ab omnibus gradibus institutionis, et substitutionis:* 7.ª perpetua, e não temporal: 8.ª que seja expressa ao menos huma das causas justas, que ficão expostas desde o §. 341.

Pinheir. *de Testam. Disp.* 5. *Secç.* 3. §. 6. *a n.* 239. Nett. *de Testam. L.* 4. *T.* 2. *e seg.* Stryk. *de Cautell. Testam. C.* 19. Manz. *de Testam. T.* 10. *q.* 1. *e seg.*

§. 367.

Porém apezar do exposto nestes antecedentes §§., eu sigo com Furgole Trait. des Testamens C. 8. Secç. 2. a n. 111. que basta que a desherdação se faça por algum acto certo, e indubitavel, que mostre a vontade do injuriado, e offendido; isto he, perante o Juiz ou Notario, declarando-se especificamente as causas della, sem necessidade de testamento solemne, e na fórma que exigem os DD. (§. 362.) Furgole assim o mostra com razões superiores a toda a réplica, convencendo o antigo erro em contrario. — Talvez no tempo, em que escreveo o nosso antigo, e grande pratico João Martins da Costa, Advogado na Casa da Supplicação, houvesse a pratica de celebrar por Escriptura as ex-heredações, e por isso he que elle nos deixou o Formulario. Eu tenho visto muitas celebradas por Escripturas. A

nossa Ord. L. 4. T. 82. §. 2. em quanto diz «declarando o pai ou mãe em seu testamento, etc.» tem a mesma resposta que a Novella 115.; que he a sua fonte: Fallou a Ord. dos casos mais frequentes, mas não limitou a desherdação á necessidade de ser feita por testamento, nem excluio outro modo de a fazer, bem como a Ord. L. 4. T. 63. §. 9. permitte a revogação da doação por qualquer modo, por Escriptura, Testamento, ou ainda mesmo por Demanda, que em vida faça o Doador ao Donatario. E em consequencia fica sendo supersticioso tudo quanto a este respeito escrevêrão os DD. citados na Nota ao §. 362.

Prova das causas expressas no acto da ex-heredação.

§. 368.

Já vimos no §. 363 que a ex-heredação deve ser feita *verbis dispositivis et expressis, nominatim et nomine expresso exheredati:* Já tambem vimos no mesmo §. que a causa da desherdação se deve exprimir especificamente, como requer a Nov. 115. C. 3. ibi: «*Et ipsas nominatim ingratitudinis causas «parentes suo inseruerint testamento.*» Ord. L. 4. T. 82. §. 2. ibi: «Declarando o pai ou mãe em seu «testamento *a causa ou razão porque desherda seu «filho legitimo.*» (a) De tal fórma que se o testador, e pai desherdar o filho sem especifica expressão de causa, e disser sómente que o desherda *por causas justas*, he a ex-heredação nulla, e se não convalida por mais que o herdeiro queira provar especificamente as causas, com que o pai genericamente pretextou a desherdação. (b)

(a) Stryk. *de Cautell. Testam. C.* 19. §. 18. Manz. *T.* 10. *q.* 1. *n.* 27. Gomez 1.° *var C.* 11. *n.* 11.

(b) Stryk. *supr.* §. 19. Furgol. *supr. n.* 103.

— Se bem que basta que o pai exprima simplesmente tal ou tal causa, ainda que não exprima as circumstancias do lugar, e tempo das offensas, e injurias, sempre com tudo he huma providente cautella a expressão individual dessas circumstancias para fundamentar a desherdação, e facilitar depois aos herdeiros o meio da prova, Stryk. *supr.* §. 21. — Accrescenta porém Furgol. *supra* n. 108. que «assim como a instituição de herdeiro não depende de huma certa formula de palavras, e basta que o testador se tenha servido de algumas expressões, que sejão capazes de fazer conhecer a sua vontade, tambem não he necessario conceber a ex-heredação por huma certa formula. etc.» Confira-se Nett. *de Testam. L.* 4. *T.* 8. §. 5. *e* 6.

§. 369.

He pois preciso que o herdeiro instituido prove a especifica causa de desherdação expressa pelo pai, como he expresso na Novell. ibi: «*nisi forsan probabuntur ingrati*, etc. Ord. L. 4. T. 82. §. 2. ibi: «Se o herdeiro instituido no testamento quizer haver a herança, deve de necessidade provar a causa, e razão, porque o filho foi desherdado ser verdadeira, segundo no testamento for declarada, e que he legitima, e sufficiente para o filho por ella poder ser desherdado.» Toda a especie de provas aqui se admitte, sem obstar a Ord. L. 3. T. 59. como a respeito de Leis semelhantes da França declara Furgol. *supr. n.* 104.

Com tanto «ut non satis sit in genere «eam probasse, sed ut locus et tempus, ubi et «quando ingratitudo commissa insuper designetur.» Stryk. *de success ab intest. Diss.* 12. *C.* 2. §. 27. Se bem que «si plures appositæ fuerint causæ unam sufficientem probare sufficit.» Stryk. *supr.* Gomez 1. *var. C.* 11. *n.* 12.

Manz. *T.* 10. *q.* 1. *n.* 32. Guerreir. *Tr.* 2. *L.* 2. *C.* 1. *n.* 122. Voet. *ad Pandect. L.* 5. *T.* 2. *n.* 29. Mas não póde o herdeiro propor-se a provar, em falta ou defeito de prova das causas expressas no testamento, outras algumas nelle não expressas, porque o não admittem as citadas Leis, e DD. Guerreir. *supr. n.* 124. Manz. *T.* 10. *q.* 14. Stryk. *de Cautell. Testam. C.* 19. §. 19. Harprectr. *ad* §. *fin.* Instit. *de Exheredat. Liber. a n.* 92.

§. 370.

Póde porém o pai em quanto vivo provar *ad perpetuam rei memoriam* as causas de ingratidão commettidas pelo filho, preparando esta prova para o futuro, e para depois da sua morte. (a) Com tanto que porém para essa justificação seja citado o filho ingrato: (b) E não se admitte neste caso suppletorio, porque se requerem pelas Leis provas claras, e liquidas. (c)

(a) Como se vê julgado em Phæb. P. 2. arest. 20, que he a identica Decisão 103. *de* Gabriel Pereira, Guerreir. *Tr.* 2. *L.* 2. *C.* 1. *n.* 95. Stryk. *de Cautell. Testam. C.* 19. §. 21., e he hoje expresso o Assento de 20 de Julho de 1780.

(b) Manz. *de Testam. T.* 10. *q.* 1. *n.* 31.

(c) Berlich. *P.* 1. *conclus.* 54. *n.* 35. — E ainda menos se admitte o suppletorio do herdeiro instituido, Stryk. *vol.* 11. *Disp.* 19. §. 21. Mull. *ad Struv. Exerc.* 17. *thes.* 43.

A Ord. L. 4. T. 63. §. 9. permitte em caso semelhante que o doador mesmo em sua vida justifique, citado o donatario, as causas justas, e legaes para revogar a doação.

Casos em que não surte effeito a ex-heredação.

§. 371.

Não surte effeito 1.° se a Causa não foi expressa no Testamento ou Escriptura: (§. 365.) 2.° Se sendo expressa não fôr sufficiente, Ord. L. 4. T. 82. §. 2. ibi: «e que he legitima, e sufficiente, etc.» 3.° se não fôr plenamente provada pelo pai, ou pelo herdeiro: (§. 369. 370.) 4.° Não surte effeito mais que quanto á legitima, que o filho ingrato havia de herdar do pai offendido; e em consequencia não he o filho privado da legitima herdada do outro pai, nem do praso familiar, nem do Morgado, nem do fidei-commisso; se o fidei-commisso fosse concebido com as palavras = *Si sine liberis decesserit* = porque em materia de condição não se considera mais que a pura existencia do filho, sem se examinar se elle he ou póde ser herdeiro de seu pai.

Tudo isto comprova optimamente Furgol. supr. Cap. 8. Secç. 2. a n. 139. ad 143. Guerreir. Tr. 2. L. 2. C. 1. a n. 98.

§. 372.

Eão surte effeito 5.° a ex-heredação, quando ella he revogada pelo pai expressa ou tacitamente, ainda mesmo quando feita com os necessarios requisitos. Mas aqui devem com Furgol. *supr. n.* 154. distinguir-se tres modos: 1.° he huma revogação expressa, que o pai faz da antecedente ex-heredação: 2.° «quando em outra disposição torna a chamar á sua «herança o filho desherdado: 3.° quando a recon«ciliação do pai, e do filho possão produzir esse ef«feito.»

§. 373.

Quanto ao 1.° modo: A revogação da desher«dação deve sem contradicção torna-la inutil, por «esta razão geral, que a vontade do homem he so-

« jeita a variação. A que tem usado da ex-herda-
« ção póde revoga-la quando quizer, e remittir a
« injuria, e basta que esta revogação seja provada
« por qualquer acto ou escripto capaz de provar o
« facto da revogação, sem precisão de alguma das
« formalidades requeridas para as disposições testa-
« mentarias, ainda quando a ex-heredação tivesse
« sido encerrada em hum testamento revestido de
« todas as formalidades de Direito; porque a ex-he-
« redação, que he huma pena deve ser tractada fa-
« voravelmente, e toda a força da ex-heredação, pro-
« vindo mais da injuria soffrida que da vontade do
« ex-heredante, a qual não he precisa mais que pa-
« ra fazer vêr que elle tem querido perdoar a offen-
« sa, basta por tanto que o escripto revogatorio pos-
« sa justificar o perdão da injuria, para que todo o
« effeito da ex-heredação seja extincto. Esta propo-
« sição póde ser estabelecida no argumento, que se
« tira da L. 5. Cod. famil. erciscund. » Furgol. *supr.*
C. 8. *Secç.* 2. *n.* 155.

§. 374.

Quanto ao 2.° modo: « O tornar a chamar o
« desherdado deve obrar o mesmo effeito. Como se
« aquelle que tem desherdado seu filho declare por
« outro que elle quer que seu filho succeda, assim
« como elle o teria podido fazer antes da desherda-
« ção..... Ou se por hum Codicillo, ou outra dis-
« posição válida, posterior ao acto da desherdação,
« o ex-heredante deixa a legitima ao ex-heredado,
« ou lhe fez alguma outra liberalidade com a inten-
« ção de o tornar a chamar. Neste caso elle seria
« tornado a chamar para a sua legitima, etc. » Fur-
gol. *n.* 156.

§. 375.

Quanto ao 3.° modo: He notavel a variedade dos DD. na questão: Se a tacita remissão deduzida de huma reconciliação entre o pai, e o filho póde fa-

zer cessar a desherdação? (a) Ponhamos de parte a ex-heredação da filha por se deshonestar antes dos 25 annos, ou da filha, e do filho, que antes de completarem a mesma idade casão sem authoridade do pai, nem supplemento judicial; porque esta ex-heredação he incursa *ipso facto* pelas Leis, e o pai não a póde remittir (tendo outros filhos) nem expressa, nem tacitamente, nem antes, nem depois de a declarar, e executar. (b)

(a) Questão que largamente disputão os referidos por Pinheir. *de Testam. Disp.* 5. *Secç.* 3. §. 9. *a n.* 312. Nett. *de Testam. L.* 4. *T.* 5. *a n.* 17. Furgol. *a n.* 157. Voet. *L.* 5. *T.* 2. *n.* 31.

(b) Como com outros Reinicolas provão Pinheir. *supr. n.* 313. Nett. *L.* 6. *T.* 13. *n.* 10. 15. *et* 16. E na França, onde ha semelhantes Leis, assim o prova, e confirma com Arestos dos Parlamentos Furgol. n. 160. 161. e 164.

§. 376.

E pelo que respeita á ex-heredação pelas mais causas, aqui he que varião os DD.: Huns distinguem entre a reconciliação antecedente, e a subsequente ao acto da desherdação. No primeiro caso assentão, como sem dúvida, que huma reconciliação tal obsta á futura ex-heredação: (a) Outros neste caso não requerem hum perdão tão expresso, e se satisfazem com o tacito. (b)

(a) Cald. *for. q.* 18. *n.* 8. Pinheir. *supr. n.* 322.: Mas declara Manz. *de Testam. T.* 10. *q.* 12. *n.* 11. «dummodo (antecedens) reconcilia-«tio expresse fiat, et pater *expresse* declarave-«rit, se commissam culpam condonare.

(b) V. gr. «Si pater in communem con-«victum et mensam filium receperit .... si ta-«lia ipsius posteriora merita deprehendantur, «quae iram patris potuerint mitigare.» Stryk. *de success. ab intest. Diss.* 12. *C.* 2. §. 36.

§. 377.

No segundo caso, e segunda parte da distincção: A opinião mais fundamentada he a negativa, como se póde vêr nos citados DD., e melhor em Furgole: Entre outras, eis-aqui huma genuina razão: «A reconciliação póde bem remittir a injuria, «mas ella não póde revogar o effeito da ex heredação, a menos que não haja huma revogação expressa por escripto. A ex-heredação escripta sendo hum Juizo domestico, e huma especie de Sença, que deve ser revogada da mesma maneira «que tem sido feita, isto he, por hum escripto expresso, segundo a regra: *Nihil tam naturale est, «quam eo genere quidve dissolvere, quo colligatum «est*» etc.

Se bem que Voet. ad Pandect. L. 5. T. 2. n. 31. absolutamente segue o contrario com muitos DD. — não posso deixar de advertir o erro de Nett. *de Testam. L.* 4. *T.* 6. *n.* 19., e de Pinheir. *supr. n.* 316. em quanto dizem, que supposto a reconciliação não possa ser forçosa, conforme esta melhor opinião, para revogar a ex-heredação, com tudo o filho desherdado, e depois reconciliado, póde depois da morte do pai propôr a querella *inofficiosi* provando huma remissão tacita pela reconciliação, etc. Isto he opposto mesmo ás razões da dicta opinião, e se viria a conseguir por tal meio indirecto o que directamente se não poderia conseguir pelo filho. Se bem que o mesmo Netto *L.* 6. *T.* 13. *n.* 9. *in fin.* declara, que huma reconciliação do pai com o filho ao tempo da morte não produz o effeito de revogar a ex-heredação antecedente. E Pinheiro por fim vem a segurar-se, dizendo: «Maxime vero procedit haec sententia «si pater expresse remittit ingratitudinem filii.» — Seria melhor defender com as razões

de Voet. supr. a absoluta opinião, de que a reconciliação subsequente cassa, e revoga a exheredação antecedente.

§. 378.

« Mas (prosegue Furgole a n. 165.) qual deve « ser a reconciliação, a fim de revogar o effeito de « huma ex-heredação precedente, segundo a Juris- « prudencia, que admitte este meio? Le Brun *des* « *Successions L.* 3. *C.* 10. *Secç.* 4. *n.* 5. examina esta « difficuldade, e nota que he preciso penetrar as in- « tenções do pai, e considerar se elle se não tem re- « conciliado mais que para pôr a sua consciencia em « tranquillidade, e sem ter designio de tornar a cha- « mar seu filho para a successão, ou se elle lhe tem « verdadeira, e sinceramente perdoado a injuria, ou « o tem recebido em graça: Elle nota ainda que se « não poderia considerar como huma reconciliação « sufficiente para revogar a desherdação a visita, que « o pai tivesse, e a benção que elle désse a seu filho « no artigo da morte, etc. » Aqui refere Furgole varios Arestos dos Parlamentos de França, e acaba transcrevendo o voto do celebre Chanceller M. d'Agueseau, ibi: « O pai póde perdoar a pena incursa por « seu filho, porque a Lei o não obrigava a faze-la « durar depois da sua morte; e logo que ha huma « reconciliação perfeita tudo ficou extincto, e apaga- « do; mas quando não ha mais que huma simples re- « conciliação no artigo da morte, e que o pai tem « somente dado a sua benção, isto não faz vêr que « aqui haja huma reconciliação perfeita, mas tão « somente que isto se fez para satisfazer aos deve- « res do Christianismo, etc. » E conclue Furgole: « A reconciliação pois não póde obrar seu effeito « senão quando ella he perfeita. »

Só quando muito neste sentido se póde seguir o que diz Netto, e Pinheiro na Nota ao §. 377.

§. 379.

Finalmente: Se a exheredação tem por fundamento injuria ou offensa, que o filho commettesse aos pais, não cessa pelo arrependimento, e melhor vida do filho: (a) Nem quando o filho ingrato venha a ser demente. (b)

(a) Furgol. *n.* 169. Stryk. *de success. ab intest. Diss.* 12. *C.* 2. §. 37.

(b) Stryk. §. 38. Furgol. *n.* 171. *ad omnia Pinheir n.* 318. *et* 324.

O que falta nesta Secção pode vêr-se em Guerreir. *Tr.* 2. *L.* 2. *C.* 1., mas com critica, porque elle trasladou o que achou escripto.

Secção III.

Preterição dos filhos ou netos.

§ 380.

« Praeteriti, seu praeterire dicitur, si testator « non ignorans se filium habere, de illo mentionem « non faciat in testamento; estque praeterire, si- « lentio vel taciturnitate omittere, id est, neque « instituere, neque exheredare. » Nett. *de Testam. L.* 4. *T.* 6. *n.* 1. Este he o caso figurado na Ord. L. 4. T. 82. §. 1. « Dicitur etiam praeteritus filius, qui « etsi pater memor illius fuerit in testamento, non « est, ut oportebat, institutus nec exheredatus .... « vel si sub conditione, quae non est potestativa « institutus sit; vel si sine causa exheredetur; vel « si ei aliquid relinquatur titulo legati; vel fideicom- « missi, non vero honorabili institutionis titulo. » Nett. *supra n.* 2.

Todas as questões sobre a preterição, e nullidade por causa della, ou quando subsista o testamento, em que o filho foi preterido, se vejão no citado Netto, e mais largamente em

Furgole *supra C. 8. Secç. 3.*; porque como isto he menos frequente o omitto; *maxime* quando temos huma Ord. tão clara, qual a do L. 4. T. 82. Veja-se Voet. *ad Pandect. L. 5. T. 2.*

CAPITULO XXII.

Poderes do pai para fazer substituição pupillar, ou exemplar a seu filho, e para lhe deixar nomeado Tutor.

§. 381.

A Ord. L. 4. T. 87. §. 7. authorisa o pai para fazer substituição pupillar, e testar dos seus bens, e juntamente dos do filho pupillo se elle morrer na idade pupillar. O §. 11. da mesma Ord. o authorisa para fazer substituição quasi pupillar, *vulgo* exemplar, comprehendendo nella os seus bens com os do filho mentecapto. A Ord. L. 4. T. 102. authorisa o pai para nomear Tutor testamentario a seus filhos: Estas Ordenações, quanto ás substituições, adoptárão inteiramente o Direito Romano, como advertio Mell. Freir. *L. 3. T. 5. §. 55.* Não menos quanto á tutella, Mell. *L. 2. T. 11. §. 5. e seg.* Guerreir. *de Tutorib. L. 1. C. 3.*

Convenho com Mell. Freir. *L. 3. T. 5. §. 55.* na Nota, e digo sinceramente com o Codigo Frederico no Prefacio do Tom. 2. que «não «se póde com effeito negar que se encontrão «na materia das substituições tantas questões «duvidosas, e cheias de tantas subtilezas, que «ellas fornecem mil occasiões aos Advogados «de empenhar os clientes em Processos, e de «arruinar familias inteiras. Não he sem funda«mento que se tem pertendido que a materia

« das substituições he cheia de subtilezas, e « sujeita a difficuldades insurmontaveis: 1.° ha « muitas especies de substituições, das quaes « cada huma tem suas condições, e sua formu- « la, a saber: a vulgar, a pupillar, a quasi pu- « pillar, e a militar: 2.° Tem-se disputado bas- « tante para saber se estas substituições são « comprehendidas tacitamente huma na outra; « isto he, se quando huma tem sido expressa « as outras devem ser tacitamente subentendi- « das: 3.° Ou tambem questionado se a mãe « póde substituir desta maneira: 4.° Se o tes- « tador póde em o testamento pupillar, e qua- « si pupillar preterir a mãe do pupillo, ou da- « quelle que não póde testar, ou se elle póde « desherda-la sem causa: 5.° Tem-se igualmen- « te agitado a questão: Se o testamento, em o « qual se tem substituido ao pupillo, ou ao que « he incapaz de testar, não faz mais que hum « testamento, huma successão, ou se são dous, « e quaes são os effeitos, que dahi resultão. O « Jcto. Baldo he huma prova bem convincente, « porque se diz que elle se gloriava de ter ga- « nhado por seus conselhos unicamente nesta « materia quinze mil ducados. »

Em quanto Mello deseja que as Substituições totalmente se proscrevão he irracionavel, huma vez que se tolera a facção testamentaria, e ellas são providentes. O que seria para desejar he, que se decidissem por huma Lei as questões duvidosas; que se abolissem as Substituições tacitas; que se estabelecessem outras regras além das poucas, que nos prescreve a Ordenação, fixas, e certas, como se propoz o Codigo Frederico P. 2. L. 7. T. 7. art. 2. e seg., como na França fez Luiz XV. por huma Ordenação de Agosto de 1747, e novamente no Co-

digo Civil, e na Sardenha pelo Codigo L. 5. T. 2.

Eu só tracto das obrigações, e poderes dos pais para com os filhos, e seria alheia deste Tractado a vasta materia das Substituições, ainda que a quizesse reduzir a compendio. Por tanto me satisfaço remettendo os Leitores aos Codigos citados, a Nett. *de Testam. L.* 3. *T.* 14. *e seg.* a Pinheir. *tom.* 2., e a Guerreir. *T.* 2. *L.* 5. *C.* 10. *e seg.*

CAPITULO XXIII.

Livre arbitrio dos pais pará disporem das suas Terças, ou seja por acto entre vivos, ou por ultima vontade: Solemnidades destas disposições: Especialidades das Terças.

Secção I.

Disposição das Terças por actos entre vivos.

§. 382.

A Disposição das terças por actos entre vivos, ou póde ser expressa, ou tacita: Póde ser total, ou parcial: He expressa, e total, quando o pai ou mãe dizem que dão, ou dotão a sua terça assim indistinctamente sem outra expressão: E então esta doação da terça faz relação aos bens que existirem, e ella comprehender ao tempo da morte do doador.

Peg. *tom.* 4. *ad Ord. L.* 1. *T.* 50. *C.* 4. *pag.* 212. Gam. *Dec.* 103. *et* 308. Guerreir. *Tr.* 2. *L.* 5. *C.* 2. *n.* 38. 39. 40. Portug. *de Donat. L.* 1. *præl.* 2. §. 7. *n.* 59. *et* 60.

§. 383.

Se porém o doador diz, que dá ou dota o terço dos bens *que tem*, ainda que diga que o dá ou dota por sua morte, esta doação do terço fica sendo strictamente relativa ao terço dos bens, que o doador tinha ao tempo da doação, e não comprehende os futuros depois adquiridos.

Como largamente se vê tencionado, e julgado em Guerreir. *for. q.* 59.

Confirão-se Voet. *ad Pandect. L.* 39. *T.* 5. *sub n.* 10. Torr. *de Pact. L.* 5. *C.* 5. *n.* 67.

§. 384.

Se o doador diz, que dá ou dota o terço de seus bens moveis, e de raiz presentes, e futuros, não se comprehendem nesta doação dividas, direitos, e acções, porque constituem terceira, e diversa especie de bens, e ficão livres, e salvos da doação. (a) Porém em contrario, e contra essa torrente dos DD. se propoz convencer em parte o erro della, Furgol. tom. 6. = *Questions remarquables sur la materie des Donations* = q. 31., aonde depois de huma judiciosa analyse, e combinação das Leis Romanas fez no n. 83. e seguintes esta recapitulação.

(a) Como por melhor opinião segue Peg. *tom.* 3. *for. C.* 32. *n.* 28. Portug. *de Donat. L.* 1. *præl.* 2. §. 7. *n.* 70. Moraes *de Execut. L.* 2. *C.* 19. *n.* 18. Stryk. *us. mod. L.* 39. *T.* 5. §. 9. *in fin. et de Cautell. contract. L.* 3. *C.* 9. §. 4. Voet. *supr. n.* 10. Fabr. *in Cod. L.* 8. *T.* 36. *Def.* 11. Struv. *Exerc.* 40. *thes.* 9. Mell. Freir. *L.* 3 *T.* 7. §. 10.

§. 385.

N. 83. «Nossa resolução he pois (diz Furgo-«le) 1.º que se as acções não fazem huma terceira «especie de bens distincta dos moveis, e dos immo-«veis, a doação dos bens moveis, e immoveis com-«prehende as acções; isto parece evidente: 2.º que

« se ellas são huma terceira especie de bens, ellas « não entrão na doação dos bens moveis, e immo- « veis, e com mais forte razão se ella he feita de « bens moveis, e immoveis, que estão em hum cer- « to lugar; porque então a disposição he limitada « ás cousas corporaes, e que tem huma situação « certa: O mesmo seria, ainda que as palavras *mo- « veis*, e *immoveis* não fossem juntas, L. 86. *ff. de « Legat.* 2. *L.* 41. §. 6. *L.* 78. §. 1. *ff. de Leg.* 3. »

§. 388

N. 84. « Mas que diremos nós se a doação he « concebida com o termo universal (todos)? Neste « caso he preciso seguir indistinctamente que as ac- « ções ahi são comprehendidas; porque a disposi- « ção geral não seria limitada pela addição das pa- « lavras *moveis, e immoveis* tomadas na mais stricta « interpretação segundo a L. 12. §. 46. *ff. de ins- « truct. vel instr. Leg.*, e a L. 32. §. 6. *ff. de aur. « et arg. Leg.*, em tanto que ella se julgaria feita, « não para diminuir a doação geral, *sed potius ex « abundanti adjectum*, como muito bem o tem deci- « dido Ferrier .... M. de Cambol., e muitos outros « DD. » (Confira-se Castill. L. 5. C. 95. a n. 29.)

§. 387.

N. 85. « O mesmo se deve dizer quando a doa- « ção he feita de todos os bens moveis, e immoveis « (entre nós ao proposito a doação da Terça) *em « qualquer parte, que elles estejão situados*; porque « estas ultimas palavras não são juntas *limitationis « causa*, mas por forma de demonstração, e para « dar á disposição toda a amplitude, de que ella he « capaz. » —— N. 86. « Se porém a doação fosse « de todos os bens situados em hum certo lugar, « ella não seria geral, mas sim particular dos bens « situados em o lugar designado: E por consequen- « cia ella não comprehenderia as acções, porque « *non circunscribuntur loco*, e ellas não tem situação:

« E daqui vem que ellas não podem ser comprehen-
« didas em huma tal disposição. »

Nenhum dos DD., que eu tenho visto, profundou a materia como Furgole; nenhum fez distincções como estas: Mas ainda, apezar dellas, e de serem tão racionaveis, eu julgo que esta materia he conjectural, e que a sua decisão depende de conjecturas, Pinell. *in rubr. Cod. de bon. matern. n.* 29. Fontanell. *de Pact. nuptial. claus.* 4. *gloss.* 21. *P.* 2. *n.* 49. Torr. *de Pact. L.* 3. *C.* 5. *n.* 61. *et* 62. Mull. *ad Struv. Exerc.* 40. *thes.* 9. E na falta de conjecturas intrinsecas ou extrinsecas eu distinguiria: ou o doador tinha muitos direitos, e acções, e a contenda versa entre elle, e o donatario, e sobre se o terço delles se comprehendeo ou não na doação, e então a interpretaria strictamente em favor do doador, para se não subentenderem comprehendidos pela stricta natureza das doações, *ex Peg.* 3. *for. C.* 32. *n.* 46. Altim. *de Nullit. tom.* 5. *q.* 32. *n.* 480. Voet. *ad Pandect. L.* 39. *T.* 5 *sub n.* 10. Guerreir. *for. q.* 59. *n.* 20.: ou o estado da questão he: Se a tal doação como universal *omnium bonorum*, e comprehensiva dos direitos, e acções he como tal nulla, e então distinguiria, como abaixo hei de distinguir no §. 389., a que me remetto.

§. 388.

Se na doação ou dote do terço, em que se dotárão os bens moveis, e de raiz se comprehende o dinheiro, e o terço do que tinha o doador, e dos bens semoventes? Mell. Freir. *L.* 3. *T.* 7. §. 10. diz que « cum loquendi communi consuetudine, et vulgo « res mobiles solum intelligantur, quae ad domus « ornamentum pertinent, inde est, mobilium lega-

« tó (Quid ni in donatione strictam recipiente in-« terpretationem?) non contineri, 1.° fructus, etc.... « 2.° pecuniam in arca quacumque de causa reposi-« tam, quam semper a mobilibus distinguimus.... « 3.° oves, boves, et caetera animalia: 4.° vasa au-« rea, etc. » Porém esta Doutrina de Mello (que quiz fazer opinião por si) não he tão certa que não padeça varias distincções: (a) Entretanto nesta variedade o certo he 1.° que a materia he conjectural: 2.° que se deve attender o commum uso de fallar em geral do lugar, e em particular da pessoa do testador ou doador, para se vir no conhecimento do que, e quanto se comprehendêo na palavra *moveis.* (b)

(a) Que podem ver-se em Nett. *de Testam. L.* 6. *T.* 18. com os DD, que cita; e além delles Card. de Luc. *de Legat. Disc.* 5 Bersan. *de ultim. volunt. C.* 1. *q.* 25.

(b) Card. de Luc. *supr.* — E geralmente veja-se Castill. *L.* 5. *C.* 62. *a n.* 7. *et L.* 6. *C.* 153.

§. 389.

Se a doação, e dote do terço he universal *omnium bonorum præsentium et futurorum* sem reserva racionavel para testar he nulla, como já disse no Cap. XIX. §. 316. Nota: E só subsiste 1.° se o pai ou mãe doando o terço de seus bens o limitar aos presentes sem comprehender os futuros: (§. 380.) 2.° se não usar da palavra *todos*, e só disser que dá o terço de seus bens moveis, e raiz sem especificar direitos, e acções: (DD. citados no §. 381.) Com tanto que o doador tenha com effeito de presente direitos, e acções, e delles huma terça (porque as duas partes são legitimas dos filhos) racionavel para testar.

Portug. *de Donat. L.* 1. *prælud.* 2. §. 7. *n.* 72. — Se bem que na opinião de Fontanell.,

que segue Torr. *de Pact. L.* 3. *C.* 5. *n.* 61. basta a possibilidade do futuro.

§. 390.

Subsiste 3.° a doação universal, quando o doador faz uma competente reserva do terço para testar, com tanto que esta reserva não seja minima, (o que fica ao arbitrio do Julgador) e com tanto que logo na mesma doação entre vivos, e irrevogavelmente não passe a dispôr da mesma reserva. (a) E se faz a diversa pessoa depois, *e ex intervallo* doação da reserva, que havia feito na primeira, he só nulla a segunda, e não influe nullidade na primeira. (b)

(a) Portug. *supr. n.* 63. *ad.* 66, Guerreir. *Tr.* 2. *L.* 5. *C.* 2. *a n.* 10. *ad* 15. Torr. *supr.* a *n.* 101.

(b) Fontanell. *Clausul.* 4. *Gloss.* 23. *p.* 2. *n.* 20. *et Claus.* 5. *Gloss.* 8. *p.* 2. *n.* 45.

§. 391.

Se o pai doar a terça sem reserva certa, mas dizendo que reserva para dispôr o que bem lhe parecer, se poderá ou não dispôr de toda a terça? Commummente se assenta que não, mas só *arbitrio boni viri*, em termos que não fique defraudado o donatario. (a) E não he desarrazoado que possa dispôr até á quarta parte dos bens doados. (b)

(a) Guerreir. *for. q.* 19. *n.* 9. Solan. *Cog.* 58. *n.* 28. Torr. *supr. n.* 102. *et* 104. Fontanell. *Dec.* 392. Gam. *Dec.* 185.

(b) *Signanter* Fontanell. *supra a n.* 14.

§. 392.

Subsiste 4.° a doação universal do terço, quando o doador reservou o uso-fructo: Com tanto porém que do uso-fructo reservado, deduzidos os necessarios alimentos, lhes restassem accrescimos, com que podesse estabelecer algum patrimonio, ou quantia consideravel, de que podesse testar.

Torr. *supra a n.* 105. Portug. *L.* 1. *præl.* 2. §. 7. *a n.* 69. Reinos. *obs.* 41. *n.* 33. *et* 34. Repertor. das Ord. debaixo da conclusão = Doação de todos os bens = Moraes *de Execut. L.* 2. *C.* 19. *sub. n.* 15.

Se na doação se diz, que não dispondo o doador da reserva, ficará ao doado, he válida esta clausula, Altim. *tom.* 5. *q.* 15. *n.* 864. E faltando ella passa a reserva, e tudo o adquirido aos herdeiros *ab intestato*, Portug. *supra n.* 74. Altim. *supra n.* 853. E dispondo o doador da reserva, póde juntamente dispôr do adquirido depois com o uso-fructo reservado, e que poupou além dos seus alimentos, por mais que na doação comprehendesse o terço dos bens futuros, Portug. *supr. n.* 68. Peg. 3. *far. C* 32. *a n.* 31. *ubi judicatum*. E ainda que fizesse reserva em quantia de dinheiro, póde dispôr dos bens moveis ou raiz equivalentes a ella, Fontanell. Dec. 298. et 299. Cancer. 1. *var. C.* 8. *n.* 100. Corradin. *de Jur. Prælat. q.* 61. *a n.* 4. *et* 7. E póde alienar o equivalente á reserva, huma vez que o faça com boa fé, e não em fraude, Corradin. *supr. a n.* 10.

§. 393.

Subsiste finalmente 5.° sem reserva alguma a doação *omnium bonorum jurium et actionum præsentium et futurorum*, se ella tem todos os caracteres de ser *causa mortis*, visto que he *ad libitum* revogavel, e tem especie de ultima vontade. (a) A menos que não contenha o pacto *de non revocando* em palavras dispositivas, ou outras clausulas que a transformem *inter vivos*. (b)

(a) Torr. *de Pact. L.* 3. *C.* 5. *n.* 132.

(b) Torr. *supr. n.* 133. *et.* 134.

§. 394.

Temos visto a respeito da doação expressa do

terço. Eu chamo doação tacita ou parcial do terço toda a que juntamente ou por vezes faz qualquer pai, que tem filhos a hum só, ou a muitos; de fórma que depois de absorver, e consummir com huma ou mais doações o seu terço, não póde dispôr de outro terço, nem jámais offender as legitimas dos filhos. Assim se deduz claramente da Ord. L. 4. T. 65. §. 1. e 3. junta a Ord. L. 4. T. 97. §. 3. e seg.

§. 395.

Phæb. *Dec.* 35. Guerreir. *Tr.* 2. *L.* 5. *C.* 3. *n.* 8. *et* 9. Valasc. *Cons.* 169. *n.* 31. Themud. *Dec.* 298. *(quidquid dicat* Maced. *Dec.* 9.*)* Reinos. *obs.* 36. *a n.* 5. *Tot. T. Cod. L.* 3. *T.* 29. *et* 30.

De fórma que se o pai ou mãe faz diversas doações, que cumuladas excedem o terço, e offendem as legitimas dos filhos, subsistem as primeiras dentro dos limites do terço; e só as ultimas que excedem, e que vão offender as legitimas dos filhos, são as que se annullão como inofficiosas.

Brunnem. *in L.* 1. *Cod. de inofficios. donat.* Fontanell. *de Pact. Claus.* 5. *Gloss.* 8. *p.* 2. *n.* 41. Fabr. *in Cod. L.* 3. *T.* 20. *Def.* 1. *et ult.* Guerreir. *Tr.* 2. *L.* 2. *C.* 10. *n.* 22.

Em Guerreir. *for. q.* 48. se vê a fórma pratica, quando são muitos os dotados, cujos dotes cumulados excedem as suas legitimas, e a terça do pai, e todos se abstem levantando se com os dotes pelo favor da Ord. L. 4. T. 97. §. 3. e seg. O primeiro dote se principia a inteirar no que excede a legitima pela terça; se ha desta algum accrescimo, applica-se ao segundo dotado; e se nada resta para se inteirar o dote do outro, fica só com a simples legitima, e este ultimo he o que se revoga como inofficioso. Veja-se o mais no mesmo Guerreir. *Tr.* 2. *L.* 2.

C. 10. e em Valasc. *Cons.* 189. Peg. *tom.* 4. *ad Ord. L.* 1. *T.* 50. *p.* 188. *sub n.* 4.

§. 396.

A doação do terço ou parte delle, ou de bens que o filho haja de levar precipuos além da legitima sem os conferir, ainda que assim feita a filho, deve ser insinuada no excesso de 360, ou 180$ reis. Não he porém precisa insinuação nas doações, cada huma das quaes não excede aquella taxa legal, sendo feitas com intervallo de tempos, ainda que ao mesmo filho, com tanto que não hajão circumstancias, que façáo conjecturar fraude contra as Leis, que requerem as Insinuações.

Cardos. *verbo* = *Donatio* = *n.* 10. Barbos. et Tabor. *L.* 9. *C.* 91. *axiom.* 10. Furgol. *tom.* 5. *pag.* 218. Struv. et Mull. *Exerc.* 4. *thes* 10. Voet. *L.* 30. *T.* 5. n. 16. — *Aliter* se ao mesmo tempo fizer doação a muitos filhos, ainda que não exceda a taxa da Lei, se a excederem as doações feitas pelo doador ao mesmo tempo a diversas pessoas. (§. 318. Not.)

§. 397.

Tambem não he precisa Insinuação na doação do terço, se ella for *causa mortis*: (a) A menos que algumas conjecturas a não transformem em doação *inter vivos*, como o pacto *de non revocando* em palavras dispositivas; o ter só duas testemunhas; ser estipulada para os herdeiros, e successores do donatario, etc (b)

(a) Constantin. *ad Stat. arb. annot.* 43. *n.* 80. Card. de Luc *de Donat. Disc.* 24. *n.* 10. Portug. *de Donat. L.* 1. *prælud.* 2. §. 3. *n.* 108. *et.* 109.

(b) Constantin. *supra n.* 82.

§. 398.

Nem finalmente se o pai em seu testamento

confirmar a precedente doação do terço; com tanto porém que a cautelle que, se não vale a doação como tal, deixa de novo pelo testamento o mesmo terço: Cautella necessaria para evitar a disputa sobre a confirmação do acto nullo, e o muito que a este respeito baralhão os DD.

Secção II

Disposição dos terços por Testamento.

§. 399.

Não se duvidou jámais neste Reino desde o tempo da Ordenação, e por huma interpretação usual da Ord. L. 4. T. 80. que os testamentos em favor dos filhos não precisão das regulares solemnidades dos mais testamentos, como com Gama e Cabedo (coetaneos da Ordenação) segue Mello L. 3. T. 5. §. 16

E com outros mais Reinicolas Peg. *tom.* 4. *ad Ord. pag.* 254. Thom. Valasc. *alleg* 61. *in fin.* Guerreir. *Tr.* 2. *L.* 5. *C.* 7. *a n.* 2., aonde expõe todas as ampliações, e limitações da regra. — Se bem que sendo as solemnidades dos testamentos introduzidas para evitar as falsidades que nelles intervem muitas vezes, nenhuns testamentos estão tão sujeitos a ellas como huns taes testamentos *inter liberos*, como demonstro nas Notas ao Livro 3. de Mello Freire.

§. 400.

Mas para se seguir esta interpretação usual da Ordenação, quanto a semelhantes testamentos, he necessario que o terço se deixe sómente aos filhos; porque se nelle se deixar em todo, ou em parte a algum extranho he nullo o legado, não sendo o testamento solemnisado com os requisitos da Ord. L. 4. T. 80.

Guerreir. *Tr.* 2. *L.* 5. *C.* 2. *a n.* 18. *et C.* 8. *a n* 27. Altim. ad Rovit. *L.* 2. *T.* 41. *n.* 8. Veja-se *ex professo* Harprectr. Disp. 50. = *De admixtione personae extraneae in dispositione parentum inter liberos* =, aonde em 261 numeros tractou toda a materia, e quantas duvidas em qualquer caso possão occorrer.

A condição *si sine liberis* se subentende em toda a disposição do pai a favor do filho, ainda que substitua por sua morte outro filho ou pessoa extranha: De fórma que sempre se subentendem chamados os filhos do filho melhorado no terço com exclusão dos substituidos, Portug. *de Donat L.* 1. *prælud.* 2 §. 3. *a n.* 149

Secção III.

Especialidades das Terças neste Reino.

§. 401.

Primeira: A doação feita a pessoa extranha revoga-se inteiramente pela supervivencia dos filhos ao doador, a menos que se não renuncie a *L. Si unquam Cod de revocand. donat.* Porém a doação feita a hum filho subsiste no terço, e só se revoga em quanto offensiva das legitimas dos filhos, que depois nascem.

Portug. *de Donat L.* 1. *prælud* 2. *a n.* 39. *ad* 106. Brunneman. *in L.* 5. *Cod. de Inofficis. donat.*

§. 402.

Segunda: Póde o pai ou mãe eleger em terço alguma das peças, ou propriedades da sua meação, com tanto que não eleja, e tome as melhores de seu casal, e fiquem para os filhos outras de igual valor, qualidade, estimação: Como demonstrei em huma Dissertação em Supplemento ás Acções Summarias.

§. 403.

Terceira: A terça de que o pai dispõe a favor de algum filho ou filhos, não se deduz dos bens dotados ou doados, que os filhos trazem á collação, e que estavão fóra do patrimonio do pai ao tempo da sua morte; e só se deduz dos bens, que ao tempo da morte existião na posse, e dominio do pai: Como tambem demonstrei em outra Dissertação no mesmo Supplemento.

§. 404.

Quarta: A terça está obrigada á satisfação dos dotes antecedentes á disposição della; de fórma que se o dotado, ou dotados se abstem levantando-se com os dotes, o que excede as legitimas se preenche primeiro pela terça do dotador, e só lhe resta de terça para o melhorado nella o que resta inteirados os dotes dos que com elles se levantão. Nota ao §. 395.

§. 405

Quinta: Não póde o pai, nem ainda a titulo de legados pios, exceder os limites da terça com offensa das legitimas dos filhos.

Guerreir. *Tr.* 2. *L.* 5. *C.* 2. *a n.* 2. *et for. q.* 54. *n.* 37. Portug. *de Donat. L.* 1. *prælud.* 2. §. 7. *n.* 39.

Quando o pai dispõe de tantos legados, que excedem os limites da sua terça, deve então praticar-se o rateio na fórma, que expõe Pon. *C.* 5. *a n.* 13. Guerreir. *Tr.* 1. *L.* 4. *C.* 6. *a n.* 316. Card. de Luc. *de Legat. in Summ.* §. 3. *a n.* 43. Bagn. *C.* 6. *a n.* 61.

§. 406.

Sexta: Pela terça se hade satisfazer tudo quanto pertence ao Funeral depois da sepultura. E tudo quanto se despende até á sepultura deve sahir do monte commum.

Valasc. *de Partit. C.* 19. *a n.* 37. *et* 48.

Guerreir. *for. q.* 54. *n.* 57. Peg. *tom.* 13. *ad Ord. L.* 3. *T.* 11. §. 2. *n.* 23. Veja a Parte II. no Cap. fin.

§. 407.

Septima: A terça ou se diga *quota bonorum*, ou se repute *quota haereditatis*, está obrigada á terça parte das dividas do defunto, porque esta terça não he propriamente legado, e só se computa *deducto aere alieno*.

Moraes *de Execut. L.* 6. *C.* 7. *n.* 67. *et* 68.

FIM DA PRIMEIRA PARTE.

PARTE SEGUNDA.

OBRIGAÇÕES DOS FILHOS PARA COM OS PAIS.

CAPITULO I.

Obrigações dos filhos de alimentarem os pais, e mais ascendentes.

§. 408.

« Tendo os filhos, e outros descendentes recebi-« do de todos elles os inextimaveis beneficios do « ser, e da vida, pede a gratidão que os mesmos « filhos, e os outros descendentes lhes retribuão « com o soccorro dos alimentos no caso, em que os « ditos pais, e mais ascendentes se vejão reduzidos « a tão extrema miseria, que não tenhão de que vi-« vão. A qual gratidão posto que considerada por « si só, e nos puros termos do Direito Natural, não « produza obrigação perfeita, e de rigorosa justiça, « com tudo pela força, e vigor, que uniformemente « lhe derão as Leis Civis, produz acção legitima, e « efficaz em Direito para obrigar os filhos, e outros « descendentes a alimentarem os pais, e os seus « ascendentes. » Assento de 9 de Abril de 1772 confirmado pelo Alvará de 29 de Agosto de 1776.

§. 409.

Este Assento, em quanto inculca a obrigação natural dos descendentes, tem por fonte a doutrina dos Filosofos, e Cultores do Direito Natural: (a) Em quanto inculca as Leis Civis, que fizerão perfeito este officio, que segundo o Direito Natural era imper-

feito, e não produzia acção, teve por fonte o Direito Romano: (b) Concorda o Direito Canonico: (c) E sobre todos o Direito Divino no Cap. 28 dos Proverbios.

(a) Mull. ad Struv. *Exerc.* 30 *thes.* 78. Coler. *de Aliment. L.* 1. *C.* 5 *a n.* 9. Heinec. *Elem. Jur. Nat. L.* 2. §. 74. Formey. *Extrait de Wolf. L.* 7. *C.* 4 §. 56.

(b) L. fin. §. *Ipsum autem. Cod. de bon. quae liber. L Filia. Cod. de Patr. potest. L.* 1. et 2. *Cod. de alend. liber.* etc.

(c) Can. *Caeterum. Dist.* 86. — Confirão-se Surd. de Aliment. *T.* 1. *q.* 17. Harprectr. *Disp.* 1. Samuel *Stryk. vol.* 2. *Disp.* 3. = *De Jure reverentiali* = *Membr.* 1. *a n.* 28.

§. 410.

« Este direito, e acção (continúa o mesmo Assento) dos pais, e de toda a serie dos assendentes para serem alimentados pelos filhos, e pela ordem dos descendentes, deve receber todas as ampliações, e limitações declaradas na precedente excepção, que a ella forem applicaveis. » Isto he em todos os casos, em que os pais são obrigados alimentar os filhos, nos mesmos casos são estes obrigados alimentar aquelles; e em todos os casos, em que cessa a obrigação dos pais para com os filhos, cessa a destes para com aquelles.

Veja-se a Parte Primeira C. 1., aonde expuz em huns, e outros casos a intelligencia do mesmo Assento na parte, a que aqui se refere.

§. 411.

Com especialidade tem os filhos obrigação de alimentar os pais, ainda que 1.° os pais tivessem dissipado os proprios bens, e ainda os dos filhos; de fórma que se pela dissipação dos bens delles he privado da sua administração, e uso-fructo, sempre se lhe salvão alimentos: (§ 211.) Ainda que 2.° o pai

seja banido, ou excommungado: Ainda que 3.° o pai seja só natural, e o filho tambem natural ou expurio, *ex vi* da obrigação correlativa: Ainda que 4.° seja filha: Ainda que 5.° os filhos sejão já emancipados: Ainda que 6.° o pai demande os herdeiros do filho.

Coler. *Aliment. L.* 1. *C.* 5. *a n.* 13. *ad* 49. Surd. *de Alim. T.* 1. *q.* 17. 18. 19. *et* 20. Mull. ad. Strùv. *Exerc.* 30. *thes.* 78. Stryk *supr. a n.* 31.

§. 412.

A mesma obrigação tem os filhos de alimentar suas mães, ainda que 1.° ellas passem a segundas nupcias, sendo aliás pobres: Ainda que 2.° o filho seja natural, e não legitimo: Ainda que 3.° seja espurio: E semelhantemente os avós maternos. Ainda que 4.° a mãe demande os herdeiros do filho rico defunto.

Surd. *supr. q.* 22. Coler. *L.* 1. *C.* 7. Bagn. *C.* 18. *n.* 56. *et* 57.

§. 413.

Cessa porém no filho esta obrigação para com os pais: 1.° Se o pai tiver bens, alguma occupação, força, e saude, com que possa alimentar-se: (a) 2.° Se o pai foi indolente em cumprir a sua obrigação; em mandar instruir seu filho em alguma arte honesta: (P. 1. C. 3.) 3.° Quando o pai commetteo algum delicto, porque mereça a desherdação, e pelo qual o filho o poderia desherdar: 4.° Se o filho se não poder alimentar a si mesmo: 5.° Quando o pai he inimigo da Patria.

Coler. *de Aliment. L.* 1. *C.* 15. *a n.* 50. — Se o pai tiver muitos filhos, e todos capazes de o alimentar, não deve pedir alimentos só a hum, mas a todos; porque todos são *pro rata* obrigados, Coler. *n.* 56.

Supposto o filho deva alimentar a mãe pe-

bre, não he por via de regra obrigado a dota-la, Mello Freir. *L.* 2. *T.* 9. §. 9. Bagn. *C.* 14. *a n.* 56. Porém esta regra se limita, quanto ao dote nos muitos casos, que refere o mesmo Bagn. *a n.* 53. *ad* 70. Luc. de *Dot. Disc.* 142. *n.* 64. Bersan. *de Viduis C.* 3. *q.* 14.

O que resta veja-se na P. 1. C. 1. — A graduação, com que se devem prestar pelos consanguineos os alimentos, veja-se em Coler. *L.* 1. *C.* 8., e em Guerreir. *Tr.* 3. *L.* 5. *C.* 15. *a n.* 32. *et C.* 16. *a n.* 32. — Como deva regular-se o arbitrio judicial destes alimentos, effeitos da Sentença que os julgou, transacção sobre elles e seus effeitos, veja-se a P. 1. C. 2.

CAPITULO II.

Obrigações civis dos filhos 1.° *de servirem, e obsequiarem seus pais:* 2.° *de os curarem, e tratarem da sua cura nas demencias, e enfermidades graves:* 3.° *de os libertarem das prisões, e captiveiros.*

Secção I.

Quanto á obrigação dos serviços, e obsequios.

§. 414.

He notavel a variedade dos DD. na questão: Se os filhos devem aos pais só as obras, e serviços officiaes, ou se juntamente as artificiaes. Eu, expondo-os, já abri o meu sentimento com o espirito da nossa Legislação nos §§. 21., 22., 23., e 119., e seg., aonde com distincção de casos expuz os em que o pai deve salario ao filho, que lhe presta os serviços artificiaes. Se aqui resta expôr quaes são as

obras officiaes, que o filho deve prestar ao pai, e quaes as artificiaes, que não he obrigado prestar-lhe, ainda que com elle conviva.

§. 415.

Quaes sejão humas, e outras obras o expõe optimamente Harprectr. Disp. 1 = *De Operis Liberorum quas suis parentibus debent, ac praestant* =. Elle no n. 10. define geralmente: «Operae liberorum sunt ministerium aliquod personale, quod liberi suis parentibus praestant.» Na these 8. divide as obras em obsequiaes, e industriaes, obedienciaes, honorificas, reverenciaes, artificiaes, fabris, e officiaes; referindo os DD., que confundem commummente humas com outras. Na thes 4. a n. 23. diz que as obsequiaes, no commum sentimento dos Interpretes, consistem «in curialitate, veluti a «surgendo; in alendo; comittendo; peregre profi«ciendo; ad mensam serviendo; lectum sternendo, «aquam hauriendo, aliisque similibus.»

§. 416.

Desde o n. 28. passa a dizer: «*Industriales* ita«que operas non saltem illas, quae manuum ope«ram requirunt, sed quae *ingenio, et prudentia* ex«pediuntur; ex quibus illas non male serviles; has «vero liberales quis appellaverit. Ad illam classem «(servilem) pertinent quas DD. barbaris vocabulis «notant, Operae Zapatoriae, et Ligonizatoriae, si«ve fossoriae, ex. gr. agrum proscindere, vites se«rere, lapides ferre, calcem coquere, arenam fo«dere, et sic deinceps: Nec minus in censum *In«dustrialium* pertinent operae circa aliquod artifi«cium, vel opificium, v. gr. textoriam, lanificam, «pannificam, pistoriam, et sic deinceps occupatae. «Item si filius pecuniam faenebrem sub manibus «habeat, vel sit Institor patris.... Illas vero bubul«cum, subulcum, vel Opilionem, messorem, vel si-

« milem operarum agere, rectissime ad *serviles* re-« legat Zazius citat. loc. n. 18. »

§. 417.

Ainda continúa Harprectr. *a n.* 34. distinguindo: « Has operas in *magnas*, quas DD. ponderosas « appellant, seu considerabiles, et *parvas:* Quae au-« tem magnae vel parvae sint? prudentiae et reli-« gioni Judicantium submittendum censemus: Sed « ut tamen Judicis religionem aliquatenus informe-« mus, hoc unicum modo ex DD. addimus, quod « vix possint inter magnas illae operae referri, si fi-« lius nihil aliud fecerit quam ire equestris, vel pe-« destris ad videndum laborare famulos patris, vel « matris in praediis et defensis, vel domibus; quae « etiam levia, et laudanda magis, quam praemio « afficienda.... Magnas vero operas contra illas di-« cunt DD.: Si filius vel filia suo labore auxerit bo-« na paterna, vel plane famuli, aut ancillae vices « egerit, si videlicet propriis ipsi manibus laborent, « vites conserant, terras rastro et ligone exerceant, « unde maximum paterni fundi incrementum pro-« veniat; non illas operas, si phalerato vectus equo « rus urbi propinquum eat, operarios excitet; fru-« ctus manu furtiva contrectari non sinat, operis « mercedem solvat etc. »

§. 418.

Que os filhos devem aos pais as obras, e serviços reverenciaes, obsequiaes, e officiaes, ninguem jámais o duvidou: (a) Que lhe não deve prestar as artificiaes, e fabris, tambem se não duvida. Quanto porém ás industriaes, e servis, que sejão grandes, e consideraveis, (§. 416. e 417.) he a maior dúvida. O mesmo Harprectr. thes. 22. e seg. expõe varias opiniões com os seus sentimentos: Porém eu já nos §§. 21., 22., 23., 119. e seg., com o systema

da nossa Legislação, mostrei que o filho não he obrigado prestar ao pai as obras industriaes, e servis.

(a) Harprectr. *supra n.* 45. e seg.

§. 419.

Agora accrescento, e distingo 1.° O filho he livre para se ajustar com qualquer Artifice, que o ensine ao officio; e ainda que o pai o queira reduzir ao seu serviço o não póde fazer: (§. 52. e 53.) O filho he livre «neque praecise et obsolute a patre, «ut ei serviat compelli potest»: (a) Elle póde por tanto assoldadar-se com qualquer pessoa deixando de servir o pai, e esse lucro he seu adventicio, de que o pai só tem o uso-fructo. (§. 136.) Sim tem o pai acção para reduzir o filho a seu patrio poder, (§. 55.) e para lhe prestar serviços, mas não para lhe prestar os industriaes, e servis, e menos sem salario, protestando por elle, etc., como nos casos, que expuz na P. 1. C. 8. Só sim eu daria preferencia ao pai para se servir do filho nas obras industriaes, e servis, promettendo-lhe tanto como outro amo lhe daria pelo mesmo serviço, preferencia fundada nos similes da Ord. L. 4. T. 88. §. 13., a menos que se não verifiquem algumas das razões que expuz, (§. 72.) que escusão ao filho de habitar com o pai. (§. 25. e seg.)

(a) Harprectr. *supr. n.* 75. 76. 229. 355. *et* 392.

§. 420.

Distingo 2.° Se o pai he rustico, e Lavrador, Negociante, etc. reduz a seu serviço juntamente todos os seus filhos na cultura, augmento, e negociação dos bens, em que todos hãode ser herdeiros, livrando-os da ociosidade, instruindo-os na economia, etc., neste caso he que se verificão as razões do citado Harprectro thes. 26. Mas estarem huns já casados fóra de casa lucrando para si, e deverem trabalhar para o pai nos serviços industriaes, e ser-

vis os filho-familias, augmentando o Casal em beneficio dos outros, e isto sem premio, e sem salario, e só por hum effeito do patrio poder, a isto he que repugna toda a recta razão; e querendo o pai usar da dita acção, ou se ha-de obrigar pagar ao filho a soldada, que servindo a outro podia lucrar, protestando-o assim o filho, ou o filho não ha-de ser obrigado ir servi-lo gratuitamente.

§. 421.

Distingo 3.° Se hum pai ou mãe estão velhos impossibilitados para cultivar seus bens, recolher seus fructos, etc.; se abandonando-os os filhos se houvessem de vêr precisados de vender para pagar a quem os servisse, e se houvessem de reduzir cada vez mais á miseria, e á necessidade, e os filhos tivessem aptidão, e faculdades para soccorrerem os pais naquella necessidade, então eu os obrigaria servirem o pai, fazendo-lhe os taes serviços gratuitos, como parte de alimentos, ainda que já sejão emmancipados os filhos.

Harprectr. ***Disp.*** 1. §. 8. *thes* 11. *et thes.* 22. *n.* 197. *et* 198.

Secção II.

Quanto á obrigação de tractar os pais nas doenças, e enfermidades graves.

§. 422.

«Se algum pai ou mãe (diz a Ord. L. 4. T. 88. «§. 14.) perdesse o siso natural, e o filho ou fi«lha .... fosse negligente em o curar em sua enfer«midade .... não haverão sua herança os herdeiros, «que foram remissos, e negligentes em os servir, e «procurar a sua saude.» (a) Nota-se nesta Ord. que só expõe o filho á pena da ex-heredação ou da indignidade, se não procurar a saude do pai ou mãe,

que perdeo o juizo; mas não confere acção a alguma outra pessoa, nem manda que o Magistrado *ex officio* acuda, e obrigue os filhos, como *aliàs* no caso da Ord. L. 4. T. 84. §. 5. E huma vez que o filho seja ingrato, e se exponha á pena comminada na Lei, e á privação da herança dos pais, cessa nelle toda a coacção civil.

(a) Alguns DD. referidos, e não seguidos, por Stryk. *de Cautell. Testam. C.* 19. §. 36. amplião esta pena ao filho, que desampara os pais em qualquer outra grave enfermidade.

§. 423.

Tambem o Direito constitue indigno da herança o filho, que desamparou o pai na doença; que lhe faltou com Medico perito, com os alimentos, etc.; em huma palavra, se por culpa delle morreo o pai. (a) E com tudo não se confere ao pai doente acção alguma especial contra o filho, para que alimente, e tracte o pai na enfermidade grave.

(a) Stryk. *de success. ab intest. Diss.* 12. *C.* 1. §. 5. *e* 6.

§. 424.

Eu pois faço esta distincção: Ou he objecto da commiseração, e piedade do filho hum pai rico, e opulento, que tem abundantes faculdades para se tractar na doença grave com alimentos, e criados que o sirvão sem necessidade de soccorros, e assistencia do filho: Ou he hum pai decrepito, gravemente enfermo, pobre, e desamparado: *Si prius:* Não ha, que eu saiba, Lei civil, que obrigue o filho prestar-lhe, nem ainda serviços obsequiaes, e officiaes: Só a Lei Natural o obriga a estes, e se falta a elles he deshumano; falta aos deveres naturaes de filho; mas não he injusto, nem ha acção, que o obrigue; e só se expõe a ser indigno da successão se desamparar o pai demente, sem cuidar

nos meios de cura para elle recuperar o bom juizo. (§. 422.)

§. 425.

Si secundum: Então como o filho, tendo possibilidades, he civilmente obrigado (P. 2. C. 1.) fornecer, quanto possivel lhe fôr, alimentos a seu pai, e como na comprehensão dos alimentos entrão os medicamentos, (a) e tudo o necessario para o tractamento na doença, (b) fica o filho em consequencia obrigado a prestar a seu pai miseravel, e necessitado os soccorros, e todos os officios, e serviços pessoaes, ou esteja ainda *sub sacris paternis*, ou emancipado. (c)

(a) Coler. *de aliment. L.* 2. *C.* 1. *n.* 4.

(b) Pela generalidade da L. 44. *ff. de verb. sign.* junta a L. 54. *eod. tit.*

(c) Harprectr. *Disp.* 1. *thes.* 8. *et a n.* 89.

Secção III.

Quanto á obrigação de libertar o pai da prizão ou captiveiro.

§. 426.

A Ord. L. 4. T. 88. no §. 12. só determina ser causa de desherdação, « se o pai ou mãe forão prezos por divida, e o filho varão os não quizer fiar « para os tirar da cadeia, etc. » Mas não obriga precisamente ao filho que afiance ao pai; e se elle requerido não quer, só fica exposto á pena da desherdação. Nem tão pouco obriga ao filho, que dispenda do seu, porque só o estimula para ser fiador, suppondo-lhe depois o regresso aos bens do pai. O §. 16. da mesma Ord. tem a mesma intelligencia: Fica indigno ou ex-heredavel o filho, que não rime ao pai do captiveiro; mas a Lei o não obriga precisamente, e só o estimula com a comminação da pe-

na. A Novella 115. C. 3. §. 13. não quer que o captivo seja resgatado á custa do herdeiro futuro, mas á custa dos bens delle mesmo, obrigando-o depois a ratificar as vendas, e obrigações: E sendo esta Novella fonte da dita Ord., della recebe este supplemento, e intelligencia.

Como o diligenciar a relaxação da prizão, ou ainda do captiveiro, he huma obra official, que sem dúvida os filhos devem aos pais, ainda que já estejão emancipados, eu concederia aos pais prezos, e captivos 1.° a acção de pedir alimentos aos filhos, sendo aquelles pobres, e estes opulentos: 2.° ainda sendo opulentos os pais, eu lhe concederia o nobre officio do Magistrado para obrigar os filhos, que com a sua agencia pessoal lhe solicitem a soltura, Harprectr. *Disp.* 1. *thes.* 43.: Mas não obrigaria aos filhos a fazer pelos pais despezas de livramentos, nem pagamentos de condemnações, porque a tanto não são obrigados, como tambem o não são os pais pelos filhos. Veja-se o Cap. XI. da P. I.

CAPITULO III.

Preceitos negativos, e juridicos derivados do respeito, que os filhos devem ter a seus pais.

Secção I.

Primeiro Preceito Negativo.

Não demandar os pais em Juizo sem venia.

§. 427.

« Não poderá o pai natural, e legitimo, ou na-« tural somente, nem outro ascendente macho ou fe-« mea, ser citado por seu filho, ou outro qualquer « descendente, posto que seja emancipado, por ne-« nhuma Causa civel nem crime, sem primeiro im-« petrarem licença do Juiz, que da Causa houver « de conhecer: E o que o contrario fizer incorre-« rá em pena de cincoenta cruzados para aquelle, « que assim fôr citado sem a dita licença do Juiz, « ser primeiro impetrada, se a dita pena quizer de-« mandar .... Nem poderá ser citado o pai adopti-« vo pelo filho adoptado; nem o sogro, ou sogra « pelo genro ou nora, em quanto entre elles durar « a affinidade; nem o padrasto, ou madrasta pelo en-« teado ou enteada, em quanto durar entre elles a « affinidade; e a citação feita sem a dita licença ser « impetrada será nenhuma; e assim o processo, que « se por ella fizer, sem incorrer na dita pena de cin-« çoenta cruzados, nem em outra alguma. » Ord. L. 3. T. 9. §. 1. e 2.

§. 428.

Nota-se nesta Ordenação que teve por fonte o Direito Romano em todos os casos, que comprehen-

de. (a) Explica-se a Ord. pelas palavras *natural somente;* e he visto excluir o pai incestuoso, adulterino, etc., não constituindo o filho espurio, e que não he natural somente na obrigação de impetrar venia para demandar o pai. (b)

(a) Como se póde vêr largamente em Stryk. *vol.* 2. *Disp.* 3. = *De Jure reverentiali, ejusque effectibus* = *Membr.* 3. *a n.* 20. Concordão Peg. nos Commentarios á dita Ord., e Altim. *de Nullit. tom.* 2. *rubr.* 11. *q.* 7. *tot*, aonde no n. 24. accrescenta que esta venia he necessaria, ainda quando o filho obriga ao pai *ex Judicis Officio* por alimentos. Assim está em uso em algumas Nações, Harprectr. *Disp.* 1. *n.* 183. Mas em outras não, Stryk. *supr. n.* 58. E entre nós diz Mell. *L.* 4. *T.* 9. §. 18. *« ex prava Romani intelligentia et applicatione. »*

(b) Com effeito assim o assentão os DD., com os quaes Stryk. *supr. sub n.* 23, e assim o nota Peg. *ad eand Ord. a n.* 12. obrigando o incestuoso, sacrilego, adulterino, etc. só a impetrar venia, quando demanda a propria mãe, Altim. *supr. n.* 9. Peg. *n.* 17.

§. 429.

Suppunhamos porém que hum incestuoso, hum sacrilego, hum adulterino, demanda ao pai por alimentos, deverá elle implorar venia? Eu assento que sim, porque a nossa Lei se regulou pelo Direito Romano nesta parte, o qual tanto não cogitava, que ao espurio se devessem alimentos, que antes lhos negava, (a) e não se suppunha que jámais houvesse tal demanda entre pai, e filho. Hoje porém que o espurio tem acção de alimentos, e o nobre officio do Juiz sem differença do natural, eu julgo necessaria a venia, e menos advertido o Legislador em quanto obrigou a impetralla o natural *somente*. Confirma-se, porque tanto está fóra do patrio poder o

emancipado, o enteado, etc. como o espurio; e se a Lei obriga aquelles, tambem obrigaria a este se advertisse o caso de demandar o pai por alimentos.

(a) Peg. *de Spuriis C.* 1. *a n.* 1.

§. 430.

Equipara esta Ordenação, quanto a este direito reverencial o sogro, e sogra, e padrasto, e madrasta, em quanto durar a affinidade: Aqui seguio o Legislador inteiramente o Romanismo na L. 16. *ff. de Solut. matrim*, aonde o sogro he reputado como pai, a sogra como mãe no §. *Sacrum Instit. de Nupt.* (a) E no §. 7. *Instit. eod.* tambem se equiparão a pais o padrasto, e madrasta, e se deduz da L. 2. e 3. eod., e da L. 13. *ff. de in jus vocand.* A mesma expressão se vê na Ord. L. 3. T. 59. § 11. quanto aos contractos entre sogro, e sogra, genro, e nora, durando a affinidade, e o matrimonio como collocados na classe dos pais, e filhos para esse outro privilegio. Assim o quiz o Legislador, e assim o devemos seguir.

(a) Phæb. *Decis.* 91. *n.* 2. *et* 3.

§. 431.

Temos visto conforme a Lei, e sua intelligencia, que pessoas devem impetrar venia: Esta, segundo a mesma Lei, consiste unicamente em *impetrar licença do Juiz, que da causa houver de conhecer* para accionar os ascendentes, sogros, e sogras, padrastos, e madrastas. Não prescreve a Lei a formula como se deva impetrar, e conceder esta venia, esta licença do Magistrado: E por tanto huma vez que hum filho, genro, nora, enteado, enteada, proponhão ao Juiz que querem demandar algum dos sobreditos, dizendo os expressamente seus pais, avós, sogros, e sogras, padrastos, madrastas, e huma vez que o Juiz mande que elles se citem, nada mais he necessario para se subentender impetrada, e conce-

dida a licença, independente de outra formalidade. (a) E só será necessario impetra-la primeiro, quando nas Villas, e Arrabaldes se fazem citações sem mandato judicial na fórma da Ord. L. 3. T. 1. §. 1.

(a) Altim. *de Nullit. tom.* 2. *rubr.* 11. *q.* 7. *n.* 28. Sam. Stryk. *vol.* 2. *Disp.* 3. *membr.* 2. *sub n.* 25., e assim o suppoz o Senador na Deliberação transcripta por Peg. *tom.* 13. *ad eand. Ord.* §. 2. *sub n.* 9. *optime* Stryk. *us. mod. L.* 2. *T.* 4. §. 2.

§. 432.

Quanto á pena: No §. 1. commina a Ord. a pena de cincoenta cruzados aos descendentes, que sem venia fizerem citar aos ascendentes de que ahi tracta; pena a mesma, que o Direito Romano na moeda de 50 aureos, ou 50 soldos comminava. (a) Pena que, mesmo conforme o Direito Romano, applica ao ascendente injuriado: (b) Pena que se incorre ainda sem dolo, e por ignorancia: (c) Pena, que huma vez paga pelo corpo em falta de bens não se satisfaz depois, ainda que o incurso nella os venha a ter: (d) Pena em fim, que se não cumpre, e evita, visto ser corporal em falta de bens, ainda que delles faça cessão o condemnado. Porém nota-se nesta Ord. que só commina a pena, e não nullidade do processo, como no caso do §. 2. (e) E nos casos deste §. muito pelo contrario só comminou nullidade, e não pena pecuniaria, ou corporal, que em tal caso não tinha lugar no Direito Romano. (f)

(a) Stryk. *supra membr.* 3. *n.* 39.

(b) E que dizem Stryk. *supra e Peg. ibidem n.* 28., que nem ainda o Principe póde remittir.

(c) *Idem* Stryk. *n.* 42.

(d) Peg. *n.* 36.

(e) O que bem advertio, e comprovou Peg. *ibidem* §. 1. *n.* 30. *et* 34.

(f) Buss. *ad L.* 2. *ff. de in jus vocand. n.* 12. Stryk· *supr. sub n.* 24.

Secção II.

Segundo Preceito Negativo

Não poder o filho executar o pai ultra quam facere possit.

§. 433.

Este he outro effeito do direito reverencial: Eu me satisfaço transcrevendo Strykio *vol.* 2. *Disp.* 3. *De Jure reverentiali ejusque effectibus = membr.* 2. *a n.* 6. *ibi:* « Neque parentes a liberis (in casibus « scilicet in quibus lis esse potest inter patrem et « filium, *confira-se o C.* 17. *da P.* 1.) ulterius con- « veniuntur, quam facere possunt.... tum ob reve- « rentiam parentibus debitam.... tum etiam, quod « liberi, ob alimenta parentibus debita, non sine « dolo possunt extorquere, quod statim restituere « habeant necesse.... Unde et doli exceptione re- « pelluntur.... Declar. quod beneficium hoc proce- « dat non deducto aere alieno.... Amplia (1.) in « parentibus omnibusque ascendentibus utriusque « sexus in infinitum usque, ob favorem naturalis « pietatis... Ubicumque est reverentia, prout inter « adscendentes, et descendentes, et agitur ex causa « lucrativa, Exceptio nequis conveniatur, etc. lo- « cum habet... ut in parentibus naturalibus, cum « et hi de Jure Civili Parentum nomine veniant.... « Item secundum quorumdam DD. opinionem, in « spiritualibus.... (2) Etiam in matre, quae ex cau- « sa tutellae convenitur; etiamsi omni beneficio re- « nuntiaverit; renuntiatio enim quantumvis genera-

« lis non comprehendit ea, quibus non potest re-
« nuntiari, quale ex hoc beneficium ob reverentiam
« introductum. » Confira-se o mesmo Stryk. Disp.
2. C. 3. membr. 2. n. 10.

§. 434.

E depois de o mesmo Stryk. dinumerar outras pessoas, que gosão deste privilegio, o declara no n. 24. ut ibi: « In genere autem circa modo dictas per-
« sonas, notandum (1) quod beneficium hoc locum
« habet ex quocumque etiam contractu, et obligatio-
« ne conveniantur: (2) quod ejusmodi personae cave-
« re debeant nuda promissione, se integrum solutu-
« ros ubi ad pinguiorem fortunam redierint: Sem-
« per tamen habita ratione deductionis ne egeant:
« (3) cessat quoque dictum (1) in istiusmodi perso-
« na, quae ubi convenitur, negat se esse ex privi-
« legiatarum numero.... (2) in eo qui convenitur ex
« delicto, aut dolo suo, etc. »

§. 435.

Este mesmo beneficio concedeo aos pais, e ascendentes o Codigo Civil do Imperador José II. §. 377. Limitando porém no §. 378 « Se com tudo os
« ascendentes ou descendentes do executado não es-
« tão em estado de lhe subministrar alimentos sem
« se privar do necessario; ou se o devedor pôde por
« si mesmo ganhar sua vida (o que o Juiz verá pe-
« las circumstancias) nestes casos o executado não
« poderá pertender a provisão alimentaria. »

Vejão-se os mais DD., com os quaes Stryk. *us. mod. L.* 42. *T.* 3 §. 20. Altim. *tom.* 5. *q.* 35. *a n.* 846. Moraes *de Execut. L.* 6. *C.* 12. *n.* 61.

Supposto que Mello Freir. L. 4. T. 22. §. 18. diz, que hoje depois do Assento de 18 de Agosto de 1774 cessa o beneficio de competencia; este erro está por mim demonstrado, e convencido no Tractado das Execuções por Sentença.

Secção III.

Terceiro Preceito Negativo.

Não accusar, nem propôr contra os pais acção famosa.

§. 436.

Ainda transcrevo sobre este objecto a Stryk. *vol.* 2. *Disp.* 3. *membr.* 4. *a n.* 25. *ad* 28 *ibi:* « Parentes quoque utriusque Sexus a Liberis accusari, etiam de crimine vero, aut actione famosa conveniri nequeunt; sed ut ob reverentiam personis debitam ejus loco agatur actione in factum verbis temperata, ut de se potius queri, suamque facilitatem, quam fidem, pudorem, et existimatione eorum accusare videantur.... Lex enim tam atrocem injuriam in personas adeo sibi conjunctas, dare erubescit.... Unde nec actione injuriarum, cum ex hac condemnatus infamia notetur, sive ea criminaliter, sive civiliter intentata ... non enim tantum reticere parentum injurias, sed etiam aequo animo ferre oportet.... Nec obstat L. 52. §. 6. in fin. ff. de furtis, (a) ubi pater filio furti teneri dicitur; quia communiter intelligitur, non de actione directa, sed utili, in factum.... Et vocabulum furti in hac lege non nomen actionis, sed agendi causam designat. »

(a) Assim mesmo intrepreta com outros DD. a citada Lei Arias de Mesa *L.* 1. *var. C.* 9. *n.* 35.

§. 437.

Continúa Strykio a mostrar no n. 29. que o filho não póde pedir que seu pai tutor seja removido como suspeito, e doloso, por vir em necessaria con-

sequencia a infamia; mas simplesmente, e por huma acção *in factum* pedir modestamente a sua remoção: Porém Guerreir. *no Tr.* 3. *L.* 8. *C.* 2. *a n.* 31. depois de ter provado o mesmo que Strykio a respeito de não ser removido da tutella o tutor, a que se deve respeito, declara no n. 34. que o Juiz mais deve olhar para o interesse dos pupillos, que para a honra do tutor: E se este he pai, e dissipa notavelmente os bens dos filhos, se lhe deve remover a administração. Vejão-se os §§. 208. 209. e 275.

§. 438.

Amplia Strykio a mesma disposição (§. 436.) 1.° a favor da madrasta, vivo o pai, e constante o matrimonio, e não depois da sua morte; porque furtando ella alguma cousa aos enteados faz-se indigna de respeito; aconselha porém que, no caso de furto, será mais decente demandalla civilmente por elle, porque está em lugar de mãe, §. 7. *Instit. de Nupt.* — He notavel a variedade entre os DD. sobre o direito reverencial devido ao padrasto, e madrasta, se elle ainda dura depois de dissoluto o matrimonio, defendendo muitos referidos por Harprectr. *Disp.* 4. §. 14., e entre elles Vinn. *ad Instit. de Action.* que « mortua persona, per quam affinitas « contracta est, vis omnis, quod ad jura reverentiæ « spectat, divellatur, etc. » A nossa Ord. L. 3. T. 9. §. 2. e T. 59. §. 11. remove toda a dúvida: E por isso, *quidquid dicant aliqui*, cessando o direito reverencial, se póde propôr contra o padrasto ou madrasta toda a acção famosa.

§. 439.

Amplia 2.° o mesmo Strykio, ainda que a acção contra os pais seja proposta por Procurador: 3.° na excepção, quando ella tem o dolo por seu principal fundamento: 4.° finalmente quando pela accusação o pai havia de ser punido com a pena de morte, desterro, infamia, perca de algum membro, ou outra pena corporal.

Parece que o raciocinio de Phæbo *Decis.* 23. *n.* 7. *et.* 8. destroe tudo o exposto em quanto diz, que huma vez que a Ord. L. 4. T. 88. §. 6. permitte desherdar o filho, que accusa criminalmente o pai por algum crime, que não respeite ao Estado presuppõe necessariamente que *(quidquid sit de Jure communi)* neste Reino em todo o caso póde o filho pela permissão, e presupposição da dita Ord. accusar criminalmente o pai, mas isto he um erro. A Ord. L. 3. T. 9. §. 1. castiga huma leve irreverencia do filho, que sem venia demanda civilmente o pai, considerando-o só por isso injuriado. No dito T. 88. §. 5. faz caso de desherdação qualquer injuria grave: No §. 8. e 9. o intento, ainda que se não siga o effeito: Ora, só por isso mesmo que o filho se propoz accusar energicamente o pai, ainda que repellido com excepção não leve ávante a sua accusação, injuriou gravissimamente o pai, e exhibio a intenção de o arruinar: Eisaqui o sentido, em que, e porque o dicto §. 6. faz caso de desherdação a accusação criminal do filho. Para o ser não he necessario que a accusação passe de huma tentativa principiada a executar. E he bem notavel que a Lei não requer ahi que o pai chegue a ser condemnado como no caso do §. 11.: E só faz caso de desherdação a simples accusação criminal, surta ou não effeito; seja ou não rechassada pelo pai com este direito reverencial.

Por outra parte: A Ord. foi seguindo os casos da Nov. 115. á letra do C. 3. §. 3.; e não he de suppôr que o Legislador se lembrasse juntamente destes direitos reverenciaes para os revogar, quando ahi só ia trasladando a dicta Novella: Logo não póde inferir-se do dicto §. 6. que o filho possa neste Reino accusar criminal-

mente o pai. Sim ahi nessa Decisão 28. de Phæb. se admittírão por seu tutor a accusar criminalmente huns filhos ao pai pela morte da mãe: Mas o Aresto se funda que, segundo a disposição de Direito, á qualidade da accusação pertencia a honra da mãe dos menores: E que Direito seria este? Eu o digo: O Direito que fazia indignos os filhos se não vingassem a morte da mãe, *de quo* Stryk. *de succession. ab intest. Diss.* 12. *C.* 1. §. 15. Furgol. *C.* 6. *Secç.* 3. *a n.* 295. Terião sim esses filhos excusa da pena de perdimento da herança para o Fisco, Furgol. *supr. n.* 239. Stryk. *supr.* Gomez 2.° *var. C.* 3. *n.* 52. se não quizessem accusar o pai; mas dahi não se segue que neste caso especial o não podessem accusar por especialidade de Direito: Por isso talvez assim se lhe permittio, e huma tal especialidade, que he limitação das Leis, não póde firmar regra geral, que em todo o caso permitta ao filho accusar o pai criminalmente. — Mas que authoridade tem semelhante Aresto?

§. 440.

Conclue Strykio no lugar citado *a n.* 50. pondo tres limitações: 1.ª que o filho emancipado póde accusar a injuria atroz, não o que está ainda debaixo do patrio poder: 2.ª no crime de Lesa Magestade, ou de heresia: 3.ª se o filho accusar o pai por obrigação do seu officio, como se fôr Advogado do Fisco: Não porém se fôr Advogado voluntario.

O filho *sub sacris paternis*, sendo gravemente, e com deshumanidade offendido pelo pai, lá tem a providencia de Direito para o obrigar a que o emancipe: (§. 72.) Bem como se dissipa os bens do filho. O emancipado, e casado, sobre o qual já o pai não tem os direitos de o castigar, (§. 137. e seg.) esse sim

tem acção contra o pai pela injuria; mas o direito reverencial o obriga a propôlla com toda a modestia que temos visto; Tambem o emancipado já he plenipotenciario de seus bens: Mas o direito reverencial só lhe permitte a acção *in factum* pelo furto. De outro modo, e só pelo lapso da palavra, chamando *ladrão* ao pai, lá ia incorrer na pena da desherdação; e quando desenfreado se quizesse expôr a essa pena, as Leis o fazem conter nos deveres da reverencia

Secção IV.

Quarto Preceito Negativo.

Não poder obrigar ao pai, que afiance os seus bens adventicios, e a indemnidade delles.

§. 441.

As Leis fazem tão grande confidencia do zelo dos pais na administração dos bens dos filhos, de que são uso-fructuarios, que, em differença da obrigação dos outros uso-fructuarios, não obrigão aos pais caucionar *de bene utendo* o seu uso-fructo, e plenaria restituição dos bens dos filhos quando fôrem emancipados. (a) Ainda mesmo que o pai case segunda vez (apezar das presumidas suggestões das madrastas, que se insinuão nos espiritos dos maridos para supplantar os enteados (b)), como he bem expresso na Ord. L. 4. T. 91. §. 4. junta a Ord. L. 1. T. 88. §. 6.: (c) E isto por hum effeito primario do direito reverencial sobre o da referida confidencia (d), sejão quaes fôrem os bens adventicios, de que o pai he uso-fructuario. (e) Privilegio que se amplia aos avôs, quando tutores dos netos, que lhe devem a mesma reverencia. (f) Em consequencia o filho nãe póde exigir do pai, ou avô tal caução.

(a) L. fin. §. *Sin autem. Cod. de bon. quæ liber.* Castill. de *usu fruct. C.* 3. *n.* 85. *et* 86. Bagn. *C.* 7. *n.* 68.

(b) L. 4. *Cod. de inofficios. testam.* Barbos. et Tabor. *L.* 22. *C.* 27.

(c) Stryk. *vol.* 2. *Disp.* 3 *membr.* 8. *n.* 2.

(d) Bagn. *supr. n.* 69. Castill. *n.* 86. Stryk. *n.* 2.

(e) Bagn. 70.

(f) Stryk. *supr. n.* 5. *et* 6.

§. 442.

Limita-se porém nos casos seguintes: 1.° Se o filho he uso-fructuario de alguns bens, que por morte delle hajão de passar a outra pessoa, e o pai gosa a commodidade do uso-fructo do filho, deve caucionar em favor desse terceiro proprietario, para o qual por morte do filho deverão passar os bens; porque o referido privilegio de pai he restricto aos bens adventicios, em que o filho tem a propriedade. (a) Limita-se 2.° quando o pai demanda ao filho em alguns dos casos, em que o póde demandar, porque então he o pai obrigado dar fiança ás custas do Processo. (b)

(a) Fontanell. *de Pact. Clausul.* 4. *glos.* 7. *p.* 3. *n.* 65. *et Decis.* 57. *n.* 20. Bagn. *C.* 7. *n.* 72.

(b) Stryk. *supra n.* 10. Brunnem. *ad L.* 2. *ff. qui satisd. cog. n.* 3.

Se o pai dissipa, e estraga os bens adventicios, não duvido que o filho, que aliàs o póde fazer remover da administração, como suppõe a Ord. L. 3. T. 9. §. 4., e fica mostrado §. 208., e §. 437. o filho, que aliàs no mesmo caso, e por essa causa póde obrigar o pai a que o emancipe, (§. 72.) possa recorrer ao meio ainda o mais suave, e benigno para o pai, qual o de o obrigar *de bene utendo*. Bagn. *supra n.*

73., e então se elle não presta a caução idonea, praticarem-se os remedios subsidiarios, *de quibus* Salgad. *in Labyr. P.* 1. *C. fin. a n.* 153. Ainda que Pinello *in L.* 1. *Cod. de bon. matern. P.* 2. *n.* 38. não admitte o pai dissipador a caucionar.

Secção V.

Quinto Preceito Negativo.

Não exigir juramento de calumnia ao pai nas demandas, que com elle tractar.

§. 443.

Já vimos (§. 275. e seg.) os casos, em que o pai, e o filho podem entre si litigar: Nestes casos pois, e por outro effeito do direito reverencial, não podem os filhos exigir dos pais juramento de calumnia geral, nem especial. (a) E ainda que alguns DD. seguírão o contrario fundados na L. 34. §. 4. ff. de jurejurand. por força da palavra *neque*, que se lê em algumas Edições das Pandectas, com tudo tem-se examinado, e demonstrado o erro dos copistas, escrevendo a dita palavra em lugar da outra *aeque*, que faz diverso sentido. (b) Mas os filhos familias, que demandam os pais necessariamente devem jurar de calumnia, que mesmo se presume nos filhos, que demandão seus pais. (c)

(a) Zoes. *ad T. ff. de jurejur. n.* 31. *et* 32. Stryk. *vol.* 2. *Disp.* 3. *membr.* 7. *a n.* 11. *et de cautell. juram. P.* 3. *Secç.* 1. *C.* 1. *a n.* 64. Brunnem. *de Process. Civ. C.* 15. *n.* 13. Struv. *Exerc.* 17. *thes.* 73.

(b) Stryk. *supra* com Cujacio, Duareno, e outros.

(c) Stryk. *de Cautell. Juram. P.* 3. *Secç.* 1.

C. 1. n. 70. et vol. 9. Disp. 20. C. 3. a n. 36. et vol. 12. Disp. 1. C. 5. n. 68.

Adverte porém o mesmo Stryk. *de Cautell. Juram. supr. n.* 71. que «Multum tamen judi-«cis prudentis disquisitione et arbitrio relin-«quimus, cum teste (proh dolor!) praxi quo-«tidiana, saepius etiam parentes iniqui injus-«tas lites erga liberos fovent, atque obtorto «quasi collo liberos ad implorationem judicia-«lis remedii, et auxilii trahant, atque neces-«sitent.» — Este caso sim foi omisso na Ord. L. 3. T. 43.: Porém como esta Ord. se conformou com o Direito commum neste juramento de calumnia; e por outra parte ella em outros lugares obriga os filhos aos mais direitos reverenciaes, que muito os sujeite a este preceito negativo?

Secção VI.

Sexto Preceito Negativo.

Não jurar em Juizo contra os pais.

§ 444.

Este preceito está estabelecido na Ord. L. 3. T. 56. §. 1., a que Silva fez hum grande Commentario: Só sim ao meu proposito digo com Stryk. vol. 2. Disp. 3. membr. 5. a n. 20. que «Filii a testimo-«nio adversus parentes dicendo repelluntur ob *re-«verentiam* .... ne pietas et summa charitatis con-«junctio hoc facto violetur, etc.» Ahi põe algumas ampliações, e limitações mesmas, que refere Silva, e por isso julgo superflua a sua exposição.

Secção VII.

Septimo Preceito Negativo.

Não advogar em Juizo contra o pai.

§. 445.

Este preceito he bem expresso na Ord. L. 3. T. 9. §. 5., o que não advertio Pegas *ibidem:* Tambem não advertio nesta Ord. Egidio, quando no Directorio dos Advogados C. 3. n. 1. se propoz mostrar que este preceito negativo he hum effeito do Direito reverencial.

Outro, e oitavo Preceito Negativo he não dever o filho menor casar sem authoridade de seu pai, Stryk. *supr. membr.* 3. Mas como deste preceito tractei largamente na P. 1. C. 6., ahi inteiramente me remetto.

CAPITULO IV.

Obrigação dos filhos para cumprirem os contractos, que os pais fazem com Mestres para lhes ensinarem officios.

§. 446.

Já vimos §. 51. e seg. que o pai, e mãe podem contractar com Mestres Artifices sobre o ensino de seus filhos, tempo de serviço, estipendio, etc., e que os filhos devem necessariamente cumprir, e executar o assim pactuado pelos pais: Se o não executão podem ser constrangidos na fórma, que fica dicto §. 52.

CAPITULO V.

Restituição que o filho deve fazer ao pai do peculio profecticio, quando elle o revoga: Ou contas que lhe deve dar, quando o propõe como Institutor a alguma negociação, etc.

§. 447.

JÁ vimos §. 182. e seg., qual he, e em que consiste o peculio profecticio: Já vimos §. 124. 246. junto o §. 260. que entre o pai, e o filho póde celebrar-se qualquer contracto sobre soldada, doação, sociedade, etc. Sendo doação já vimos §. 256. e 257. que vale desde logo, e he irrevogavel. Quando pois o pai entrega algum peculio ao filho, deve primeiro indagar-se se foi a titulo de peculio, se a titulo de doação, para de hum ou outro se derivarem os diversos effeitos juridicos, como já se advertio no dicto §. 256. Porque se he doação irrevogavel, só por morte do pai a deve o filho conferir a seus irmãos; e se fica nos simples termos de peculio profecticio, he bem certo que o pai o póde revogar, e que o filho he obrigado entregar-lho a arbitrio do pai, e dar-lhe contas delle.

Stryk. *vol.* 8. *Disp.* 26. = *De obligatione filii familias* = *C.* 4. *n.* 4. 5. *et* 6. Pinell. *in L.* 1. *Cod. de bon. mat. P.* 2. *n.* 39. Portug. *de Donat. L.* 3. *C.* 23. *n.* 10. Struv. *Exerc.* 20. *thes.* 64.

§. 448.

Se a entrega de alguns bens ou dinheiros pelo pai ao filho foi a titulo de peculio ou de doação, he materia conjectural. (a) Os DD. expõe muitas conjecturas, mas todas se reduzem a poucas, quaes são: 1.ª O que a mãe dá aos filhos solteiros ou ca-

sados se presume doação: 2.ª o que o pai dá, e entrega ao casado ou emancipado: 3.ª se ao filho-familias; então se a tradição foi simples sem expressão de palavras, se presume o titulo de peculio profecticio: Se usou das palavras *dou, dóo, concedo,* etc. com algumas que indiquem translação do dominio, então he doação, e não peculio.

(a) Menoch. *de Praesumpt. L.* 3. *Praes.* 30. Fragos. *de Regim. P.* 3. *L.* 2. *Disp.* 3. §. 5. *a n.* 175.

He facil de presumir simples peculio entre Negociantes, quando o pai para instruir o filho no negocio lhe entrega algum dinheiro, ou mercadorias, Cod. Frederic. *P.* 1. *L.* 1. *T.* 9. *art.* 4. §. 50. Veja-se Struv. *Exerc.* 37. *thes.* 28.

§. 449

Sendo pois peculio profecticio o que o pai entrega ao filho, he bem certo que o filho está responsavel dar contas com entrega ao pai quando elle as exigir; porque todo o dominio, e fructos deste peculio pertencem ao pai; e o filho nada tem dos lucros, a menos que se não paccionem, ou se verifique algum dos casos expostos na P. 1. Cap. 8. *signanter* §. 124. 125. *e* 126.

E quando restituido assim ao pai o peculio, fique ou não o filho livre das dividas respectivas, vejão-se o Cod. Frederic. supr. §. 45. Struv. *Exerc.* 20. *thes.* 68. Voet. *ad Pandect. L.* 15. *T.* 1. 2. *et* 3.

§. 450.

Se o filho he proposto institor pelo pai para alguma negociação, tambem he certo que deve dar ao pai contas quando elle as exigir.

Voet. *supr. T.* 3. *n.* 8. Guerreir. *Tr.* 4. *L.* 1. *C.* 2. *n.* 9. *et L.* 7. *C.* 9.

Porém dadas ao pai as contas se fica desobrigado dos credores do negocio, e em que ca-

sos? Vejão-se Guerreir. *Tr.* 4. *L.* 5. *C.* 8. *a n.* 43. Silv. *ad Ord. L.* 3. *T.* 86. *a n.* 30. Bagn. *C.* 52.

§. 451.

Da mesma fórma se o filho contrahio sociedade com o pai, como póde contrahir; e pondo o pai o capital poz o filho a industria, e administração, tambem he o filho, como qualquer outro socio, obrigado dar contas ao pai.

Guerreir. *Tr.* 4. *L.* 1. *C.* 2. *n.* 25. *et L.* 5. *C.* 8. *n.* 15. — E finda a sociedade como, e quando fique o filho socio obrigado a dividas contrahidas por causa della, veja-se Struv. et Mull. *Exerc.* 22. *thes.* 42. *e seg.*

§. 452.

Se porém o pai uso fructuario dos bens adventicios do filho-familias lhe demitte o uso-fructo delles, ou antes, ou depois de o adir, esta demissão he irrevogavel: (a) E só fica sujeita á collação, conforme a distincção, que se exporá na P. 3. C. 5. Mas deve notar-se a differença (quanto á irrevogabilidade da demissão do uso-fructo) que se o pai expressamente o demitte, fica irrevogavel a demissão; se tacitamente *conniventibus oculis*, he necessario espaço de annos para se presumir effectivamente demittido. (b)

(a) Como largamente prova Carvalho *de Testam. P.* 4. *C.* 1. *sub n.* 156. *v. Quare vereor.*

(b) Mull. *ad Struv. Exerc.* 37. *thes.* 32. Carvalh. *supra n.* 163. Brunnem. *in L. cum oportet. Cod. de bon. quae liber.* Portug. *L.* 3. *C.* 23. *n.* 37.

CAPITULO VI.

Se o filho póde prejudicar ao pai alienando por actos entre vivos todos os seus bens castrenses, ou quasi, ou adventicios, em que o pai não tem o uso-fructo.

§. 453.

Já vimos na P. I. C. 16. que o filho-familias independente do pai póde alienar livremente por qualquer titulo, e ainda por doações entre vivos, e *causa mortis* os bens castrenses, e quasi, e os adventicios, em que o pai não tem o uso-fructo: Nestes bens he o pai herdeiro necessario do filho, morrendo este primeiro, podendo o filho testar só da terça, Ord. L. 4. T. 83. §. 4. junto o T. 81. §. 3. (a) Duvida-se pois se assim como o filho-familias não póde testando preterir o pai nas duas partes, se tambem não, dispondo destes bens por doação, e se o pai sobrevivendo ao filho póde intentar a querella *inofficiosae donationis?* Respondo que sim: Porque assim como aos filhos compete a querella *inofficiosae donationis* contra as que os pais fazem em vida excessivas dos seus terços, e prejudiciaes ás legitimas dos filhos, (§. 394. e seg.) da mesma fórma os pais podem arguir inofficiosas por morte dos filhos as doações, que elles fizerão com excesso dos seus terços, em prejuizo das legitimas dos pais.

L. 4. *Cod. de inofficios. donat. ubi Barbos. ei Brunnem. n.* 3. Molin. *de Justit. Disp.* 283. *n fin.* Cost. *de Port. rat q.* 113. *n.* 12.

Assim como quando o pai faz muitas doações offensivas das legitimas dos filhos, só as ultimas que as offendem são nullas, e não as primeiras dentro dos limites dos terços, (§. 395.)

da mesma maneira fazendo o filho muitas doações diversas dos bens castrenses, ou quasi, ou dos em que o pai não tem o uso fructo, subsistem as primeiras dentro dos limites do seu terço, e só as ultimas se revogão como inofficiosas.

§. 454.

Quanto aos bens adventicios, em que o pai tem o uso-fructo, he bem certo que o filho os não póde alienar, nem ainda quanto á propriedade sem consentimento do pai.

L. fin. *Cod. de bon. quae liber.* Portug. *de Donat. L.* 3. *C.* 23. *n.* 13. Nett. *de Testam. L.* 1. *T.* 11. *n.* 14. Confira-se o §. 269. e seg.

CAPITULO VII.

Quando póde testar o filho-familias, que não he casado nem emancipado: De quaes bens: Se os pais vivos são seus herdeiros necessarios nas duas partes dos bens dos filhos.

§. 455.

« Não póde fazer testamento o filho-familias, « que he aquelle que está debaixo do poder de seu « pai, e isto de qualquer idade que seja, posto que « o pai lho permitta, e consinta. Porém dos bens « castrenses, ou quasi castrenses, poderá livremente dispor, e fazer testamento, ainda que o pai lho « não consinta, tendo idade legitima. » Ord. L. 4. T. 81. §. 3.

As razões da Legislação Romana adoptada nesta Ord. se podem vêr em Nett. *de Testam. L.* 1. *T.* 11. *a n.* 2.

§. 456.

Para completa intelligencia desta Ord. se deve indagar 1.° qual he o filho-familias, que está debaixo do poder de seu pai, e que por via de regra não póde fazer testamento, ainda que o pai o authorise: 2.° quaes são os bens castrenses ou quasi, de que a Ord. permitte testar o filho, ainda que o pai lho prohiba: 3.° qual he a idade legitima, que a Lei requer para o filho poder testar dos castrenses ou quasi: Consequentemente 4.° se o filho-familias, que tem bens adventicios, em que o pai não tem o usofructo póde testar delles *ad instar* dos castrenses: 5.° se ao menos póde fazer delles alguma disposição pia?

§. 457.

Quanto á 1.ª Inspecção: Já na Parte I. C. 5. 6. e 7. mostrei os unicos, e legitimos modos, pelos quaes cessa neste Reino o patrio poder, e quaes filhos em consequencia se devão dizer que não podem testar por estarem debaixo do patrio poder. Todo o que não foi expressamente emancipado pelo pai voluntario ou coacto; todo o que não fôr casado legitimamente, está filho-familias debaixo do patrio poder, e comprehendido na regra. E se hum filho-familias dizendo-se emancipado faz testamento, aquelle que se quer aproveitar do testamento tem obrigação de provar a emancipação, como fundamento da sua intenção; nem a confissão do pai nem a do filho valem neste caso.

Stryk. *de Cautell. Testam. C.* 3. §. 42. com Cesar Argel. de *Adquir. posses. q.* 3. *art.* 3. *n.* 12. 22. *et* 32.

§. 458.

Por mais que o pai esteja captivo he nullo o testamento do filho-familias, *sive pater redeat, sive captivus moriatur, licet in captitave Turcica degat:* (a) E por mais que o filho testando, quando filho-

familias sobreviva ao pai, não se convalida o testamento naquelle tempo feito. (b)

(a) Stryk. *supra* §. 44. Schilter *Prax. Jur. Rom. Exerc.* 3. *thes.* 2. *et Exerc.* 38. *thes.* 19.

(b) Stryk. *supr.* §. 43. Portug. *de Donat. L.* 3. *C.* 15. *n.* 36.

§. 459.

Quanto á 2.ª Inspecção: Já na P. I. C. 13. fica demonstrado quaes são ou não são os bens dos filhos-familias, que tem a natureza de peculios castrenses, e quasi; e quaes os que exceptuados delles ficão nas classes de profecticios, e adventicios: E só nos que tem essa propria natureza de castrenses ou quasi, he que esta Ord. permitte ao filho-familias a faculdade de testar.

Nett. *L.* 1. *T.* 11. *n.* 16. *et* 17.

§. 460.

Quanto á 3.ª Inspecção: He preciso que seja completa, e perfeita a idade no varão de 14 annos, e nas femeas de 12: De tal fórma, que he nullo o testamento feito ainda mesmo no ultimo dia, em que o varão finda os 14, e a femea os 12 annos; sendo preciso que o fação ao menos no primeiro dia, em que o varão entra nos 15, e a femea nos 13. (a) Tanto não subsiste o testamento do impubere, ainda que 1.º elle teste dos bens castrenses ou quasi; ainda que 2.º teste com authoridade do tutor; ainda que 3.º o testador impubere morra já depois de pubere. (b) Testa porém o pubere validamente sem intervenção do curador. (c)

(a) Stryk. *de Cautell. Testam. C.* 3. §. 4.

(b) Stryk. *a* §. 6.

(c) Stryk. §. 15. — *Ad omnia plenissime* Bersan. *de Pupill. C.* 4. *q.* 1., onde se podem vêr outras mais declarações. — Differe Bersan. 1.º com Amostas. *de Caus. piis*, que o impubere proximo á puberdade póde testar *ad pia:* 2.º

que para todo o caso póde o impubere testar no ultimo dia do anno 14: 3.° que os codicillos feitos na idade pupillar convalescem, e se confirmão na puberdade, não se revogando, confirmando-se mais facilmente que os testamentos.

§. 461.

Quanto á 4.ª Inspecção: Os DD. uniformemente assentão que o filho não póde testar do adventicio extraordinario, em que o pai não tem o uso-fructo, ainda que o pai consinta: (a) E ainda mesmo do adventicio, em que o pai tem o uso-fructo: O que bem se comprova com a citada Ord., que só habilita o filho para testar dos castrenses, e quasi castrenses: Excepção, que firma regra em contrario, para não poder testar de quaesquer outros adventicios, tenhão ou não nelles o pai o uso-fructo.

(a) Stryk. *supr.* §. 35. Nett. *de Testam. L.* 1. *T.* 11. *n.* 5. Portug. *L.* 3. *C.* 15. *n.* 37. Valasc. *Cons.* 108. *n.* 36. Mell. Freir. *L.* 3. *T.* 5. §. 21.

§. 462.

Aqui se suscita a questão: Se o filho Clerigo, que tem bens quasi castrenses, e adventicios póde testar de huns, e outros? Este caso he mixto: Os DD. uniformemente permittem ao Clerigo *in Sacris* testar juntamente de huns, e outros. (a) Porém este favor, com que os DD. lisonjeão os Clerigos assenta em principios fundamentalmente menos solidos. O Clericato simples neste Reino não isenta do patrio poder: (veja se o §. 115.) E ficamos na regra geral desta Ord. que o filho, que está debaixo do poder de seu pai não póde testar mais que dos bens castrenses ou quasi, e não dos adventicios, ainda que nelles não tenha o pai o uso-fructo: (§. 461.) Logo o Clerigo como filho-familias só póde testar dos quasi castrenses, e não dos adventicios. (b)

(a) Valasc. *Cons.* 108. *n.* 14. Thom. Valasc.

all. 29. Mend. *in L. cum oportet. Cod. de bon. quae liber. p.* 4. *a n.* 162. Portug. *de Donat. L.* 3. *C.* 15. *n.* 40. Cald. *in L. si curatorem. Verbo Laesis n.* 105. *y. Denique.*

(b) Veja-se Peg. *tom.* 4. *ad Ord. pag.* 247. *n.* 78.

§. 463.

Não he menos duvidosa a outra occorrente questão: Se o filho-familias póde testar dos bens, que houve por doação do Principe? Estes bens tem pela determinação da Ord. L. 3. T. 9. §. 3., e L. 4. T. 97. §. 10. o privilegio *ad instar* dos quasi castrenses, (§. 181.) e por isso fica sendo ociosa neste Reino esta questão, de que refere DD. por huma, e outra parte Portug. *de Donat. L.* 3. *C.* 15. *n.* 43.

O privilegio *ad instar* tem aquelles effeitos, que expõe Peg. *tom.* 12. *ad Ord. L.* 3. *T.* 52. §. 9. *n.* 1. Cyriac. *contr.* 203. *a n.* 23. Barbos. et Tabor *L.* 1. *C.* 48.

§. 464.

Resta somente a questão: Se o filho-familias consentindo o pai póde testar *ad pia?* Assentão os DD. por melhor opinião que sim, huma vez que o pai expressamente consinta, e a disposição seja estrictamente pia. (a) O contrario absolutamente contra Portugal, e os por elle citados defende nervosamente Nett. *de Testamentis L.* 1. *T.* 11. *a n.* 6.

(a) Portug. *de Donat. L.* 3. *C.* 15. *n.* 38. Stryk. *de Cautell. Testam. C.* 3. §. 38., aonde amplia que do adventicio extraordinario, em que o pai não tem o uso-fructo póde o filho testar de alguns bens *ad pia,* ainda que o pai repugne. Confira-se Schilter. *Exerc.* 38. *thes.* 14.

Supposto que vejo as Causas pias favorecidas neste Reino pela Ord. L. 1. T. 62., e L. 4. T. 81. §. 6., aonde ao inhabilitado para testar se permitte testar para Causas pias até a

terça, com tudo esta Ordenação contém huma graça especial, que o Rei faz ao confiscado para testar de parte de bens já devolutos ao seu Fisco; graça, que se não póde trazer para exemplo, L. 1. §. 2 *ff. de Constit. Princip.* E por tanto huma vez que a Ord. L. 4. T. 81. §. 3. prohibió o filho testar, ainda que o pai consinta, a menos que não teste dos castrenses, ou quasi, aquella generalidade não soffre outras excepções mais que as expressas na Lei, e ellas mesmas firmão regra em contrario para não poder o filho-familias, ainda consentindo o pai, testar para fim algum de outros bens, que não sejão castrenses, ou quasi. E quando, apezar destas razões, se admitta a opinião contraria, então se deve limitar ás Causas pias, que declara a Ord. L. 4. T. 81. §. 6. no fim, porque só para testar a favor dellas se habilita ahi o incapacitado de testar; porque o privilegio *ad instar* não deve exceder o original.

§. 465.

Á vista do exposto he bem facil de inferir 1.° que os pais são herdeiros necessarios, e inteiramente de quantos bens adventicios tenhão os filhos-familias, sem excepção dos Clerigos *in Sacris*, e sem differença de terem ou não os pais o uso-fructo: 2.° que destes bens não podem testar, nem ainda da terça delles, porque a Lei os não habilita para esse fim, ainda consentindo o pai: 3.° que só podem testar dos bens, que propriamente entrão na classe de castrenses, e quasi, porque só para testar destes os habilita a Lei: Mas 4.° testando destes castrenses, e quasi, necessariamente devem instituir herdeiros os pais nas duas partes, dispondo só da sua terça, Ord. L. 4. T. 83. §. 4. junta a outra Ord. L. 4. T. 91. §. 1.

Stryk. *de success. ab intest. Diss.* 2. *C.* 1.

§. 8. *et* 9. Michalor. *de Fratrib. P.* 1. *C.* 2. *n.* 17. Portug. *L.* 3. *C.* 15. *n.* 39.

§. 466.

Se porém o filho já não he familias, mas tem mãe, póde, sendo pubere, testar livremente de toda a especie de bens, com tanto que só teste da terça delles, e institua herdeira a mãe. E sendo casado, ou solemnemente emancipado, ainda que tenha pai, sim póde testar livremente de toda a especie de bens, mas só da terça delles, instituindo seu pai nas duas partes, como determinão as citadas Ordenações, L. 4. T. 83. §. 4. e T. 91. §. 1. De outro modo he nullo o seu testamento absolutamente, ou sujeito á querella *inofficiosi*, conforme as distincções da Ord. L. 4. T. 83., não havendo differença do caso de o pai preterir ao filho, ou o filho ao pai, dicta Ord. §. 4. ibi: «E tudo o que acima dicto he, quando o pai morre deixando filhos .... isso mesmo haverá lugar, quando o filho ou neto, ou outro descendente fallecer, e fizer testamento em cada huma das maneiras sobredictas sem deixar descendentes, e tiver pai, mãe, ou outros ascendentes.»

Em todos os casos referidos no §. 335., em que a instituição dos descendentes se póde inferir por conjecturas, tambem aqui a necessaria dos ascendentes. Em todos os casos, em que a legitima dos descendentes admitte ou não grava-me, nos mesmos sem differença o admitte ou não admitte a legitima dos ascendentes: Refiro-me pois ao dicto §. e seg.

CAPITULO VIII.

Ex-heredação dos pais, e causas dellas.

Primeira causa expressa na Ord. L. 4. T. 89. §. 1.

§. 467.

«Se o pai ou mãe der peçonha a seu filho ou fi-«lha *acintemente*, ou por algum outro modo tracta-«se, e procurasse a sua morte, esse filho ou filha po-«derá licitamente desherdar tal pai, ou mãe de toda «a sua herança.» Esta Ord. he deduzida por formaes palavras da Novella 115. C. 4. §. 1. e 2. No nosso antigo idioma *acintemente* he o mesmo, que *de proposito*, *advertidamente*, *com intenção*, etc. (a) Concorda o T. 86. §. 8., e L. 5. T. 87. no princ. De fórma que para se incorrer por esta causa a pena da ex-heredação, he preciso que concorrão todas as circumstancias, que quanto a semelhante causa de ex-heredação dos filhos expuz nos §§. 356. e 357.

(a) Elucidario das palavras antigas por Fr. Joaquim de Sancta Rosa *verbo* = Acintemente.

Segunda causa expressa no §. 2. da dicta Ord.

§. 468.

«Se o pai tiver ajuntamento carnal com a mu-«lher de seu filho, ou com a barregã, que tenha ou «tivesse em algum tempo *teuda* por sua manceba, «sabendo que o era. E bem assim se a mãe hou-«ver ajuntamento carnal com o marido *ou barregão* «de sua filha, que a tivesse em algum tempo *teuda* «*e manteuda* por manceba, sabendo que o era.» Esta causa tambem he outra das expressas na dita Novella C. 4. §. 3. ibi: «Si pater nurui suae aut

«*concubinae* filii sui sese immiscerit.» Equiparou aqui o nosso Legislador para este fim o concubinato dos Romanos com as concubinas neste Reino teudas, e manteudas, ou com os barregões. Com effeito a palavra *teuda* he o mesmo que *obrigada*, conforme a accepção da palavra no decimo quarto Seculo, como diz o citado Elucidario verbo = Teudo = E *barregão* he o mesmo que concubina, manceba; e *barreguice* amancebamento, e concubinato, dicto Elucidar. verbo = Barregão. = Não basta pois para se incorrer a pena desta Lei, que o pai tenha ajuntamento com aquella, com que o filho tivesse tido tracto, ou a mãe com aquelle, que com a filha o tivesse tido, humá vez que não concorra o terem havido os effectivos concubinatos, que suppõe a Lei com a expressão das dictas palavras.

Terceira Causa expressa no §. 3. *da Ord.*

§. 469.

«Se o pai ou mãe defendeo ou impedio a seu «filho ou filha fazer testamento livremente, e se- «gundo a sua livre vontade, querendo-o fazer no «caso, onde poderá licitamente por Direito testar.» Os requisitos, que devem concorrer para ter lugar esta pena, já ficão expostos no §. 361.

Quarta Causa expressa no §. 4. *da Ord.*

§. 470.

«Se o pai der peçonha a sua mulher mãe de «seu filho ou filha para a matar *ou tirar do seu en-* «*tendimento*, ou por outra maneira *tractar* da sua «morte, ou se a mãe fizer cada huma das dictas «cousas ao marido pai do filho, ou filha.» Recebe esta Ord. illustração da Nov. 115. C. 4. §. 5.

«ibi: «Si contingerit virum uxori suae ad inte-«ritum, aut alienationem mentis dare venenum, «aut uxorem marito alterum vitae alterius insidia-«ri.» E deve entender-se como outra semelhante no §. 357.

A quinta, sexta, e setima são as mesmas, de que tractei nos §§. 362. 363. e 364.

As razões, por que a Lei designou menos causas, pelas quaes os filhos possão desherdar os pais, do que *vice versa* as exhibe Stryk. de Cautell. Testam. C. 19. §. 40. ibi: «Nam (1.°) «plura parentibus sunt licita quam liberis res-«pectu patriae potestatis, et sic tot delicta «non videntur cadere in parentes quam libe-«ros, Gudelin. *de Jur. noviss. L. 2. C. 8. n. 4.* «Harprectr. *ad §. fin. Instit de Exheredat. li-«beror. n. 60:* (2.°). Liberi quoque plura de-«bent parentibus ob curam in educatione adhi-«bitam. Quo maior vero gratitudo ab aliquo «requiritur, eo majora quoque delicta talis «committere potest. Caeterum non diffiteor, «aliquando causam omissam commode ad ali-«quam expressam in Cap 4. citat. Novell. re-«duci posse. Sic causa *Si pater filio venenum «propinavit*, ibi non deprehenditur, et tamen «non dubium est posse eam sub insidiis vitae «structis intelligi.» A nossa Lei por isso a comprehendeo

O modo, e fórma da ex-heredação; as provas necessarias das causas fundamentaes della; os casos, em que não surte effeito, etc. vejão-se na Part. I. Cap. 21. §. 365. e seg.

Em todos os casos expostos na P. I. Cap. 16., em que o filho póde fazer doações dos bens castrenses, e quasi, e dos de que o pai não tem o uso-fructo querendo doar a terça, (que só póde doar) devem a respeito desta terça, que não

differe da do pai, observar-se as regras expostas na Part. I. C. 23.

CAPITULO IX.

Obrigação que os pais tem de dar sepultura aos filhos, e estes aos pais, e pagarem as despezas costumadas dos enterros, ainda que não sejão herdeiros huns dos outros.

§. 471.

Ou o testador determina a fórma do seu funeral, ou morre *ab intestato* sem a determinar, mas com herança, e bens, ou sem herdeiro, e sem bens alguns allodiaes: Estes casos distingue Stryk. *us. modern. L.* 11. *T.* 7. §. 39. *e seg.*, e eu com elle os tractarei em diversas Secções.

Secção I.

Quando o Testador designa a fórma do seu funeral, e para a execução della elege Testamenteiro.

§. 472.

Esta vontade do testador ordenada no seu testamento para se dever executar he preciso 1.° que seja honesta: 2.° que a despeza não exceda os limites da faculdade, que tem de testar: 3.° que o testamenteiro a acceite: Deve 1.° ser honesta, porque « Ineptas voluntates defunctorum circa sepulturam « (veluti si vestes, aut siqua alia supervacua, ut « in funus impendantur) non valere, Papinianus *Lib.* 3. *Respons. scribit. L.* 113. §. 5. *ff. de Legat.* 1.° Como por exemplo no caso da L. 27. *ff. de condit. et demonstrat. ibi:* « Quidam in suo testamento he-

«redem scripsit sub tali conditione, si reliquias «ejus in mare abjiciat, etc.» Como no caso da L. 40. §. 2. *ff. de aur. et arg. ibi:* «Funerari in arbi- «trio viri mei volo, et inferri mihi quaecumque se- «pulturae meae causa feram ex ornamentis, Lineas «duas ex margaritis, et viriolas ex Smaragdis, etc.»

E em outros casos extravagantes, que recapillou Puttman. *Adversar. jur. L.* 1. *C.* 11. *De Ineptis morientium voluntatibus.* = Confira-se Mull. ad Struv. *Exerc.* 15. *thes.* 88. *pag.* 981. *Col.* 1. *in fin. et Col.* 2.

§. 473.

Deve 2.° a despeza do funeral determinado pelo testador caber nos limites dos bens, de que elle póde testar: E sendo pai ou filho deve caber na sua terça; e excedendo-a se deve cortar, e ratear na fórma, que expuz no §. 401. e seg. — He preciso 3.° que o testamenteiro, e executor nomeado pelo testador acceite; e repugnando perde o emolumento deixado; mas acceitando devem os herdeiros fornecer-lhe o dinheiro para o funeral, Stryk. *supra* §. 39.

Geralmente o officio de Testamenteiro, e Executor he voluntario, e póde repudiar-se antes de acceite com perda do premio designado pelo testador, Bagn. *C.* 59. *a n.* 241. E acceitando póde demandar os herdeiros, que lhe forneção o dinheiro necessario para a execução do testamento, Moraes *de Execut.* L. 6. C. 7. sub n. 72.

Secção II.

Quando o testador não elegeo testamenteiro, ou morreo ab intestato, *mas com bens, e herança.*

§. 474.

Eis-aqui o que a este respeito diz Strykio su-

pra §. 40. e 41.: « Deficiente testatoris dispositione, « cura funeris ad heredes pertinet, sive hi ex testa- « mento, sive ex legis dispositione succedant, *L.* « 12. §. 4. *L.* 14. §. *ult. ff. de Relig. et sumpt. funer.* « Ad quem enim pertinet hereditas, ad illum quo- « que pertinet onus impensarum funebrium, Tiber. « Decian. *Cons.* 2. *n.* 131. *vol.* 5. Cum itaque he- « redes in omne patrimonium defuncti succedant, « justum quoque est, ut sumptus funeris ex here- « ditate suppeditent, et unusquisque quidem pro « rata hereditaria; adeo ut et heres fideicommissa- « rius, quatenus ipsi restituta hereditas, ad onera « funeris concurrere teneatur, L. 14. §. ult. *ff. de* « *relig. et sumpt. funer.* Porro cura funeris cohae- « ret vinculo sanguinis, sive quaeratur de ascenden- « tibus, sive etiam collateralibus. Verum cum ex « antecedentibus jam pateat, non omnibus, quibus « cura funeris incumbit, incumbere etiam onus ex- « pensarum; quam de singulis sanguine junctis « agendum et videndum, quid oneris hic cuique « praeter curam incumbat, si scilicet in his perso- « nis solus sanguinis nexus, non vero simul heredi- « tarius respectus attendatur. Si enim personae « sanguine junctae, liberi, vel parentes heredes « instituti sunt, generali ratione ad expensas pro « rata tenentur; imo licet in legitima tantum ins- « tituti sint, quia haec pars hereditatis est, impen- « sa vero funeris aes alienum hereditatis reputatur, « L. 45. *ff. de Religios.*, eatenus concurrere tenetur « ad hoc onus, cum legitima computari nequeat, « nisi aere, alieno detracto .... Cum de nexu here- « ditario aut de casu, ubi defunctus bona reliquit, « existentibus bonis una omnium casuum decisio « est, unumquemlibet ex suis bonis sepeliendum « esse. » Confira-se Struv. et Mull. *Exerc.* 15. *thes.* 87.

Aqui se vê o quanto he justa, e conforme á razão, e Direito a praxe deste Reino, segundo a qual as despezas todas do funeral até a sepultura inclusivamente, se deduzem do cumulo da herança do defunto como divida primaria, a que todos os herdeiros são obrigados *pro rata* do que herdão; e deduzida assim esta despeza do cumulo da herança, cada hum na partilha lá vai ficar com tanto menos como ao que aliás era obrigado. Vejão-se os DD. citados na Not. ao §. 406., e as antigas Sentenças, huma do Desembargador do Principe D. Affonso do anno de 1454, transcripta por Fr. Joaquim de Sancta Rosa no seu Elucidario tom. 2 pag. 162. col. 1.: outra do anno de 1567 proferida no Juizo da Corôa, que transcreveo Portug. *de Donat. L. 2. C. 31. sub n. 60.*

§. 475.

Ou se algum co-herdeiro, ou ainda extranho fez á sua custa a despeza do funeral, o Direito o providenceia com a acção *Negotiorum gestorum* para, sendo co-herdeiro, repetir dos mais a sua rata; e sendo extranho o solido, e total.

Mell. Freir. *L.* 3. *T.* 1. §. 7. *na* Nota Stryk. *supr.* § 56. — Com tanto que essas despezas não fossem 1.° feitas *ex pietate:* 2.° não fossem excessivas do justo: ou 3.° pelo contrario modicas. — Quando se presumão feitas *intuitu pietatis* sem animo de repetição: Quando se reputem racionaveis, e não excessivas: Quando modicas, e indignas de repetição: Vejão-se Stryk. *supra a* §. 56. *ad* 70. Mull. ad Struv. *Exerc.* 15. *thes.* 88., e Garcia *de Expens. C* 8., porque essa exposição seria fóra do meu proposito, do qual propriamente he a seguinte.

Secção III.

Quando o defunto pai, ou filho morrem sem deixar bens, e herança.

§. 476.

O mesmo Stryk. no §. 41. e 42. estabelece esta regra: Que aquelle, que em vida tinha obrigação de alimentar a outro, he quem por sua morte deve fazer as despezas do seu funeral: Porque, supposto estas despezas se não comprehendão na accepção da palavra alimentos, com tudo pede a razão que o alimentante preste ao alimentario estes ultimos officios da humanidade.

Authoriza-se com Coler. *de Aliment. L.* 2. *C.* 1. *a n.* 12., e Carpzov. *P.* 2. *C.* 46. *Def.* 20. *n.* 2. *et* 3. — Adverte porém Mull. ad Struv. *Exerc.* 15. *thes.* 87. *pag.* 977. *Coll.* 1. «Scili-«cet si onus alimentandi veniat ex provisione «Legis; secus si ex provisione hominis, puta «ex conventione, aut ex dispositione ultimae «voluntatis, ad alimentorum praestationem quis «obligetur; cujusmodi dispositiones stricte sunt «accipiendae, neque ulterius extendendae, «quam quod disertis verbis inibi habetur; at-«que hoc casu non statim, qui debet alimen-«ta, debet etiam sumptus funebres.»

§. 477.

Continúa Strykio no §. 43. ibi: «Primum ergo «hic locum occupant parentes, quibus non tantum «curam, sed et impensas funeris incumbere nemo «negabit, cum hae expensae aes alienum patris «reputantur, (a) *L.* 19. *ff. de in rem vers.* Unde «si alius filii funus alibi defuncti curaverit, in Pa-«trem funeraria actio competit, *L.* 21. *ff. de Reli-«gios.* Et cum pater pro dignitate sua filium ale-

«re teneatur, etiam funeris expensas pro dignita-«te, et facultatibus feret, *d. L.* 21. Sed quid de «patre stupratore? Hunc ad alimenta filio naturali «obligari constat; ex quo inferunt DD. etiam ad «sumptus funeris demortui, si intra illos moriatur «annos, ubi adhuc alimenta exigendi jus habet, «patrem obstrictum esse: *Brunnem. ad L.* 21. *ff.* «*de Religios. Carpzov. in Prax. Crim. q.* 68. *n.* 115. «Matrem quod attinet uti filium non alit nisi in «subsidium si pater inops sit; ita quoque ad im-«pensas funeris non aliter adstringenda. Quod si «vero filium vulgo quaesitum habeat, cum patrem «ipsa ostendere nequeat, simpliciter ad sumptus «funeris tenebitur. Sed si parentes defecerint, in «avos eadem redundat obligatio; adeo ut nec in «subsidium avus maternus excusetur, *d. L.* 5. §. «5. *ff. de agnoscend. Liber.*» — Confira se Mull. ad Struv. *supra.*

(a) Á vista do exposto neste §. não he desarazoada a Constituição Synodal do Bispado de Vizeu do anno de 1699 em quanto no §. 13., na conformidade da dicta L. *Filium.* 19. *ff. de in rem verso*, e da L. *Patrem. ff. de Relig. et Sumpt. funer.* (marginalmente citadas) se determinou: «E porque aos menores de 14 an-«nos, e femeas de 12 se devem fazer os mes-«mos Officios, e Bem d'alma, que se costu-«marem fazer nas suas Parochias aos maiores da «sua qualidade, e fazenda; e aos maiores de 7 «até á idade referida se lhes deve fazer ametade «na fórma da Constituição L. 3. T. 4. Const. 8., «a qual declaramos que milita sómente nos taes «menores já herdados de algum de seus pais, «ou de ambos, ou por outra qualquer via tem «cabedal proprio adquirido *nempe* por titulo «castrense, ou meio adventicio. E aos filhos-«familias, que estiverem debaixo da adminis-

« tração de seus pais, e não tiverem ainda her-
« dado legitima alguma, nem por outra via ti-
« verem adquirido fazenda, para della se lhes
« fazer o Bem d'alma competente na fórma do
« estilo da Igreja, sendo maiores, e sendo seus
« pais de possibilidade, a quem se costumão
« fazer Officios de nove Lições, se lhes dirá
« huma Missa de Corpo presente, e se lhes fa-
« rá meia Cura d'alma: E sendo seus pais das
« pessoas, a quem se costumão fazer Officios
« pequenos se lhes dirá huma Missa de Corpo
« presente, e meia Cura d'alma; e sendo me-
« nores, Missa de Corpo presente, e hum Offi-
« cio, respeitando a qualidade dos pais, porque
« assim como devem alimentos em vida, lhe
« devem assistir com os Suffragios d'alma; co-
« mo tambem lhes mandarão dizer as Missas,
« que do estilo se praticarem na sua Parochia. »
Este §. 13. lá se vê protestado pelo grande Pro-
curador da Corôa Mozinho nesta fórma: « O §.
« 12. e 13. destas Leis parece se não deve ad-
« mittir, porque os Suffragios da alma regu-
« lão-se pelas disposições; e, quando essas faltão,
« os herdeiros, que succedem *ab intestato*, só es-
« tão obrigados ás despezas funerarias, nas
« quaes se não podem intrometter as Justiças
« Ecclesiasticas por pertencer privativamente
« este conhecimento aos Provedores ou Juizes
« dos Orfãos, como traz julgado Pereir. de Man.
« Reg. C. 16. n. 16. » Protesto de 21 de Maio
de 1700; e só debaixo delle he que o Tribunal
Palatino permittio a dicta Synodal. — Porém
entretanto o Protesto mesmo approva a conclu-
são, de que os pais são obrigados ás despezas
funerarias, ao menos até á sepultura, e só que
nellas se não deve intrometter o Juizo Ecclesias-
tico. A Constituição do Porto L. 4. T. 11. Const.

6. §. 2. e 3. legislou o mesmo que a dicta Synodal, fundada nas mesmas Leis citadas, e nas Constituições de outros Bispados: Porém na sua primeira Edição teve hum geral protesto contra tudo o que fosse offensivo da Jurisdicção Real: E por mais que o contemporaneo Procurador da Corôa requereo que esse Protesto se estampasse em todas as seguintes reimpressões, se omittio na ultima do anno de 1735.

§. 478.

« Liberorum reciprocus est nexus: (continúa « Stryk. §. 44.) Nam et hi parentibus egenis ad ali- « menta praestanda obligantur: Quare et funeris « curam, et impensas sustinebunt, etc. »

He hum principio geral que os consanguineos propinquos são obrigados á despeza da sepultura do consanguineo pobre, Guerreir. *Tr.* 1. *L.* 4. *C.* 7. *n.* 40. Os irmãos, Stryk. *supr.* §. 44. Os maridos ás mulheres, quando não tem dote, nem outros bens, nem pai abonado; e *vice-versa* as mulheres aos maridos na mesma ultima necessidade, Stryk. supr. §. 45. E ainda os successores dos Morgados são obrigados á despeza da sepultura, quando o antepossuidor morreo pobrissimo sem bens nem herdeiros, Guerreir. *supra a n.* 28. Tal he o favor da sepultura, e Officios dellas. — Porém aos mais Suffragios se não extende a obrigação destas pessoas.

Sobre os usos, e abusos das Parochias a este respeito, veja-se a minha especial Dissertação das Oblações Pias.

FIM DA SEGUNDA PARTE.

PARTE TERCEIRA.

OBRIGAÇÕES DOS IRMÃOS PARA COM OS IRMÃOS.

CAPITULO I.

Obrigação reciproca dos irmãos para se alimentarem: Em que casos cessa.

§. 479.

« São os irmãos (diz o Assento de 9 de Abril de « 1772) obrigados a alimentarem os irmãos pelo di- « reito do sangue, de todos, e quaesquer bens que « elles possuão; ou os ditos bens lhe proviessem de « ascendente, ou de extranho, ou fôssem por elles « adquiridos. Com declaração porém, que esta obri- « gação dos irmãos cessará em todos os casos à ella « applicaveis, em que cessa a dos pais, e da ordem « dos ascendentes para os alimentos dos filhos, e « mais descendentes. E muito especialmente nos « casos, em que os irmãos que pedem os alimentos « se tenhão sem justa causa apartado das casas dos « irmãos, a que os pedem, ou se tenhão casado « sem licença dos pais. O que procederá inviola- « velmente a respeito dos irmãos legitimos. Os ille- « gitimos porém, que depois de fallecidos os pais « se casarem, serão obrigados a requererem o con- « sentimento dos irmãos, e principalmente do que « fôr successor da casa dos pais; e casando-se sem « ella perderão por esse mesmo feito toda a acção, « que poderião ter para obrigar a alimentos os ir- « mãos, a que não pedirão o seu consentimento pa- « ra se casarem. »

§. 480.

Este Assento nesta determinação he em parte fundado no Direito introduzido pela Glossa recebido nas Nações civilisadas, (a) como elle diz no §. precedente; e em parte he fundado no espirito da nossa Legislação, que depois se veio a exhibir nas Leis de 12 de Junho, e de 29 de Outubro de 1775. Elle sim parece claro; mas interpretando-se conforme os Direitos, que teve em vista, precisa de muitas illustrações, que passo a expôr, glossando as suas palavras.

(a) Se bem que muitos DD. o derivão da *L.* 73. §. 1 *ff. de Jur. dot.* da *L.* 20 *ff. solut. matr.* da *L.* 12. §. 3. *ff. de admnistr. tutor.*, e da *L.* 1. §. *in fin. ff. Tut. et rat. distrak.*

§. 481.

« *São os irmãos obrigados a alimentarem os irmãos,* etc. » Esta obrigação não só comprehende 1.° os irmãos germanos, e legitimos; não só 2.° os consanguineos, e uterinos unilateraes; não só 3.° as irmãs ricas, e opulentas; mas 4.° aos irmãos naturaes; e em fim 5.° ainda aos irmãos espurios, e incestuosos. (a) Obrigação, que se amplia á mulher do irmão. (b) E se o marido da irmã he pobre, que não póde bem alimentalla, deve o irmão supprir-lhe a falta. (c)

(a) Stryk. *vol.* 1. *Disp.* 2. = *De potioribus fratrum juribus* = *C.* 4. *a n.* 22. Mull. ad Struv. *Exerc.* 30. *thes.* 78. Coler. *de Alim. L* 1. *C* 9. Michalor. *de Fratr. P.* 3. *C.* 32. Maced. *Dec.* 35. *n.* 1. *et.* 2. Surd. *de Alim. T.* 1. *q.* 25. Guerreir. *Tr.* 3. *L.* 5. *C.* 15. *a n.* 17.

(b) Coler. *supr. n.* 19.

(c) Surd. *supr. n* 8. Altim. *de Nullit. tom.* 8 *pag.* 67. *col.* 1.; e assim o refere julgado Peg. *de Maior. tom.* 4 § 11. *sub. n.* 6.

§. 482.

« *De todos, e quaesquer bens que elles possuão*, etc. » Amplia-se esta obrigação aos irmãos, que tem Beneficios Ecclesiasticos; porque mesmo dos rendimentos delles são obrigados a alimentar todas aquellas qualidades de irmãos, sendo pobres.

Coler. *supr. n.* 15. Garcia *de Expens. C.* 3. *n.* 36. Surd. *a n.* 11. Michalor. *n.* 13. *et.* 14. Mull. ad Struv. *supr.* ¥. *Clericus.* Altim. *supra Col* 2. ¥. *Frater Clericus.*

§. 483.

« *Com declaração porém que esta obrigação dos « irmãos cessará em todos os casos a ella applicaveis, « em que cessa a dos pais*, etc. Ora 1.° a obrigação dos pais conforme o mesmo Assento he ampla a toda a especie de alimentos, ainda mesmo para os estudos dos filhos, como mostrei na P. I. C. 3; mas a obrigação dos irmãos reconhece o mesmo Assento não ser fundada, como a dos ascendentes, no Direito Natural; mas só no direito do sangue, e menor que a do pai: (a) E em consequencia o irmão não he obrigado a mais que ao sustento, e ao vestido, e não aos subsidios para os estudos. (b)

(a) Maced. *Dec.* 35. *n.* 7. *in fin.* Coler. *de Alim. L.* 1. *C.* 9. *n.* 21.

(b) Stryk. *ae Action. forens. Secç.* 1. *membr.* 2. §. 22. Coler. *n.* 26. Michalor. *de Fratr. P.* 1. *C* 25. *n.* 31. *et P.* 2. *C.* 12. *n.* 17. Mull. ad Struv. *supr.* ¥. *Sumptibus studiorum.* = Voet. *ad Pandect. L.* 37. *T.* 6. *sub. n.* 23. Porque como diz o mesmo Stryk. a obrigação de alimentar os irmãos he só subsidiaria, e por isso não se extende além do necessario: Nem o irmão póde pertender do irmão ser alimentado, e tractado conforme a qualidade, e dignidade delle. — Se o filho, e irmão depois da morte dos pais ficando com os irmãos em commum

prosegue nos estudos, todas as despezas nelles lhe são imputadas na sua parte, Voet. *supra*, Vinn. *de Collect. C.* 13. *n.* 5.

§. 484.

Tambem 2.° o mesmo assento constitue os pais na obrigação de alimentar os filhos « ou não tenhão « ainda recebido as legitimas, ou as hajão já rece- « bido, e dissipado. » Porém os irmãos, em que se não dá como nos pais a obrigação natural, não a tem de alimentar só pelo direito do sangue hum irmão, que fôr de huma conducta irregular, como declarou o Codigo Frederico *P.* 1. *L.* 2. *T.* 6. §. 18. *v. Cette obligation*, ou tiverem dissipado seus bens.

Surd. *de Alim. T.* 7. *q.* 15. *n.* 11. Coler. *de Alim. L.* 1. *C.* 9. *n.* 25. Michalor. *de Fratr. P.* 3. *C.* 32. *n.* 25., aonde limita « In juvene, « qui non animi vitio, sed aetatis, sua dilapi- « dasset bona; aetati enim est indulgendum, « cujus fragile est consilium. » Veja-se porém Maced. *Dec.* 35. em cuja hypothese o irmão, a que outro havia assignado peculio para alimentos o perdeo por casualidade, e segunda vez lhos arbitrárão menos na quinta parte. E assim tambem o que o Assento determina a respeito do filho, que dissipou a legitima, não tem inteira applicação ao irmão pela diversidade de razões.

Mas em Peg. de Maior. tom. 4. §. 13. sub. n. 26. et 27. se julgou a obrigação de alimentar o irmão pobre, mais parcamente, ainda que tenha dissipado os seus bens; porque não os dissipou com dolo positivo de fraudar o irmão, e por estar emendado de seus vicios, etc.

§. 485.

Cessa 3.° no pai a obrigação de alimentar os filhos « no caso de terem comettido contra o pai « alguma ingratidão, pela qual possão ser desherda-

« dos por elles. » Porém ainda que hum filho chegasse a ser effectivamente deserdado pelo pai, e ainda que o pai prohibisse aos mais filhos irmãos delle que jámais o alimentassem, sempre sobre elles recahe a obrigação como irmãos, e pelo direito do sangue. (a) Duvida-se sim se o irmão ingrato se faz indigno de alimentos, assim como o filho ingrato ao pai, principalmente quando a ingratidão não he alguma daquellas, que relata a nossa Ord. L. 4. T. 90. §. 2 O citado Coler *de Aliment.* L. 1. C. 9. a n. 22. assenta que o irmão se faz indigno de alimentos, não só por qualquer destas quatro causas, mas pelas outras, pelas quaes o pai póde desherdar o filho Esta resolução he conforme com o nosso Assento (b)

(a) Mull. *ad Struv. supr.* Coler *n.* 9. Michalor. *P.* 3. *C.* 32 *n.* 22. Surd *de Alim. T.* 1. *q.* 25. *n* 7. Altim. *tom.* 8. *pag.* 68 *Col.* 1. *y. Frater a patre exhæredatus.*

(b) Altim. *supr.* Michalor. *supr. n.* 28. — Supposto que ao filho, que cometteo causa de desheredação, se salvem huns alimentos modicos *ne fame pereat*, como fica demonstrado §. 19. á unica excepção dos casos ahi limitados, com tudo no irmão ingrato parece que ainda mesmo cessa esta obrigação de ser parcissimamente alimentado: Porque se lá o pai he obrigado por Direito Natural, e Civil, aqui só pelo direito do sangue, e ficão inapplicaveis ao caso do irmão ingrato as Doutrinas citadas no dicto §. 19 — *Cogita.*

§. 486.

Cessa 4.°, na fórma do Assento, no pai a obrigação de alimentar o filho, quando o pai apenas tem o indispensavel necessario para a propria sustentação: Esta limitação he justamente applicavel ao irmão, que apenas tem o necessario para a sua sub-

sistencia. (a) Porém tendo-se visto proximamente no §. 483. que a obrigação dos irmãos he menor que a dos pais, e que só são obrigados a hum subsidio, não deve o irmão coangustar tanto o seu tractamento como o pai para alimentar o irmão, e o rigor das Doutrinas citadas no §. 11. e seg. se deve mitigar, quando o irmão he demandado pelo irmão.

(a) Coler. *L.* 1. *C.* 9. *n* 20. Michalor. *de Fratr. P.* 3. *C.* 32. *n* 30. Surd. *de Alim. T.* 7. *q.* 15. *n.* 30.

§. 487.

Cessa 5.° no pai, conforme o Assento, a obrigação de alimentar os filhos « no caso, em que se po-« dem alimentar a si mesmos, ou de alguns bens que « tenhão, ou de alguma occupação propria da sua « condição, que possão ter. » Esta limitação he justamente applicavel ao irmão, que demanda alimentos ao irmão; porém com as modificações, que ficão expostas §. 16. e seg., que aqui são applicaveis.

Surd. *supr.* Michalor. *a n.* 6. *et* 23 Coler. *n.* 21.

§. 488.

« *E muito especialmente nos casos, em que os ir-« mãos, que pedem os alimentos, se tenhão sem jus-« ta causa apartado da casa dos irmãos, a que os « pedem.* » Esta he semelhante á 4.ª, que expõe o mesmo Assento a respeito dos filhos, que sem causa se apartão da casa dos pais: E para a sua exposição veja-se o §. 23. Advertindo-se que se o filho só he obrigado a prestar ao pai os officios obsequiaes, officiaes, e industriaes, conforme a qualidade de suas pessoas, e não os serviços arteficiaes, como alli provei dicto §. 23., nem o que lhe seria indecoroso prestar; (confirma-se o Cap. 2. da P. II.) o mesmo procede no irmão, que recebe alimentos em casa do irmão: Reflectindo-se que o nosso Assento só obriga o alimentario a huma satisfação « *dos obsequios, e*

« *respeitos*, que constituem huma pensão necessa-« ria, e impreterivel pelos que recebem alimentos. » De fórma que se o irmão fizer serviços taes como hum criado, e que excedão a compensação dos alimentos, e vestidos, não duvido que mereça salario.

§. 489.

« *Os illegitimos porém, que depois de fallecidos os* « *pais se casarem, serão obrigados requerer o consen-* « *timento dos irmãos*, etc. » Aqui occorre huma dúvida, que depende de huma interpretação authentica: Este Assento se vê datado em 9 de Abril de 1772 antes das Leis de 19 de Junho, e 20 de Novembro de 1775, que comminárão a pena de desherdação, e privação de alimentos aos filhos, que casassem sem consentimento dos pais, tutores, e curadores, ou sem supplemento judicial, e sem distincção de idades; mas não comprehendêrão o caso do irmão illegitimo casar sem authoridade do irmão legitimo, ainda que forão posteriores ao dicto Assento: Este foi depois das ditas Leis confirmado em tudo pelo Alvará de 29 de Agosto de 1776: Logo pelo dicto Assento, e Alvará, que o confirmou, ficárão sujeitos á pena de privação de alimentos (sem contradicção das Leis de 1775) os illegitimos, que em qualquer idade casarem sem consentimento dos irmãos, sejão ou não maiores de 25 annos; porque ainda aos legitimos, e mesmo aos varões declarava, e commi-nava a mesma pena: E até aqui não ha dúvida.

§. 490.

Ora: Sobreveio a tudo a Lei de 6 de Outubro de 1784, e isentou da pena de ex-heredação, e consequentemente da privação de alimentos aos filhos, que passando já de 25 annos casarem sem consentimento dos pais, obrigando-os sómente á formalidada de lhe tributar huma simples reverencia, e hum apparente respeito para o pertendido casamento, a que já o pai se não póde oppôr: Suscita-se pois a

dúvida se o que aqui esta ultima Lei permittio aos filhos maiorennes a respeito dos pais, e a liberdade que lhes deo de casar já sem o consentimento delles, procede a respeito dos irmãos; e se aquella Lei revogou ao menos indirectamente, ou declarou o nosso Assento para passados os 25 annos poderem os irmãos, sem incorrerem na pena nelle comminada, casar livremente, cumprindo só com a simples ceremonia de implorarem a venia dos irmãos? Outra vez digo, a dúvida depende de interpretação authentica.

Quanto a mim, parece-me que o dicto Assento nesta parte ficou intacto pela Lei de 6 de Outubro. « Porque (razão genuina do mesmo « Assento) quanto mais favorecidos são os ille- « gitimos pelos pais em os reconhecerem, e « tractarem como filhos, tanto mais devem hon- « rallos em tudo, e por tudo: E faltando á obri- « gação deste preceito, devem incorrer em pe- « nas mais graves do que os filhos legitimos, « que a elles faltão. » E comminando-se ao sirmãos illegitimos a privação de alimentos, quando casão sem consentimento dos irmãos, que os reconhecem, esta comminação deve comprehender toda a idade, em que casem sem consentimento dos pais ou dos irmãos. E havendo razões diversas maiores; e tão expressas, não deve ampliar-se a este caso o §. sexto da Lei de 6 de Outubro; e em toda a idade, que os illegitimos casem sem authoridade dos irmãos, se privão do direito de lhe pedir alimentos.

§. 491.

Cessa finalmente, além dos casos figurados no Assento, a obrigação de alimentar os irmãos, quando tem mãe viva com faculdades para os alimentar; porque em falta do pai succede na mãe rica essa obrigação, porque a do irmão he ultima, e sub-

sidiaria. (a) E supposto alguns com Guerreiro *Tr.* 1. *L.* 4. *C.* 7. *n.* 70. limitem no irmão possuidor do Morgado, proveniente dos avós, ao qual incumbem a primaria obrigação de alimentar o irmão, e não a mãe, com tudo o nosso Assento, declarando-nos que « os Morgados instituidos por avós, e ascendentes, « attendida tão sómente a sua natureza, não trazem « comsigo annexa a pensão, e encargo algum de sus- « tentarem, os que os possuem, parente algum seu « collateral; » e supposta esta declaração fica cessando essa opinião; e procede a regra geral de que a primaria obrigação em falta do pai recahe na mãe opulenta, e que só a ultima, e subsidiaria recahe no irmão.

(a) Michalor. *de Fratr. P.* 3. *C.* 32. *n.* 26. *et* 27. Altim. *tom.* 8. *q.* 1. *pag.* 67. *Col.* 2. Sabell. §. *Frater. n.* 12. Guerreir. *supr. n.* 69. — Se a mãe sim tem bens de que possa fornecer ao filho alguns alimentos, mas não todos os necessarios, então o irmão póde demandar ao irmão para lhe supplementar a parte, que a mãe não póde, optime Guerreir. *supra n.* 73. 74. 75. *e* 76.

§. 492.

Nos casos pois, em que o irmão tem obrigação de alimentar o irmão, tambem tem consequentemente a obrigação de lhe fazer as despezas do funeral. (a) (Veja-se o §. 476.) E se o irmão opulento, que tinha obrigação de alimentar o irmão pobre he o primeiro, que morre, e deixa outros herdeiros extranhos, passa para esses a mesma obrigação do irmão quando vivo. (b)

(a) Coler. *de Aliment. L.* 2. *C.* 1. *a n.* 12. Mull. ad Struv. *Exerc.* 15. *thes.* 67. Stryk. *us. mod. L.* 11. *T.* 7. §. 41. 42. *et* 43.

(b) Altim. *supra pag.* 68. Castill. *L.* 5. *Contr. C.* 104. *n.* 48.

§. 493.

Quanto porém aos alimentos preteritos, não he o irmão rico obrigado presta-los ao pobre, a menos que este o não tivesse interpellado, e protestado, e para se alimentar se visse precisado pedir emprestimos.

Michalor. *de Fratr. P. 3. C. 32. n.* 31. Altim. *supra.*

§. 494.

Quanto aos alimentos provisionaes, e *expensas litis*, he igualmente o irmão obrigado presta-los ao irmão; ou quando pede os ordinarios, ou quando pede a legitima, ou quando propõe a querella *inofficiosi testamenti*; com tanto que 1.° prove a quasi posse da filiação, e fraternidade; 2.° o bom direito na causa principal; 3.° a sua pobreza, e indigencia; 4.° a opulencia do irmão, e isto ao menos summariamente.

Stryk. *vol.* 1. *Disp.* 19. = *De Decreto interimistico* = *C. 2. a n.* 122.

Michalor. *supr. a n.* 18. Peg. *de Maior. tom.* 4. §. 13. *a n.* 4. Constantin. *ad Statut. Urb. annot.* 59. *art.* 8. *a n.* 360. *ad* 387.

§. 495.

Por via de regra o irmão, que sem obrigação prestou alimentos ao irmão não póde repeti-los, porque se presumem doados: Limita-se porém 1.° se as despezas forão em remir o irmão do captiveiro: 2.° se o irmão fosse administrador dos bens do irmão: 3.° se houver alguma conjectura, que exclua a de doação: 4.° se protestar pelos alimentos: 5.° se as despezas forem grandes: 6.° se estas forem feitas não com a pessoa, mas com os bens do irmão: 7.° se o mesmo que prestou os alimentos fôr pobre.

Michalor. *de Fratr. P. 3. C. 32. a n.* 32. Surd. *de Alim. T.* 6. *q.* 12. Coler. *de Alim. L.* 3.

C. 6. *a n.* 34. Veja-se largamente Guerreir. *Tr.* 3. *L.* 5. *C.* 16.

CAPITULO II.

Em que casos he ou não o irmão obrigado dotar a irmã: Quando se presuma dota-la dos seus bens, ou dos della que elle administra: Em que casos póde gravar com condições o dote que lhe faz.

§. 496.

Unicamente por argumento *a contrario sensu* deduzido da L. 12. §. 3. *in fin. ff. de Administrat. et pericul. tutor.* deduzem os DD. a obrigação, que tem os irmãos opulentos de dotarem as irmãs pobres, como nota Voet. *ad Pandect. L.* 23. *T.* 3. *sub. n.* 14.: E neste argumento juncta a opinião da Glossa fin. na L. Non omni Cod. de administrat. tutor.; e na d. L. 12. §. 3. se estabeleceo geralmente a commum opinião seguida pelos DD. das Nações: (a) Entre os nossos Reinicolas se vê seguida a mesma opinião: (b)

(a) DD. que cumulárão Michalor. *de Fratr. P.* 3. *C.* 33. *a n.* 1. Mull. ad Struv. *Exerc.* 30. *thes.* 3. *pag.* 423. *col.* 1. Stryk. *vol.* 1. *Disp.* 20. *C.* 4. *n.* 25. Bagn. *C.* 13. *a n.* 1.

(b) Bagn. *supra*, Pereir. *Dec.* 28. *n.* 3. Cald. *for. L.* 1. *q.* 18. *n.* 25. *et.* 31. Phaeb. *Dec.* 156. *n.* 20. Pinell. *in L.* 1. *Cod. de Bon. mat. n.* 101.; e finalmente por Barbos., e Themud., que segue Mell. Freir. *L.* 2. *T.* 9. §. 8. — Não faltárão hum Coccey *Jus Contr. L.* 23. *T.* 3. *q.* 4., e hum Merend. *Contr. Jur. L.* 3. *C.* 16. a oppôr-se a esta commum opinião com razões bem plausiveis; mas entretanto ella prevalece.

§. 497.

Esta obrigação, que tem o irmão de dotar a irmã, só comprehende a irmã germana bilateral, ou ainda a irmã consanguinea filha do mesmo pai; mas não se extende á irmã uterina unilateral, que só he irmã pela parte da mãe.

Bagn. *C.* 13. *n.* 50. Stryk. *vol.* 1. *Disp.* 20. *C.* 4. *n.* 25. Mull. ad Struv. *Exerc.* 30. *thes.* 3. *pag.* 423. *col.* 1. — *Aliter* quanto aos alimentos, que o irmão sempre he obrigado prestar á irmã uterina, no que convem os DD. citados.

§. 498.

Porém para o irmão germano, e consanguineo se constituir nesta obrigação, he preciso por huma parte 1.° que a irmã não tenha mãe opulenta, na qual, depois do pai, recahe, antes do irmão, a obrigação de dotar a filha, ou não tenha outro ascendente paterno, ou materno, sobre os quaes recahe, sendo solvaveis, a primaria obrigação, sendo a do irmão ultimamente subsidiaria.

Barbos. *in L.* 1. *p.* 4. *ff. solut. matr. n.* 137. Card. de Luc. *de Dot. Disc.* 29. *n.* 5. Cald. *for. L.* 1. *q.* 18. *n.* 30. Fontanell. *de Pact. Claus.* 5. *Gloss.* 3. *n.* 11. 35. *cum seqq.*

§. 499.

He preciso 2.° que a irmã, que pede dote não tenha o sufficiente para se dotar a si mesma por seus bens, ou que não fosse dotada por outra pessoa. (a) Bem como não he o irmão obrigado a dotar a irmã, quando esta pelos seus dotes do espirito, ou do corpo, pelas suas singulares virtudes, e qualidades, acha, sem outro dote, hum esposo digno. (b)

(a) Barbos. *P.* 4. *L.* 1. *n.* 125. *ff. solut matrim.* Michalor. *de Fratr. P.* 3. *C.* 3. *n.* 19. — E nem ainda a mãe he em tal caso obrigada

a dota-la, Card. de Luc. *de Dot. Disc.* 142. *n.* 52. Castill. *L.* 5. *C.* 137. *n.* 63. Gam. *Dec.* 376. *et ad omnia* Mull ad Struv. *supr. pag.* 423. *col.* 2.

(b) Mull. *supr. pag.* 423. *col.* 2. *in fin.* Confira-se a Nota. ao §. 491.

§. 500.

Por outra parte he preciso 3.° que o irmão seja opulento com possibilidades para dotar a irmã; porque sendo pobre cessa nelle esta obrigação.

Mull. *sup.* Phaeb. *P.* 2. *Dec.* 156. *n.* 20. Pereir. *Dec.* 28. *n.* 5. « Inops autem in hoc lo-« co dicitur, cui dote sorori datae, non tantum « superest, ex quo ipse cum suis secundum di-« gnitatem, et conditionem suam commode « vivere posset. » Struv. *supra* Peg. *de Maior. C.* 4. *n.* 376.

§. 501.

Verificados pois estes requisitos, (§. 497. até 500.) he o irmão obrigado dotar a irmã pobre, ainda que 1.° o irmão não tenha redditos mais que de algum pingue, e rendoso Beneficio Ecclesiastico: (a) E muito mais se o irmão Clerigo tiver abundantes bens patrimoniaes, porque a razão do estado o deve estimular mais á piedade de dotar huma irmã pobre, dotando-a (se tiver Beneficio) primeiro por estes bens, e só subsidiriamente pelos redditos delle. (b).

(a) Mull. *supra* §. *Clericatus.* Stryk. *vol.* 1. *Disp.* 20. *C* 4. *sub n.* 25. Fontanell. *supra a n.* 30. Michalor. *d. C.* 38. *n.* 3. Card. de Luc. *de Dot. Disc.* 142. *n.* 57. Cald. *for. L.* 1. *q.* 18. *n.* 28.

(b) Giurb. *Dec.* 45. *n.* 12. Lagun. *de Fructib. P.* 2. *C.* 7. *a n.* 9. Fontanell. *supr. n.* 32. Barbos. *P.* 4. *L.* 1. *ff. solut. matr. n.* 132. Bagn. *supr. a n.* 33. *ad* 44. Jul. Capon. *de Dote q.* 4

n. 79. *pag.* 74. Constantin. *ad Statut. Urb. annot.* 32. *a n.* 4.

§. 502.

Ainda que 2.° o irmão não tenha mais que algum opulento Morgado, de cujos redditos tenha sobejos, com que possa dotar a irmã, e isto não como onus annexo ao Morgado; mas, e tão sómente pela simples razão de irmão rico, e opulento. (a) Ainda que 3.° o irmão rico nada herdasse dos pais, e a sua opulencia lhe proviesse *aliunde*. (b) Ainda que 4.° o irmão seja menor: Com advertencia, de que sendo necessario vender ou alienar bens de raiz para constituir o dote á irmã pobre, he necessario o decreto judicial, aliàs he nulla a alienação, e nullo o dote. (c) Se bem que se o irmão opulento, e menor dota huma irmã pobre, fica ratificado o dote não o reclamando elle até á idade de 29 annos. (d) Ainda que 5.° o dote se peça pela irmã para entrar em Religião. (e) Ainda que 6.° a irmã tivesse sido desherdada justamente pelo pai. (f) Ainda que 7.° seja irmã, porque he igualmente obrigada dotar a irmã pobre, com tanto que ella se não espolie do seu necessario dote. (g)

(a) Peg. *de Maior. C.* 4. *n.* 376. Cald. *for. L.* 1. *q.* 18. *n.* 27. Bagn. *C.* 13. *a n.* 20.

(b) Michalor. *de Fratr. P.* 3. *C.* 32. *n.* 4. Cancer. *tom.* 1. *var. C.* 16. *sub. n.* 31. Bagn. *supr. n.* 18. *et.* 19. Mull. ad Struv. *supr. pag.* 423. *col.* 2. *in princ.* Stryk. *vol.* 1. *Disp.* 20. *C.* 4. *sub n.* 25. Constantin. *supr. n.* 3.

(c) Bagn. *supra a n.* 4.

(d) Pereir. *Dec.* 28.

(e) Bagn. *n.* 37.

(f) Cald. *supr. n.* 26. Phaeb. *Dec.* 46. Bagn. *n.* 38. — Porém em contrario vejo Jull. Capon. *de Dot. Cap.* 4. *pag.* 74. *n.* 81. Barbos. *in L.* 1. *p.* 4. *n.* 145 *ff. solut. matr.* — *Et. pro utraque*

parte DD. apud Altim. *de Nullit. tom.* 5. *q.* 35. *n.* 375.

(g) Bagn. *supra n.* 46. *et* 47. Jull. Capon. *supr. n.* 80.

§. 503.

Se a irmã pobre tem irmãos bilateraes, e consanguineos unilateraes, a primaria obrigação de a dotar incumbe aos irmãos germanos, que *aliàs* hão-de ser seus herdeiros *ab intestato*. (a) Se tem muitos germanos ou consanguineos, cada hum dos quaes não póde por si constituir-lhe dote competente, devem concorrer todos conforme suas possibilidades para o perfazerem, *ad instar*, do que a respeito dos alimentos fica dicto na Nota ao §. 491. (b)

(a) Card. de Luc. *de Dot. Disc.* 142. *n*° 60. Bagn. *C.* 13. *n.* 15. Constantin. *supr. n.* 8.

(b) Mull. ad Struv. *supra pag.* 423. *col.* 1. ¥. *Si plures sint fratres germani.*

O irmão fidei-commissario dos bens do pai ou ascendente, que aliàs era obrigado dotar a filha, póde alienar para o dote della os bens do mesmo fidei-commisso, Mull. ad Struv. *supr. pag.* 423. *co.l* 2. Pinheir. *de Testam. Disp.* 4. *Secç.* 8. §. 7. *a n.* 1284.: Porém Michalor. *de Fratr. P.* 3. *C.* 33. *a n.* 9. *ad* 16., faz varias distincções.

§. 504.

Para regular o dote, que o irmão rico deve dar á irmã pobre não ha regra certa em Direito; a sua taxa depende do arbitrio do Juiz attendendo a qualidade dos irmãos, a riqueza do que deve dotar, o costume do Paiz, etc.: Bem entendido que este dote, que he sómente em subsidio, não he tão amplo como aquelle que he constituido pelo pai: Deve attender-se principalmente a qualidade da dotada, e a sua necessidade; porque seria duro que o irmão que pelos seus trabalhos, e pelas suas virtudes, tem ad-

quirido bens, e dignidades, fosse obrigado a regular conforme a estas os dotes de suas irmãs.

Bagn. *C.* 13. *n.* 103. Card. de Luc. *de Dot. Disc.* 144. *n.* 49. Constantin. *supr. n.* 26. 27. *et* 28. Vid. §. 483.

§. 505.

Obrigado pois o irmão rico por este direito a dotar a irmã pobre, concordão uniformemente os DD. que, quando assim obrigado o constitue, não póde impor-lhe o pacto reversivo ao doador, ou seus herdeiros no caso, em que a dotada morra sem filhos. (a) Da mesma fórma se o pai deixa no testamento o dote á filha, gravando ao irmão herdeiro para que lho preste, não póde tambem impor-lhe o tal pacto reversivo, nem tão pouco quando lhe satisfaz o dote como herdeiro do pai. (b) E só lhe póde o irmão impor o pacto reversivo, quando liberalmente, e sem ser por algum direito obrigado, dota a irmã, ou lhe augmenta o dote já feito pelo pai. (c)

(a) Michalor. *de Fratr. P.* 3. *C.* 33. *n.* 7. *et* 8. Bagn. *supr. a n.* 88.

(b) Card. de Luc. *de Dote Disc.* 26. *n.* 6. Conciol. *ad Statut. Eugub. L.* 2. *rubr.* 49. *n.* 22. Bagn. *a n.* 91.

(c) Card. *de Luc. supr. n.* 6. *et Disc.* 155. *n.* 17. Michalor. *n.* 8. Bagn. *a n.* 94.

§ 506.

Se o irmão, ou pelo testamento do pai commum era obrigado ao dote da irmã, ou se lhe era devedor, ou administrador de sua legitima, he regra geral que na dúvida se presume que lhe constitue o dote *administratorio nomine*, e com animo de compensar o que lhe devia, e não dos proprios bens do dotador: (a) E nestes casos não póde pôr pacto reversivo no dote para o caso que a dotada irmã falleça sem filhos, a menos que a irmã não consinta ex-

pressa, e claramente no onus, e pacto reversivo, sem embargo de ser imposto nos seus bens. (b)

(a) Michalor. *P.* 3. *C.* 34. *a n.* 6. Stryk. *vol.* 1. *disp.* 20. *C.* 4. *n.* 26. Constantin. *ad Statut. urb. annot.* 32. *a n.* 42. Altim. *tom.* 5. *q.* 35. Mull. ad Struv. *supr. pag.* 424. *col.* 1. Guerreir. *Tr.* 2. *L.* 6. *C.* 3. *n.* 62. *et* 68. — Mas veja-se Pereir. *Dec.* 13. *n.* 8., se bem que confutado por Maced. *Dec.* 23. *n.* 11.

(b) Constantin. *supra a n.* 69. Card. de Luc. *supr. Disc.* 90. *n.* 8. *et Disc.* 155. *a n.* 6.

§. 507.

Tambem se subentende que o irmão não faz dote de seus bens, nem consequentemente póde impor o pacto reversivo, quando dotando a irmã obtem della em seu favor huma renuncia das legitimas paterna, e materna; porque então o dote he como subrogado em lugar dellas. (a) Se porém o que o irmão dota á irmã excede o que elle lhe devia, ou o que o pai lhe deixou, ou as legitimas della, etc., todo o excesso se attribue a doação liberal do irmão, e este excesso he susceptivel de gravame, e pacto reversivo. (b) Mas este excesso como doação propria depende de insinuação.

(a) Card. de Luc. *de Dot. Disc.* 90. *n.* 9. *et Disc.* 155. *n.* 5. Constantin. *supr. n.* 47. Altim. *n.* 581. ℣. *Censetur.*

(b) Constantin. *n.* 48. Card. de Luc. *Disc.* 90. *n.* 10. *et* 11. Altim. *sub n.* 581.

§. 508.

Esta presumpção porém (§. 506.) se limita, e cessa 1.° quando o irmão administrador da irmã declara que a dota em seu nome proprio, e do proprio dinheiro: 2.° quando o irmão amava extremamente a irmã; porque então se presume que exercitou com ella liberalidade pura: 3.° no excesso que lhe dota,

feita huma compensação do equivalente, que devia á irmã.

Michalor. *de Fratr. P.* 3. *C.* 34. *n.* 14.

§. 509.

Quanto ás irmãs uterinas, he na verdade questão muito controversa se os irmãos pela simples razão de irmãos são obrigados dota-las, como se póde ver na variedade de opiniões, que expõe Constantin. *supr. a n.* 13. et Bagn. *C.* 13. *a n.* 50. Entretanto he louvavel o irmão, que dota á irmã uterina, Bagn. n. 73.

§. 510.

Restão só duas duvidas: 1.ª se o irmão, que foi obrigado dotar a irmã consanguinea, perdendo ella por culpa ou sem culpa o dote, deva outra vez dota-la? Uniformemente se assenta que não. (a) 2.ª Se o dote, que o irmão obrigado, e constrangido por meio de acção civil constitue de seus bens proprios á irmã pobre, precisa ou não de insinuação? Parece que não, por ser huma satisfação de divida legal, e não acto meramente liberal, e gratuito, em que possa verificar-se propriamente doação, segundo as definições, que expõe Altim. *tom.* 5. *q.* 32. *a n.* 5.

(a) Bagn. *supra n.* 99.

Sobre o pacto reversivo veja-se a minha especial Dissertação.

CAPITULO III.

Direitos reciprocos dos irmãos, e socios nas cousas communs em quanto não estão partidas.

A Rubrica deste Capitulo inclue em si muitas questões praticas, e frequentes no foro, que particularmente me proponho tractar, e resolver.

Questão 1.ª

Se o irmão ou socio, que habita a casa commum, em quanto não dividida, deve pagar ao irmão ou consocio renda della?

§. 511.

Os DD. mais frequentemente assentão que o irmão, ou consocio, que habita a casa commum, em quanto não está dividida, não deve rendimento ao consocio; porque em quanto indivisa, tem cada hum parte *in qualibet minima parte, quasi totius dominus reputatur;* e não póde habitar o que he seu sem juntamente habitar a parte commixta do consocio.

Ubold. *de duob. fratrib. P.* 5. *sub n.* 11. Felic. *de Societ. C.* 28. *n.* 63. Michalor. *de Fratr. P.* 3. *C.* 36. *n.* 25. Pacion. *de Locat. C.* 35. *n.* 37. Valasc. *de Part. C.* 4. *a n.* 17. Guerreir. *Tr.* 3. *L.* 5. *C.* 4. *n.* 46. Cald. *de Emption. C.* 9. *n.* 19., onde diz que assim se pratica no foro, etc.

§. 512.

Limita-se porém esta regra 1.° quando a casa mesma costumava andar toda arrendada. (a) Com a declaração porém que se hum dos Socios tomou de arrendamento a casa antes de ter nella communião, findo que seja o arrendamento, não fica tacitamente reconduzido: *Aliter* se tomou de arrendamento a parte do consocio depois de ser commum a casa. (b)

(a) Felic. *supr. n.* 66. Pacion. *supr. n.* 42. Valasc. *supr. n.* 2. Guerr. *supr.*

(b) Assim concilião as opiniões neste ponto Pacion. *de Locat. supr. a n.* 38. *et* 43., e Mantic. *de Tacit. L.* 5. *C.* 1. *n.* 7. 8. *et* 9. E se bem que Michalor. *n.* 27. Gom. 2. *var. C.* 3. *n.* 14. *in fin.:* Caroc. *de Locat. in T. De re commun. n.* 49., *e Cald. supr. n.* 19. *in fin.* defendem com

razões bem plausiveis que o Socio ainda que arrende v. gr. por hum anno a casa já commum, findo o anno não ha tacita reconducção, antes se presume que variou a habitar a casa pelo diverso direito da communião, a esta opinião, e suas razões se oppõe Pacion. a *n.* 40. Ubald. *supr. sub n.* 11. Menoch. *L.* 3. *praes.* 85. *a n.* 15. Felic. *supr. a n.* 67.

§. 513.

Limita-se 2.° se o Socio, que habita a casa commum impede ao outro Socio o uso della. (a) 3.° Se o mesmo foi provocado para a partilha: (b) 4.° Se não póde commodamente dividir-se, o que deve provar-se pelo habitador, como fundamento da sua intenção. (c) Se bem que alguns DD. seguem que quando a casa he tão pequena, que apenas chega para hum habitador, não he este obrigado a pagar renda della. (d) O que eu sigo.

(a) Pacion. *de Locat. C.* 35. *n.* 45. Michalor. *de Fratr. P.* 3. *C.* 36. *n.* 26.

(b) Pacion. *supra n.* 47. Michalor. *n.* 26.

(c) Pacion. *n.* 46. Coroc. *de Locat. in Tit. de Re communi n.* 21. Valasc. *de Part. C.* 4. *n.* 20.

(d) Altim. *de Nullit. tom.* 4. *q.* 25. *n.* 231.

O mais a este respeito veja-se no meu Trat. de todos os Direitos respectivos a casas §. 267. e seg., a que me remetto.

Questão 2.ª

Em que casos tem os irmãos, e consocios entre si o direito da prelação na cousa indivisa sendo commum.

§. 514.

Não tem o consocio irmão o direito de prela-

ção, quando o consocio irmão quer vender a parte que lhe pertence na cousa commum, e indivisa; mas o irmão a póde vender livremente a quem quizer, ficando o comprador subrogado em lugar do irmão consocio vendedor, e fazendo na partilha depois a mesma figura, Ord. L. 4. T. 11. no princ., que assim expõe Silva *ibidem a n.* 4.

§. 515.

Tambem parece que o socio irmão não tem o direito da prelação para preferir na locação, e conducção da casa commum, offerecendo que a quer tanto pelo tanto, e pagar quanto outrem por ella der, Ord. L. 4. T. 23. no princ. Porém esta Ordenação suppõe os termos de não ter o que pertende morar na casa, tanto pelo tanto, dominio algum nella, e que a controversia he entre quem tem o pleno dominio *in solidum*, e o que não tem dominio algum: Porém quando são muitos consocios na cousa commum, todos tem parte *in qualibet minima parte;* todos a podem dizer sua: E por isso não tem esta Ord. aqui applicação propria: E uniformemente assentão os DD. fundados em principios da razão, e da equidade (que deve predominar ao stricto rigor de Direito entre irmãos) que no arrendamento da casa, ou de qualquer cousa commum, prefere o irmão ou consocio, tanto pelo tanto, a qualquer outro arrendatario.

Felic. *de Societ. C.* 28. *a n.* 52. Guerr. *Tr.* 3. *L.* 5. *C.* 4. *n.* 45. Michalor. *de Fratr. P.* 3. *C.* 36. *a n.* 22. Pacion. *de Locat. C.* 9. *n.* 17. Voet. *ad Pandect. L.* 10. *T.* 3. *n.* 8. — E quanto ao Moinho commum Hering. *de Molend. C.* 34. *n.* 28.

§. 516.

Ainda mesmo quando em hasta publica se vende por divida do consocio a parte, que lhe pertence

na cousa commum, em igual lanço, e em igual abono prefere o consocio.

Assim o diz Moraes *de Execut. L.* 6. *C.* 13. *n.* 24. *in fin.*, e melhor Mangill. *de Subhast. q.* 61. *Posth. de Subhast. Inspect.* 36. *a n.* 45.

§. 517.

Tambem se se tracta de licitação de cousa individua, e se admitte licitador extranho, (a) em igual licitação prefere o consocio ao licitador extranho; e entre coherdeiros em igual licitação prefere, tanto pelo tanto, o que na cousa individua tem maior porção. (b) Finalmente o consocio tem preferencia na venda das aguas communs por força de huma equidade, e para evitar rixas, e discordias. (c)

(a) Valasc. *de Partit. C.* 11.

(b) Constantin. *ad Statut. Urb. annot.* 21. *art.* 2. *n.* 119. *juncto n.* 110.

(c) Gob. *de Aquis q.* 4. *n.* 18. *et* 19. Pecch. *de Aquaed. L.* 1. *C.* 3. *q.* 17.

Questão 3.ª

Quando entre irmãos consocios da cousa commum, e indivisa, tractando-se alguma determinação se attenda, e prevaleça ou não a contradicção de alguns?

§. 518.

Supposto seja huma regra geral, que *in re communi melior est conditio prohibentis;* (a) com tudo nem sempre prevalece a contradicção irracionavel de algum, ou alguns, como vou distinguir nos seguintes casos.

(a) Guerreir. *Tr.* 3. *L.* 5. *C.* 4. *n.* 40. Felic. *de Societ. C.* 28. *a n.* 7.

§. 519.

Primeiro: Se dous tiverem huma casa com-

mum, e hum delles «quizer partir, e outro não, «*partir-se-ha posto que hum delles não queira:* E «ambos darão o lugar na casa para se fazer a pa- «rede de repartimento, e o alicerse della. E se «entre elles fôr a differença, que hum queira que se «faça de taboado, e o outro de taipa, ou de pe- «dra, os Almotacés vejão a casa, e lugar; e se- «gundo o que acharem que se deve fazer mais «proveitosamente para as Partes, assim o mandem «fazer. Porém se ambos não forem concordes de «fazer a dicta parede ás suas custas, aquelle que «requerer a partilha a faça á sua custa, e o outro «se não poderá nella madeirar, nem lograr della em «cousa alguma, senão quando lhe pagar ametade «do que custou.» Ord. L. 1. T. 68. §. 37.

§. 520.

Segundo: Se os irmãos tem hum predio rustico commum, que costumavão cultivar, e hum delles quer se cultive, outro repugna, deve prevalecer o voto do que o quer semear ao que o quer deixar inculto. (a) A dúvida maior consiste se o irmão, que semeou o todo contra vontade do outro lhe deve contribuir a sua parte dominical dos fructos? Heringio *de Molendin. C.* 34. *n.* 22. com muitos DD. sustenta que não: Pelo contrario Michalor *de Fratrib. P.* 3. *C.* 35. *n.* 2. Porém pela primeira opinião he forçoso o argumento *a simili* deduzido da Ord. L. 4. T. 96. §. 3. no fim, e a segue Felic. *de Societ. C.* 28. *n.* 19. *et* 20.

(a) Michalor. *supr. n.* 1. *et* 2. Hering. *supr.* Felic. *C.* 28. *n.* 22. Guerreir. *Tr.* 3. *L.* 5. *C.* 4. *n.* 37. Altim. *de Nullit. tom.* 4. *q.* 25. *n.* 224. — *Aliter* se o predio não fôr destinado para se cultivar, Altim. n. 226. et 228.

§. 521.

Terceiro: Tendo os irmãos huma Silva cedua

commum, que está a córte, hum quer corta-la, e vender os lenhos, outro repugna, prevalece o voto do Socio que a quer cortar, ao menos pela sua parte. Guerreir. *supr. n.* 35. Michalor. *d. C.* 35. *n.* 4. «dummodo arbores grandes et fructiferas «non caedat, quia ad caedendum non sunt des- «tinatae, » Felic. *de Societ. C.* 28. *n.* 17. E se corta toda a Silva cedua commum deve satisfazer ao Socio a sua parte, Altim. *supr. n.* 240.

§. 522.

Quarto: Tem os irmãos ou Socios huma casa ou predio commum; hum quer se dê de arrendamento, outro não, nem quer usar da já dicta preferencia: (§. 515.) Ou esta casa, e predio costumavão dar-se de arrendamento, ou não: *Si prius* prevalece o voto dos que querem se dê de renda: Com tanto que 1.° o arrendamento seja util: 2.° se faça *juxta solitum:* 3.° a pessoa honesta, e abonada. (a) Sobre o que deve prevalecer o prudente arbitrio do Julgador: (b) *Si secundum*, procede o mesmo (c) Se porém o irmão contradictor requer divisão da sua porção, e a cousa he susceptivel de commoda partilha, deve ser attendido. (d) E feita a partilha não fica obrigado a vender a sua parte. (e)

(a) Pacion. *de Locat. C.* 9. *a n.* 9. Felic. *supr. a n.* 28.

(b) Michalor. *de Fratr. P.* 3. *C.* 36. *a n.* 1.

(c) Michalor. *n.* 4.

(d) Michalor. *a n.* 6. Pacion. *a n.* 12.

(e) Felic. *supr. n.* 36. *et a n.* 50. — *Aliter* não tendo a cousa commoda divisão, porque então deve assentir, não sendo racionavel a sua contradicção.

§. 523.

Quinto: Se o predio rustico ou urbano, que he commum, andava arrendado, e o tempo do arrendamento finalisa, he necessario para haver reconduc-

ção que concorra o consentimento de todos os consocios; e basta a repugnancia de hum para não haver reconducção tacita. (a) Porém no caso da discordia, querendo hum conservar o antigo arrendatario, e querendo outro que se arrende a diverso, nesta contradicção prevalece o voto dos maiores porcionarios da casa ou fazenda. (b)

(a) Posth. *Civil. res.* 70. *a n.* 9.

(b) Constantin. *ad Statut. urb. annot.* 29. *art.* 2. *n.* 139. Pacion. *de Locat. C.* 9. *n.* 26. — Na collisão de votos delibera o mesmo Pacion. *a n.* 23. que deve prevalecer o daquelle, que quer se dê de renda á pessoa mais honesta, e em igualdade de pessoas ao que offerecer maior pensão: E na total discordia, ou se decida por sorte, ou se recorra ao arbitrio do Juiz: O que he (bem como tudo o mais desta questão) conforme com a Ord. L. 1. T. 68. §. 37. Confira-se Pecch. de Aquaeduct., onde depois de expor todas as opiniões assenta que só hum prudente arbitrio do Juiz (ainda por meio de coacção) póde, e deve pacificar todas estas discordias entre os consocios.

§. 524.

Sexto: Se os irmãos em qualidade de Socios comprárão pão, vinho, ou outras mercearias para se venderem a commum lucro ou perda, querendo hum vender não podem os mais obstar.

Felic. *de Societ. C.* 28. *n.* 28. Guerreir. *Tr* 3. *L.* 5. *C.* 4. n. 27.

§. 525.

Geralmente o irmão, e consocio póde gozar a cousa commum, ainda contradizendo-o o consocio, servindo-se della no uso, para que foi destinada. (a) Póde obrar na cousa commum tudo o que lhe he util, sendo imprejudicial ao consocio. (b) E só quan-

do o Socio quer usar da cousa commum *ad usum non destinatum potior est conditio contradicentis.* (c)

(a) Guerreir. *Tr.* 3. *L.* 5. *C.* 4. *a n.* 28. Felic. *de Societ. C.* 28. *a n.* 16.

(b) Guerreir. *n.* 30. Pecch. *de Aquaed. L.* 1. *C.* 5. *q.* 3. *a n.* 56. *et L.* 2. *C.* 9. *q.* 2. *a n.* 49.

(c) Altim. *tom.* 4. *q.* 25. *n.* 233.

Questão 4.ª

Que cousas especialmente não possa obrar na cousa commum o irmão consocio sem concurso do consentimento do irmão?

§. 526.

Não póde 1.° impor servidão na cousa commum: (a) Não póde 2.° edificar na cousa commum, nem reformar o edificio commum, que não precise de reedificação necessaria, ainda que queira reduzi-lo a melhor estructura: (b) Não póde 3.° penhorar ou hypothecar a cousa commum; e o penhor ou hypotheca só subsiste na sua parte, salva a do consocio: (c) Não póde 4.° em prejuizo do consocio alienar mais que a sua parte da cousa commum. (d)

(a) L. 2. *ff. de servit.* L. 19. *ff. commun. praedior.* L. 34. *ff. de servitut.* Pecch. *de servit. C.* 4. *q.* 16. *et de Aquaeduct. L.* 1. *C.* 3. *q.* 11.

(b) Guerreir. *Tr.* 3. *L.* 5. *C.* 4. *n.* 19. 20. *et* 21. Ferreir. *de Nov. oper. L.* 3 *Disc.* 3. *n.* 14.

(c) Merlin. *de Pignor. L.* 2. *q.* 36. Guerreir. *supr. n.* 31. *et* 32.

(d) Guerreir. *n.* 41. *Ad omnia* Felic. *de Societ. C.* 28. *a n.* 7.

Se se faz penhora judicial por divida de hum irmão em algum predio, que elle tenha em commum com outro irmão, póde este embargar como terceiro a execução, Peg. *tom.* 1. *for. C.* 5.

pag. 362. *et* 363. Leit. *fin. regund. C.* 6. *n.* 10. Se porém o credor usa da cautela de penhorar só a quota parte, que na cousa commum pertence ao devedor co-herdeiro, já o consocio não póde embargar a execução, e póde arrematar-se a mesma quota parte em commum, ficando o arrematante com o direito de requerer a partilha. Veja-se Silv. *ad Ord. L.* 3. *T.* 86. §. 17. *n.* 68.

Se os irmãos tem huma só cousa em commum, e hum delles a vende, procede o exposto no §. 526. Se porém tem muitas cousas semelhantes em commum, pede a equidade que o que hum delles antes das partilhas alienou, inteiramente se adquira ao comprador, e depois se impute nas partilhas ao co-herdeiro alienante, se na venda não houver fraude, Cabed. *Dec.* 146. *n.* 3. Tondut. *Civil. C.* 104. *sub n.* 16. Merlin. *de Legit. L.* 2. *T.* 2. *q.* 3. *n.* 9. *et* 10.

Questão 5.ª

Que Acções póde por si tractar o irmão consocio em Juizo, ou fóra delle, sem dependencia necessaria do consocio: E em que prejudique ou aproveite a Sentença aos mais consocios?

§. 526.

Primò: Sendo espoliada huma cousa commum, póde o Socio por si só recupera-la. (a) *Secundò:* Póde nunciar por si só a nova obra, que outro faça prejudicial á casa, predio, ou servidão commum. (b) *Tertiò:* Póde defender em Juizo como Auctor ou Réo a causa da servidão commum. (c) *Quartò:* Póde exigir em Juizo as dividas communs pedindo o total dellas antes de adida pelo irmão co-herdeiro a herança; e depois de adida só a sua quota parte, e na qualidade de Socio (se o he) póde exigir o todo da divida commum. (d)

(a) Guerreir. *Tr.* 3. *L.* 5. *C.* 4. *n.* 36.

(b) Silv. *ad Ord. L.* 3. *T.* 78. §. 4. *n.* 21. Freir. *de Nov. oper. L.* 4. *Disc.* 5. *n.* 37.

(c) Pecch. *de Aquaed. L.* 1. *C.* 6. *q.* 12. *a n.* 74. L. 33. §. *uno defendente ff. de Negot. gest.*

(d) Hontalb. *de Jur. superven. tom.* 1. *q.* 14. *a n.* 130. Luc. ad Gratian. *C.* 320. *a n.* 8. Guerreir. *Tr.* 1. *L.* 2. *C.* 12. *a n.* 77.

§. 528.

Quintò: Póde o irmão co-herdeiro propor em Juizo *in solidum* todas as acções, quando se tracta de cousas individuas. (a) *Sextò:* Póde o irmão, e co-herdeiro, independente do irmão, remir inteiramente as cousas, que os pais ou pessoas de que forão herdeiros, ou elles mesmos juntamente tivessem vendido com o pacto de *retrovendendo*, sem necessidade de cessão, ou concorrencia do co-herdeiro, salvo a este o direito de lhe offerecer a sua parte do preço, para partir então na cousa por hum delles remida. (b) He porém obrigado, quando faz a remissão ou distracte dar caução de restituir ao co-herdeiro a sua parte. (c)

(a) Percir. *de Rivision. C.* 87. Guerreir. *supr. n.* 86. Olea *de cession. Jur. T.* 4. *q.* 6. *n.* 27. — Devendo caucionar de restituir aos co-herderdeiros, Olea *n.* 32.

(b) Olea, *n.* 28. Guerreir. *a n.* 88. Silv. *ad Ord. L.* 4. *T.* 4. *pr. n.* 22.

(c) Cortead. *Dec.* 149. *a n.* 67.

§. 529.

Septimò: Sendo ambos os irmãos senhorios directos de hum Prazo, póde qualquer delles usar do direito da opção, e prelação.

Guerreir. *supr. n.* 87. Olea *supr. n.* 28. Veja-se porém o meu Tractado do Direito Emphyteutico §. 665. e seg.

Nestes, e outros casos semelhantes, em que

o irmão póde por si só tractar demandas em Juizo ou fóra delle, nada póde confessar que prejudique ao irmão, Guerreir. *Tr.* 3. *L.* 5. *C.* 4. *n.* 18. Toda a Sentença, que obtenha a seu favor, aproveita aos co-herdeiros; mas não prejudica a elles a Sentença, ainda sobre a cousa commum, proferida contra o irmão, que só por si tractou a Causa. Olea *supr. n.* 33., que transcreveo Guerreir. *Tr.* 1. *L.* 2. *C.* 12. *a n.* 100. *Maxime* se a causa não foi rectamente, e com todo o zelo defendida, Arouc. *in L.* 25. *de Stat. hom. a n.* 55.

Questão 6.ª

Se o irmão que tractou in solidum *a demanda commum sem Procuração do irmão, e venceo para ambos a cousa demandada, póde repetir do irmão, assim utilizado, a metade das despezas, agencias, etc. que gastou na demanda?*

§. 530.

Da L. *Ex parte* 39. *ff. famil. erciscund.* deduzem uniformemente os DD. esta conclusão: Que o co-herdeiro, ou consocio, que por si, sem intervir mandato do seu consocio, demanda, ou defende a cousa commum, em que tem parte, e a vence para ambos, não póde depois repetir do co-herdeiro despeza alguma; porque tanto despenderia reivindicando-a ou defendendo-a com as primeiras vistas na sua parte, como reivindicando, e defendendo o todo commum. Só sim se pela razão de demandar ou defender o todo faz maiores despezas do que aliás faria defendendo só a parte, que lhe respeitava, então he que póde repetir do irmão ou consocio o que mais despendeo em razão da demanda, ou defeza do todo

Brunneman. *in d. L.* 39. *ff famil. erciscund. et in L.* 1. *Cod. de Bon. matern. n.* 5. Cald. *de Emption. C.* 27. *n.* 42. Garcia *de Expens. C.* 7. *a n.* 22. Constantin. *ad Statut. urb. annot.* 59. *art.* 7. *n.* 297. Michalor. *de Fratr. P.* 2. *C.* 35. *n.* 10. Cancer. 3. *var. C.* 6. *a n.* 23. Cost. *de Portion. rat. q.* 123. *n.* 2., aonde no n. 4. (e figurando o caso de o Socio despender mais em razão do todo do que despenderia em razão da sua parte) passa a distinguir que só se lhe concede essa repetição vencendo a demanda; mas não decahindo della.

§. 531.

O exposto procede se o irmão ou consocio defendeo a cousa commum só em seu nome proprio; *aliter* se a defendeo juntamente em nome do irmão, e consocio, ainda sem protesto, neste sentido he que procede a L. 31. §. *fin. ff. de negot. gest. ibi:* « Uno defendente causam communis aquae, sententia praedio datur: Sed qui sumptus necessarios « probabiles in communi lite fecit negotiorum gestorum actionem habet. » E assim concilia esta Lei com a L. 39. *ff. famil. erciscund.* o citado Garcia *sub. n.* 22.; e outras conciliações das referidas, e outras Leis faz o mesmo Garcia *C.* 19. *a n.* 5.

Do que dizem estes DD. se podem deduzir as conclusões praticas seguintes: 1.ª Toda a acção ou defeza sobre cousa por si mesma individua, como a servidão *(quatenus in jure)* se he tractada por hum dos consocios se subentende tractada *communi nomine;* e toda a despeza, que nella faz o Agente ou Defendente, vencendo a demanda, póde repetir-se *pro rata* dos consocios: *Signanter.* Gob. *de Aquis q.* 4. *n.* 19. *et* 20. Constantin. *ad Statut. urb. annot.* 59. *art.* 7. *n.* 301.: 2.ª Pelo contrario succumbindo na demanda, e tractando-a temerariamente, caso em

que nada interessa os consocios, cessa a acção *negotiorum gestorum*, Cost. *de Rat. q.* 122. *n.* 4.: 3.ª Toda a acção, que o irmão ou consocio move ou defende sobre cousa commum, e dividua, se he tractada em nome de todos os consocios, e com Procuração delles, e se vence pelo Socio juntamente Procurador dos mais, produz acção *negotiorum gestorum* para repetir dos consocios a rata das despezas: E o mesmo ainda que se não vença a acção, visto que concorrêrão com mandato: Garcia nos lugares citados: 4.º Se o irmão pedio em seu nome proprio a cousa aliás commum sem mandato dos irmãos ou socios, ou a defendeo em nome proprio, e voluntario, sem ser obrigado demandar ou defender a porção do irmão ou consocio, e se não despendeo na acção, ou defeza pelo todo mais do que aliás despenderia pela sua parte, cessa o direito de repetir parte das despezas: DD citados no §. 530.: 5.ª E pelo contrrrio tem acção, se em razão de accionar ou defender o todo fez despezas maiores do que aliás faria se tractasse a demanda só pela sua parte: *DD. supra*; ou se fosse precisamente obrigado a accionar ou defender a parte do Socio juntamente com a sua propria: 6.ª O mesmo milita quanto á petição ou defeza de herança indivisa; porque supposto *(quatenus in jure)* seja individuo o direito della, antes de haver effectiva partilha, Ord. L. 1. T. 88. §. 45., e L. 3. T. 80. §. 1., isto he por huma pura ficção de Direito para os especiaes fins, que tractão estas, e outras Leis. E na realidade cada co-herdeiro tem certa quota na mesma herança em quanto indivisa; e a subsequente assignação da quota não he mais que huma execução do direito já adquirido. Por tanto se hum co-herceiro demanda o todo da herança, se se lhe não

objecta pelo Réo que ha mais co-herdeiros, ou objectando-se-lhe recebe o todo com caução; (§. 527.) ou se elle he possuidor do todo, e demandado sómente repelle o Auctor, defendendo com a mesma despeza a sua parte, com que aliàs se defenderia o todo, procede sem differença (ainda que esta causa pareça indivisua) o mesmo que fica exposto na 3.ª, 4.ª, e 5.ª conclusão.

Questão 7.ª

Que despezas póde fazer o irmão, e socio na refeição da cousa commum? Quando tem acção para as repetir? Em que penas incorre o irmão ou socio, que demandado, e espaçado não lhas satisfaz?

§. 532.

Parece estarem em collisão a L. *Parietem.* 7. *ff. de servit. urbanor.*, e a L. *Sabinus* 28. *ff. commum. divid.* (que prohibem ao socio contradizendo-o o consocio, qualquer obra nova, ou ainda refeição da cousa commum) com a L. 12. *ff. commun. divid.* L. *Si communes aedes. ff. de negot. gest.* L. *Si partes, cum seqq ff. de damn. infect.*, e com a L. 4. *Cod de Ædific privat.*, que pelo contrario permittem ao consocio reparar, e refazer a cousa commum apezar de toda a contradicção. — Porém a genuina conciliação he que o socio póde impedir, e obstar a edificação ou reedificação da cousa commum, quando, tão longe de ser necessaria, seria aliàs nociva; pelo contrario não póde obstar a sua contradicção, quando a refeição da cousa commum he necessaria, e juntamente a todos os socios, e ella se faz para servir ao uso destinado, e conforme o antecedente estado, sem nova fórma.

Assim concilião a antinomia daquellas Leis Ferreir. *de Nov. oper. L. 4. Disc. 15. a n. 18.* Franç. *ad Mend. P. 2. L. 1. C. 2. §. 8. a n. 2562.* Pecch. *de Servit. C. 8. q. 11.* Hernig. *de Molendin. q. 34. a n. 44. et q. 48. a n. 32.*

§. 533.

Se hum, e outro consocio convem na reedificação da cousa commum, e na fórma della, cessa a duvida: Se porém hum insiste que se reforme no antigo estado, e outro quer se reforme com mais sumptuosidade, prevalece a insistencia do primeiro: Se hum quer reedificar a cousa commum, mas para diverso uso do para que era destinada, prevalece a prohibição do socio, justificando-a com o prejuizo: Se porém só nella ha emulação, prevalece a intenção do que quer reedificar.

Coepol *de Servit. C. 59. n. 6.* Cardoso *Verbo = Ædificare n. 15.* Franç. *supr. a n. 2565.*

§. 534.

Não he porém arbitrario a qualquer consocio fazer obras, ou refeições na cousa commum, quando ellas não são precisamente necessarias, e uteis. Ainda sobre isto ha controversia: Se o socio he obrigado só á refeição de alguma particular ruina da cousa commum, ou se tambem a huma total refórma della inteiramente demolida? Heringio *quaest. 34. n. 45.* segue que sim, sem razão de differença, por huma genuina interpretação de algumas Leis: Mas Garcia *de Expensis Cap. 19. sub n. 19.* segue o contrario.

Adiante no §. 539. e seg. conciliarei estas opiniões.

§. 535.

Quando pois a cousa commum precisa de huma refeição necessaria, parcial ou total, e hum dos consocios ou irmãos quer que se reforme, e reduza ao antigo estado para o uso, a que foi destinada, o re-

medio mais pratico, e providente he interpellar judicialmente o consocio, propondo-lhe a necessidade da reforma da cousa commum, e chamando-o para concorrer com a sua respectiva parte: E feita assim esta interpellação, se o socio faz a obra á sua propria custa, restão-lhe para exigir, e repetir as respectivas despezas dous remedios; hum repetir as despezas respectivas ao socio contumaz com seus interesses; outro cita-lo para dentro em quatro mezes lhas satisfazer com juros, debaixo da pena de ficar perpetuamente privado da parte, que tinha na cousa commum reedificada, e se applicar ao socio, que a reedificou: E se com effeito não satisfaz nos quatro mezes, se julga por Sentença a comminação.

Assim se deduz do texto na L. *Si ut proponis.* 4. *Cod. de aedificiis privat.* — A disposição desta Lei procede geralmente na refeição de todo o edificio, ou cousa commum, Pecch. *de Servit. C.* 8. *q.* 10. *et.* 11. Franç. *ad Mend. P.* 2. *L.* 1. *C.* 2. §. 8. *a n.* 2568. Guerreir. *tr.* 3. *L.* 5. *C.* 4. *n.* 47. Garcia *de Expens. C.* 19. Ou precise de refeição, e concerto huma Náo, Hev. Volan. *L.* 3. *Commerc. Nov. C.* 2. *n.* 19. Ou seja Moinho, Hernig. *de Molend. C.* 34. *a n.* 34. Pecch. *de Aquaed. L.* 4. *q.* 99. Ou seja alguma Levada, Assude, ou Aqueducto, Pecch. *de Aquaed. L.* 4. *q.* 36. Ferreir. *de Nov. Oper. L.* 3. *Disc.* 8. *a n.* 35. Ou seja qualquer parede, Ferreir. *L.* 4. *Disc.* 15. *a n.* 18. *et.* 24.: Ou finalmente seja casa, Brunnem. *in d. L. n.* 24. Portug. *de Donat. L.* 3. *C.* 39. *n.* 5. Perez. *in Cod. L.* 8. *T.* 10. *n.* 12.

§. 536.

He porém preciso para se executar esta pena 1.° que a cousa, que precisa de reforma, seja por qualquer causa commum: 2.° que estivesse em ne-

cessidade de reforma ou refeição: 3.° que o Socio, que pertende refazer a cousa comum faça citar, e chamar o consocio para concorrer com a sua parte da defeza, e communicar-lhe a pena: 4.° que feita a obra deve outra vez citar-se o Socio para em quatro mezes satisfazer a sua parte com interesses, debaixo da pena de ficar privado do seu dominio, e desde o dia desta citação he que correm os quatro mezes.

Garcia *de Expens. C.* 19. *a n.* 19. Pecch. et Ferreir. *supr.*

§. 537.

E pelo contrario cessa a dicta pena 1.° se o consocio passa a fazer as despezas da refeição, sem primeiro notificar o consocio; *imo* não tem acção de as repetir se se propoz faze-las como em cousa inteiramente sua: Se bem que se presume que as fez *communi et sociali nomine.* (a) Cessa 2.° se a bemfeitoria não era necessaria nos termos, que ficão expostos no §. 534. (b) Cessa 3.° se o consocio, que devia contribuir, morreo dentro dos quatro mezes. (c) Cessa 4.° quando não houve as duas contumacias, huma de concorrer ao principio para a obra, outra de não pagar depois dentro dos quatro mezes. (d)

(a) Ferreir. *supr. a n.* 24. *et* 27. Pecch. *de servit. C.* 8. *q.* 11.

(b) Garcia *supra.*

(c) Hernig. *supr. n.* 43.

(d) Franç. *supra n.* 2570. Cardos. *Verbo Ædificare, n.* 16. Coepol. *C.* 59. *n.* 9.

§. 538.

A dúvida consiste: Se a L. 4. Cod. de aedific. privat. está ou não em uso? Groenevegen. nas Notas a ella diz, que se não pratica na França, nem no Belgio: Mas Brunneman. *ibidem n.* 26. com outros DD. diz, que só estão abrogadas as centesimas usuras, de que falla a mesma Lei; mas não a pena

da privação da parte social dominical, quando o Socio he assim contumaz: Em Castella ha huma expressa Lei conforme á dicta Lei 4., como attestão os citados Hev. Volan. *de Commerc.* e Garcia *de Expens.* Em Eugubio ha o Estatuto L. 2. Rubr. 69. a que Conciol., e Romaguer. fizerão Commentario.

§. 539.

Que a dicta L. 4. he em si mesma justa o mostrão por muitas razões o citado Hernig. *C.* 34. *a n.* 34, e Pecch. *de Aquaed. L.* 4. *q.* 36. *n.* 9. Resta unicamente: Se a nossa Ord. L. 1. T. 68. §. 37. no *fim.* = Porém = revogou ou não esta Jurisprudencia, visto que a todo o tempo permitte que o Socio, que não quiz concorrer para se reformar a parede, possa gozar della pagando ametade? Porém 1.° a Lei neste §., bem como nos §§. 35. e 36., tracta da parede alheia totalmente, e em beneficio da povoação obriga seu dono vender ametade ao vizinho, que nella armar: E este caso especial não póde fazer argumento para se subentender revogada aquella Lei justa, e praticada nas Nações civilisadas: E só o dicto §. 37. será applicavel para o caso, que hum dos Socios, praticada a Lei Romana, se faça senhor da parede reformada; e para dever facultar ao consocio madeirar nella pagando-lhe ametade a todo o tempo, obrigação que os §§. precedentes lhe impõe, ainda que o vizinho, que nella quer armar nunca nella tivesse sido consocio.

§. 540

Se porém o socio, que edificou, ou reedificou a cousa commum, ou não quer usar do final remedio da dicta Lei, ou faz a despeza necessaria, ignorando o Socio por ausente, e havendo perigo na mora, ou avisando-o (mas faz a despeza como em cousa commum) sempre tem regresso para pedir, e exigir do consocio a sua parte com interesses. (a) E não póde o Socio para se eximir desta despeza, e

contribuição, renunciar, como em pagamento, a parte que tinha na cousa commum. (b)

(a) Franç. *supr. a n.* 2570. *Coepol. urban. C.* 59. *n.* 10. Pecch. *de Servit. C.* 8. *q.* 11. *a n.* 9. Ferreir. *de Nov. oper. L.* 4. *Disc.* 5. *n.* 20. *et* 27. Perez *in Cod. L.* 8. *T.* 10. *n.* 12.

(b) Arouc. *in L.* 2. §. 1. *n.* 77. *in fin ff. de rer. divis.* Ferreir. *de Nov. oper. L.* 3. *Disc.* 8. *n.* 38. Hering. *de Molend. q.* 34. *n.* 38., aonde declara que isto procede se a refeição foi necessaria pelo commum uso antecedente; *aliàs* se por casualidade póde renunciar para o futuro a cousa commum. Mas veja-se Ferreir. *supr. Disc.* 9. *a n.* 40.

§. 541.

Ha aqui huma essencial differença entre o caso de ser ou não ser o consocio interpellado para concorrer com a sua parte da despeza: Se foi interpellado, não póde requerer que o Socio, que edificou, compense com a bemfeitoria os respectivos rendimentos; *aliter* se não foi interpellado. (a) Se bem que sempre a despeza da bemfeitoria vence juros legaes recompensativos. (b)

(a) Hernig. *supra n.* 37.

(b) Cyriac. *Contr.* 88. *a n.* 11. Angel. *de Impens. art.* 22. *n.* 32.

Esta contribuição dos consocios para se refazer a cousa commum se deve fazer *pro modo utilitatis cujuscumque*,, e não por cabeça; assim se deduz do Regimento dos Marachões *apud* Peg. *tom.* 2. *ad. Ord. pag.* 614. *n.* 8. Constantin. *ad Statut. urb. annot.* 59. *art.* 7. *n.* 301. Vejão-se Gob. *de Aquis q.* 29. *n.* 65. Card. de Luc. *de Regal. Disc.* 139. *et* 141. *et de Servit. Disc.* 94. *n.* 6. Cost. *de Rat. q.* 185.

Veja-se sobre esta Questão o meu Trat. Prat.

sobre os Direitos relativos a casas §. 9. e seg., e §. 261., e seg.

Questão 8.ª

Quando o irmão ou consocio possa edificar ou superedificar na parede, que he propria de outro, ou na que he commum pro diviso, ou pro indiviso?

§. 542.

Ha signaes para qualquer parede se julgar privativamente propria de hum, ou commum de alguns, e então para o ser *pro diviso, ou pro indiviso:* (a) Se qualquer pertende metter traves, ou collocar madeiramentos sobre parede alheia, temos a clara disposição da Ord. L. 1. T. 68. §. 35. 36. 37., com a exposição de Peg. *ibidem*, e de Ferreir. *de Nov. oper. L.* 4. *Disc.* 15. *a n.* 29.: Se pertende edificar, ou superedificar no muro commum *pro indiviso*, então ou este muro he só hum muro divisorio, ou era destinado para edificar, e superedificar: No 1.º caso he certa a regra negativa, e prevalece a prohibição do consocio; *maxime* sendo justa: No 2.º caso subdistingue-se: Ou o muro commum destinado para edificar he apto a supportar a pertendida edificação, ou superedificação, ou he fragil: *Si prius* póde o consocio edificar, e superedificar nelle, apezar de toda a contradicção do consocio, a menos que não a justifique com algum consequente prejuizo particular: *Si secundum* prevalece a contradicção do consocio. E se o muro he dividido póde qualquer edificar, e superedificar na sua parte tendo essa capacidade, sem ruina da parte dividida do outro consocio. (b)

(a) Signaes, e conjecturas que refere com muitos DD. Ferreir. *de Nov. oper. L.* 2. *Disc.* 11. *et. L.* 4. *Disc.* 15: e além daquelles podem

ver-se Rocc. *Sellectar. C.* 175. *et.* 176. Tondut. *Civil. C.* 88. Constant. *ad Stat. urb. annot.* 23. *art.* 1. *et* 2., o qual tractou esta materia largamente.

(b) Vejão-se os citados DD.

Questão 9.ª

Que privilegios do irmão, e socio se communicão ao irmão?

§. 543.

Presupposta a differença dos privilegios pessoaes, mixtos, e reaes, he certo, e sem duvida, que os concedidos a pessoa *ratione officii et dignitatis* se não communicão ao irmão, e socio: Os mixtos, que se concedem ás pessoas *ratione rerum quas possident*, se communicão aos irmãos nas cousas por natureza individuas, bem como os reaes, mas não nas cousas dividuas.

Veja-se Michalor. *de Fratr. P.* 2. *C.* 25.

§. 544.

O privilegio concedido aos Auxiliares Milicianos pela Lei de 24 de Novembro de 1645, confirmada no Decreto de 22 de Março de 1751, que he em effeito mixto, só se póde ceder, e communicar inteiramente aos pais pela permissão da dicta Lei. Os outros privilegios ficão na regra de não poderem ceder-se, nem communicar-se sendo pessoaes. (a) O mesmo procede no privilegio mixto, qual a immunidade *ab oneribus publicis*, que tambem se não póde ceder, nem communicar. (b) O privilegio porém meramente real, que se concede á cousa, e não á pessoa, sim; como, por exemplo entre nós, se hum irmão encabeçado em fazendas de privilegiado nos termos da Ord. L. 2. T. 25. e 35. ceder os bens ao irmão, lhe transfere o privilegio

real concedido á pessoa em razão dos bens, em que he encabeçado. (e)

(a) Vejão-se Olea *de Cession. jur. T.* 3. *q.* 1. *a n.* 28. *et T.* 6. *q.* 2. Stryk. *Diss.* = *De Juribus et actionib. non cessibilibus* = *C.* 1. §. 6.

(b) Stryk. *supr. C.* 2. §. 14.

(c) *Quid* nos privilegiados *das Taboas vermelhas?* Veja-se Lim. *de Gabell. pag.* 173. *a n.* 59. Porém sobre esse privilegio como real, annexo aos bens foreiros á Collegiada de Nossa Senhora da Oliveira, veja-se a Declaração na Lei de 20 de Setembro de 1769.

§. 545.

Nas cousas individuaes he sem duvida que o privilegio do Foro, que compete a hum irmão ou socio aproveita activa, e passivamente aos mais, tractando-se a demanda activa ou passivamente em nome do irmão, ou socio, que tem, e do que não tem o tal privilegio. (a) Por exemplo, se se tracta de servidão, que he individua, e o irmão he demandado juntamente com outro privilegiado, deve a Causa atrahir-se ao Foro deste. (b)

(a) Michalor. *de Fratr. P.* 2. *C.* 25. *n.* 25. Conduz o argumento da Ord. T. 1. T. 88. §. 45. Peg. *tom.* 13. *ad Ord. pag.* 195. *C.* 26.

(b) Pecch. *de Aquaed. L.* 3. *C.* 13. *q.* 35. Ciarlin. *L.* 1. *C.* 34. *a n.* 57. *et L.* 2. *C.* 170. *n.* 41.

Quaes sejão as Causas dividuas ou individuas, em que se communica ao irmão, e consocio o privilegio do Foro competente ao irmão, quando todos demandão, ou são demandados? Veja-se a Ord. L. 1. T. 88. §. 45., e L. 3. T. 80. §. 3.; e os DD. que cumulou Pereir. *de Revis. C.* 87. *n.* 9. 10. *et* 11., e largamente Jull. Capon. *de Stipulationibus* quaest. 1. e seg. Stryk. *vol.* 4. *Disp.* 25. *C.* 6. *a n.* 78.

Tambem accidentalmente se transtornão individuas as causas dividuas, que são connexas, como nos casos que referem Peg. tom. 7. *ad Ord. L.* 1. *T.* 87. §. 45. *a n.* 38. Tondut. *de Praevent. P.* 1. *C.* 13. *et* 14. Salgad. *in Labyr. Cred. P.* 1. *C.* 4.

Nos Inventarios não ha privilegio para que os co-herdeiros privilegiados deixem de responder no Juizo, em que elles se fazem, Guerreir. *Tr.* 1. *L.* 1. *C.* 3.

CAPITULO IV.

Quando, e em que circumstancias póde o irmão repellir pela causa da deserdação, ou indignidade, ou por não ser filho legitimo, e de matrimonio, ao irmão que lhe pede partilha nas heranças paternas: Quando pela causa de as ter renunciado em seu favor: Quando por lhe obstar a prescripção de acção: Quando pelo fundamento de terem precedido partilhas presumidas: Quando por ter o pai em vida feito partilhas.

Secção I.

Quando os irmãos que pedem partilha podem ser repellidos pela causa da desherdação, indignidade, ou defeito de filiação.

§. 546.

Se hum irmão, que se diz tal, mas bastardo, e natural de hum plebeo, que com os mais irmãos legitimos quer entrar á herança do pai, e lhe pede partilha, facilmente se occorre a via summaria negando-se-lhe a filiação; e negada ella necessariamente

deve recorrer á via ordinaria, em que plenariamente prove a propriedade da filiação. (a) E isto ainda que o tal filho natural tivesse obtido em vida do pai, e contra elle Sentença, em que se lhe julgassem alimentos ordinarios, porque essa Sentença não produz cousa julgada para o petitorio da herança. (b) Pois com effeito as provas sufficientes para julgar alimentos o não são para julgar a successão na herança. (c)

(a) Solan. *Cog.* 10. *n.* 6., e conduzem as Doutrinas de Peg. *tom.* 7. *ad Ord. L.* 1. *T.* 87. §. 4.

(b) Conforme a opinião mais bem fundamentada, e seguida por Castill. *L.* 4. *Contr. C.* 104. *sub. n.* 40.

(c) Veja-se a Rot. Romana nas Collectas a Castill. *de Aliment.* (Edição de 1752.) *Decis.* 16. *a n.* 21., e o Card. de Luc. *in Mantiss. Decis. L.* 4. *Decis.* 6. *n.* 1.

§. 547.

Se o irmão, que pede partilha he da mesma mãe, mas foi exposto, ainda he mais rigorosa a prova da sua filiação, porque a deve provar pelas Parteiras, e deve provar a indentidade de ser o mesmo, que foi exposto em tal lugar, etc. (a) Se se lhe oppõe ser insuccessivel por ser nobre o pai, veja-se o §. 330.

(a) Arouc. *in L.* 9. *de Stat. hom. a n.* 86. Caranz. *de Part. C.* 4. *Secç.* 3. *n.* 147., aonde transcreve huma notavel passagem da Declamação 338. de Quintiliano.

§. 548.

Se porém o irmão he de legitimas nupcias, e pede partilha das heranças paternas, só póde ser excepcionado; e repellido objectando-se-lhe, e provando-se-lhe, ou alguma das causas de indignidade expressas na Ord. L. 4. T. 88. §. 14., e seg., ou oppondo-se-lhe huma legitima desherdação na fórma que

fica exposto na Parte I. Cap. 21., ou que he de coito damnado, e punivel, §. 331.

§. 549.

Podem tambem objectar ao irmão, que lhes pede partilha, que elle he adulterino, nascido em tempo que o pai estava ausente, ou era impotente, ou com enfermidade, e velhice, em que não podia gerar, etc. (a) Ou que nasceo cinco ou seis mezes contados do dia do matrimonio; ou ainda aos sete, nascendo robusto, e vigoroso, e não havendo antecedente concubinato com o pai, ou que nasceo onze ou doze mezes depois da morte deste. (b)

(a) Peg. de Maior. *C.* 9. *a n.* 570.

(b) Sobre isto ha variedade de opiniões de Jurista, e de Medicos, e varias Decisões, como se póde vêr em Stryk. *us. mod. L.* 1. *T.* 5. §. 13. *et* 14. *optime* Coccey. *Jus Controv. L.* 1. *T.* 6. *q.* 3. *e seq.* Baumer. *Medicin. for. P.* 2. *C.* 3. Sikora *Conspect. Medicin. Legal P.* 2. *C.* 4. Arouc. *in L.* 12. *de Stat hom.* Phaeb. *Dec.* 91. Gam. *Dec.* 326. Caranz. *de l'art. C.* 14.

Secção II.

Quando o irmão, que pede as legitimas, as havia renunciado em favor do pai, ou dos irmãos.

§. 550.

Ter algum irmão renunciado as legitimas he huma justa excepção, que póde oppor-se ao petitorio dellas. (a) Ou pois o irmão cedeo das suas legitimas depois da morte dos pais em favor dos irmãos por qualquer contracto, ou havia renunciado, e cedido em vida dos pais: Em qualquer dos casos varia o Direito.

(a) Peg. *tom.* 6. *for. C.* 130. *tot. et n.* 118. Guerreir. *Tr.* 2. *L.* 1. *C.* 10. *a n.* 1. *Signanter*

Samuel Stryk. *de Success. ab intest. Diss.* 8. *C.* 10. §. 101. Valasc. *de Part. C.* 16. *n.* 53.

Quanto á renuncia ou cessão das legitimas depois da morte dos pais.

§. 551.

Se o irmão repudia a herança depois de deferida, e antes de adida, simples, e gratuitamente, abstendo-se totalmente della, não póde jámais pedir partilha: (a) Com tanto que 1.° fizesse a abstenção por hum Termo judicial, ou Escriptura publica: (b) 2.° o irmão que assim se absteve da herança não fosse pupillo, menor, filho-familias, furioso, etc.: (c) 3.° sendo casado interviesse o consentimento de conjuge, ou o que repudiou a herança fosse o marido, ou a mulher: (d) 4.° a abstenção seja absoluta sem respeito a pessoa alguma extranha, isto he, que não seja co-herdeira: porque se ceder, e renunciar a favor de pessoa extranha, tem implicita huma adição da herança, e fica esta cessão sendo graciosa como doação de direito adquirido. (e)

(a) Guerreir. *Tr.* 2. *L.* 1. *C.* 12.

(b) Guerreir. *supra n.* 25. Valasc. *de Part. C.* 15. *n.* 50. Nett. *de Testam. L.* 5. *T.* 13. *n.* 6.

(c) Guerreir. *supra a n.* 26.

(d) Como demonstro no Tractado das Successões Reciprocas entre os conjuges.

(e) Olea *de cession. jur. T.* 2. *q.* 3. *a n.* 38. Altim. *de Nullit. tom.* 2. *rubr.* 11. *q.* 39. *n.* 47.

§. 552.

Se a cessão, e renuncia da herança deferida, e não adida se faz em favor do unico co-herdeiro, ou substituto, ou pelo herdeiro escripto em favor do unico herdeiro *ab intestato*, fica então nos puros termos de repudiação, e abstenção.

Veja-se Olea *supra n.* 45. Altim. *a n.* 49. Stryk. *de Success. ab intest. Diss* 8. *C.* 10. §. 103.

§. 553.

E se o irmão cede a herança, depois de expressa ou tacitamente adida, aos irmãos, e então ou a cessão foi puramente gratuita; e se transforma em doação, (doação revogavel pela ingratidão, pelo nascimento dos filhos, sujeita a insinuação, etc.) (a) ou foi correspectiva a cousa recebida; (b) e então não só fica exposta á rescisão pelo remedio da lesão, e as mais causas communs, pelas quaes se annullão, ou rescindem geralmente os contractos; mas fica nulla se se não paga Sisa, conforme as distincções expostas nos Artigos das Sisas C. 6. §. 4., que commentárão Lim. *ibidem*, Reinos. *obs.* 21. Maced. *Decis.* 74.

(a) Stryk. *supr.* §. 38.

(b) Olea *supra sub. n.* 47. Stryk. *supr.*

Quanto ás renunciações feitas em vida dos pais.

§. 554.

Se o irmão, vivendo os pais, consentindo elles expressa, ou ainda tacitamente, renunciou a favor dos irmãos as futuras legitimas, satisfeito com o que antecipadamente recebeo dos irmãos ou dos pais, e se este contracto foi firmado com juramento, he uniforme entre os DD., que concorrendo estes requisitos he irretractavel pelo renunciante esta renuncia, e que ella exclue da successão renunciada, e só debaixo destas limitações: 1.ª Se os irmãos de mutuo consentimento tiverem distractado essa renuncia: 2.ª Se o pai, que nella consentio, mudar de vontade, e elle mesmo a revogar: 3.ª Se os renunciatarios a tiverem elles mesmos renunciado: 4.ª Se tiver morrido o irmão ou pessoa, em cuja contem-

plação foi unicamente feita: 5.ª Se fosse extorquida por violencia ou medo: 6.ª Se com dolo máo: 7.ª Por faltarem as condições suspensivas, ou resolutivas, com que fosse feita: 8.ª Se houve lesão: (a) 9.ª *Ob implementum non sequutum.*

(a) Sobre esta limitação se suscitão varias questões: 1.ª Se taes renuncias são sujeitas a poderem arguir-se lesivas? 2.ª Que especie de lesão deve intervir; se basta a enorme, ou he necessaria a enormissima? 3.ª Como deve computar-se, se com respeito aos bens existentes ao tempo da renuncia, se com respeito aos futuros supervenientes aos pais? — Deixando de citar os muitos DD., que tractão esta materia, satisfaço-me com Stryk. *de Succession. ab intestat. Diss.* 8. *C.* 10., e Peg. *tom.* 6. *for. C.* 130.

§. 555.

A duvida maior he a que de novo vou suscitar: Assentão os DD. que huma tal renuncia, como a de que tracto, sendo nulla pelo Direito civil; que prohibe taes pactos successorios, só he confirmavel por juramento, segundo o Direito Canonico; e que só a força do juramento lhe póde conferir validade, o que parece persuadir a Ord. L. 4. T. 70. §. 4. Porém deixando as ponderações de Mell. Freir. L. 1. T. §. , parece-me que não ha nada racionavel, que obste a ser válida huma tal renuncia, prestando a ella os pais o seu expresso consentimento por actos entre vivos; e ainda que se não firme com juramento dos renunciantes he firme, e irrevogavel, a menos que não seja applicavel alguma das referidas nove limitações.

§. 556.

Porque já vimos na Parte I. C. 15. que entre pais, e filhos póde, sem embargo do Systema Romano, celebrar-se todo o contracto: E eis-aqui temos aptidão nas pessoas contrahentes: Os irmãos

entre si tambem não tem prohibição alguma de fazerem convenções sobre o futuro: Só o pai vivo he o unico obstaculo, por tres razões: huma por se dar o voto *captandae mortis;* outra por se não poderem deferir heranças por pactos; outra porque o pai se privaria da liberdade de testar.

Outras mais razões expõe Coccey *Jus controv. L. 2. T. 14. q. 34. et 35.*, e Coccey (pai) *vol. 2. Disp. 53. Secç. 3. §. 6. et seg.*

§. 557.

Ora: O voto *captandae mortis* tambem se póde temer nas adopções, legitimações; nas legitimas que esperão os filhos; nas doações com reserva do usofructo; em todas as substituições pupillares, exemplares, e fidei-commissarias, em todos os legados, ultimas vontades, etc., e com tudo todos estes actos são válidos por todas as Legislações.

Henriq. Coccey *vol. 2. Disp. 53.* = *De voto captandae mortis.* = *Secç. 1. tot.* — O grande Stryk. no Trat. *De Succession. ab intestat. Diss. 8. C. 13. et 14.* mostrou largamente a justiça dos Pactos successorios, conforme com os Direitos Natural, e Divino, e sem repugnancia alguma delles: Heinec. *Elem. Jur. Nat. L. 1. §. 292.*

§. 558.

A mesma razão de ter o tal pacto implicito o voto *captandae mortis*, a outra razão de ter por sujeito huns bens alheios, sobre que não póde haver contracto, nem estipulação; e a outra da privação da liberdade de testar, cessão huma vez que o pai interponha o seu consentimento; como no proprio caso, depois de contrapôr as mesmas razões civis, discorre Henriq. Coccey. *supr. Secç. 3. §. 10.*

§. 559.

Com effeito nós já vimos na Part. I. C. 19. que o pai póde assignar em vida, ainda irrevogavelmente, a legitima em particular a hum filho, e em ge-

ral a todos consentindo elles, e independente de se firmar com juramento esta assignação. E quantas ficções não ha em Direito para sustentar a validade dos actos? A ficção da breve mão, os actos symbolicos são frequentes: E que outra cousa he com effeito authorisar o pai o contracto, que entre si fazem os filhos, e a renuncia que hum faz das legitimas futuras a favor de outro, senão assigna-las elle ao renunciante para este as ceder ao irmão?

§. 560.

Por outra parte: Em que se dá aqui o voto *captandae mortis?* Não são os filhos herdeiros necessarios das legitimas, ou não as renunciem, ou de agora para o futuro as renunciem? Em que fica o pai intestavel, se elle fica com a liberdade, a unica liberdade, de dispor do seu terço, apezar dessa renuncia, que fação huns filhos a favor dos outros? Aonde se dá aqui por pacto a herança futura, a quem não tenha direito de presente, qual o dos filhos renunciantes, que por certo modo em vida dos pais se reputão como credores, ou quasi senhores de suas legitimas?

Confira-se Coccey *Jus Contr. L.* 2. *T.* 14. §. 3. 8. *et* 9. juncto o §. 2. *et q.* 35. Struv. *Exerc.* 6. *thes.* 44. *et Exerc.* 38. *thes.* 47. *et seg.*

§. 561.

Se bem se pensão as Leis Romanas prohibitivas ellas não figurão a hypothese dos filhos, que renuncião em favor de outros as legitimas, de que hão de vir a ser herdeiros necessarios: O Cap. *Quamvis pactum. de Pact. in* 6.°, que requer o juramento tambem, só comprehendeo as renuncias, que reprovavão as Leis civis firmando-as, intervindo juramento: Porém huma renuncia tal, em que intervem o consentimento do pai, tão longe está de ser reprovada pelas Leis civis, que antes a L. fin. *Cod. de Pact.* a authorisa; ut ibi: «Sancimus omnimodo hu-

« jusmodi pacta, quae contra bonos mores inita sunt,
« repelli, et nihil ex his pactionibus observari: nisi
« *ipse forte de cujus haereditate passum est*, volun-
« tatem suam eis accommodaverit; tunc enim subla-
« ta acerbissima spe, licebit eis, illo sciente et ju-
« bente hujusmodi pactiones servare. »

Veja-se Stryk. *de Success. ab intest. Diss.* 8. *C.* 10. §. 50. Concorda o nosso João Alves da Costa na Aquil. August. *P.* 1. *C.* 3. *n.* 36., aonde justamente reprova Valasc. *de Partit. C.* 16. *a n.* 47., que quiz figurar nas renuncias dous pactos implicitos; e que supposto o consentimento do pai suppre hum, não remedea o outro sem juramento, opinião por si mesma inattendivel, á vista do que venho de expor.

A Ord. L. 4. T. 70. §. 4. suppõe os casos, em que o pacto successorio não vale por Direito civil, e desses diz que podem confirmar-se por juramento: Ora: este he hum dos casos, em que, intervindo o consentimento do pai, he o pacto válido por Direito civil: Logo deste caso não fallou a Ord. nem suppoz ser necessario nelle o juramento.

§. 562.

Em muitas Nações estas renuncias entre pais, e filhos são indubitavelmente válidas ainda sem juramento: (a) Na Saxonia, no Eleitorado, no Belgio, (b) na França, Hespanha, e outras Nações. (c) Principalmente sendo taes renuncias feitas em pactos antenupciaes. (d)

(a) Como attesta Coccey *Vol.* 2. *Disp.* = *De Voto captandae mortis* = *Secç.* 3. §. 13. *et* 14.

(b) Stryk. *supr.* §. 23.

(c) Os DD., com os quaes João Alves da Costa *supr. a n.* 33.

(d) Cost. *P.* 1. *C.* 4.

§. 563.

Estas renuncias podem fazer-se por qualquer filho dotado pelo pai ou mãe em favor delles mesmos, dando-se os renunciantes por satisfeitos com os dotes ou legitimas antecipadamente recebidas: (a) E em consequencia podem os pais nos testamentos preterir os filhos renunciantes: (b) Mas se quizerem podem institui-los outra vez herdeiros: (c) Podem tambem fazer-se a favor dos irmãos. (d)

(a) Stryk. *supr.* *a* §. 48.
(b) Stryk. §. 96. Peg. *tom.* 6. *for. C.* 130. *a n.* 50.
(c) Peg. *n.* 64. Stryk. *a* §. 107.
(d) Stryk. §. 50.

§. 564.

Deve porém a renuncia ser expressa, ou por palavras, de que necessariamente se infira: (a) Deve ser o renunciante maior de 25 annos, ou intervir Curador. (b) A filha casada não póde renunciar a futura legitima sem authoridade do marido. (c)

(a) Stryk. *supr.* §. 16. *et* 63.
(b) Stryk. §. 44. *et* 45.
(c) Stryk. §. 46.

§. 565.

Mas por mais válida, e expressa que seja a renuncia das legitimas não comprehende os bens de fidei-commisso, nem os necessarios alimentos, nem os bens dos irmãos, de que os pais não são herdeiros por passarem a segundas nupcias. (a) Renunciada a legitima paterna, não se comprehende sem huma clara expressão a successão fraterna ou materna, e isto pela natureza stricta das renunciações. (b)

(a) Stryk. *supr.* §. 68. *et* 69.
(b) Stryk. §. 71. Peg. *supra a n.* 15.

§. 566.

Se o filho renunciante sobrevive ao pai, não ha duvida que sendo válida a renuncia se exclue a si,

e a seus descendentes. (a) Se porém o filho, que renunciou a legitima paterna, ou materna morreo antes do pai, ou da mãe caduca a renuncia, e os filhos do renunciante, sem embargo della, podem como netos *ex propria persona*, e *ex proprio jure*, pedir a herança do avô. (b)

(a) Stryk. *supr.* §. 72. Peg. *supr. n.* 99. Cost. *supr. P.* 2. *C.* 7. *n.* 25.

(b) Assim o seguem com as mais solidas opiniões Stryk. §. 76. Torr. *de Pact. futur. success. L.* 2. *C.* 24. *a n.* 34. Cost. *n.* 25. Guerreir. *Tr.* 2. *L.* 1. *C.* 10. *n.* 46. *et* 47.: Ainda que em contrario estão outros, que refere Stryk. §. 77. Torr. *a n.* 1., e que segue Peg. *a n.* 96. Porém a opinião, que admitte os netos á successão do avô, apezar da renuncia da predefuncta mãe ou pai, he mais solida, e fundamentada, como se póde vêr nos citados Torre, e Strykio.

§. 567.

Amplia-se esta opinião 1.° ainda que os netos tractem de succeder com tios vivos: (a) 2.° ainda quando os netos aspirem á successão *ab intestato* daquelles tios, em commodo dos quaes o pai ou mãe predefunctos renunciárão as legitimas paternas: (b) 3.° ainda quando a mãe ou pai, predefunctos, quando fizerão a renuncia a tivessem feito em seu nome, e de seus filhos, e herdeiros, conforme a melhor opinião: E isto ainda que os filhos sejão effectivamente herdeiros do pai ou mãe renunciantes. (d)

(a) Torr. *supra a n.* 54. *ad* 65.

(b) Torr. *supra a n.* 66. *ad* 76. Ainda que Costa *supra n.* 28. seguio o contrario com os mesmos, que refere Torre.

(c) Torre *supra a n.* 77.

(d) Como defende Torr. *a n.* 99. *et* 136. Se bem que no caso de serem herdeiros do pai ou mãe, que renunciárão em seu nome, e de seus

herdeiros, e se obrigárão por si, e seus herdeiros cumprir a renuncia, o contrario segue com muitos DD. Peg. *supra a n.* 103., e com outros Stryk. §. 79. *aliter*, não sendo herdeiros da mãe, Stryk. *supra.*

§. 568.

Amplia-se 4.° a mesma resolução ainda mesmo ao caso, que o pai ou mãe predefunctos tivessem renunciado as futuras legitimas, com a expressão, de que se davão por satisfeitos dellas com a porção antecipadamente recebida.

Assim o segue com muitos DD. Torr. *supr. a n.* 156. Supposto que no n. 144. citou muitos pela opinião contraria, a qual tambem refere, e seguio Peg. *tom.* 6. *for. C.* 130. *a n.* 103. E finalmente com outros DD. Costa *supra n.* 26. seguio esta segunda opinião contraria, senão he que apaixonado em favor de quem escrevia.

Seguidas as opiniões, que admittem os netos a aspirar á successão dos avós, apezar da renuncia dos pais predefunctos, sempre devem conferir os dotes ou doações recebidas pelos pais renunciantes, Torr. *supr. a n.* 176. Stryk. *supr.* §. 78. Fabr. *in Cod. L.* 2. *T.* 3. *Def.* 2. *a n.* 10. *et Def.* 16.

§. 569.

Já vimos compendiariamente no §. 554. as causas, pelas quaes se póde retractar a renuncia. Dellas, a mais frequente no Foro, he a lesão: He notavel a variedade de opiniões, que ha na materia sujeita, e que *ex professo* cumulárão Stryk. *de Success. ab intest. Diss.* 8. *C.* 10. *a* §. 132. Torr. *de Pact. futur. Success. L.* 2. *C.* 26. Huns nem ainda admittem lesão enormissima, *maxime*, sendo jurada a renuncia, outros a admittem: Huns só a enormissima, e não a enorme: Huns distinguem entre a renuncia feita pela filha competentemente dotada, e o filho varão:

De fórma que a filha só se póde queixar lesa se o seu dote não fosse competente com respeito á qualidade da sua pessoa, bens, etc., e não se póde queixar lesa com respeito á legitima, opinião que largamente defendem o citado Senador Costa na Aquila Augusta *P.* 2. *C.* 3. Torr. *supra a n.* 112. E o filho renunciante se póde queixar leso com respeito á legitima, que havia de herdar, Torr. *a n.* 152.

§. 570.

Nesta variedade eu sigo a generalidade da Ord. L. 4. T. 13. §. 6., que sujeita a poderem ser rescindidos pelo remedio da lesão não só os contractos das compras, e vendas, « mas ainda quaesquer outras « avenças, em que se dá ou deixa huma cousa por « outra, » generalidade comprehensiva das renunciações das heranças futuras feitas pelos filhos, que dos pais ou irmãos recebem algumas cousas ou dinheiros. Tambem não admitto distincção entre filhas ou varões; porque sendo as renuncias das legitimas correspectivas ao que recebem, tanto direito tem neste Reino ás legitimas as femeas como os varões.

§. 571.

A maior difficuldade consiste no arbitramento desta lesão: Se para ella se computar se deve respeitar o tempo da renuncia, ou o tempo da morte dos pais? Póde ser que no tempo da renuncia fosse avultado o patrimonio delles, e lesiva com respeito a esse tempo a renuncia, e viesse depois aquelle patrimonio a ser diminuto ao tempo da morte dos pais: Póde ser *vice-versa* que respeitados os bens delles no tempo da renuncia ella não fosse então lesiva, e o viesse a ser, porque se augmentárão os bens dos pais até o tempo da sua morte: Aqui outra vez se dividem os DD.: O citado Stryk. §. 142. e 147. sustenta com muitos DD. que a lesão se deve arbitrar com respeito aos bens, que o pai tivesse no tempo da mesma renuncia, sem virem em consi-

deração os bens, que depois sobrevierão aos pais, e que augmentárão o seu patrimonio.

§. 572.

Houve opinião contraria de Ciriac. *Contr.* 391., e de Fabr. *de Errorib. Pragmaticor. Decad.* 3. *Error.* 5., e de outros, que a lesão indistinctamente se deve arbitrar com respeito aos bens do pai ao tempo da morte: Porém Torr. *de Pact. futur. Success. L.* 2. *C.* 26. *a n.* 67. confuta as razões dessa opinião, firmando mais a primeira: Mas no n. 71. e 72. distinguindo que só procede a primeira opinião, quando se tracta de renuncia correspectiva a dote recebido, caso em que se deve attender o tempo da renuncia; mas quando a renuncia foi feita com respeito á legitima recebida se deve respeitar para a lesão o tempo da morte dos pais. E se se tracta da renuncia jurada, diz no n. 72. que se não deve fazer differença entre o dote ou legitima, e que em ambos os casos para a computação da lesão se deve respeitar o tempo da renuncia.

§. 573.

Se recorremos á nossa Legislação, a Ord. L. 4. T. 13. em todo o caso manda respeitar a lesão segundo o estado, e valor das cousas no tempo do contracto, e a esta regra sujeitou todos os contractos, e avenças, que comprehendeo no §. 6. sem especializar algum: Não respeita jámais o que depois do contracto póde augmentar ou diminuir pelas vicissitudes do tempo, ou da fortuna. Aqui he que propriamente se verifica a regra, que exclue a lesão nos actos dependentes do futuro evento; porque assim como o pai podia augmentar em bens, tambem podia fallir delles, e vir a ser diminuta a legitima, e mais diminuta que a antecedentemente recebida, respeitado o tempo da morte. (a) E por tanto a primeira opinião (§. 571.) he mais conforme á nossa Legislação, e em si mesma estribada em mais solidos fundamentos.

§. 574.

Não póde fazer dúvida a Ord. L. 4. T. 97. §. 4., que não se lembrou, nem comprehendeo o caso de ter havido huma renuncia effectuada a titulo de dote, ou de legitima antecipada; renuncia, que exclue da partilha o renunciante, e só suppoz o caso de se praticarem collações, e partilhas.

§. 575.

Ainda resta a questão: Se estas renuncias precisão de Insinuação? O citado Stryk. *Diss.* 8. *C.* 10. §. 8. com muitas razões, e DD. mostra que não: (a) E na verdade: como se poderia estimar o dubio evento para estimar a taxa da Lei? Sim, se huma tal renuncia fosse complicada com doação: Por exemplo, se o renunciante satisfeito com huma pequena porção doar o excesso, e já de presente póde ser estimavel o quanto liberalmente sem correspectividade se cede pelo renunciante, não duvidaria eu, quanto a esta parte, ser necessaria a Insinuação. (b)

(a) A mesma opinião segue com muitos DD. Torr. *de Pact. L.* 2. *C.* 31. *a n.* 22. Tondut. *Civil. C.* 57. *n.* 21. Gallerat. *de renuntiat. L.* 2. *C.* 4. *n.* 19.

(b) Veja-se a minha Dissertação sobre as Insinuações no Fascicul. de Dissert. tom. 1.

§. 576.

Finalmente: Tambem se não revoga esta renuncia pelo nascimento dos filhos, quando he feita em titulo de dote, onde os dotados cogitão dos filhos futuros.

Stryk. *supr.* §. 156. *in Simili.* Guerreir. *Tr.* 2. *L.* 7. *C.* 4. *n.* 32.

Secção III.

Quando podem ser repellidos da partilha os irmãos por lhe obstar a prescripção da acção.

§. 577.

He commum resolução dos DD. que o direito competente para pedir, e demandar a legitima prescreve por 30 annos, ainda mesmo com má fé do possuidor; porque o pedir a legitima he dependente do arbitrio do filho; e em quanto elle não declara a vontade de que a quer adir, está o possuidor na crença, de que elle não a quer acceitar: E por tanto, e por ser hum direito *querendo*, se prescreve por 30 annos (a) E só depois de feita a partilha, e adida a legitima, he que fica o irmão possuidor constituido em má fé, e incapacitado para prescrever. (b) Bem como o possuidor entregou parte da legitima ao irmão, não póde jámais prescrever o resto: (c) Ou se o possuidor foi, ainda só extrajudicialmente, interpellado pela entrega da legitima; porque (*quid quid sit* nos mais casos) neste a prescripção se interrompe pela interpellação extrajudicial. (d)

(a) Assim discorrem Gratian. *Decis.* 4. *et ibi Scop. a n.* 26. Merlin. *de legitim. L.* 5. *T.* 3. *q.* 10. *n.* 24. *et* 25. Guerreir. *Tr.* 2. *L.* 8. *C.* 13. *a n.* 30. Antonell. *de Tempor. Legal. L.* 2. *C.* 93. *n.* 6. Voet. *ad Pandect. L.* 10. *T.* 2. *n.* 33. Dunod. *Tr. des Praescript. P.* 1. *C.* 12. *pag.* 101., aonde amplia, ainda que huns co-herdeiros partindo entre si tenhão reservado em refens a parte do outro, que nunca pedio sua legitima em 30 annos.

(b) Guerreir. *supr. a n.* 36.

(c) Guerreir. *a n.* 41.

(d) L. 20. §. 11. L. 25. §. 7. *ff. de petit. heredit.* Coccey *Jus controv. L.* 41. *T.* 3. *q.* 25.

§. 578.

He o que na materia sujeita segue o commum dos DD. Porém eu sigo esta proposição geral: O irmão que sabe ter outro irmão, a que pertence legitima, nunca contra elle prescreve o direito de a pedir, ainda que não seja interpellado pelo irmão, para que lha entregue no espaço de 30 ou mais annos: Prova-se esta proposição: Pois que na materia de prescripção onde ha má fé ha peccado pela retenção do alheio, e não procede prescripção alguma, Ord. L. 4. T. 3. §. 4. no fim, e T. 79. no princ., e L. 2. T. 27. §. 3.: Ora: pelo Alvará de 9 de Novembro de 1754 passa pela **morte dos pais** o dominio, e posse das legitimas aos filhos, e o que as possue como cabeça de casal a possue em nome de todos.

§. 579.

Este he o systema, que parece seguio a Ord. L. 4. T. 96. § 3. 4. et 10., em quanto ahi se vê constituido o irmão possuidor na obrigação de chamar outro á partilha: Só chamando-o, e não vindo, he que a Lei desobriga ao possuidor de lhe pagar, quando vier partir, os respectivos rendimentos: E não sendo jámais chamado á partilha pelo possuidor, a Lei o obriga aos rendimentos de todo o tempo, sem distincção de serem muitos ou poucos annos, que o irmão tenha desfructado a legitima do irmão: E se a Lei assim o obriga, he consequente necessario que lhe resiste á prescripção, como possuidor de má fé, sabendo que tem irmãos, e não os interpellando para a partilha.

Com effeito, que por Direito Canonico, e da Hespanha, a acção *familiae erciscundae* não prescreve com má fé, o prova admiravelmente Vella. *Dissert.* 48. *a n.* 44.

§. 580.

Porém eu só admittiria a prescripção de 30 annos contra hum irmão bastardo filho de plebeo, e por isso co-herdeiro com o legitimo, se nunca pedisse por espaço de 30 annos a legitima, não tendo sido reconhecido filho, e irmão; porque em quanto não justifica a filiação está o outro irmão em justa ignorancia, ou ao menos em duvida, e entretanto póde prescrever. Tambem admittiria a prescripção contra hum filho ou filha, que tendo sido dotado, e levando o doto, por mais que diminuto, nunca veio pedir legitima ao cabeça de casal possuidor: Porque em taes circumstancias este possuidor se podia constituir na justa crença de que o irmão dotado nada mais queria que o seu dote, e com esta boa fé póde prescrever. (a) Ou quando o irmão (ainda que extrajudicialmente) tivesse seriamente declarado que não queria ser herdeiro, talvez por vêr a herança gravada com dividas; porque para fundamentar a boa fé basta esta declaração, sem a solemnidade do Termo judicial; assim como a contraria declaração, e interpellação basta para interromper a prescripção: *Contrariorum eadem est natura*, etc.

(a) Como no caso em Peg. tom. 5. for. C. 80. a n. 71. 75. 76. et 88.

§. 581.

Mas em quanto os irmãos possuem em commum, nunca (e sem dúvida alguma) póde jámais haver prescripção para se não proceder á partilha.

Guerreir. *Tr.* 2. *L.* 1. *C.* 1. *a n.* 42. Altim. *de Nullit. tom.* 3. *q.* 6. *Secç.* 4. *n.* 110. Voet. *ad Pandect. L.* 10. *T.* 2. *n.* 33. Vinn. *Sellectar. L.* 1. *C.* 34. Struv. *Exerc.* 14. *thes.* 14 Dunod. *Tr. des Praescript. P.* 1. *C.* 12. *pag.* 100. Peg. *de Maior. C.* 5. *n.* 202.

Pelo que respeita á computação ou excomputação dos tempos, quando algum co-her-

deiro, ou herdeiro delle fica na idade pupillar, ou puberdade, vejão-se a Ord. L. 4. T. 79. § 2. com a exposição de Lim. e Dunod. *supr. P.* 3. *C.* 1. Boehmer. *ad Pandect. tom.* 5. *Exerc.* 84. — O favor de hum co-herdeiro menor aproveita aos mais contra a prescripção. Gam. *Dec.* 291.

Em quanto hum dos co-herdeiros possuindo o todo paga pensão a outro annualmente não ha, nem póde haver prescripção, Constantin. *ad Statut. urb. annot.* 21. *art.* 4. *n.* 204. *et* 205. — Nem em quanto desfructa, e possue como curador do ausente, Peg. tom. 4. ad Ord. pag. 223. a n. 263.

Sobre a boa ou má fé nas prescripções, veja-se a minha especial Dissertação no Fasciculo de Dissert. tom. 1.

Secção IV.

Quando póde o irmão obstar á partilha, allegando partilhas presumidas, e provando as circumstancias, que produzem essa presumpção.

Questão prejudicial.

Se neste Reino se póde julgar só por presumpções, e pelo lapso de dez annos, que entre os co-herdeiros houve primeiras, e effectivas partilhas, que obstem ás segundas que hum delles pertende?

§. 582.

A Ord. L. 3. T. 59. no princ., que requer Escriptura publica *para prova das divisões, e partições de heranças, e de quaesquer outros bens*, no §. 11. dispensa sim o requisito de Escriptura publica, e que a sua generalidade se não entenda «nos contractos,

« convenças, e outras quaesquer firmidões, ou pa-
« gas, ou quitações feitas entre o paî, e filho natu-
« ral; nem entre filho, e mãe, entre sogro, e sogra,
« genro, e nora.... nem entre irmãos.... nem en-
« tre primos co-irmãos.... nem entre sobrinhos, e
« tios, etc. » donde inferem os DD., com os quaes Silv. á mesma Ord. no princ. n. 20. que as divisões, e partilhas se podem provar sem Escriptura publica, e por testemunhas entre estas partes; porém suppõe necessaria huma prova da realidade, e fórma das mesmas partilhas.

§. 583.

Em contrario desta Ord. L. 3. T. 59. §. 11. junto o princ. nas palavras *divisões, partições*, etc., parece que está diametralmente a Ord. L. 4. T. 96. §. 18. em quanto diz: « E quando a partilha fôr de to-
« do feita, e acabada *entre os irmãos, ou outros her-*
« *deiros* (eis-aqui equiparados os irmãos, e os estra-
« nhos para este fim) se fôr feita em sua presença,
« e de seu expresso aprasimento, e consentimento
« *por mandado de justiça* (aqui tracta da judicial
« reduzida em Autos publicos) e por partidores, e
« fôr concordada, e assignada pelo Juiz, e partidores:
« Ou quando *as partes* fizerem partilha entre si (eis-
« aqui comprehendendo na palavra — *partes*, — ir-
« mãos, e estranhos, de que vinha fallando) sem au-
« thoridade de Justiça (*id est* amigavel, e extraju-
« dicialmente) tanto que por elles fôr acabada, e o
« acto que se della fizer (*id est* amigavel, e extra-
« judicialmente) fôr por elles (*id est* depois) assi-
« gnado *em Escriptura publica, ou Autos publicos;*
« em cada hum destes casos (equiparando a par-
« tilha em todo judicial á extrajudicial, que depois
« se reduz a Escriptura publica) não se poderá já-
« mais a partilha desfazer, posto que alguma das
« partes a contradiga, etc. » Parece pois que esta Ordenação não admitte partilha alguma firme, e

válida entre irmãos, sem que seja ou judicial, ou reduzida a Autos judiciaes, e que entretanto por argumento *a contrario* he revogavel. Por outra parte: Só huma partilha provada por algum dos dous modos, e não a presumida, póde obstar a huma segunda, e pertendida partilha.

§. 584.

Para entendermos que esta Ord. L. 4 T. 96. §. 18. procede quando as partes ao principio intencionão que só por Escriptura se firme a partilha; e que os Escriptos que fazem della são preliminares, e que por isso antes de reduzida a Escriptura tem lugar o arrependimento, Ord. L. 4. T. 19. §. 1., he suppor huma cousa, que a Lei não suppõe. Para entendermos que póde ser que os irmãos sejão casados, e como as mulheres de huns (não sendo aliàs entre si irmãs, sobrinhas, ou primas) são extranhas, e sem reciproca affinidade, e que neste sentido he que falla o dicto §. 18. em quanto requer Escriptura publica, como se vê julgado em Peg. tom. 7. ad Ord. L. 1. T. 87. §. 4. n. 325. ainda ficamos na dúvida, porque esta Ord. do T. 96. §. 18. comprehende as partilhas entre irmãos sem differença de solteiros ou casados.

§. 585.

Seja qual fôr a conciliação, o certo he que huma, e outra Ordenação requerem prova por testemunhas ou Instrumento das partilhas; e como estas se equiparão a transacção, (a) devem provar-se com toda a sua formalidade, pactos, e circumstancias, (b) e não bastão por consequencia presumpções, e conjecturas.

(a) L. 21. *Cod. de Pact. L.* 36. *ff. famil. erciscund.* Valeron. *de Transact. T.* 1. *q.* 6. *n.* 8. *q.* 7. *n* 5. *T.* 3. *q.* 4. *n.* 21.

(b) Urceol. *de Transact. q.* 58 *n.* 1.

§. 586.

Sim temos a Ord. L. 3. T. 59. §. 9. no fim, que admitte prova de prescripção por testemunhas: Mas de que prescripção? Ou da de dez annos com Titulo, de que falla a Ord. L. 4. T. 3. §. 1., ou da de trinta sem Titulo, de que tracta o mesmo §. 1., e o L. 4. T. 79. Aonde não ha Titulo, *quatenus* Instrumento, as mesmas partilhas provadas por testemunhas são o Titulo *quatenus* causa da posse; mas eu não vejo Ordenação, que presuma Titulo por dez annos; e ou as partilhas se provão por testemunhas entre irmãos perfeitas, e consummadas; e então applicado o §. 11. da dicta Ord. L. 3. T. 59., não he necessario o decurso do tempo, ou se não prova o modo, e fórma, com que se celebrárão; mas só que os irmãos possuírão cada hum alguns bens separadamente por dez annos, e então aqui he onde está o equivoco dos DD.; porque não ha Lei, que por dez annos suppra hum Titulo, e ao mesmo passo que o Titulo assim deduzido da posse de dez annos equivalha á posse de trinta annos: Seria admittir dous especiaes, e hum derivado do outro. Seria facil illudir toda a Lei, que requer trinta annos de posse sem Titulo, porque se allegaria o presumido por dez, e este presumido por dez equivaleria com a posse de dez annos á de trinta sem Titulo. E que absurdo!

Vejão-se em caso semelhante Cardoso *verbo = Servitus = n.* 21. Bagn. *C.* 29. *n.* 146., *et. tota vis esset in verbis*, como a proposito discorre o Senador *apud* Peg. *tom.* 6. *ad Ord. pag.* 42. *n.* 38.

§. 587.

Por outra parte: Possuirem os irmãos os bens separados he hum acto indifferente, que póde attribuir-se a providencia interina em quanto não ha partilhas effectivas. (a) E ainda menos hum acto indif-

ferente póde produzir a presumpção de hum Titulo certo, que produza prescripção com a unica posse de dez annos.

(a) Guerreir. Tr. 2. L. 1. C. 1. n. 50.

Em que casos se presume partilha.

§. 588.

Á Glossa na L. *Si maior. Cod. commun. divid.* he que devemos attribuir o invento de se deverem presumir partilhas entre os co-herdeiros, ou consocios quando possuem dividida, e separadamente por dez annos os bens, em que forão co-herdeiros ou consocios, sem apoio em outra Lei expressa: (a) A Glossa sim mereceo authoridade de Lei pela Ord. L. 3. T. 64.; mas a de 18 de Agosto de 1769 lhe tirou toda a authoridade intrinseca: E quanto á extrinseca nenhuma merece, attento o que fica exposto. E só huma prescripção de trinta annos póde ser forçosa para, em falta de prova de partilhas expressas, se prescrever a acção *Familiae erciscundae.*

(a) Como diz Dunod. *Trait. des Præscript. P.* 2. *C.* 8. *p* 181., e reconhece Brunneman. *na d. L. Si maior* 4. *Cod. commun. divid.*

§. 589.

Entretanto o certo he que a Glossa nesta parte, ainda que sem apoio de Lei civil, tem lançado grandes raizes nas Nações, e nos Tribunaes da Europa, e tem formado huma torrente dos DD. sendo ella a sua unica fonte. Nós a vemos adoptada pelos nossos Reinicolas, Barbosa, Cardoso, Gama, Valasco, e outros (a) Nós a vemos adoptada pelos DD. de todas as Nações e Tribunaes da Europa. (b)

(a) Que referem Guerreir. *Tr.* 2. *L.* 1. *C.* 1. *n.* 48. *et. Tr.* 4. *L.* 6. *C.* 1. *n.* 39. *et L.* 8. *C.* 3. *a n.* 15. Peg. *tom.* 7. *ad Ord. L.* 1. *T.* 87. §. 4. *n.* 226. *et tom.* 5. *for. C.* 80. *n.* 75. *et.* 90.

Repertor. das Ord. debaixo da conclusão = Partilha feita pelos co-herdeiros entre si, etc.

(b) Que referem Brunneman. *in L.* 4. *Cod. commun. divid.* Constantin. *ad Statut. urb. annot.* 21. *art.* 4. *n.* 195. Michalor. *de Fratr. P.* 3. *C.* 42. *a n.* 11. Bonden. *ad Otter. de Pascuis. C.* 42. *n.* 110., aonde juntou hum grande apparato de DD., e Decisões sem ahi lhe escapar o nosso Gam. *Dec.* 321. *n.* 5.

§. 590.

Esta presumpção *a fortiori* he mais toleravel para se presumirem partilhas por dez annos entre rusticos das Aldeias, que vivem separados possuindo bens, que forão communs; pois como diz o citado Dunod. P. 2. C. 8. pag. 181. sub ℣. Quoique. «Nós «não seriamos rigorosos sobre a prova da partilha, «quando tivesse havido huma fruição dividida no «espaço de dez annos em porções quasi iguaes; «sobre tudo entre os Aldeões, que não costumão «fazer reduzir suas partilhas a escripto.»

Porque «Notabilem dixit Salicet. *in L. pe-* «*nult. Cod. commun. divid.*, glossam primam «ejusdem Legis contra Rusticos, et Mechani- «cos, qui dissipatis eorum portionibus, electio- «ne sibi vel sorte obventis, nedum Juris Di- «vini ac humani, verum etiam fraterni san- «guinis proditores, aliorum partem subdivide- «re quaerunt, quotiescumque super divisione, «jam de bono, et aequo peracta, nullum mo- «numentum reperitur,» Bonden. *ad Otter. de Pascuis C.* 42. *n.* 81.

§. 591.

Admittida pois esta opinião da Glossa, apezar do exposto desde o §. 582. até 588., principalmente tractando-se de partilhas presumidas entre rusticos, (§. 590.) ella *a fortiori* procede quando concorrem circumstancias adminiculativas da realidade

das mesmas partilhas precedentes: Como 1.° se hum dos irmãos vendeo como seus proprios alguns bens, que lhe proviessem da mesma herança, sem mencionar serem communs: Como 2.° se o mesmo que pede a nova partilha tinha asseverado serem seus proprios alguns bens daquella herança: Como 3.° algumas palavras enunciativas em alguns Instrumentos: Como 4.° a separada habitação em diversas casas: Como 5.° huma reciproca paciencia permittindo huns irmãos a outros as alienações, que fazião cada hum do que possuia: Como 6.° quando se pedem novas partilhas aos filhos dos irmãos já mortos, etc.

Bonden. *supra a n.* 84. Constantin. *ad Statut. urb. annot.* 21. *art.* 4. *a n.* 190.

§ 592.

Esta opinião da Glossa, esta presumpção da partilha cessa 1.° em quanto não passão os dez annos; porque já que a Glossa he tão exorbitante dos principios de Direito, que ficão expostos (§. 582. e seg.) não he justo que independente de outras provas, e só pela simples presumpção, se julguem partilhas effectivas sem passarem os dez annos: Seria ampliar a Glossa; seria multiplicar especiaes, e deduzi-los huns dos outros contra o stricto rigor das Leis. Cessa 2.° quando se mostra huma notavel desigualdade, e grande prejuizo.

Michalor. *de Fratr. P.* 3. *C.* 42. *n.* 16. *et* 17. Guerreir. *Tr.* 2. *L.* 1. *C.* 1. *n.* 51. Voet. *ad Pandect. L.* 10. *T.* 2. *sub n.* 33 Peg. *tom.* 7. *ad Ord. L.* 1. *T.* 87. §. 4. *n.* 226. *v. Denique.* — Em contrario se levantão outros DD., com os quaes Constantin. *supra a n.* 198. — Nesta collisão eu deixaria ao arbitrio do Julgador, com estas advertencias, que o devião prudentemente regular: 1.ª que a desigualdade seja grande, e não modica, o que não possa palear-se com pretextos

de se ter indemnisado por outro modo, ou reposição de dinheiro, Constantin. *n.* 201. *et* 202. 2.ª que á parte contraria incumbe a prova da mesma desigualdade, Bonden. *supr. n.* 119. *et* 125. — Confirão-se Brunneman. *supr. n.* 12. Menoch. *de Praesumpt. L.* 3. *praes.* 60. *a n.* 6. Add. *ad Gam. Dec.* 146. Peg. *supr.* §. *Deinde*, os quaes todos fazem differença entre a desigualdade muito notavel, e a modica; e, se quando a modica póde presumir-se compensada, não quando grave, e notavel.

§. 593.

Cessa 3.ª quando entre os co-herdeiros havia algum menor, a menos que não tenhão passado dez annos depois da sua minoridade. (a) Cessa 4.º quando a presumpção das partilhas se exclue por provas, ou presumpções mais fortes em contrario: (b) Taes são, entre outras, se hum irmão estiver ausente por muitos annos; se somente alguns bens, e não todos apparecerem divididos, etc. (c)

(a) Guerreir. *Tr.* 2. *L.* 1. *C.* 1. *a n.* 53. Michalor. *P.* 3. *C.* 42. *n.* 18. Menoch. *de Praes. L.* 3. *Praes.* 60. *sub n.* 4.

(b) Guerreir. *n.* 58. Gam. *Dec.* 320. *sub n.* 5.

(c) Valasc. *de Partit. C.* 38. *n.* 9. *in fin.* Michalor. *supr. n.* 15.

Em todos estes, e semelhantes casos, em que se objecta contra o que pede partilha alguma excepção prejudicial, tal como as que se acabão de expor, ella 1.º deve ser logo opposta, antes que o co-herdeiro seja admittido á partilha, e reconhecido co-herdeiro, Valasc. *de Part. C.* 2. *a n.* 21. Peg. *tom.* 5. *for. C.* 80. *n.* 15. *et* 16.: 2.º em quanto pende a disputa não póde negar-se huma descripção de bens da herança, que aliás he imprejudicial. Guerreir. *Tr.* 1. *L.*

1. *C.* 1. *a n.* 50. Peg. *tom.* 7. *ad Ord. L.* 1. *T.* 87. §. 4. *sub n.* 9. Maiormente 3.° quando ao coherdeiro, que pede a legitima se lhe oppõe a renuncia, e elle a argue lesiva: Pois neste caso, e ainda mesmo para provar a lesão, lhe he permittido requerer descripção da herança, Stryk. *de Sucess. ab intest. Diss.* 8. *C.* 10. §. 144. Fabr. *in Cod. L.* 3. *T.* 19. *Def.* 33. Brunnem. *in L. ult. Cod. de Jur. Deliber. n.* 69. Mas não se o filho renunciou a herança depois da morte dos pais; porque então já não póde exigir inventario, Stryk., e Brunnem. *supra.*

Secção V.

Quando póde o irmão repellir o irmão por ter o pai em vida feito as partilhas.

§. 594.

Se o pai em quanto vivo fez partilhas entre seus filhos, e validamente na fórma, que fica exposto §. 321., e seg., sem que o pai as revogasse em quanto vivo, debalde aspira hum dos filhos depois da sua morte ao Juizo *Familiae erciscundae*, e póde tambem ser repellido.

Voet. *ad Pandect. L.* 10. *T.* 2. *n.* 5.

CAPITULO V.

Direitos reciprocos, e obrigações de collação, e imputação entre irmãos.

Este Capitulo por si só faria hum Tractado pelas muitas questões, que comprehende, as mais frequentes, e praticas no Foro: Mas como nas Notas

ao L. 3. de Mello Freire já expuz o que me pareceo necessario para illustração das Doutrinas do mesmo Mello, aqui me limitarei somente a tractar com a possivel brevidade as questões, que me parecem indispensaveis nesta Obra de Direitos, e Obrigações Reciprocas entre irmãos, e que se não podião preterir sem huma grande falta na mesma Obra.

Questão 1.ª

Porque razão foi introduzida a collação? Sua genuina definição: Semelhança, e differença da imputação: Consectarios da Definição: Em que casos geralmente tem ou não lugar o direito da collação? Se basta a vontade do pai conjecturada para cessar esta obrigação?

§. 595.

He notavel a variedade, e alteração, que pela successão dos tempos houve no Direito Romano sobre a obrigação de conferirem os filhos aos irmãos nas partilhas os bens recebidos dos pais: Como tracto só a Jurisprudencia pratica, remetto os curiosos Leitores ao que historica, e magistralmente escrevêrão Samuel Stryk. Trat. *De Succession. ab intest. Diss.* 11. *C.* 1. Voet. *ad Pandect. L.* 37. *T.* 6. *a n.* 1. Boehmer. *ad Pandect. Exerc.* 81. Struv. *Exerc.* 37. *thes.* 21., e aos mais que refere o nosso Guerreir. *Tr.* 2. *L.* 2. *C.* 10. *a n.* 4.

§. 596.

A definição, ou mais propriamente a descripção da collação, acha-se na Ord. L. 4. T. 97. no princip., quando disse: «Se o pai ou mãe, ou ambos «juntamente derem alguma cousa movel ou de raiz «a algum de seus filhos, quer em casamento, quer «*em outra qualquer maneira*, será obrigado tornar «tudo á collação aos outros seus irmãos depois da «morte do pai, e mãe, que fizerão a doação....

« posto que pelos irmãos lhe não seja requerido, se « elle quizer com elles entrar á herança. E bem as- « si trará á collação *tudo o que houver de seu pai « ou mãe, ou que delles procedesse*, que se chama em « Direito profecticio. »

O nosso Valasc. de Partit. C. 12. n. 4. definio a collação por hum modo, que sem maior critica seguirão Guerreir. *supr. n.* 2., e Mell. Freir. *L.* 3. *T.* 12. §. 12., seguio diverso rumo Brunem. *de collat. bonor. C.* 1. *n.* 45. Todas essas definições porém são censuradas por Stryk. supra §. 4.: O qual vem a assentar que a verdadeira definição he esta §. 6.: « Lucri a vivo pa- « rente, cui succeditur, profecti, vel etiam ac- « quisiti, in communem haereditatem aequali- « ter dividendi, a liberis facta illatio. » Na mesma definição coincide Struv. Exerc. 37. thes. 22.

§. 597.

« Como a equidade natural exige (diz o Codigo « Frederico P. 2. L. 7. T. 16. §. 1.) que haja igual- « dade na partilha dos bens entre os filhos, as Leis « tem ordenado com bastante fundamento que aquel- « les filhos, que tem recebido, vivendo o pai, e mãe, « bens da parte delles, os devão trazer á collação de- « pois da sua morte, isto he, que os juntem á mas- « sa dos bens da herança, para os metter em com- « mum, e os partir entre todos com os outros bens. »

Confira-se Stryk. *supr. C.* 1. §. 3. Cald. *de Emption. C.* 9. *n.* 22.

§. 598.

Confundem commummente os DD. a collação com a imputação, sendo em si diversas, como adverte Boehmer. *supra* §. 6., e Stryk. *supr. C.* 1. §. 9. A imputação só tem propriedade, quando o pai fazendo testamento, e devendo instituir nelle herdeiro o filho na legitima, o institue em quantidade, porção, ou cousa menor que a importancia da legitima:

Neste caso he que o filho deve imputar nella, ou o que a titulo de legado recebe do mesmo pai pelo testamento, ou o que tem recebido por doação *causa mortis*, ou por qualquer acto entre vivos; e deve imputar tudo para se igualar na legitima, que o pai lhe deixou diminuta, e para não poder propor a querella *inofficiosi testamenti*, nem pedir o supplemento: E neste caso he que tem lugar as questões, se o filho instituido em menos da legitima deve imputar nella, e para a igualar, e não poder propor a querella; ou 1.° os prelegados deixados no testamento; ou 2.° o fidei-commisso condicional; ou 3.° a doação *causa mortis;* ou 4.° o que o pai lhe deo *causa adimplendae conditionis;* ou 5.° o que o filho houve da herança do pai mediante alguma substituição escripta no mesmo testamento, vulgar, fidei-commissaria, reciproca, etc. feita a algum dos co-herdeiros; ou 6.° o que o tal filho adquirio da herança do pai pelo direito de accrescer; ou 7.° do que outro lhe deixasse em contemplação do pai, etc. (a) Ou geralmente tudo quanto o filho instituido em menos da legitima havia recebido do pai em sua vida, e que aliàs deveria conferir: (b) Neste sentido he que propriamente he imputação.

(a) Carvalh. *de Testam. P.* 4. *C.* 1. *a n.* 22. *ad n.* 50. Michalor. *de Fratr. P.* 1. *C.* 34. 35. *et* 36.

(b) Como proseguem o mesmo Carvalho *a n.* 51., e Michalor. *Cap.* 37. *et seq.*

§ 599.

Mas quando o pai ou morre *ab intestato*, ou institue os filhos igualmente em suas legitimas, por mais que deixe a hum algum prelegado, além da igual legitima, não he imputavel em parte della, mas fica com elle precipua além da legitima: (a) E só o filho instituido em menos da legitima não deve imputar os peculios castrense, e quasi, nem o que he

adventicio, que não provém do pai. (b) De fórma que, e em conclusão, só se dá collação, ou quando o pai morre *ab intestato*, ou quando fallecendo com testamento institue todos os filhos por igual; ou (salvas as suas legitimas) melhorando algum com o terço, como logo veremos. A Ord. L. 4. T. 97. §. 22. expõe hum caso, em que ha collação, ou imputação, como synonimos.

(a) Carvalh. *supra n.* 25. Stryk. *supra.*

(b) Barbos. et Tabor. *L.* 9. *C.* 35. *axiom.* 11. *et* 12.

§. 600.

Da definição da collação (§. 596.) se segue que para ser praticavel a collação he necessario 1.° que os que a tractão sejão filhos do defuncto: 2.° seus herdeiros: 3.° que tenhão recebido bens do pai ou da mãe, ou (em alguns casos) por contemplação delles: 4.° em vida dos pais; porque os prelegados em testamento se não conferem, nem o adquirido depois da morte dos pais, ainda que por contemplação delles: (a) E 5.° o que elles tem recebido exista ao tempo da morte do pai, a que se succede. (b)

(a) Carvalh. *supra n.* 25. Voet. *ad Pandect. L.* 37. *T.* 6. *n.* 12. Fabr. *in Cod. L.* 3. *T.* 25. *Def.* 11. Perez *in Cod. L.* 6. *T.* 20. *n.* 6.

(b) Cod. Frederic. *P.* 2. *L.* 7. *T.* 16. §. 3. Veja-se a Questão 8.ª deste Cap.

Secção unica.

Se sem embargo da Novella 18. C. 6 (que parece requer huma vontade do pai expressa para cessar ao filho a obrigação da collação) basta huma conjecturada vontade do pai, que o filho não confira o que delle recebeo.

§. 601.

Se attendermos as formaes palavras da Novella « nisi *expresse* designaverit parens se nolle fieri col- « lationem, » e ao argumento, que com ella fizerão o nosso Valasc. *de Partit. C.* 14. *n* 15. *et.* 24. que segue Guerreir. *Tr.* 2. *L.* 2. *C.* 12. *n.* 216. Gudelin. *de Jur. Novissim. L.* 2. *C.* 19. *y. Quare*, e Struv. et Mull. *Exerc.* 37. *thes.* 36. nunca o filho, que recebeo bens do pai, he escuso de os trazer á collação, a menos que o pai expressamente no testamento o exonere dessa obrigação: Querendo Valasco, e Guerreiro que o pai tome expressamente em Terço o que dá ao filho, e que juntamente diga, que o que assim toma em terço lhe fique livre de collação. Esta Jurisprudencia seguio o Codigo Civil da França art. 843., e no art. 919.

§. 602.

Porém em contrario estão muitos, e graves DD., sustentando que basta que a vontade do pai, para que o filho não confira alguns bens doados, seja conjecturada, e deduzida de palavras significantes da mesma vontade: Assim Vinn *de Collat. C.* 7. *n. ult.* Mangil. *de Imput. q.* 14. *n.* 53. Fabr. *in Cod. L.* 6. *T.* 4. *Def.* 2. *in fin.* Anton. Math. *de Success. Disp.* 17. *n.* 1. Brunneman. *in Authent. Ex testamento Cod. de Collat* Perez. *in Cod. L.* 6. *T.* 20. *n.* 6. Stryk. *de Jur. Sens. Diss.* 9. *C.* 3. *n.* 9. Voet. *ad Pandect. L.* 37. *T.* 6. *n.* 27. Molin. *de Just.*

Disp. 298. *n.* 6. — Com especialidade nos casos, que referem Barri *de Succes. L.* 14. *T.* 6. Voet. *supr.* Stryk. *supr. n.* 10. *et de Succession. ab intest. Diss.* 11. *C.* 6. §. 7. *in fin.*

Eis-aqui a razão da Novella 18. C. 6. (de que he tirada a Authent. *Ex testamento Cod. de Collat.)* exhibida por Stryk. *Juri. Sens. Diss.* 9. *C.* 3. *a n.* 5. *ibi:* « Ratio hujus novi juris « fundata est in praesumpta oblivione quam ipse « Imperator in d. Nov. 18. C. 6., reddit, ver- « tente Halvandro — *In certum est oblitus ne da- « torum an mortis perturbationem pressus, ea de « re mentionem non fecerit.* — Quia itaque obli- « vio subesse potest, praesertim cum causa quo- « que oblivionem inducens adsit, scilicet mor- « talitas, ac mortis perturbatio, L. 8. *Cod. qui « testam. facer. poss.* non habebit hanc efficaciam « impediendi collationem, cum de illis, quorum « non praesumitur meminisse, nec censeatur « aliquid constituisse. Insuper omissa per obli- « vionem plerumque pro expressis in jure ha- « beri solent.... Et ea propter Juris antiqui « ratio expirabit quae haec erat. = Si testator « voluisset expressisset collationem; addendum « enim — Si meminisset — quod quia dubium, « rectius praesumpta voluntas testatoris, quae « aequalitatem inter liberos intendit, Juris ve- « teris correctionem extorsit.... *Cessante vero « oblivione cessabit dispositio Juris novissimi, et « taciti eadem vis erit quae expressi,* etc. » A mesma razão com Cujacio exibe Peres *in Cod. L.* 6. *T.* 20. *n.* 6. *ibi:* « Hodie tamen ex tes- « tamento, et ab intestato, nisi eam expresse « defunctus prohibeat, locum habet, *Auth. Ex « testamento Cod. de Collat.*; quod *praesuma- « tur* (ut hic animadvertit Cujacius) *per obli- « vionem omisisse collationis praeceptum*; et

« omissa per oblivionem plerumque in Jure « haberi solent pro expressis. » Razão genuina, supposta a qual se segue 1.° que a dicta Novella, e conclusão, que della deduzirão os DD. citados (§. 601.) só póde entrar em pratica quando o pai, que havia feito doações em vida aos filhos ou morre *ab intestato*, ou no testamento se não lembrou dellas, nem deo idéas que dellas se lembrava: Mas não 2.° quando o pai nas doações mesmas, e no acto dellas, exprimio algumas palavras significantes de ser a sua vontade, que o filho donatario não conferisse os bens ahi doados: Nem 3.° quando no Testamento mesmo dá idéa da lembrança dessas doações precedentes, e por palavras, de que se infira a vontade de se não conferirem. Com tanto que a essa vontade não repugnem as Leis, que prohibem que o pai faça disposições excessivas dos limites da sua terça, Stryk. *dit. Diss.* 11. *C* 6. §. 12. E depois desta analyse da Novella he bem manifesto o erro de Valasco, que afferrado á letra della disse o que acima vimos §. 601.

Não se julga que o pai dispensou os outros filhos da obrigação da collação, quando só a impoz a hum delles, Leiser. *ad Pandect. Specim.* 413. *med.* 4. Puttman. *Adversar. Jur. L.* 2. *C.* 7. *pag.* 87.

Diz Surd. *Cons.* 143., e sustenta que quando o pai dá ou dota ao filho alguns bens com reserva do uso-fructo em sua vida, he huma conjectura exclusiva da collação « ex quo alias « ex donatione nulla perciperetur utilitas: » Confira-se Rot. *in Mantiss. ad Luc. L.* 7. *de Donat. Decis.* 13. *n.* 11., aonde accrescenta: « Id tamen « fallit, quando donatio complectitur maiorem « partem bonorum; nam in hoc casu satis ma-

« gnam percipit utilitatem donatarius, etiam stan-
« te quacumque reservatione usus-fructus, quia
« nempe post mortem donantis non cogitur con-
« ferre bona donata, si abstinet adire, L. fin.
« Cod. de Collat. Dot. L. Posthum. Cod. de
« Collat. »

Quanto á 1.ª parte (admittido que bastão conjecturas) parece não obsta a generalidade da Ord. L. 4. T. 97., porque suppõe huma doação effectiva com plena translação do dominio, e posse, L. 176. ff. do reg. jur.; tanto assim, que suppondo a mesma tradição, e fruição desobriga ao filho dos rendimentos em vida do pai, e entra a regra da dicta L. 176. « Non vi-
« dentur data, quae eo tempore, quo dantur,
« accipientis non fiunt: »

Confira-se Cald. *for. L.* 2. *q.* 18. *n.* 4. *et de Empt. C.* 20. *n.* 7. *in fin.* E por isso necessariamente fica exceptuado da collação o que assim dá o pai reservando o uso-fructo. Esta, e não outra, póde ser a sua mente.

Quanto á 2.ª parte: Confirma-se com a dicta Ord. §. 3. e 4. De fórma que, se o filho se abstem deve repôr o excesso da legitima, e terço; mas quanto á parte imputavel no terço havendo insinuação na fórma da Lei. Se se não abstem entra a doação feita assim com reserva como imputada no terço dentro dos limites, em que vale sem Insinuação: Este he, quanto a mim, o sentido da Rota Romana acima transcripta, em quanto limita a Doutrina de Surdo.

Questão 2.ª

Entre que pessoas he praticavel a collação.

§. 603.

He praticavel entre os filhos, que sejão, e queirão ser herdeiros dos defunctos pais, ou os filhos sejão machos ou femeas; ou herdeiros seus ou emancipados; ou instituidos igual ou desigualmente; (a) ou concorrão com irmãos vivos, ou com algum posthumo, que ainda exista no ventre da mãe; (b) ou sejão todos de legitimo matrimonio, ou legitimados *per subsequens*; (c) ou sejão naturaes de peão, concorrendo entre si, ou com os legitimos de peão, Ord. L. 4. T. 92.; (d) ou sejão naturaes successiveis ás mães. (e)

(a) Stryk. *de Success. ab intest. Diss.* 11. *C.* 2. §. 2. Guerreir. *tr.* 2. *L.* 2. *C.* 11. *a n.* 12. *et a n.* 36.

(b) Stryk. *supr.* §. 12.

(c) Guerreir. *supra.*

(d) Voet. *ad Pandect. L.* 37. *T.* 6. *n.* 2. Guerreir. *n.* 25.

(e) Stryk. *supr.* §. 11. Voet. *n.* 2.

Mas he impraticavel a collação entre filhos legitimados, os quaes não devem conferir o que o pai em particular havia dado a algum delles, Peg. *tom.* 2. *ad Ord. pag.* 46. *n.* 114. Guerreir. *supr. n.* 22. Valasc. *de Partit. C* 12. *n.* 40. *et* 41. Cald. *in L. Si curatorem, verbo = Sine curatore n.* 55. A menos que o pai não determine o contrario, Peg. *supra* ¥. *Nisi id pater expresse disposuerit.*

§. 604.

E quanto aos netos: « Se o avô (diz a Ord. L. « 4. T. 97. §. 20.) fizer *em sua vida* doação de al-

« guma cousa a seu neto, ou neta, filhos de seu fi-
« lho, ou de sua filha, traze-la-ha á collação depois
« da morte de seu avô, *se quizer entrar á sua he-*
« *rança* com seus tios, irmãos de seu pai ou mãe,
« filhos do dicto seu avô, que lhe fez a doação, se
« *a esse tempo o pai, ou mãe* dos dictos netos vivo
« não fôr. » Isto he, como bem declara a Ord., *se quizer entrar á herança de seu avô.*

Vejão-se Voet. *supra. n.* 3. Guerreir. *n.* 40.

§. 605

« E sendo ainda ao tempo da morte do avô
« vivo o filho ou filha, pai ou mãe do neto ou neta,
« a que foi feita a doação pelo avô, querendo o pai
« ou mãe do neto ou neta entrar á herança de seu
« pai ou mãe, trará á collação a seus irmãos aquil-
« lo, que por seu pai ou mãe foi dado ao neto, ou
« neta, filho ou filha desse, que quer entrar á he-
« rança de seu pai ou mãe, com seu irmão, ou ir-
« mãos: Porque pois a doação foi feita pelo avô ao
« neto por contemplação de seu pai ou mãe, se es-
« se pai ou mãe quer entrar á herança do avô com
« seu irmão, he justo que traga á collação tudo
« aquillo, que por sua contemplação foi dado pelo
« avô a seu filho ou filha, ainda que todos sejão vi-
« vos. E não querendo o dicto filho ou neto entrar
« á partilha, se terá a maneira que acima dissemos. »
Ord. L. 4. T. 97. §. 21.

§. 606.

« E tudo o que se descontar ao filho na succes-
« são de seu pai ou mãe pela doação, que (o avô)
« faz a seu neto, se contará na legitima ao dicto
« neto pelos seus irmãos, quando se finar o pai ou
« mãe, a que assi foi descontado. » Assim conclue o dicto §. 21. da Ord. L. 4. T. 97.

§. 607.

Figura a nossa Ord. nos §§. 20. e 21. só estes tres distinctos casos, e todos com toda a clareza,

sendo insusceptiveis em si mesmos de duvida alguma. E he para notar o muito que miscellaneou sem ordem, e quasi imperceptivelmente a respeito da collação, a que são, ou não obrigados os netos, Guerreir. *Tr.* 2. *L.* 2. *C.* 11. *a n.* 40. Os casos expressos na Lei não admittem disputa, nem a Lei podia ser mais clara. Nella porém forão omissos estes casos; 1.° quando o pai do neto (a quem o avô havia feito doação) foi tambem dotado pelo mesmo avô: E aqui a duvida: Se o neto, que, morto o pai, concorre á successão do avô com os tios, deve trazer tambem á collação o dote do pai sendo delle herdeiro? 2.° Se não sendo o neto herdeiro do pai predefuncto, e concorrendo com os tios á successão do avô, deve ou não conferir o dote, que o defuncto pai houvesse recebido do avô? 3.° Se he praticavel a collação do que dos avós houverão os pais, quando predefunctos estes concorrem só netos de huns, e outros á successão da avô?

§. 608.

Todos estes tres casos são omissos no dicto §. 20. da Ord., aonde particularmente se tractou da obrigação, que tem os netos de conferirem o recebido do avô, quando, sendo defunctos seus pais, concorrem com os tios á successão do avô: Se nos afferrarmos ao systema de que a disposição da Lei, e a vontade do homem são as que regulão os casos, em que deve haver collação, e que em nenhuns outros, aonde a Lei, e o homem não mandão, podemos plausivelmente dizer, que em nenhum dos dictos tres casos omissos na Lei tem os netos obrigação de conferir: Pois que o dicto §. 20. só obriga que o neto, concorrendo com os tios á successão do avô, confira o quo o neto mesmo recebeo delle, e não obriga o neto que confira o que o pai defuncto tivesse recebido delle, fosse ou não herdeiro do pai, nem a Lei providenciou de modo algum o terceiro dos dictos casos.

§. 609.

Porém no 1.º dos dictos casos: Se os filhos do pai defuncto, que havião sido dotados pelo avô são herdeiros do pai, toda a razão pugna, e toda a equidade, que os filhos concorrendo á successão do avô com os tios não só devão trazer á collação o que os netos recebêrão immediatamentes do avô, mas o que o defuncto havia delle recebido.

Stryk. *de Success. ab intestat. Diss.* 11. *C.* 2. §. 13.

§. 610.

Mas no 2.º dos dictos casos, se o neto, que, morto o pai ou mãe, que forão dotados pelos avós, concorre com os tios á successão destes, e não he herdeiro dos pais, tendo-se abstido da sua herança, não he obrigado conferir aos tios o dote, que o pai defuncto (de que não foi herdeiro) houvesse recebido do avô.

Cod. Frederic. *P.* 2. *L.* 7. *T.* 16. §. 5. *sub. n.* 1. *et sub.* §. 6. Stryk. *supr.* §. 15.: E neste Reino o refere julgado Valasc. *de Partit. C.* 22. *n.* 62. *et* 63., e o segue Guerreir. *Tr.* 2. *L.* 2. *C.* 11. *n.* 65.

§. 611.

Sim neste identico caso ha huma fortissima opinião contraria: (a) Porém Strykio *supra* a destroe; e para eu seguir a primeira (§. 610.) basta-me vêr que foi adoptada no Codigo Frederico, e no Senado deste Reino. E sobre isto, porque a nossa Ord. L. 4. T. 97. §. 20. obrigando neste caso os netos conferir o que immediatamente recebêrão dos avós, quando, mortos os pais, concorrem com os tios á successão dos avós, não os obriga trazerem á collação o que seus pais defunctos havião delles recebido.

§. 612.

Finalmente no 3.º dos dictos casos, quando só

concorrem netos entre si, sem tio vivo á successão do avô, neste caso diz o citado Codigo Frederico; «Quando todos os filhos do primeiro gráo forem «mortos, e não houver mais que netos, elles não «trarão á collação mais que o que tiverem recebi- «do *elles mesmos de seus avós, e não o que seus pais,* «*e mães tiverem delles recebido.*»

Stryk. *supra Diss.* 11 *C.* 2. §. 17 — Em contrario está nervosamente Voet. *ad Pandect. L.* 37. *T.* 6. *n.* 4. obrigando os netos, quando sós entre si concorrem á successão do avô, conferir cada hum o que seus pais havião recebido. Struv. *Exerc.* 37. *thes.* 25. distingue o caso de serem ou não serem os netos herdeiros dos pais; não o sendo, diz que ficão desobrigados os que o não forem de conferir o que seus pais houvessem recebido dos avós: *Aliter* sendo os netos herdeiros dos pais dotados. Eu sigo a opinião de Strykio, não só porque abraçada pelo Codigo Frederico, mas porque a Lei, e o homem são as unicas molas das collações; não ha obrigação de conferir onde a lei, ou o homem o não determinão.

§. 613.

Quanto aos ascendentes: He sem duvida que tractando entre si da successão dos descendentes, não são obrigados conferir, o que delles tiverem recebido. (a) Quanto aos collateraes: He tambem certo que, tractando entre si da successão do defuncto, não devem conferir o que tiverem recebido do mesmo defuncto. (b) A menos que este não tiver declarado o contrario; isto he que se impute na sorte do donatario aquillo, que delle houve; porque a sua vontade neste caso deve guardar-se sendo legitima, e solemnemente pronunciada. (c) Nem finalmente he praticavel o direito de collação entre herdeiros estranhos. (d)

(a) Stryk. *supr.* §. 18. Cod. Frederic. *supr.* §. 5. *n.* 3. Guerreir. *supr. n.* 26.

(b) Stryk. *supra* §. 19 Voet. *supr. n.* 6. Guerreir. *n* 33. Ant. Fabr. *in Cod. L.* 6. *T.* 4. *Def.* 1. Mull. ad Struv. *Exerc.* 37. *thes.* 26. Michalor. *de Fratrib. P.* 1. *C.* 15. *n.* 2.

(c) Voet. *supr. sub n.* 6.

(d) *Ex DD. supra.*

Questão 3.ª

Que dotes, doações, ou liberalidades feitas pelos pais aos filhos (ou por contemplação delles a seus filhos pelos avós) devão conferir-se nas partilhas com os irmãos, e sobrinhos?

Secção I.

Dotes, doações, e liberalidades feitas pelos pais immediatamente aos filhos, e por actos entre vivos.

§. 614.

« Se o pai ou mãe, ou ambos juntamente derem alguma cousa movel, ou de raiz a algum de seus filhos, quer em casamento, quer *em outra qualquer maneira*, será obrigado a tornar tudo á collação aos outros seus irmãos depois da morte do pai, e mãe, que fizerão a doação.... E isto posto que pelos irmãos lhe não seja requerido, se elle quizer com elles entrar á herança. E bem assim trará á collação *tudo o que houver de seu pai, ou mãe, ou que delles procedesse*, que se chama em Direito profecticio. »

A generalidade desta Lei removeo a que parecia antinomia das Leis Romanas, segundo as quaes se duvidava se as doações simples devião conferir-se? Havendo neste artigo a varie-

dade de opiniões, que refere Mull. *ad Struv. Exerc.* 28., e que sem critica escreveo Guerreir. *Tr.* 2. *L.* 2. *C.* 12. *a n.* 12. *ad.* 17. Antinomia, que conciliou Stryk. de Success. ab intest. *Diss.* 11. *C.* 4. §. 14. *e* 15. E o que verdadeiramente estabeleceo o Direito Romano novissimo, segundo a exposição de Stryk., he o mesmo, que determinou a nossa Ord. com a referida generalidade. Veja-se Carvalh. *de Testam. P.* 4. *C.* 1. *a n.* 134. *et signanter n.* 139.

Não só se exceptuão desta generalidade os casos, em que a Lei mesma a limita nos §§. seguintes, mas o caso, em que os pais expressa ou tacitamente excluem a collação, (§. 601. e seg.) o caso, em que dão ou dotão o terço, que se não confere; porque, doando-se ou dotando-se, já se suppõe doado ou dotado precipuo além da legitima o caso dos prelegados deixados em testamento, que se tractará na Secção 2.ª

§. 615.

Comprehende pois a nossa Ord. na sua generalidade para dever conferir-se pelo filho tudo quanto he dote ou doação; e se póde comprehender debaixo da palavra, e natureza de doação, tudo quanto o filho houve do pai *por qualquer maneira, causa, ou titulo* tudo quanto proveio ao filho do pai: E consequentemente 1.º os dotes para o matrimonio carnal: 2.º por identidade de razão os dotes para o matrimonio espiritual, como o dote de patrimonio para o estado do Sacerdocio, que igualmente o filho deve conferir, ao menos quanto á estimação; e se fôr excessivo da legitima, e terça do pai dotador, deve repor o excesso offensivo das legitimas dos mais filhos.

Guerreir. *supra a n.* 144. Portug. *de Donat. L.* 1. *praelud.* 2. §. 5. *n.* 4. Carvalh. *P.* 4. *C.* 1. *n.* 58. *et* 94.

Comprehendem-se como parte do dote, e accessorio delle para ficar sujeito á obrigação da collação, os vestidos, e ornamentos nupciaes, Valasc. *de Part. C.* 13. *n.* 56. Michalor. *de Fratr. P.* 1. *C.* 28. *n.* 3. Stryk. *de Success. ab intest. Diss.* 11. *C.* 4. §. 10. Ouro, prata, joias, etc., e todo o augmento, que depois se fizer do dote, Cod. Frederic. *P.* 2. *L.* 7. *T.* 16. §. 11. *n.* 8.

§. 616.

Todas as mais doações simples, que os pais fazem aos filhos, ou sejão propriamente doações, ou tão sómente entrega de hum peculio profecticio, segundo a distincção, que (para outro fim) deixo notada na P. 2. C. 5. ficão sujeitas á obrigação da collação pela generalidade desta Ordenação: Em consequencia 1.° todas aquellas doações expressas entre pais, e filhos, que ou logo valem, segundo a moderna Jurisprudencia, ou se confirmão pela emancipação, casamento ou morte, são sujeitas a esta obrigação: Em consequencia 2.° fica tambem sujeito á collação aquillo, que o pai pagou por ter sido fiador do filho: (a) Em consequencia 3.° se hum pai dá a juro dinheiro seu em nome do filho, fazendo-se o Titulo da obrigação ao filho, e não ao pai, deve o filho conferir esse dinheiro como huma doação feita a elle pelo pai. (b)

(a) Mull. ad Struv. *Exerc.* 37. *thes.* 28. *in fin.* Voet. *ad Pandect. L.* 37. *T.* 6. *n.* 14. Carvalh. *de Testam. P.* 4. *C.* 1. *n.* 133.

(b) Puttman. *Adversar. Jur. L.* 2. *C.* 7. Michalor. *de Fratr. P.* 1. *C.* 32. *n.* 2. Leiser. *ad Pandect. Specim.* 413. *med.* 5.

§. 617.

Em consequencia 4.° comprehende-se na generalidade da Ord. a demissão que o pai faz ao filho, que está debaixo do seu poder dos fructos dos bens

adventicios do mesmo filho, depois de o pai ter adido, e percebido os mesmos fructos, porque nisto se dá huma propria, e verdadeira doação.

Stryk. *supr.* § 3. Portug. *de Donat. L.* 3. *C.* 23. *n.* 32. Guerreir. *Tr.* 2. *L.* 2. *C.* 12. *n.* 168. Lagun. *de Fruct. P.* 2. *C.* 5. *n.* 124.

§. 618.

Se porém o pai antes de adir o uso-fructo o repudiou, e deixou de adquirir, e logo cedeo em favor do filho proprietario, consolidando-se com a propriedade nos termos da Ord. L. 4. T. 99. §. 2., neste caso he sem duvida que o filho não deve conferir os fructos percebidos dos seus bens adventicios, cujo uso-fructo o pai repudiou, e não quiz adquirir.

Portug. *supra a n.* 28. Struv. *et* Mull. *Exerc.* 37. *thes.* 32. Voet. *supra sub n.* 12. Lagun. *supra n.* 124. Stryk. *supra.*

§ 619.

O mesmo dizem os citados, e outros DD. que procede ainda quando o pai, não expressamente, mas só *conniventibus oculis*, permitte que o filho desfructe os bens adventicios. (a) E ainda avança a dizer, que se o pai depois de ter acceite, adido, e principiado a gozar o uso-fructo o renunciar expressa ou tacitamente ao filho proprietario, nem ainda neste caso fica o filho obrigado conferir os fructos, que percebeo dos seus adventicios até á morte do pai, ou até quando se emancipou. (b)

(a) Como com Caldas, Carvalho, Valasco, e outros prova o mesmo Portug. *n.* 34., e segue Guerreir. *supra n.* 166.

(b) Portug. *n.* 36. Carvalh. *P.* 4. *C.* 1. *n.* 156. *et* 157. Pereir. *Dec.* 55.

§. 620.

Mas estas proposições (§. 619.) são erroneas: Porque, *quid quid sit* no caso figurado no §. 618., em todos os mais casos. em que o pai chegou a ac-

ceitar, adir, e principiou a perceber o uso-fructo dos bens adventicios do filho, sem o renunciar antes de adido nos termos da Ord. L. 4. T. 99. §. 2., e depois de adido, e acceite o demittio ao filho, ou a demissão fosse expressa ou tacita, deve o filho conferir quantos fructos percebeo depois da demissão expressa ou tacita do pai até á morte delle, ou até a emancipação do mesmo filho, por se darem diversas, e essenciaes razões entre o caso de demittir ao filho o uso-fructo antes de acceite, e adido, repudiando-o expressa ou tacitamente, e entre o caso de acceitar, e adir o uso-fructo, e depois o demittir ao filho.

Lagun. *de Fruct. P.* 2. *C.* 5. *a n.* 117. — A citada Ord. L. 4. T. 99. §. 2. só faz proprio do filho o uso-fructo independente do pai, *se o pai renunciar o uso-fructo da cousa:* Estas palavras, conforme a genuina intelligencia dos DD. já citados §. , significão huma repudiação propriamente tal antes de acceite pelo pai o uso-fructo. Este tambem he o sentimento de Guerreir. *Tract.* 2. *L.* 2. *C.* 12. *n.* 168.: Ora: depois de acceite pelo pai o uso-fructo ficou huma parte do seu dominio, e patrimonio até a morte, ou até a emancipação do filho, Lagun. *supra n.* 117. Cyriac. *Contr.* 319. *n.* 18.: Em consequencia demittindo o o pai depois de acceite, diminuio o seu patrimonio em prejuizo dos mais filhos, Lagun. *supra*. Essa razão de Carvalho de Testam. P. 4. C. 1. n. 159., que a adquisição do uso-fructo *quotannis fit*, provada com a Lei *si in singulos*. ff. de ann. legat. et L. 1. §. fin. ff. de usufr. accrescend., he frivola; porque o direito do pai he inauferivel até a sua morte, ou emancipação dos filhos; e essas Leis tem diversa applicação, que por brevidade omitto. — Por outra parte lá diz o mesmo Carvalho *n.*

185. que a razão, por que a Ord. L. 4. T. 97. §. 22. manda que o filho nomeado no Prazo, a quem o pai logo demittio o uso-fructo, o confira, he porque o pai «revera diminuit patrimo-«nium suum, quo casu possunt conquaeri alii «filii de injustitia, et inaequalitate, etc.» E que razão de differença entre hum, e outro caso? E finalmente já mostrei na Part. 1. Cap. 20. a obrigação, que os pais tem de adquirirem igualmente para seus filhos, e não lhes ser licito deixar de adquirir para melhorar hum delles.

Só sim eu exoneraria o filho de conferir esse uso-fructo demittido depois de adido pelo pai, se o pai lho consignou em alimentos, permittindo-lhe que nelles o consummisse, Mull. ad Struv. Exerc. 37. thes. 32.; porque o que se dá em alimentos não se confere, como logo veremos, huma vez que não haja fraude ou dolo: Porque se o pai alimentar o filho, e demais a mais lhe der o uso-fructo dos adventicios, fica em effeito hum peculio profecticio.

§. 621.

Em consequencia 5.° deve conferir como doação comprehendida na generalidade da Lei o dote ou doação, que o pai faz dos fructos de alguns bens; porque nos fructos mesmos consiste a doação. (a) Deve conferir 6.° como doação o interusurio do Morgado, que o pai em vida demittio ao filho immediato successor. (b)

(a) Carvalh. *P.* 4. *C.* 1. *n.* 172. *et* 173. Mas isto só de Direito commum: O contrario, segundo o Patrio, parece segue o mesmo Carvalho n. 172. e 173. no fim.

(b) Como largamente demonstra Carvalho supra n. 162. et 165., concluindo no n. 170. que a estimação deste uso-fructo se deve estimar por dez annos. *ad instar* das Tenças: E

conduz o Regimento das Dizimas da Chancellaria (para esta avaliação) §. 7. — Porém em contrario que tal interusurio se não deva conferir neste caso, Molin. *de Justit. Disp.* 238. Valasc. *de Partit. Cap.* 13. *a n.* 14. Thom. Valasc. *alleg.* 59. E mais sem duvida se os fructos do Morgado fossem doados para alimentos, Thom. Valasc. *n.* 10. *et* 11. Sendo para notar que Carvalh. no n. 165. falla conforme o nosso Direito Patrio, e só no n. 166. e seguintes diz o contrario conforme o Direito commum.

Omittindo outras especies: A Ord. comprehende geralmente tudo quanto os pais derão aos filhos em vida por qualquer maneira, e tudo quanto os filhos houverão do pai ou mãe, ou que delles procedesse: As remissões de dividas ou fructos, que os pais fação aos filhos, se comprehendem na nossa Lei, veja-se Gam. *Dec.* 118. Valasc. *C.* 13. *n.* 150.

§. 622.

Restão só ao proposito duas questões: 1.ª Se a doação remuneratoria feita pelo pai ao filho deve conferir-se? 2.ª Se a que o pai faz ao filho em satisfação dos damnos que lhe causou, quando uso-fructuario de seus bens adventicios, dividas que lhe distractou, etc.? E se estas doações se devem imputar nos terços?

§. 623.

Quanto á 1.ª questão: Depois de se ter visto na P. 1.ª C. 1. que os filhos só são obrigados prestar aos pais as obras officiaes, e não as industriaes, e arteficiaes, depois de vermos na mesma P. C. 8. muitos casos, em que os pais devem ainda civilmente ser obrigados remunerar, e satisfazer os serviços dos filhos, facilmente devemos convir com Portug. *de Donat. L.* 1. *Praelud.* 2. §. 5. *n.* 33. que os pais podem fazer aos filhos doações remuneratorias: E como es-

tas são impropriamente doações, hum titulo oneroso, e permutatorio, ou recompensativo, he hum consequente necessario que o filho não deve conferir esta especie de doação. (a) Com tanto que o filho negando-se-lhe pelos irmãos os meritos que causárão, e os prove, porque não basta a asserção do pai: (b) E com tanto que não sejão excessivos da cousa doada, mas sim iguaes, e adequados a ella. De outro modo he o filho obrigado a conferir todo o excesso. (c) Mas tudo quanto equivaler aos serviços do filho, não se deve deduzir do terço do pai, mas como divida deduzir-se do monte commum. (d)

(a) Struv. et Mull. *Exerc.* 37. *thes.* 28 Carvalh. *de Testam. P.* 4. *C.* 1. *n.* 152. Stryk. *de Success. ab intest. Diss.* 11. *C.* 4. §. 16.

(b) Portug. *supr. n.* 34. Carvalh. *supr. n.* 153. Struv. et Mull. *supra.*

(c) Stryk. *supra* §. 16. *in fin.* Mull. ad Struv. *supra* ¥. *Nota vero.* Carvalh. *supr. a n.* 149. Michalor. *de Fratr. P.* 1. *C.* 24. *n.* 2. *et ad omnia* Guerreir. *Tr.* 2. *L.* 2. *C.* 12. *a n.* 49.

(d) Carvalh. *supr. n.* 153 ¥. *Dubitant.* Portug. *de Donat. supr. n* 54. Phaeb. *P.* 1. *Dec.* 71. *n.* 14. *et* 15.

§. 624.

Quanto á 2.ª questão: Tambem não deve conferir se a doação, que o pai faz ao filho em satisfação dos bens adventicios que lhe dissipou, dinheiros que recebeo, etc., porque era obrigado resarcir-lhe todos os damnos, e fazer-lhe huma entrega tão rigorosa, como se mostrou na P. 1. C. 18.: E por tanto huma doação tal he impropria, he satisfação de divida, que não deve conferir-se, mas deduzir-se do cumulo da herança do pai: (a) Com tanto que tambem a confissão do pai se adminicule verdadeira, porque por si só não basta para fundamentar a tal doação. (Veja-se a P. 1. C. 15. §.)

(a) Carvalh. *de Testam. P.* 4. *C.* 1. *n.* 15. — O que os pais legão dentro dos limites de seus terços a alguns dos filhos, instituindo-os em suas iguaes legitimas, não se confere nem imputa na legitima dos prelegatarios, Carvalh. *sub n.* 25.: Porque elles o recebem, não em qualidade de filhos, mas de estranhos, Cod. Frederic. *P.* 2. *L.* 7. *T.* 16. §. 17. (Vejão-se os §. 627. e 628.)

Secção II.

Dotes, doações, e liberalidades feitas pelos avós aos netos, quando os filhos, pais dos mesmos netos devão conferi-las nas partilhas com seus irmãos como feitas aos netos em contemplação dos filhos.

§. 625.

« Sendo ainda ao tempo da morte do avô vivo « o filho ou filha, pai, ou mãe do neto, ou neta, a « que foi feita doação pelo avô, querendo o pai ou « mãe do neto ou neta entrar á herança de seu pai « ou mãe, trará a collação a seus irmãos aquillo que « por seu pai ou mãe foi dado ao neto ou neta, fi- « lho ou filha desse, que quer entrar á herança de « seu pai ou mãe com seu irmão, ou irmãos: *Por- « que pois a doação foi feita pelo avô ao neto por con- « templação de seu pai ou mãe*, se esse pai ou mãe « quer entrar á herança do avô com seu irmão, he « justo que traga á collação tudo aquillo, *que por « sua contemplação foi dado pelo avô* a seu filho ou « filha, ainda que todos sejão vivos. » Ord. L. 4. T. 97. §. 21.

§. 626.

Deixado o muito, que segundo o Direito Romano variárão os DD. sobre esta questão: Quando o dote ou doação do avô ao neto se presuma por

contemplação do neto ou do pai, para este dever, ou não dever conferir esse dote ou doação: (a) o certo he que neste Reino, attenta a disposição da dita Ord. L. 4. T. 97. §. 20. e 21., sempre a doação feita pelo avô ao neto se deve conferir, porque se presume feita em contemplação do pai, e não do filho. (b)

(a) Como se póde vêr em Carvalh. *P.* 4. *C.* 1. *a n.* 64. Stryk. *de Success. ab intest. Diss.* 11. *C.* 4. §. 6. Gam. *Dec.* 34.

(b) Carvalh. *supr. n.* 79. Gam. *supra.* Valasc. *de Partit. C.* 12. *n.* 68. *et C.* 13. *n.* 25. Guerreir. *Tr.* 2. *L.* 2. *C.* 11., aonde, depois de ter escripto inutilmente desde o n. 40. a variedade de opiniões dos DD. estrangeiros, vem a seguir no n. 61. e 62. a doutrina de Gama, e Valasco.

§. 627.

Não he porém *juris et de jure* a presumpção da nossa Lei, como quizerão alguns DD. em Gama *supra*, he só huma presumpção urgentissima. Ella cessa porém, quando 1.° a doação feita pelo avô ao neto foi remuneratoria de serviços, que se provão; porque nem o filho, nem o neto a conferem na successão do avô. (a) Cessa 2.° quando o avô por palavras expressas, ou significantes declara que dá ao neto em contemplação propria delle, ou isenta de collação o que assim dá ao neto; para que nem o pai delle, nem elle o confirão por morte do avô. (Confirão-se os §§. 601. e 602.) Cessa 3.° quando o avô expressamente tomou em seu terço o que doou ao neto. (Not. ao §. 614.) Cessa em fim quando o avô deixou alguma cousa ao neto em seu testamento: (a) Porque a citada Ord. só procede no que o avô dá ao neto por acto entre vivos, e pelas mais razões, que expõe Carvalho.

(a) Carvalh. *de Testam. P.* 4. *C.* 1. *n.* 80. *ad* 84.

§. 628.

O determinado nesta Ord. procede nas doações simples, que os avôs fazem aos netos: Quanto porém aos dotes, que os mesmos lhes fazem, lá tinha mandado o §. 10. no fim do mesmo T. que se guarde o que por Direito fôr determinado: Ora: o que a este respeito dos dotes he determinado por Direito, já fica exposto na P. 1. C. 13. §. 196., a que me remetto.

Secção III.

Dotes, doações, e liberalidades feitas pelos tios a sobrinhos, ou por quaesquer outras pessoas, que não sejão ascendentes, quando se presumão ou não por contemplação dos pais, e devão ou não conferir-se pelos doados nas partilhas com os irmãos.

§. 629.

Esta materia está tractada largamente na P. 1. C. 13. desde o §. 192., aonde póde vêr-se; e aos DD. ahi citados só accrescento Guerreir. *Tr.* 2. *L.* 2. *C.* 11. *a n.* 69. Voet. *ad Pandect. L.* 37. *T.* 7. *n.* 1., aonde assenta que a sobrinha na partilha da herança do pai não deve conferir o dote feito pelo tio, a não se mostrar claramente que elle fôra feito pelo tio unicamente em contemplação do pai.

Não se confere o adquirido depois da morte dos pais por doações, ainda que então feitas por meritos, e contemplações dos defunctos pais. Veja-se o §. 600.

Secção IV.

Collação dos filhos entre si quando succedem ao pai. e vem em duvida nesta partilha os dotes, e doações, que alguns delles recebêrão, não do pai, mas do avô.

§. 630.

"Tudo o que se descontar ao filho na succes-"são de seu pai ou mãe pela doação, que fez a seu "neto, se contará na legitima ao dito neto pelos seus "irmãos quando se finar o pai ou mãe, a que as-"sim foi descontado." Esta he a expressa determinação da Ord. L. 4. T. 97. §. 21. no fim. E he bem claro que só obriga ao filho dotado pelo avô, ou doado, imputar em sua legitima na partilha da herança do pai o que assim recebesse do avô, se foi imputado ao pai na legitima, que herdou do mesmo avô. Em consequencia cessa no filho, que recebeo do avô alguma liberalidade, a obrigação de a imputar na sua legitima por morte do pai em todos os casos expostos no §. 627., e remissivamente no §. 628., em que o pai não era obrigado imputar em sua legitima o que o avô doou, ou deixou ao neto. E com especialidade o que os avós, instituindo herdeiros os filhos, deixão aos netos das suas terças.

Guerreir. *Tr.* 2. *L.* 2. *C.* 11. *n.* 67. Carvalh. *supra sub n.* 25. Stryk. *us. mod. L.* 37. *T.* 7. §. 7.

§. 631.

Figuremos o caso de ter sido o pai herdeiro unico do avô, e ter o avô feito alguma doação ou dote a algum dos netos filhos do mesmo filho, se este assim dotado ou melhorado pelo avô, e por acto entre vivos deve na partilha da herança do pai conferir o que recebeo do avô? Decidem commummente os

DD. a questão com distincção: Que se o avô dotou o neto por contemplação do pai, deve conferir o dote; mas não, se por contemplação do mesmo neto.

Stryk. *supra* §. 6. Voet. *ad Pandect. L.* 37. *T.* 7. *sub n.* 1. Mull. ad Struv. *Exerc.* 37. *thes.* 40. Barri *de Success. L.* 14. *T.* 4. *n.* 5.

Questão 4.ª

Que despezas feitas pelos pais em beneficio, e utilidade dos filhos se devem por elles conferir?

Secção I.

Despezas para compra de Officio de Justiça.

§. 632.

A venda dos Officios de Justiça, e Fazenda sempre foi prohibida por todos os Direitos. (a) E com especialidade neste Reino sem licença do Rei, Ord. L. 1. T. 95. (b) Inventou a fraude pretextar as vendas com o titulo de renuncias: (c) E por isso El-Rei o Senhor D. João IV, por Sua Resolução de 16 de Junho de 1654, declarou que toda a renuncia de Officio se reputasse venda paleada. (d)

(a) Van-Espen. de Jur. Ecclesiast. tom. 6. pag. 78.

(b) Peg. *ibidem.*, Portug. *de Donat. L.* 2. *C.* 14. *a n.* 12.

(c) Valasc. *de Partit. C.* 13. *n.* 64.

(d) Como refere Silv. *ad Ord. L.* 4. *T.* 1. *in Rubr. art.* 7. *n.* 135.

§. 633

A Lei de 23 de Outubro de 1770., que abolio o Direito chamado consuetudinario, assim o reconheceo, e que as vendas com o véo de renuncias grassavão até esse tempo; e abolindo, como digo,

este Direito chamado Consuetudinario, ella no §. fin. por puros motivos de equidade promette aos filhos dos compradores de Officios, sendo habeis, prorogar-lhes a Graça delles *com o justo motivo de boa fé, com que* (os pais) *houverão feito as compras*, na consideração de que era attendivel o referido Direito chamado Consuetudinario.

§. 634.

Parece que esta Lei não approvou jámais taes compras paleadas com o nome de renuncias, nem as permittio no tempo futuro; e só tolerou as preteritas pela boa fé dos compradores renunciatarios, e que antes pelo contrario confirmou a prohibição legal antecedente, e prohibio as vendas no futuro. Porém depois da dicta Lei eu as vejo praticar como antecedentemente sem differença alguma, authorizando-se todas as renuncias, que se sabe serem realmente vendas. E por isso, apezar destas Leis, estamos outra vez na questão antiga: Se os filhos devem conferir aos irmãos as despezas feitas pelos pais nas compras, renuncias paleadas dos Officios de Justiça, e Fazenda?

§. 635.

Deve pois o filho, a quem o Rei prorogou a propriedade do Officio comprado pelo pai pagar as despezas, que elle fez para obter a renuncia, o encarte, etc. (a) Ou se o pai o obteve gratuito do Rei, e logo, sem gosar os seus emolumentos, o cedeo ao filho. (b) E só não he imputavel ao filho a sua estimação se o Rei directa, e immediatamente deo o Officio ao filho, ainda que em contemplação do pai para dote, ou augmento de dote nos termos da Ord. L. 4. T. 97. §. 10. (c)

(a) Gam. *Dec.* 29. Valasc. *de Partit. C.* 13. *n.* 64. *et* 72. Carvalh. *de Testam. P.* 4. *C.* 1. *a n.* 102.

(b) Carvalh. *n.* 105.

(c) Como bem declara o citado Carvalho no §. 105. no fim.

Os Serviços feitos á Corôa do Reino se costumão remunerar quasi por obrigação de justiça, Guerreir. *for. q.* 20. Elles sendo qualificados com os requisitos da Lei de 24 de Julho de 1609, e da L. de 22 de Agosto de 1623, dos Decretos de 13 de Agosto de 1706, transcripto por Franç. ad Mend. P. 2. no Append. n. 50., e do outro de 13 de Agosto de 1706 no mesmo Append. n. 51. do outro n. 52., e com os mais requisitos, que recopillou Mell. Freir. L. 2. T. 2. §. 8.; elles, digo, sendo assim qualificados, se devem descrever nos inventarios dos defunctos, que fizerão esses Serviços remuneraveis, e devem estimar-se a arbitrio de pessoas praticas, porque passa aos herdeiros o direito de pedir ao Rei a sua remuneração, Guerreir. *Tr.* 1. *L.* 1. *C.* 10. *n.* 126. Peg. *tom.* 7. *ad Ord. L.* 1. *T.* 87. §. 4. *n.* 329. Pereir. *Dec.* 4. Tanto assim que no direito, e acção de taes Serviços se póde fazer penhora, conforme a opinião de Moraes *de Execut. L.* 6. *C.* 8. *n.* 25., que segue Franç. *ad Mend. L.* 3. *C.* 21. *n.* 189. contra Mendes, que seguio Silv. *ad Ord. L.* 3. *T.* 86. §. 23. *n.* 59. Elles por tanto devem conferir-se pelo filho, a quem se remunerão. E se em remuneração dos Serviços do pai o Rei deo ao filho algum Officio, deve sem duvida conferir, não o Officio, e sua estimação, mas a dos Serviços, em remuneração dos quaes se lhe deo o Officio, no que finalmente vem a assentar o citado Guerreir. n. 158. e 159. — Bem como se o pai compra hum Prazo, ou faz Serviços remuneraveis para que se lhe homeie, he o filho successor obrigado á sua estimação: Veja-se o Re-

pertor. das Ord. debaixo da conclusão = Collação quando se fizer não virão a ella os juros, etc.

Secção II.

Despezas para Bullas de Dispensas Matrimoniaes, Beneficios, Pensões, ou Irregularidades dos filhos.

§. 636.

As despezas das Dispensas Matrimoniaes devem conferir-se pelos filhos, em cujo favor os pais as fizerão. (a) O mesmo quanto ás despezas, que o pai fez nas Bullas para lhe conseguir algum Beneficio, ou Pensão Ecclesiastica, ou nas Dispensas de alguma irregularidade, ou para obter Beneficios incompativeis. (b)

(a) Carvalh. *P.* 4. *C.* 1. *n.* 61. Boehmer. *Exercit.* 81. §. 13. Porém Stryk. *de Succession. ab intest. Diss.* 11. *C.* 4. §. 11. censura esta opinião. A Stryk neste lugar segue Mull. *ad Struv. Exerc.* 37. *thes.* 43. *in fin.* — Se depois de obtida a Bulla de Dispensa Matrimonial hum dos esposos deo causa a não se effectuar por elle o matrimonio, deve satisfazer inteiramente a despeza da Bulla, vejão-se Sanches *de Matrimon. L.* 8. *Disp.* 36. Peg. *tom.* 4. *for. C.* 72.

(b) Carvalh. *supr. n.* 96. Carvalh *P.* 4. *C.* 1. *n.* 96. Valasc. *C.* 13. *n.* 75. *et* 76. Guerreir. *Tr.* 2. *L.* 2. *C.* 12. *n.* 43. *et* 44.

Secção III.

Despezas das vodas, e banquetes nos dias das Nupcias, e Missa nova dos filhos.

§. 637.

« Não tornarão á collação o jantar ou cêa, que

« o pai ou mãe lhe derão em os dias da sua voda, » diz a Ord. L. 4. T. 97. §. 2. (a) O mesmo procede por identidade de razão nas despezas, que faz o pai na funcção da Missa nova do filho. (b)

(a) As razões fundamentaes desta Jurisprudencia se podem vêr em Voet. *ad Pandect. L.* 37. *T.* 7. *n.* 5., e em Stryk. *de Success. ab intestat. Diss.* 11. *C.* 4. §. 8., que segue Mull. ad Struv. *Exerc.* 37. *thes* 43. — Mas como a nossa Ord. se funda só em huma presumpção e não priva aos pais da liberdade de protestarem o contrario, por isso o citado Voet. limita esta regra no caso de constar claramente que a vontade do pai fôra de se conferirem estas despezas. Concorda Stryk. *supra.*

(b) Carvalh. *P.* 4. *C.* 1. *n.* 96. Valasc. *de Partit. C.* 13. *n.* 55.

Ainda que o pai tenha em seu poder bens adventicios do filho, com os quaes faça as despezas do Noivado, ou Missa nova, nem por isso se conferem ou compensão, Valasc. *n.* 57.

Secção IV.

Despezas em vestidos dos filhos solteiros, quando devão conferir-se.

§. 638.

Pelo que respeita aos vestidos nupciaes, já fica dicto na Nota ao §. 615. que os filhos os devem conferir como accessorios do dote, ou dote, que levão para o matrimonio. Pelo que respeita aos vestidos, que os pais fornecem a seus filhos-familias, e estes ficão possuindo, ou detendo ao tempo da morte dos pais, o nosso Guerreir. *Tr.* 2. *L.* 2. *C.* 12. diz simplesmente: « Limitatur 11. in vestibus quotidianis, » e nada mais: Porém Samuel Stryk. *vol.* 2. *Disp.*

10. = *De Jure vestiario, Cap.* 5. *a n.* 35. diz que se não conferem aquelles vestidos, que os pais dão voluntariamente aos filhos, ainda que sejão preciosos, e conforme a qualidade da sua pessoa, não sendo dados por causa do casamento, ou para elle.

Eis-aqui huma notavel diversidade entre os vestidos preciosos, que os pais dão a seus filhos em quanto no seu poder patrio, ou quando para as nupcias: Não se podem confundir ambos os casos: Os que se dão aos filhos-familias *sub alimentis continentur*, Stryk. *supr. n.* 35. Surd. *Dec.* 166. *n* 4. E nada ha que obste a que hum pai exceda para com hum filho os alimentos além do que he obrigado. Por outra parte: He natural que o pai, como por honra propria, comprou para os filhos vestidos preciosos, além dos do uso, por lhe ser indecoroso que seus filhos se não vistão como os mais de semelhante qualidade, e por isso se não conferem, Barbos. et Tabor. *L.* 19. *C.* 15. *axiom.* 10. E supposto que por via de regra ao alimentario se não devão vestes preciosas, limita-se quando as exige a qualidade do alimentario, Coler. *de aliment. L.* 1. *C.* 15. *n.* 55. Quanto a mim, eu sigo estas conclusões: 1.ª Que os vestidos quotidianos como parte dos alimentos não estão sujeitos á collação, Barbos. et Tabor. *supr. axiom.* 8. Constantin. *ad Statut. urb. annot.* 21. *art.* 3. *n.* 135.: 2.ª Quaes sejão os vestidos, e ornamentos quotidianos, que não devão vir á collação, não se póde firmar regra certa, e dependente do prudente arbitrio do Julgador, conforme a qualidade das pessoas, nobreza, riquezas, etc.; porque aquillo, que em huma senhora he quotidiano, em huma plebea he ornato festivo, etc. Vejão-se Peg. *tom.* 7. *ad Ord. L.* 1 *T.* 87. §. 9. *n.* 79. 94. 95. *et.* 103. Guerreir. *Tr.* 1. *L.* 1. *C.* 10. *a*

n. 101.: 3.ª Tudo o que he excesso dos vestidos quotidianos regulados assim prudentemente, conforme a qualidade da pessoa, he além dos deveres de pai *secundum naturam*. Esses vestidos preciosos, de guarda, e festivos, joias, etc., ou elles não existem já, porque consummidos, e estragados, e então não tem os filhos obrigação de os conferir, Perez *in Cod. T. de Collat. n.* 16.; ou existem, e então, ou se reputão doados pelos pais aos filhos, e neste caso (huma vez que os não tomassem em seus terços, ou os dessem com a expressão de que se não conferirião) ficão comprehendidos na generalidade da Ord. L. 4. T. 97. no princ.: Ou se não reputão doados mais que em quanto ao uso, (como querem Michalor. *de Fratr. P. 1. C.* 28. *n.* 3. Stryk. *supr. n.* 46.) e neste caso assim mesmo como existirem ao tempo da morte do pai os devem imputar em legitima, Stryk. *n.* 47. Neste sentido falla Gama Dec. 164. n. 3., quando diz que as vestes quotidianas se não conferem por serem parte de alimentos, excluindo as preciosas.

Secção V.

Prestações assignadas annualmente aos filhos se devão, ou quando conferir-se.

§. 639.

He regra geral que se não devem conferir pel filho os alimentos quotidianos prestados pelos pais (a) Em Gama *Dec.* 140. vemos julgado que o filho não devia conferir huma Tença annua de cem mil reis, que o pai lhe dotou para sustentação dos encargos do matrimonio: No mesmo Gam. *Dec.* 164. vemos assim julgado em outro semelhante caso. A

Gama seguio sem outra critica Molin. *de Justit. Disp.* 238. *n.* 15. ¥. *Gama* = E a ambos finalmente Carvalh. *de Testam. P.* 4. *C. sub. n.* 92.

(a) Surd. de Aliment. T. 8. Privileg. 57. Carvalh. P. 4. C. 1. n. 172 et 282.

§. 640.

Contra Molina no lugar citado (e consequentemente contra Gama seguido por elle) se levantou Stryk. *de Success. ab. intest. Diss.* 11. *C.* 4. §. 12. *ibi:* « Pertinent quoque huc subsidia paterna, quae liberis elocatis a parentibus ad sublevandam aeconomian dari solent, *quae si plane modica non sint*, collationi obnoxia esse statuit Carpzov. P. 3. C. 11. Def. 25.; negari enim nequit, his subsidiis locupletiores fieri liberos, qui dotem et propria bona conservare possunt, dum subsidia a parentibus accipiunt. Ob quam rationem dubito de decisione Ludov. Molinae Disp. 238. ¥. Gama. = Quod scilicet in casu quo parentes filio uxorem ducenti promittunt se ipsi quotanis ad alimenta, et sustinenda matrimonii onera certam pecuniae quantitatem soluturos; filius pecuniam ita acceptam conferre non teneatur, quam sententiam sequitur Haunold. de J. et Jur. tom. 2. tr. 6. C. 8. Contr. 10. n. 564. Fagund. de Just. et Contr. L. 4. C. 7. n. 18. Vix enim commode taliter donata a dote, vel donatione propter nuptias, aut ejus accessorio separari possunt. »

§. 641.

E se me he licito interpor tambem a minha censura, eu noto que Gama na *Dec.* 140. *n.* 3. não a fundamentou mais que nesta razão: « Sicut praedium datum ad onera matrimonii sustinenda non efficit fructus collationi subjectos, ita et promissa centum annuatim solvenda non sunt conferenda: » Razão indigna de Gama; porque lá o fundo do dote he o predio em si fructifero; aqui o fundo do dote

he a mesma prestação annua, que deve conferir-se á maneira de hum caso semelhante, que decide o mesmo Carvalho *n.* 172. *et* 173.

§. 642.

Quanto á outra decisão 164 do mesmo Gama: relata elle no n. 1. e 2. que essa Tença annua fôra dotada com a expressa declaração, que não viria á collação: E que muito se julgasse livre de collação havendo no dote huma tal expressão? (vejão-se os §§. 601, e 602.) Os mais fundamentos dessa decisão são perfunctorios: Como dizer-se que a prestação se havia de contribuir ao dotado de bens da Corôa, e Morgado, em que elle havia de ser successor; e como que o pai não diminuisse o seu patrimonio doando-lhe em vida os fructos á maneira do pai, que nomeia o Prazo com dimissão delles ao filho. Ainda assim conclue Gama nesta decisão: « Hoc « tamen intelligerem, demmodo ex tunore Scriptu- « rae constet hoc donatum fuisse ad alimenta, vel « ad supportanda onera matrimonii, quod idem est; « aliàs enim judicaretur talis donatio, sicut quaeli- « bet alia quae confertur, ut judicatum est in pro- « cessu D. Francisci Rolim, etc.

§. 643.

Finalmente, ainda accrescento que a mesma Tença annua dotada á filha ou filho he em si essencialmente o dote, como se nota na L. *fin.* §. *Praeterea Cod. de Jur. dat. ibi:* « Praeterea sanci- « mus, siquis in dotem, vel praedia, *vel certum red- « ditum, vel aedes, vel panes civiles* spoponderit, vel « promiserit.... illico *redditum vel pensionem*, nec « non panis civilis quaestum eum praestare, etc. Lei, que exerna Peg. *tom.* 3. *for. C.* 36. *n n.* 59. Já varia de natureza a sua constituição, e promessa: E por tanto fica comprehendido na generalidade da Ord. L. 4. T. 97. no princ.

Nesta variedade, e combinadas as opiniões,

assento 1.° que se o pai prometteo a hum filho ou filha a titulo de dote huma prestação annua de dinheiro, ou fructos, ou além de outro dote, ou a esposos *aliunde* opulentos, que não necessitavão de alimentos, que com a mesma Tença ou prestação augmentárão o seu patrimonio, ou o podião augmentar, nestas circumstancias julgo justa a opinião de Stryk. *supra*, (§. 640) de Carvalho, e do Addicionador de Gama (§. 641 e 642) Pelo contrario 2.° não he o filho ou filha obrigada conferir essa Tença, e prestação annua se lhe foi dada livre de collação expressa, ou conjecturalmente, como fica exposto, (§. 602) seja ou não pobre o filho, e assim procede a decisão 164. de Gama. Não he tambem obrigado 3.° o filho ou filha, se elles, e seus respectivos esposos são tão pobres, que não tem *aliunde* de que se possão decentemente alimentar, e lhe foi a Tença dada, e dotada com essa expressa causa; sendo a este caso applicaveis ambas as decisões de Gama, e a Nota do seu Addicionador na decisão 140. *Aliter* 4.°, conforme a outra decisão de Gama 164.; se faltou a ecpressão de ser a Tença dotada para alimentos, e encargos do matrimonio. Se bem que esta ultima decisão ainda tem a censura, se os filhos precisão de alimentos nos termos da 3.ª conclusão; porque o que os pais lhes dão, ainda sem essa expressão, sempre se subentende dado pela mesma causa de alimentos, *ut in simili* Bagn. *C.* 9. *a n.* 151. *et* 152. Com tanto que *plane modica non sint*, como com Carpzov. adverte o citado Strykio. A estes sentidos (para se salvar de erro) se deve reduzir a Doutrina de Thom. Valasc. *alleg.* 59. *n.* 10., em quanto segue os originaes Gama, e Molina, e dos mais DD. citados no §. 639.

Secção VI.

Despezas dos pais com os Mestres, que ensinão os filhos a officios, e artefícios, e com a compra das ferramentas, e instrumentos dos mesmos officios; quando devão ou não conferir-se.

§. 644.

Quanto ás despezas feitas com os Mestres, nenhuma duvida ha que se não devem conferir á vista da Ord. L. 4. T. 97. §. 7. nas palavras « ou a « quem o ensinar a qualquer outro mister. » Porém quanto ás despezas com as ferramentas, e instrumentos necessarios para exercitar o officio ou artefício, supposto que Carvalh. *de Testam. P. 4. C. 1. n* 118. as queira comprehender na mesma determinação da Ord., elle he combatido por Stryk. *de Success. ab intest. Diss.* 11. *C.* 4. §. 17., onde segue, e demonstra que o filho está obrigado a conferi-las: E com razão, porque o ensino, e os instrumentos são cousas totalmente diversas, e a generalidade da Ord. no princip. só deve receber as suas limitações strictamente, como a Lei as concebeo.

Secção VII.

Despezas dos pais nos livramentos de crimes dos filhos, e satisfação de condemnações pecuniarias: Despezas que o filho libertino fez em jogos, e outras libertinagens, subtrahindo bens aos pais; quando devão conferir-se.

§. 645.

Pelo que respeita ás primeiras: A nossa Ord. L. 4. T. 97. §. 8. se explica assim: « Nem trará o « filho á collação o que lhe o pai ou mãe devem pa-

« ra sahir do captiveiro, ou do *homezio* » Na 1.ª parte, quanto á redempção do captiveiro, tem esta Ord. por fonte a L. *Liber captus, Cod. Postlimin. revers.*, da qual deduz Brunnem. *ibidem n.* 19. esta conclusão: « Si pater pro filio ab hostibus etiam « christianis, liberando pecuniam solverit, hanc a « filio in divisione hereditatis conferendam non es- « se; quia pater, vel mater ex pietate sua, et ma- « gis in suam personam contulit hoc beneficium, « quam in filium. » Mas entendida esta Lei pela sua fonte não priva os pais, e os outros seus filhos de repetirem dos filhos remidos do captiveiro o que elles aliás lhe devem, dit. L. *Liber captus in fin. ubi Brunnem.*

§. 646.

Na 2.ª parte, quanto ao homezio, não tem a nossa Lei por fonte outra mais que huma identidade de razão do captiveiro, e do homezio; e que toda a despeza feita para livrar o filho do homezio, se subentende feita intuitu pietatis « et ea quae « causa pietatis solvuntur non sunt conferenda nec « imputanda. » (a) Ora: « Omizio he o maleficio ou « crime, que merece morte, desterro, açoutes, mul- « ta grave, perdimento de bens, ou outras seme- « lhantes penas corporaes, ou pecuniarias. » Assim o entende Fr. Joaquim de S. Roza no Elucidar. verbo. = Omizio =: E se deduz da Ord. Affonsin. L. 5. T. 61. §. 18. ibi: « E por nom fazerem algum « engano *esses omiziados* defendemos que do dia em « que *os omizios* forem feitos em deante, nom pos- « sam esses *omiziados* vender, nem enalhear seus « bens sem nossa licença. »

§. 647.

Nos termos do rigor do Direito commum muitos DD. seguírão o contrario, como Vinnio, Michalor, e outros, que segue Stryk. *de Succession. ab intest. Diss.* 11. *C.* 4. §. 18. Outros obrigavão o fi-

lho a imputar essas despezas; 1.° quando o pai protestava repeti-las: 2.° quando o filho delinquente tinha algum peculio, que o pai administrava: 3.° quando ha Lei, que positivamente o obrigue a faze-las: 4.° quando o filho delinquio em contemplação do pai. Carvalh. *supra. n.* 128. Porém o mesmo Carvalho n. 131. conclue, dizendo: «Sed attenta dispositione nostrae Legis Regiae L. 4. T. 97. §. 8. semper resolvendum est, tales expensas, et errogationes in filii legitimam non venire imputandas, quia generalitas, qua utitur dicta Lex Regia non patitur illas limitationes seu declarationes; quod aequaliter in filio emmancipato, ac in suo procedet.»

§. 648.

Isto bem está: Porém a Jurisprudencia criminal tem variado de face quanto á execução das penas pecuniarias. no tempo das antigas Ordenações mandava a Ord. L. 3. T. 66. §. 10. que: «Nas Sentenças dos feitos crimes, em que houver condemnação pecuniaria porão no relatorio dellas, que não pagando os condemnados com effeito logo tanto que forem requeridos, sejam prezos, e paguem da prizão, posto que o Julgador o não declare assim na Sentença.» E lá estava a Ord. L. 5. T. 139 seguindo o systema «*Qui non habet in aere luat in pelle,*» arbitrando prizões temporaes, e commutando em degredos em satisfação das penas pecuniarias: Lá estava a Ord. L. 4. T. 76. §. 5., prohibindo a cessão de bens aos devedores de condemnações procedidas de maleficios: E que muito nesses tempos, em que era infallivel a prizão do filho, e degredo delle sem outro remedio, pelas condemnações pecuniarias procedidas de delictos, equiparando a nossa Lei o caso do captiveiro do filho ao da prizão por maleficio (prizão infallivel se não pagasse a condemnação), libertasse ao filho da obrigação de

conferir o que o pai despendesse por elle *para sahir do homizio*, e para o livrar do captiveiro da prizão? Que muito aqui neste caso predominasse no pai o sentimento natural da piedade paterna, unica, e intrinseca razão da Ord. L. 4. T. 97. §. 8., e da sua fonte?

§. 649.

Ora: Sobreveio o Assento de 18 de Agosto de 1774, que permitte aos prezos por condemnações pecuniarias resultantes de delictos, applicadas aos accusadores, ou ao Real Fisco, fazerem logo cessão de bens, e libertarem-se da prizão, ficando obrigados em qualquer tempo que adquirirem bens, sujeitos, e obrigados a pagar por elles essas condemnações: Remedio hoje facilissimo para evitar o captiveiro da prizão: Já não são os filhos prezos por condemnações criminaes, ou condemnados por crimes em penas pecuniarias; objectos que forcem, e estimulem a piedade paterna, para por elles pagarem essas condemnações, e evitarem a prizão presente, ou a de futuro: Cessou geralmente o presupposto nesta Ord. L. 4. T. 97. §. 8.: Cessou geralmente a sua intrinseca razão depois do dicto Assento.

§. 650.

Se o filho criminoso faz cessão de bens evita a prizão; elle só fica obrigado satisfazer ao accusador ou á Justiça a condemnação, quando vier a ter bens seus. Se pois o pai a paga pelo filho, já se não póde dizer que pagou por elle para o livrar da prizão, especie de captiveiro, e por puros estimulos de piedade: Se paga pelo filho paga hoje voluntario, e antecipado; paga hoje por elle huma divida, que elle hoje não he obrigado (como antigamente) pagar pelo corpo, e que só fica obrigado pagar por seus bens: E eis-aqui no pai hum pagamento voluntario sem causa estimulante da piedade: Eis-aqui no pai huma doação liberal: Eis-aqui hoje cessando

a limitação do §. 8. da dicta Ord. nesta parte, e procedendo sem ella a generalidade do preambulo da mesma Ord. Hoje a Relação do Porto (não sei com que fundamento) manda arrematar a legitima futura do filho, ou a esperança della. E se o pai paga he voluntario.

§. 651.

As condemnações criminaes pecuniarias estão hoje no dicto Assento equiparadas sem differença ás dividas civis: E se quando o pai paga huma divida civil, a que he obrigado o filho, elle deve conferi-la (§. 616.), porque não ha de tambem ser obrigado neste caso? As regras da equidade, e igualdade entre os filhos introduzírão a collação; e hoje seria iniquo que hum filho máo, que não foi obrigado pagar pelo corpo ficasse de melhor condição que os irmãos bem morigerados, e que estes confirão as dividas civis, que o pai por elles pagasse, e o filho criminoso não confira huma divida com natureza de civil, que o pai por elle pagou!

Vejão-se Zoes. *ad Pandect. L.* 37. *T.* 6. *n.* 41. Voet. *ibidem n.* 15. Vinn. *de Collat. C.* 13. *n.* 10.

§. 652.

Pelo que respeita á segunda parte desta Secção: He sentimento commum de todos os DD. que aquillo, que os filhos gastão prodigamente da substancia paterna em jogos, e libertinagens, deve por elles conferir-se, seja qualquer que fôr o modo, por que os bens ou dinheiros da substancia paterna venhão ao poder dos filhos; sendo porém essas despezas excessivas, e não modicas com respeito á qualidade da pessoa.

Mechalor. *de Fratr. P.* 1. *C.* 32. *a n.* 6. Carvalh. *P.* 4. *C.* 1. *n.* 257. *et* 260. Guerreir. *Tr.* 2. *L.* 2. *C.* 12. *n.* 223.

Secção VIII.

Despezas dos filhos nos Estudos menores, e maiores até o gráo de Doutor; livros para os Estudos, e exercicio delles; quando devão ou não conferir-se.

§. 653.

« Não trará o filho á collação a seus irmãos o « que lhe o pai ou mãe derem para aprender em « Escolas, ou em Estudo. » Ord. L. 4. T. 97. §. 7. Esta Ord. tem por fonte a L. 50. *ff. famil. erciscund.* ibi: « Quae pater filio emancipato stu- « diorum causa peregre agenti subministravit, *si « non credendi animo pater misisse fuerit comproba- « tus*, sed pietate debita ductus, in rationem por- « tionis, quae ex defuncti bonis ad eundem filium « pertinuit, computari aequitas non patitur. » A genuina razão desta Lei (desprezadas outras) a expõe Stryk. *de Succession. ab intestat. Diss.* 11. *C.* 3. §. 8., e Voet. *ad Pandect. L.* 37. *T.* 6. *n.* 21. *Scilicet*, que assim como todo o preparo, toda a equipagem, todo o alimento, que se faz, e despende, para que o filho seja soldado, toma a natureza de castrense; semelhantemente toda a despeza, que com os filhos se faz nas Escolas, e Universidades, para que venhão a ser sabios em qualquer Faculdade, e nella terem o peculio quasi castrense, toma antecedentemente essa natureza: E isto, ou as despezas sejão feitas pelo pai, ou pela mãe, como declara a nossa Ord., e dizem os citados DD.

Veja-se largamente Guerreir. Tr. 2. L. 2. C. 12. a n. 110.

§. 654.

Consequentemente tomão a natureza de peculio quasi castrense os livros, ou sejão sómente ao

principio necessarios para o uso das Aulas, ou formem huma completa Bibliotheca, que o pai compre para o filho já formado em alguma Sciencia, ou lhe dê a sua propria Livraria, pois que tambem se não conferem.

Assim com as melhores opiniões provão os citados Stryk. §. 9. Voet. *supra n.* 22. Guerreir. *supra a n.* 112. Carvalh. *P.* 4. *C.* 1. *a n.* 115.

§. 655.

Amplia-se este favor do filho para não conferir ainda mesmo as despezas do ultimo gráo de Doutor. (a) Amplia-se aos casos, em que o pai he coacto, e obrigado *ex Judicis Officio* a elocar seus filhos nos Estudos; (casos que podem ver-se na P. 1. C. 3.) porque nem ainda nesses casos deve o filho conferir as despezas, que o pai com elle fez. (b) Amplia-se finalmente ainda mesmo ás dividas, que o pai contrahio para estas despezas, e se ficão devendo por sua morte; porque devem pagar-se do cumulo da herança sem se imputarem só ao filho. (c)

(a) Stryk. supr. §. 16. et 17. Carvalh. de Testam. P. 4. C. 1. a n. 106. Valasc. de Partit. C. 13. n. 175. — O contrario (e quanto a mim mais justamente) pelo que respeita ao gráo de Doutor determina o Codigo Frederico *P.* 2. *L.* 7. *T.* 16. §. 14. *n.* 7. De fórma que só as despezas dos Estudos das Universidades se não devem conferir. Isto he mais conforme á nossa Ord. §. 7., e a ampliação dos Reinicolas he forçada, alem da Lei.

(b) Carvalh. *supr. n.* 114. Guerreir. *supra a n.* 113.

(c) Stryk. *supr.* §. 12. Michalor. *P.* 1 *C.* 26. *n.* 11.

§. 656.

Limitão commummente os DD. a dicta L. 50. *ff. famil. erciscund.* em dous casos: 1.° quando o pai

logo que ia fazendo as despezas com o filho as annotava no seu Livro, protestando expressamente deverem imputar-se em sua legitima: Não bastando aliás a simples annotação dellas sem o adjuncto do expresso protesto, nem alguma subsequente declaração: 2.° quando o pai tinha em seu poder os bens adventicios do filho, os castrenses, ou quasi.

Stryk. *supr.* §. 18. *et* 21. Voet *ad Pand. L.* 37. *T.* 6. *n.* 21. *et* 22. Carvalh. *supra a n.* 111. Porém o mesmo Carvalh. n. 112. no fim com Valasc. *C.* 13. *n.* 164. Molin. *de Justit. Disp.* 233. *n.* 5. *in fin.*, e Barbosa attesta que taes limitações forão omissas pelos Compilladores da Ord., que não as ignoravão, e que nunca com effeito se praticárão neste Reino. — Assim tambem Portug. *de Donat. L.* 1. *Praelud.* 2. §. 5. *n.* 21. Fragos. *de Regim. P.* 3. *L.* 2. *Disp.* 3. §. 5. *sub n.* 168.

§. 657.

Não podem porém deixar de se praticar neste Reino duas limitações da regra fundadas em toda a razão, e Direito: Primeira: Se o pai, que não tinha *aliàs* faculdades para collocar hum filho, sem prejuizo dos mais, nos Estudos maiores, faz com elle tanta despeza, que com ella offendeo, e diminuio as legitimas dos mais filhos. (a) Segunda: Se o filho consummio as mezadas, e dinheiro dado para Livros, e não o aproveitou nos Estudos. (b)

(a) Voet. *supra n.* 20. *et* 21. Vinn. *de Collat. C.* 10. *n.* 11. *et* 12. Stryk. *supr.* §. 22., aonde refere Estatutos de Nações, e Decisões de Tribunaes.

(b) Vinn. *de Collat. C.* 13. §. 7. Stryk. *supr.* §. 19., aonde assim o prova tambem com Estatutos de muitas Nações. — Ambas estas limitações prova com outros DD. Guerreir. *supr. n.* 132. *et* 138.

Ambas estas limitações são conformes á nossa Legislação: A primeira: Porque se o pai por doação ou dote, que faça, expressos, não póde doar ou dotar a algum filho tanto, e tamanho dote, que venha a offender as legitimas dos mais filhos, dit. Ord. L. 4. T. 97. §. 3. 4. et 5., ainda menos por huma doação tacita, qual a que presume a Ord. de que tratamos. E ainda que Portug. *de Donat. L.* 1. *Praelud.* 2. §. 5. *n.* 25. *in fin.* diz = « Sed cogita, quia hanc res- « trictionem pati non videtur Lex Regia L. 4. « T. 97. » não he necessario cogitar muito para se vêr que esta Ord. suppõe os termos habeis de as despezas, e successivas doações do pai ao filho para os Estudos não offenderem as legitimas dos mais filhos superiores em favor a toda outra despeza, como bem discorre Stryk. no lugar citado, e o determinou o Codigo Frederico *P.* 2. *L.* 7. *T.* 16. §. 14. A segunda: Porque, supposto que o citado Portug. *n.* 21. *in fin.* diz, que não a soffre a citada Ord., nem he praticavel neste Reino, ella he em si justissima; porque a Ord. d. §. 7. suppõe os termos habeis da parte do filho de se utilizar por meio dos estudos, e ser util a si, e á Patria. Esta he a unica razão do favor, que a Lei lhe concede para não conferir huma despeza feita com causas tão interessantes, L. 1. *Cod. qui aetat. vel profess.* Stryk. *supra sub* §. 8. E faltando da parte do filho cumprir o fim, não mereceo os meios, e os deve repôr aos irmãos, como injustamente recebidos. Por outra parte: Se qualquer filho deve conferir o que dissipou, e prodigalizou inutilmente, (§. 652.) porque não o que prodigalizou nos estudos sem utilidade? Se reputarmos este caso omisso na nossa Lei, e recorrermos ao Direito Romano, ou ás Leis das Nações,

que refere Stryk. *dit. C.* 3 §. 19. ahi achamos a prova desta segunda limitação Seria mesmo cousa de pernicioso exemplo, como pensa Strykio, libertar de conferir taes despezas hum proposto aos estudos, que os abandonou, e se prostituio a huma vida libertina Ainda mais: Esta Ord., e a Lei, que foi a sua fonte, he fundada na presumpção da piedade do pai, Stryk. *supr.* §. 8. E póde presumir se que um pai, quando pôz em uma Universidade hum filho para se formar em alguma sciencia, teve jámais intenção de lhe franquear dinheiros para outros fins, que não fossem os Estudos? Para libertinagens? Se pois esta limitação se não praticou jámais, deve praticar-se; o não uso de hum direito não faz exemplo, Stryk. *in Praef. us. mod.* §. 34. 35. *et* 43. *in fin.*

§. 658.

Occorrendo pois os casos, em que se verifiquem as duas limitações (§ 657.), se devem praticar nelles duas especialidades: Huma; que nas despezas dos Estudos, e livros se deve descontar o alimento, e vestido, que aliás o Estudante havia de gastar na propria casa: (a) Outra; que só se deve conferir ou imputar a estimação dos livros, e não os livros mesmos. (b)

(a) Vinn. *de Collat C.* 13. Stryk. *supra C.* 4. §. 18. *et Disp.* = *De Jure Vestiar. C.* 5. *n.* 48. Carvalh. *P.* 4. *C.* 1. *n.* 112 *in fin.* Valasc. *C.* 23. *n.* 165.

(b) Valasc. *n.* 166. Portug. *de Donat. L.* 1. *Praelud.* 2. §. 5. *n.* 26. Guerreir. *Tr.* 2. *L.* 2. *C.* 12. *n.* 140.

Secção IX.

Despezas para Magistraturas, Cavallaria, Serviço no Paço, e Romarias.

§. 659.

Assenta o nosso Carvalho *P.* 4. *C.* 1. *n.* 107. no fim que, á excepção das despezas especificadas na Ord., isto he, para Estudos, Doutoramento, e Cavallaria, todas as mais para qualquer outro Magisterio ficão sujeitas á collação pela generalidade da nossa Ord. L. 4. T. 97. in princ. Não devem pois conferir-se as despezas dos Cavalleiros das Ordens Militares, porque se comprehendem no §. 7. da dicta Ord. ibi: « ou para sua cavallaria: » (a) Tambem se não conferem as despezas feitas no Paço com as declarações da dictá Ord. §. 7. 8. e 9. (b), nem as das Romarias, dit. Ord. §. 7. (c); se bem que hoje cessa esta Ord. depois da corrupção dos costumes, e depois de ter cessado o espirito das antigas peregrinações.

(a) Guerreir. *Tr.* 2. *L.* 2. *C.* 12. *n.* 144.

(b) Carvalh. *supr. a n.* 111. Guerreir. *n.* 108.

(c) Carvalh. *n.* 119. — O Codigo Frederico *P.* 2. *L.* 7. *T.* 16. §. 14. manda se confirão as despezas das viagens.

Secção X.

Despezas feitas pelo pai nos bens adventicios dos filhos, quando elles as devão conferir a seus irmãos.

§. 660.

Já na P. 1. C. 13. desde o §. 218. expuz os limites das obrigações do pai uso-fructuario dos bens

adventicios do filho: Tudo quanto o pai despende nelles por obrigação annexa ao seu uso-fructo, he livre de collação pelo filho na morte do pai. Mas todas as bemfeitorias, e despezas necessarias, e uteis, que o pai faz nos bens adventicios do filho, além daquellas a que he obrigado, devem conferir-se pelo filho nas partilhas com os irmãos, mas não as despezas voluptuarias.

Stryk. *de Succession. ab intest. Diss.* 11. *C.* 4. §. 4. Carvalh. *P.* 4. *C.* 1. *a n.* 263.

Questão 5.ª

Como deve praticar-se, e executar-se a collação das cousas, que se conferem.

Secção I.

Collação das cousas individuas, e pratica da licitação nellas.

§. 661.

Pelo que respeita aos Prazos individuos por natureza, ou aliás pela determinação das nossas Leis, como, e quando deva conferir-se a sua estimação nos de providencia, e vidas; como, e porque modo devão encabeçar-se os fateosins, e conferir-se a sua estimação, está largamente demonstrado no meu Tractado do Direito Emfiteutico. Pelo que respeita ás mais cousas individuas, que devão conferir-se, e entrar em partilha, eis-aqui o que determina a Ord. L. 4. T. 96. §. 5 « Tendo os herdeiros ou compa-« nheiros alguma cousa, que não possão entre si « partir sem damno, assim como escravo, besta, « moinho, lagar, *ou outra cousa semelhante*, não a « devem partir, mas devem-na vender a cada hum « delles, ou a outro algum, qual mais quizerem;

« ou por seu aprazimento trocarão com outras cou-
« sas se as ahi houver. E se se não poderem por
« esta maneira avir, arrenda-la-hão, e partirão a ren-
« da entre si. »

§. 662.

Porém todas estas providencias da Lei são arbitrarias aos co-herdeiros: e por isso, se elles se não conformão em alguma dellas, assentão huns DD. que se deve pôr a cousa em hasta publica; outros em licitação entre os mesmos co-herdeiros; sendo este o unico remedio, que está providenciado pelo Direito Romano, conforme com o Natural e adoptado no Codigo Civil dos Francezes, como tudo melhor se póde vêr no meu Tractado sobre todos os Direitos relativos a Casas § 276 e seg.

He porém de notar que nisto deve preponderar muito o prudente arbitrio do Julgador, porque o remedio da licitação he em si odioso, e só praticavel sobre cousa individua, como demonstro em huma especial Dissertação, a 7.ª na Collecção em Supplem. ás Acções Summar. As emulações dos co-herdeiros fervem em taes casos: Ainda mesmo que a cousa seja individua, arrancar a hum coherdeiro o dominio da sua parte em commum he arduo, e muito mais se a cousa póde ser commodamente dividida, Felic. *de Societ. C.* 39. *n.* 90. Em hum Moinho, Lagar, etc , que a Ord. reputa individuas, eu não vejo meio mais natural, e providente, como o que indica Heinec. *Element. Jur. Natur. L.* 1. §. 270. » Ejus denique usus singulis per « vices concedendus est: » remedio, que attesta praticado por pessoas illustres. Pedro Barbos. na L. *Non amplius* 26. *ff. de Legat.* 1. assigna por ultimo remedio o arrendamento, e a partilha da pensão, praticada a notavel L. 7. §. 10. *ff. commun. divid.* E por qualquer destes

modos cada hum dos irmãos conserva em commum (sem as funestas consequencias da communião) o seu dominio, que as nossas Leis *Signanter* a Ord. L. 4. T. 11. não obrigão que em caso algum o venda ao consocio, ou terceiro. Eu *in judicando*, combinando assim as Leis, praticaria hum destes dous remedios os mais providentes; e ainda mesmo porque a Ord. L. 4. T. 96. §. 5. põe em ultimo o de arrendamento.

§. 663.

Se porém, apezar do exposto na precedente Nota, se pozer em pratica a licitação das cousas, que forem individuas, ainda mesmo nesse procedimento se devem observar estas normas: Primeira: Que se não deve admittir licitador estranho, senão quando nenhum dos co-herdeiros offerece justo preço, ou não tem prompto o dinheiro: (a) Segunda: Que hum dos consocios, que tiver na cousa commum individua a maior parte, não póde pertender nella só por isso a preferencia: (b) Só sim em igual lanço de preço prefere tanto por tanto o socio, que tem a maior porção quotitativa na cousa commum: (c) Mas não quando o de menor porção offerece maior preço. (d)

(a) Barbos. na L. *Non amplius* 26. *ff. de Legat.* 1. *n.* 17. Constantin. *ad Statut. urb. Annot.* 21. *art.* 2. *n.* 119.

(b) Cod. Frederic. *P.* 2. *L.* 2. *T.* 4. *art.* 3. §. 68. *n.* 5.

(c) Felic. *de Societ. C.* 39. *n.* 88. Constantin. *supr. n.* 106.

(d) Constantin. *n.* 110. Morquech. *de Division. bonor. L.* 2. *C.* 10. *n.* 10.

Secção II.

Collação das cousas dividuas como deva praticar-se.

§. 664.

As cousas dividuas, que os filhos devem conferir, ou são dinheiros dos seus peculios, ou bens moveis, raiz, e dividas activas, que recebessem dos pais, e avós por doações ou dotes, ou de outras pessoas por sua contemplação; as dividas que lhes devião; as despezas que os pais, e avós por elles fizerão, etc., como fica exposto neste Cap. Sobre o que os filhos devem satisfazer a dinheiro, não ha duvida que o devem conferir, ou imputar em suas legitimas: Só são objecto desta Secção os bens moveis ou de raiz recebidos dos pais, e avós, ou de outras pessoas em contemplação destes por titulos de dotes ou doações, como devão conferir-se, em que estimações, e com que rendimentos. A nossa Ord. L. 4. T. 97. §. 13 14. e 15. distinguio para o diverso fim da estimação dos bens os simplesmente doados ou dotados, dando poucas, e insufficientes normas, e deixando de decidir outros muitos occorrentes casos. Por tanto, e sem me apartar do seu espirito, vou tractar distincta, e mais amplamente esta materia.

Quanto aos bens moveis ou de raiz doados.

§. 665.

A Ord. L. 4. T. 97. § 13. só propõe esta regra geral: « Dando o pai ou mãe a seu filho bens de « raiz, se os tiver, quer sejão dados em certo pre « ço, quer não, tra-los-ha á collação a seus irmãos « se os tiver: » Esta regra só a Ord. a limita: « Po « rém se o dicto irmão tiver feito bemfeitorias nos

« dictos bens de raiz, depois que lhe assim forão « dados, fique-lhe escolha trazer á collação os dictos « bens assim como estão, com tanto que os irmãos « lhe paguem as bemfeitorias, que nelles tiver fei- « tas; e se antes quizer trazer o preço, que valião « ao tempo que lhe forão dados, pode-lo-ha fazer: « E se os bens estiverem damnificados tendo res- « peito ao tempo, em que lhe forão dados, fique es- « colha aos irmãos constranger ao dicto seu irmão « traze-los assim como estão, e mais a estimação do « damno; ou que traga o preço, que valião ao tem- « po que lhe forão dados. As quaes escolhas, assim « no caso das bemfeitorias, como dos damnificamen- « tos, haverão logar sómente quando as bemfeito- « rias ou damnificamentos chegarem á quarta parte « do preço, que os bens valião ao tempo que lhe « forão dados. »

Sobre esta Ord. vejão-se Valasc. *de Partit. C.* 10. Guerreir. *Tr.* 1. *C.* 11. *a n.* 62.

§. 666.

A regra firmada na Ord. he a mesma estabelecida no Direito Romano, e com elle firmada pelos DD., conforme o qual o co-herdeiro deve precisamente conferir a propria cousa em especie, e não satisfaz offerecendo conferir a sua estimação.

Stryk. *de Success. ab intest. Diss.* 11. *C.* 5. §. 3. *et* 4. Brunnem. *in L.* 5 *Cod. de Collat.* Struy. et Mull. *Exerc.* 37. *thes.* 37. Barri *de Success. L.* 14 *T.* 4. *n.* 8. Guerreir. *Tr.* 2. *L.* 2. *C.* 13. *n.* 5. *et a n.* 11. Valasc. *de Part. C.* 14. *n.* 2.

§. 667.

Parece que a unica excepção da Lei firmou regra em contrario, para em nenhum outro caso, além do unico de haver o co-herdeiro feito as taes bemfeitorias, ser admittido a satisfazer com a collação da estimação: Porém a razão, e a equidade permittem satisfazer á collação com a estimação:

1.° quando todos os co-herdeiros consentem: (a) 2.° se o co herdeiro, no caso que as despezas dos estudos, e livros, que o pai lhe comprou offendão as legitimas dos irmãos, os traz á collação, satisfaz com a estimação: (b) 3.° quando se tracta de cousa de que só se deva conferir a estimação, e de que o co-herdeiro não possa trazer a propriedade: (c) 4.° se nenhum interesse resultar aos co-herdeiros de se conferir a propriedade: (d) 5.° se se tractar de vestidos, e ornatos, que a filha já tiver trazido publicamente: (e) 6.° se o herdeiro tiver com boa fé alienado a cousa: (f) 7.° no Patrimonio do Clerigo. (g)

(a) Guerreir. *supr. n.* 23.

(b) Vinn. *de Collat. C.* 16. *n.* 5. Stryk. *supr.* §. 5. Mull. *ad Struv. supr. thes.* 37.

(c) Guerreir. *supr. n.* 21.

(d) Struv. *supra.*

(e) Stryk. *supra* §. 5.

(f) Struv. *supr.*

(g) Portug. *de Donat. L.* 1. *Praelud.* 2. §. 5. *n.* 40.

§. 668.

Em quanto a citada Ord. obriga ao co-herdeiro satisfazer as damnificações da cousa, que traz á collação, sempre se deve suppor se essa damnificação resultou de dolo, ou culpa lata do filho, e não por casualidade ou culpa leve. (a) Se ella passou para o filho affecta a alguma divida, que elle pagasse, deve haver-se-lhe respeito. (b) E se o filho entrega a cousa bemfeitorisada póde deduzir as bemfeitorias uteis sem dever compensa-las com os rendimentos, a menos que não fosse moroso na collação, porque então depois da mora (entre nós depois da morte do pai, Ord. L. 4. T. 97. pr.) deve haver compensação em concorrente quantidade. (c)

(a) Stryk. *supra* 6. §. *ex L.* 1. § 23. *ff. de Collat.* Voet. *ad Pandect. L.* 37. *T.* 6. *n.* 24.

(b) Stryk. *supr.* §. 7.
(c) Stryk. §. 8.

§. 669.

E se o pai doou a hum filho huma pensão censuaria, ou emfiteutica, que o possuidor de algum predio lhe pagava, e depois o possuidor do predio, por se exonerar da pensão, o demittio ao filho, não he este obrigado conferir esse predio, porque lhe não proveio do pai, mas só unicamente neste caso a estimação de pensão.

Barri *de Succession. L.* 14. *T.* 3. *n.* 12.

§. 670.

Quanto á estimação dos bens, que se conferem, que tempo se deva respeitar para a sua avaliação; A Ord. L. 4. T. 97. separando nos §§. 14. e 15. os bens dados em dote, no que respeita aos doados, manda no §. 13. que o filho os trará á collação, *quer sejão doados em certo preço, quer não*, sem outra declaração; e só nos casos das bemfeitorias ou damnificações manda respeitar o valor do tempo do contracto, para ou os irmãos lhe satisfazerem aquellas, ou elles estas: Logo, exceptuados estes casos, ficamos na regra do Direito, conforme o qual o valor dos bens, que se trazem á collação deve regular-se (não sendo bemfeitorisados, ou damnificados) conforme o tempo, segundo huma opinião, da morte do pai; e, segundo outra, conforme o tempo da collação.

Mull. *ad Struv. Exerc.* 37. *thes.* 37. Stryk. *de Succession. ab intest. Diss.* 11. *C.* 5. §. 6. Guerreir. *Tr.* 1. *L.* 1. *C.* 11. *a n.* 58. Peg. *tom.* 7. *ad Ord. L.* 1. *T* 87. §. 5. *n.* 2., onde refere julgado que a estimação se deve fazer conforme o tempo da partilha.

§. 671.

Em quanto á estimação dos bens dotados, que vem á collação: «Se aquelle (diz a Ord. L. 4. T.

« 97. §. 14.), a que os bens forão dados em casa-« mento, *os não tiver por os ter vendidos*, doados, « ou alheados, será obrigado trazer á collação o pre-« ço, que valião ao tempo que lhe forão dados em « casamento. » §. 15. « E se lhe forão dados em « casamento bens moveis, e os ainda tiver, tra-los-« ha á collação no estado, em que ao tempo da par-« tilha estiverem, quer lhe fossem dados em preço « certo, quer não. E não os tendo *para os poder* « trazer, trará a estimação do que valião ao tempo « que lhe forão dados em casamento; ou outros bens « moveis taes, como elles erão ao tempo que lhos « derão, qual elle mais quizer. »

§. 672.

Nota-se nesta Ord. 1.° que conceder ao dotado a eleição de conferir o valor dos bens alienados ou consummidos, conforme o tempo do dote, foi hum favor especial do dote; (a) bem como o semelhante, que lhe concedeo no caso dos §§. 4. e 5. precedentes, em differença dos bens doados aos filhos sem serem doados a titulo de dote: E por isso não póde argumentar-se de hum caso para outro. Nota-se 2.° *a contrario*, que se o dotado filho não tiver vendido, e alienado os bens, deve precisamente traze-los á collação no estado em que estiverem, (isto he de damnificação casual, ou com o uso, e não culposa. §. 668.) e não satisfaz com a offerta da estimação conforme o tempo do dote, pois que a Lei só lhe dá essa faculdade de conferir a estimação, e conforme o valor desse tempo, *se não os tiver por os ter vendidos, doados, ou alheados .... e não os tendo para poder trazer á collação*: E por tanto, tendo-os, ficamos outra vez na regra dos §§. 665. e 666., não se verificando alguma das limitações dos §§. 667. e 669. (b)

(a) Favor, que não tinha pelo Direito Romano, Voet. *ad Pandect. L.* 37. *T.* 6. *n.* 9.

(b) A estas reflexões, e á letra da Lei se reduz tudo quanto largamente sobre este objecto escreveo Guerreir. *Tr.* 1. *L.* 1. *C.* 11. *a n.* 61. *ad* 73. *et Tr.* 2. *L.* 2. *C.* 13. *a n.* 24. *ad* 44. Valasc. *de Partit. C.* 10.

§. 673.

Se o pai disser que dota a sua filha, v. gr. 800$ réis nos bens, e fazendas seguintes, que passa a descrever; se este dote he em dinheiro pago em fazenda, ou em fazenda equivalente ao dinheiro, e estimada nelle, para se dever conferir, ou só o dinheiro, ou a fazenda? Respondo com Guerreir. *for. q.* 38. *a n.* 12. que principiando o dote pela sua estimação em dinheiro he dote de dinheiro, e não de fazenda, e esta em tal caso he dada em pagamento de dinheiro: E por tanto succedendo o caso da collação se deve conferir o dinheiro, e não a fazenda, sem embargo de dizer a Ord., *quer sejão dados em certo preço quer não;* porque só procede quando o dote consiste em fazendas estimadas, e não quando as fazendas se dão estimadas em satisfação do dote constituido em dinheiro.

Vejão-se Bagn. *C.* 22. *a n.* 151. Card. *de Luc. de Dot. Disc.* 158. Fontanell. *Clausul.* 5. *glos.* 8. *p.* 13.

Secção III.

Collação dos rendimentos dos bens doados ou dotados.

§. 674.

«Será obrigado tornar tudo á collação aos ou-«tros seus irmãos depois da morte do pai, e mãe, «que fizerão a doação com as novidades, que os «bens *que assi tiver em seu poder, e trouxer á colla-«ção renderem depois da morte dos doadores até o «tempo das partilhas:*» Ord. L. 4. T. 97. no princ.

Esta Lei he clara; porém as palavras « com as no-« vidades, etc. » indicão hum dote ou doação de bens fructiferos; porque *novidade* he o mesmo que fructos, e renovos.

§. 675.

Resta porém a dúvida se consistindo o dote ou doação em dinheiro, que o filho tinha recebido, deva pagar aos co-herdeiros usuras, e juros depois da morte dos pais até o tempo das partilhas: Muitos DD. fundados na L. 5. §. 1. *ff. de dot. collat.* distinguem os casos de ter ou não sido moroso o filho na collação do dote em dinheiro: De fórma que não tendo sido moroso, e ao menos por interpellação constituido em mora, o desobrigão das usuras. (a) Outros seguem absolutamente o contrario, obrigando-o ás usuras ou juros, haja, ou não haja mora. (b)

(a) Puttman. *Adversar. Jur. L.* 2. *C.* 7. *prope fin.* Stryk. *de Succession. ab intest. Diss.* 11. *C.* 6. §. 8. *in fin.* Struv. et Mull. *Exerc.* 37. *thes.* 34. Michalor. *de Fratr. P.* 1. *C.* 21. *n.* 27.

(b) Coccey *Jus Controv. L.* 37. *T.* 7. *q.* 5., onde assim o defende, respondendo magistralmente á dicta L. 5. §. 1. *ff. de Collat.*

Com effeito a Ord. L 4. T. 96. §. 9. et 10. obriga ao filho, que fica em posse da herança, satisfazer os rendimentos aos co-herdeiros até o tempo da partilha, e entrega: E aqui entra a equidade para que os rendimentos, que o possuidor deve, se compensem com o interesse do dinheiro, que o outro filho retem: Vejão-se Guerreir. *Tr.* 2. *L.* 8. *C.* 21. Cald. *de Emption. C.* 9. *a n.* 22.

Questão 6.ª

Em que casos cessa no filho a obrigação de conferir o que recebeo, além dos já expostos neste Cap.?

§. 676.

Temos visto neste Capitulo, e com remissão a outros Tractados os casos, em que o filho he ou não obrigado á collação do que houve dos bens do pai ou mãe, e avós, ou por contemplação delles; resta somente agora vêr quando cessa a collação: 1.º por ter perecido a cousa: 2.º por ter o filho repudiado a herança paterna. Do muito que os DD. tem escripto quanto ao primeiro caso, se deduz praticamente o seguinte: Os filhos não são obrigados á collação: 1.º quando pereceo aquillo, que elles recebêrão em vida de seus pais: 2.º quando, tendo-o aliénado em boa fé, já não existe do seu producto, e elles não tem outros bens além dos que herdão: 3.º que o dote se deve conferir tal qual existe ao tempo da morte do pai, mãe, ou avô, que o fizerão. A menos que não tenha havido dolo, fraude, ou culpa da parte dos dous conjuges; ou que exista ainda o valor do dote; ou que com o seu producto se tenhão adquirido outras cousas.

Stryk. *de Succession. ab intest. Diss.* 11. *C.* 6. §. 2. 3. 4. *et* 5. Struv. et Mull. *Exerc.* 37. *thes.* 35. Cod. Frederic. *P.* 2. *L.* 7. *T.* 16. §. 9. *et* 11. — A este sentido se deve reduzir a Ord. L. 4. T. 97. §. 13. em quanto manda imputar as deteriorações da cousa, que vem á collação, entendendo-se das culpaveis, e não das causadas pelo uso mesmo da cousa, que se subentende permittido. De outro modo seria iniqua a Lei imputando ao filho damnificações inculpaveis, ou deteriorações consequentes do uso da

cousa concedido com a cousa mesma: Muito mais quando no §. 15. manda que os bens moveis, que se deteriorão com o uso venhão á partilha no estado em que estiverem, não havendo para este fim diversa razão nos bens doados, ou dotados. Tambem á vista do exposto recebem illustração o mesmo §. 13. e 14., e o 15. para não deverem conferir-se os bens doados ou dotados, que perecêrão sem culpa dos filhos, ou que elles consummirão, não prodigamente, mas para necessidades extremas, sem que lhe restem outros mais bens que os que espera herdar, e sem da sua parte ter intervindo fraude, prodigalidade, etc. Pelo menos devemos conceder que estes casos são omissos na Ord., e que devem decidir-se pela razão.

§. 677.

Quanto ao segundo caso: Cessa a obrigação da collação, quando o filho ou filha doado ou dotado, ou que *aliunde* não he obrigado a conferir bens, he abstem da herança. (a) Só sim se o que deveria conferir offende a legitima dos mais filhos, deve então supplementa la. (b) Esta Jurisprudencia abraçou, e expoz bem claramente a nossa Ord. L. 4. T. 97. §. 3. 4. e 5., só com a differença, e declaração, que «para se dizer que a doação he grande, e excede «a legitima, e terça, se hade olhar a valia dos bens «do que os deo ou prometteo em casamento ao «tempo que a fez, ou ao tempo da sua morte, qual «escolher o donatario. E esta escolha será sómente «nas doações dadas em casamento, porque nas outras «doações, que se fizerem aos filhos se olhará o que «os bens do doador valerem ao tempo da sua morte.» Favor especial, que a nossa Lei deo ao dote: porque aliás conforme o Direito commum, e das Nações, não tem o dote neste caso tal eleição. (c)

(a) L. ultima *ff. de Dot. collat.*

(b) Novell. 22. *C.* 1. Stryk. *supr.* §. 12.

(c) Stryk. *supra.* §. 12. Valasc. *Cons.* 189. *et C.* 15. *a n.* 83.

Esta Ord. só concede esta eleição ao dotado, que se abstem da herança, e ao dotado, que o foi em bens certos, sem commemoração expressa de terço, *ut ibi*, valia de bens, etc. *Quid vero*, se o pai dotar o terço dos seus bens, se tem o filho dotado a eleição do terço dos bens no tempo do dote abstendo-se da herança? Guerreir. Tr. 2. L. 5. C. 2. n. 39. nega neste caso essa eleição com Gama, e Valasco; porque o dote do terço sempre se subentende fazer relação só aos bens, que existirem ao tempo da morte do dotados. Mas veja-se a Part. I. C. 23.

§. 678.

«Sempre as terças do pai, e mãe, até onde «abrangerem, são obrigadas a refazer os casamen-«tos que prometterem, e doações que fazem a seus «filhos, ainda que expressamente não fossem obri-«gados, e posto que os defunctos dellas ordenas-«sem outra cousa.» Ord. L. 4. T. 97. §. 3. no fim. E por isto he que o mesmo §. 3. permittindo que qualquer doado ou dotado se possa levantar com a doação ou dote abstendo-se da herança, e livrando-se da collação, só o obriga repôr, e refazer aos irmãos o que da doação ou dote exceder a legitima do tal filho, e a terça do pai, com a differença unica entre a doação, e o dote, que fica exposta no §. antecedente.

§. 679.

Se forem muitos os filhos dotados, e alguns delles se abstiverem da herança, e os terços dos pais, que os dotárão, não bastarem para se inteirarem os dotes sem offensa das legitimas dos filhos, o primeiro dotado se deve inteirar da sua legitima im-

putada no dote, e o que falta para o dote deduzir-se do terço; o que resta do terço fica para se inteirar o segundo dotado; e se nada resta do terço, inteirando-se o segundo dotado, se recorta o dote do segundo no que exceder a sua legitima, como já expuz na P. 1. C. 23. §. 395., e Nota. Veja-se Guerreir. *for. q.* 48.

§. 680.

E havendo o dotado ou doado de repôr alguma parte aos mais irmãos, por serem o seu dote ou doação excessivos da legitima, e terço, não deve ser feita essa reposição em dinheiro, mas sim em parte de bens dos doados, retalhando-se do dote ou doação: E deve o dotado ou doado repôr esse excesso com rendimentos desde a morte do pai, ainda que se abstenha da sua herança.

Optime Guerreir. *for. q.* 100. Valasc. *ad Partit. C.* 15. *a n.* 85.

Como a Ord. L. 4. T. 97. §. 3. e 4. concede ao dotado a eleição do tempo do dote ou da morte, se lhe póde assignar termo para que eleja; e passado o termo se devolve a eleição aos co-herdeiros, *ex Leg.* 6. *ff. de option. Leg.* ubi Brunnem.

QUESTÃO 7.ª

Que remedios competem ao irmão contra o irmão para obter a collação dos bens, que deve conferir e pedir partilha na herança?

§. 681.

Por Direito commum, e de outras Nações, se aquelle dos irmãos, que deve trazer á collação alguns bens, he o que demanda ao possuidor da herança dos pais (entre nós cabeça de casal) para que lhe dê partilha, sem logo se offerecer a conferir o que

em si tem, e deve conferir, póde ser repellido pelo irmão possuidor da herança, com a excepção de que deve primeiro conferir o que em si tem; e que entretanto que o não confere deve ser repellido do petitorio da partilha.

Brunneman. *de Collat. C.* 5. *n.* 130. Vinn. *de Collat. C.* 16. *n.* 15. Lauterbach. *de Collat. dot. thes.* 22 *n.* 6. Stryk. *de Success. ab intestat. Diss.* 11. *C.* 5. §. 10. Struv. et Mull. *Exerc.* 37. *thes.* 38.

§. 682.

Este mesmo Direito se vê adoptado na praxe deste Reino, conforme á qual o cabeça de casal demandado por partilhas póde oppor por Embargos contra o dotado, que não deve ser admittido co-herdeiro, porcionario nellas em quanto não conferir o que em si tem.

Valasc. *de Partit. C.* 8. *n.* 45. Peg. *tom.* 7. *ad Ord. L.* 1. *T.* 87. §. 9. *n.* 106., onde assim o refere julgado, e os segue Guerreir. *Tr.* 1. *L.* 1. *C.* 9. *n.* 161.

Se o dotado ou donatario, que assim he repellido em quanto não conferir o que recebeo dos pais, nega o recebimento de algumas cousas, ou despezas, que o pai com elle fizesse, e que em consequencia deve conferir; se o pai em seu Livro de razão relatou o que tinha dado ou despendido com o tal filho, he acreditavel em quanto o filho não prova o contrario, Voet. *ad Pandect. L.* 37. *T.* 6. *n.* 24. *in fin.* Com tanto que aquillo, que o pai assim annotou sejão cousas ou despezas, que o filho deva trazer á collação. Se o pai não fez declaração alguma, nem o cabeça de casal tem outra prova, póde deferir juramento ao co-herdeiro, que lhe pede a partilha, sobre o quanto recebeo do pai; e se ha prova de que alguma cousa rece-

beo, póde obriga-lo que jure se recebeo alguma cousa mais além do que assim consta, Stryk. *supr. Diss.* 11. *C.* 5. §. 12. Muller ad Struv. *supr.* Bem que se se não oppõe esta excepção, ou se se abandona do Juizo Summario do Inventario, sempre fica salvo o direito para por acção ordinaria demandar a collação do que o co-herdeiro negou conferir, Mull. *supra.*

§. 683.

Porém he para notar o mysterio, com que a Ord. L. 4. T. 96. §. 11. diz: « *Depois que algum (id* « *est* o cabeça de casal) *começar a dar partilha* a « seus irmãos não a póde deter, que a não acabe de « todo por razão de entrega de casamento *(id est* « Dote) nem de outra alguma cousa, nem fará so- « bre isto demanda, até que a partilha seja acaba- « da. » Continúa o §. 12. « *Começando alguma pes-* « *soa dar partilha a seus filhos* ou irmãos.... não « poderá dilatar, nem deter a dita partilha por du- « vidas algumas, que depois mova, etc. » Logo a dicta excepção, (§. 680. e 681.) e as mais, que ficão expostas no Cap IV. §. 546. e seg. necessariamente se devem oppôr pelo demandado possuidor da herança *antes de começar a dar partilha*, e não depois, porque oppondo-se então já a não suspendem, como claramente se deduz destas Ordenações *a contrario sensu.*

§. 684.

Mas oppondo-se antes de começar a dar partilha, então, (continúa o dicto §. 12.): « Quando al- « gum dos co-herdeiros tiver em si dote, ou cousa « que deva trazer á collação, e disser que quer ser « herdeiro, e mover alguma duvida ácerca do que « assim he obrigado trazer á collação, logo o Juiz « das partilhas de seu officio sequestrará o dicto do- « te, ou cousa, posto que lhe não seja requerido. » Isto he, constando por algum modo (Not. ao §. 681.

do recebimento do dote, ou cousa doada: Pena legal, com que o Direito castiga os que recusão conferir o que devem conferir.

Stryk. *supr. C.* 6. §. 10. ¥. *Et alia poena.* Mull. ad Struv. *Exerc.* 37. *thes.* 38. *pag.* 1013. *col.* 1.

§. 685.

Tambem por Direito commum o irmão, que nada possue, e nada deve conferir, pode demandar pelo nobre officio do Juiz ao irmão cabeça de casal, e possuidor da herança, não só para que dê partilha nella, mas para que na mesma partilha contra o que tem em si desde a vida dos pais, e que tambem deve conferir. (a) Se o cabeça de casal nega dever conferir o que se lhe pede que elle confira, a nossa praxe inventou contra elle a acção ordinaria de sobnegados. (b)

(a) Stryk. *supr.* §. 11.

(b) Valasc. *de Partit C* 8. *n.* 45. Peg. *tom.* 7. *ad Ord. L.* 1. *T.* 87. §. 9. *n.* 106. Guerreir. *Tr.* 1. *L.* 1. *C.* 9. *n.* 161.

§. 686.

He na verdade digna de maior censura a praxe deste Reino, que indistinctamente remette á via ordinaria quantas duvidas occorrem aos Inventarios: 1.° Se ellas consistem em Direito applicavel a factos constantes por Documentos, necessariamente devem decidir-se logo, sem reserva para a acção ordinaria; porque o Direito sempre he certo: E quando a Questão seja controversa pelos DD., siga logo o Juiz a mais provavel, occorrendo assim logo a multiplicação de demandas: 2.° Se as questões occorrentes dependem de disputas, e provas de facto, estão dadas as providencias na Ord. L. 4. T. 96. §. 11., (até agora mal entendida) e tudo sem essa remessa para as acções ordinarias; e depois de findo o Inventario, se póde nelle decidir com a distincção destes casos.

§. 687.

Primeiro: Se antes de o cabeça de casal, instado para dar partilha, começar a da-la, oppozer contra o pertendente, que a pede, alguma das excepções expostas no Cap. IV., então (não podendo negar-se huma descripção dos bens da herança, Not. ao §. 593.) se deve disputar primeiro a Questão prejudicial ao progresso das pertendidas partilhas. O mesmo procede se ao que pede a partilha, e antes de o cabeça de casal principiar a da-la ao que a pede, oppozer a excepção, de que deve conferir juntamente o que em si tem havido do pai, de cuja herança se tracta, como fica mostrado desde o §. 680.; porque a Ord. T. 96. §. 11. 12. 13. e 14. presuppondo a força destas excepções, sendo oppostas pelo possuidor *antes de começar a dar partilha*, *a contrario sensu* as abandona, sendo por elle oppostas depois de começar a dar partilha aos irmãos, reputando-as dilatorias, como as reputão os DD.

Mull. ad Struv. *Exerc.* 37. *thes.* 38. Boehmer. *ad Pandect. Exerc.* 92. §. 19.

§. 688.

Segundo: « E depois que algum começar dar « partilha a seus irmãos, ou outros quaesquer, não « a póde deter que a não acabe de todo, por razão « de entrega de casamento, (*id est* dote) nem de « outra alguma cousa, nem fará sobre isso deman- « da, até que a partilha seja acabada: » Ord. L. 4. T. 96. §. 11.: Sim, porque lhe não oppoz ao principio a referida excepção da collação do dote; e não a oppondo nessa conjunctura foi visto renuncia-la, tem contra si a presumpção de calumnia, não a oppondo em tempo competente. Porém dahi não se segue que o cabeça de casal, e co-herdeiros não possão exigir do dotado huma caução de repor á massa da herança o dote ou doação, huma vez que feita a partilha do liquido, e entregue que seja da sua parte,

se venha a apurar que deve conferir o que dos pais recebeo; caução, que em tal caso o Direito obriga o filho que quer partir no liquido da herança para quando se apurar que deve conferir o que se lhe disputa que elle deva conferir: (a) Caução justa; porque se o herdeiro consomme o que se lhe adjudica, e não tem com que repôr o que deve conferir, ficão lesos os mais co-herdeiros; e caução, que se se não costuma exigir, he porque se não sabe exigir; mas o não uso de um direito não constitue pratica negativa. Feita pois a partilha do liquido com caução do que o co-herdeiro deva a final conferir, nada ha que embarace, que depois no mesmo Processo prosiga a Questão sobre a collação.

(a) Stryk. supr. §. 9, Struv. et Mull. supr. Voet. ad Pand. L. 37. T. 6. n. 10.

§. 689.

Terceiro: « E começando alguma pessoa dar « partilha a seus filhos, ou irmãos, ou quaesquer ou- « tros herdeiros, não poderá dilatar, nem deter a « dicta partilha por duvidas algumas, que depois « mova: » Ord. L. 4. T. 96. §. 12. Porque huma vez que não oppoz as duvidas antes de começar a dar partilha, e só depois disso, já aqui está respirando a presumpção de que a quer retardar com essas duvidas para entretanto gosar os bens. (§. 687.) Mas não se segue que depois de dar partilha do de que se não duvida, não prosigão as duvidas no mesmo Inventario.

§. 690.

Quarto: « Se a pessoa que está em posse da « herança, *antes de começar a dar partilha*, allegar « algumas duvidas sobre que deva haver demanda, « será tirada da posse da herança, e bens; e os « dictos bens, e novidades delles se sequestrarão « até as duvidas se acabarem: » Ord. d. §. 12. Continúa o mesmo §. dizendo « E não se acaban-

« do as partilhas, e duvidas dellas dentro de hum an-
« no, contado do dia da morte do defuncto, logo
« os bens, e herança se sequestrarão, salvo constan-
« do notoriamente que não se acabárão as partilhas,
« e duvidas dellas dentro do dicto anno por culpa do
« possuidor, senão dos outros herdeiros. » = Este §. parece incoherente, e contradictorio comsigo mesmo: Porque, pondo-se duvidas antes do principio das partilhas, manda sequestrar não só os bens sobre que são as duvidas, mas a herança toda em odio do possuidor, que oppõe as duvidas: E passado o anno sem as duvidas, e partilhas se acabarem, manda outra vez sequestrar o que já suppõe sequestrado, logo que no principio se oppozerão as duvidas! = Ainda menos posso combinar este §. 12. na primeira parte com o §. 14., que prohibe se faça sequestro ao cabeça de casal sobre o que algum co-herdeiro de fóra requer que elle confira.

§. 691.

Valasco, Pegas, Pona, e com elles Guerreiro *Tr.* 2. *L.* 6. *C.* 12. *a n.* 52., e depois de todos o Repertorio das Ordenações debaixo das Conclusões = Juiz das partilhas faz sequestro, etc. Partilha depois que se começar, etc. só nos ensinão que « quan-
« do inchoatis partitionibus (dizendo o dicto §. 12.
« na primeira parte *antes de começar a dar partilha*)
« unus eorum, qui in possessione est, et a quo alii
« partitionem accipiunt, calumniose ipsam partitio-
« nem differt, et retardat, et protellandi judicii di-
« visorii causa, exceptiones, et dubia involvit, tunc
« *universa bona hereditaria* (absolutamente, sejão ou
« não os bens sobre que versa a duvida) ipsorumque
« fructus et redditus, sequestrantur, quosque dubia
« terminentur, etc. » Mas a duvida do primeiro, e segundo sequestro, repetido depois do que se suppõe primeiro, fica no esquecimento.

§. 692.

Eu vejo a semelhante Ord. L. 4. T. 95. §. 2., que só manda pôr em sequestro as cousas sobre que nas partilhas ha duvida *« se as pessoas forem « taes, de que se tema virem a pelejas, e arroidos, « até ser determinado por direito a quem pertencem. »* E assim o primeiro sequestro, que determina o dicto §. 12. do T. 96. no *fim*. = E a pessoa = parece que só póde ser praticavel, quando as pessoas forem taes, *que se tema virem a pelejas, e arruidos;* porque de outro modo seria iniqua a Lei, que comminasse hum sequestro apenas o possuidor antes das partilhas allega algumas duvidas, sejão ou não justas, e que comminasse hum sequestro por mais justas que fossem as duvidas, quando as póde haver justas, quaes as expostas no Cap. IV., e neste, §. 677. e seg.

§. 693.

E por tanto, interpretando a primeira parte do d. §. 13. em termos, que não contenha iniquidade, e absurdo, e combinado com o §. 2.° do T. 95., devemos assentar que a primeira parte do d. §. 12. em quanto commina sequestro da herança, logo que o possuidor *antes de começar a partilha allegar algumas duvidas*, se deve entender, *se as pessoas forem taes, de que se tema virem a pelejas, e arroidos:* Porque assim he geralmente permittido aos Magistrados, ainda sem requerimento de parte. (a) E de outro modo seria iniqua huma Lei, que logo que o possuidor da herança oppozesse alguma excepção (sendo permittidas muitas, como temos visto) contra os pertendentes das partilhas, lhe comminasse hum sequestro tão odioso, como se nota na Ord. L. 3. T. 31. et T. 73 §. 3., só porque oppõe huma dúvida justa. Toda a Lei se deve interpretar em termos, que *não* produza absurdos: E devemos assentar que cessando o temor das rixas, só passa

do o anno de embaraço he que tem lugar o sequestro, que determina a 2.ª parte do dicto §. 12. (b)

(a) Peg. *tom.* 2. *for. C.* 16. *pag.* 1072.

(b) Tambem ha casos, em que, ainda faltando o temor de rixas, se póde logo no principio do Inventario, e antes do anno, decretar o sequestro: Taes são os seguintes: 1.º Se o cabeça de casal foi contumaz em dar bens á escripta; porque em tal caso o sequestro he huma justa pena da contumacia, Guerreir. *Tr.* 2. *L.* 6. *C.* 12. *n.* 59.: 2.º Quando houver temor de dilapidação, e dissipação, justificados porém os regulares requisitos, Guerreir. *supra n.* 57. *et* 60. Bem como no principio de qualquer demanda, ainda sobre bens de raiz, se póde decretar sequestro, quando ha hum justo temor de que o possuidor dissipará os fructos, e a propriedade, Silv. *ad Ord. L.* 3. *T.* 31. *in princ. n.* 36. Cod. Civil do Imperador José II. §. 307. Cod. de Sardenha *L.* 3. *T.* 29. §. 2. Card. de Luc. *de Judic. Disc.* 13. *n.* 12. Stryk. *vol.* 1. *Disp.* 19. *C.* 2. *a n.* 165. Struv. *Exerc.* 21. *thes.* 50.

§. 694.

Praticadas pois as providencias, que deixou a Ord. L. 4. T. 96. §. 11. e seguintes até o §. 15., quasi, ou nunca se deverá remetter alguma questão, que seja incidente do Inventario, e propria delle, para outra acção ordinaria. Porque se o cabeça de casal antes de principiar a dar partilha, ou consentir nella, oppozer alguma das justas excepções ao co-herdeiro que a pede, estas excepções prejudiciaes se devem primeiro necessariamente tractar. Se se oppõe taes excepções depois de reconhecidos co-herdeiros, e pela presumpção do dolo, não devem embaraçar a partilha começada, ou reconhecida; mas caucionando o co-herdeiro, que a pede, e

pertende repellir, se lhe deve dar partilha; e depois continuar a disputa sobre a tal excepção, para que procedendo elle dever restituir o que recebeo.

§. 695.

Se algum dotado constando ter recebido o dote duvida conferi-lo querendo ser herdeiro, a prática (§. 681.) admitte contra elle embargos; e a Ord. L. 4. T. 96. §. 12. no fim lhe manda logo sequestrar o dote: Eis-aqui providencias justas, que fazem desnecessaria a acção ordinaria. — Finalmente, se o cabeça de casal suscita elle mesmo Questões, que não se decidem em hum anno, a Lei o castiga com sequestro, sem mandar que essas duvidas se remettão ao Juizo Ordinario. A Lei quer que tudo quanto fôr incidente das partilhas se decida no Inventario, e que os enredos se cortem por meio das referidas providencias. — Será talvez o desejo do salario dos Inventarios que faz com que os Juizes os abbreviem mais do justo, e abandonem tudo para a via ordinaria?

Não admittiria eu porém no Inventario Questões estranhas delle, como credores, ou co-herdeiros a pedir dividas, e que se lhe paguem do cumulo da herança: Este he outro abuso, que grassa na prática, e contra o qual já declamárão Peg. *tom.* 7. *ad Ord. L.* 1. *T.* 87. §. 4. *a n.* 317., e Guerreir. *Tr.* 2. *L.* 6. *C.* 18. *a n.* 10. Se os co-herdeiros maiores, e os curadores dos menores, juntamente com estes, passando de 12 e 14 annos, confessão as dividas, e consentem que se separem bens para o seu pagamento, não ha nada que embarace este procedimento, e nestes termos he que procede a praxe, *de qua* Guerreir. *Tr.* 4. *L.* 5. *C.* 10. *a n.* 34. Se bem que, havendo menores, não deixa de obstar a Ord. L. 1 T. 88. §. 26. para se não venderem, ou darem em pagamento das dividas senão os bens,

que menos uteis, e proveitosos forem aos orfãos; quaes os moveis, que primeiro se devem vender ou adjudicar a dividas, como tenho visto julgar na conformidade desta Ordenação. E se se segue a opinião, que se não devem alienar bens de orfãos senão em hasta publica, ainda menos, havendo orfãos, são praticaveis taes adjudicações por mais que elles, e seus Curadores consintão: Opinião, que seguírão os Codigos de Sardenha *L.* 5. *T.* 11. §. 3. *e s.g.*; o da Prussia *P.* 1. *L.* 3. *T.* 6. *art.* 2. §. 42., e Posth. *de Subhastat. Inspect.* 4. *tot.* Guerreir. *Tr.* 3. *L.* 7. *C.* 17; ainda que em contrario está Coccey *Jus Controv. L.* 27. *T.* 9. *q.* 4. Em consequencia só não havendo orfãos se podem fazer seguramente taes adjudicações, confessando os co-herdeiros maiores as dividas, e consentindo na dação em pagamento com os bens communs: Mas bastará a contradicção de hum dos co-herdeiros para ser impraticavel a tal adjudicação (propriamente dação em pagamento), por não ser obrigado hum, que o contradiz, a dar em pagamento a sua parte, que possue em commum, vindo assim a prevalecer o seu voto contra o arbitrio dos mais na cousa em quanto commum. (Veja-se o §. 525. e 526.)

Tambem abandonaria do Inventario qualquer terceiro oppoente, que não fosse co-herdeiro, e o remetteria á via ordinaria, Franç. ad Mend. *Arest.* 35., pela genuina razão do n. 5. «quia in hoc judicio familiae erciscundae, si-«ve hereditatis dividendae, quatenus familia «etiam hereditatem significat, non audiuntur «nisi heredes, vel ex testamento, vel ab in-«testato, etc.» E na consideração de que o «que se tracta entre os co-herdeiros no In-«ventario não prejudica a esse terceiro, Silv.

ad Ord. L. 3. *T.* 91. §. 1. *n.* 27. Guerreir. *Tr.* 1. *L.* 1. *C.* 4. *a n.* 22.

Finalmente se hum dos co-herdeiros contende que alguns bens inventariados lhe pertencem por serem de Morgado, Prazo, ou Fideicommisso, então ou elle junta logo o Titulo claro, e indubitavel, por que assim prove a sua intenção, ou não: *Si prius* deve ser attendido, riscando-se da descripção esses bens. *Si secundum*, ou se ao menos he duvidoso, prevalece a presumpção da liberdade de taes bens; e tendo sido possuidos pelo defuncto se devem entretanto partir, apezar de quaesquer negações, que haja de huma, e outra parte: Assim he que eu entendo a L. 45. ff. famil erciscund., e as doutrinas de Peg. *tom.* 7. *ad Ord. L.* 1. *T.* 87. §. 4. *a n.* 65. *et n.* 249. 251. *et* 256. Valasc. *C.* 8. *n.* 51. doutrinas, que cada qual applica a seu modo. — Mas isto não tira que o tal co-herdeiro, praticada a Lei, e o §. 18. appellando das partilhas dispute no Juizo superior, sem dependencia de nova demanda, (e já sem prejuizo dos co-herdeiros) a realidade do vinculo, do Prazo, do Fideicommisso: E esta, quanto a mim, he a melhor praxe, sem o recurso a outra acção, como se deduz dos Arestos transcriptos por Peg. *tom.* 7. *ad Ord. L.* 1. *T.* 87. §. 4. *per tot.*

N. B. Ainda que humas partilhas se celebrem por escripto, se os co-herdeiros não as executão, e passão a viver em commum por dez annos, se presumem renunciadas por hum tacito consentimento, Ant. Fabr. *in Cod. L.* 3. *T.* 27. *Def.* 1. Voet. *ad Pandect. L.* 12. *T.* 2. *n.* 89. Mascard. *de Probat. Conclus.* 527. *n.* 6.

CAPITULO VI.

Regras da equidade, que se devem praticar nas partilhas judiciaes ou extrajudiciaes entre os irmãos: Cautellas a respeito das servidões, que hão de ficar subsistindo reciprocamente depois das partilhas.

§. 696.

Primeira regra geral: « Dividantur bona, non animi; res, non fides; hereditas, non amor: » (a) Separe-se pela partilha a communião, que he a mãe fecunda da discordia, (b) e que excita immensas demandas; (c) cesse com a partilha a causa, mas não fique entre os irmãos o rancor, e o odio.

(a) Michalor. *de Fratrib. P.* 3. *C.* 1. *n.* 29.
(b) L. 77. §. 20 *ff. de Legat.* 2.°
(c) L. 26. *ff. de Servit. urban.* L. 34. §. 2. *Cod. de donat.*

§ 697.

Segunda regra geral: « Nec ita stricte ejusmodi divisio fieri debet, ut nec etiam ficos indivisos « relinquant, ut proverbio ferunt. » (a) E aqui não devem os irmãos ser como os outros referidos por Michaloro, que partião, e laceravão os copos, e os vestidos; mas como os outros, de cuja prudencia nas partilhas com os irmãos emulos, e turbulentos nos fornece o mesmo Michalor. admiraveis exemplos.

(a) Michalor. *supra n.* 29.

§. 698.

Terceira regra geral: « In divisione bonorum « parentis debet inter filios aequalitas servari: » (a) Porque a desigualdade he inimiga da Lei, e odiosa entre os irmãos: « *Jungat Liberos aequalis gratia « quos aequalis junxit natura.* » (b)

(a) *Text. in L. Si maior.* Cod. *Commun. divid.*

(b) D. Ambros. *de Josepho Patriarch. C.* 2. Confirão-se Guerreir. *Tr.* 2. *L.* 2. *C.* 14. *a n.* 5. *et L.* 8 *C.* 21 *a n.* 5. Repertor. das Ord. debaixo da conclusão = Partilha se deve fazer de todos os bens.

§. 699.

Quarta Regra especial: Os irmãos tem igual direito em todos os bens, parte nos máos, e parte nos bons. (a) Quinta regra especial: Quando hum dos irmãos tem hum predio inteiramente seu contiguo ao commum, sem que outro co-herdeiro tenha semelhantemente algum predio contiguo ao mesmo, neste caso forceja toda a equidade, para que o predio commum se adjudique ao irmão ou consócio, que tem outro predio confinante com o que entra em partilha. (b)

(a) Peg. *supra.* Guerreir. *Tr.* 2. *L.* 2. *C.* 14. *n.* 23. *et* 24. E com effeito, por se não praticar esta equidade em huma judicial partilha, a vêmos julgar nulla em Peg. *tom.* 7. *ad Ord. L.* 1. *T.* 87. §. 4. *sub n.* 113. *pag.* 38. *col.* 2.

(b) Guerreir. *supra C.* 13. *a n.* 27. Michalor. *de Fratrib. P.* 3 *C.* 38. *n.* 25. Felic. *de Societ. C.* 39. *n.* 94. Ubald. *de duob fratrib. P.* 11. *sub n.* 13. Voet. *ad Pandect. L.* 10. *T.* 3. *n.* 3. — Com tanto que este predio não seja o melhor da herança, porque aliás a equidade, que se ia praticar, se transtornaria em prejuizo dos mais co-herdeiros: E só com esta declaração he que póde praticar-se a dicta regra.

§. 700.

Sexta regra especial: Se no commum ha bens, que só convenhão a hum dos co-herdeiros, e não aos outros; como por exemplo, sendo o pai Boticario tem hum filho co-herdeiro, que tambem o he. só a este,

e não aos mais he conveniente a Botica: Sendo o pai artifice, e tendo hum filho da mesma profissão, só a elle, e não aos mais são convenientes os instrumentos do seu arteficio, etc. E por isso só a esse filho, e não aos outros, se deve adjudicar a Botica a Officina, etc. (a) E aqui cohibiria eu as emulações dos mais co-herdeiros, que quizessem licitar.

(a) Constantin. *ad Statut. urb. annot.* 21. *art.* 2. *n.* 88.

§. 701.

Septima regra especial: Se hum dos irmãos tem em algum dos predios, que entrão em partilha, a maior parte (ou seja por ficar com o terço dos pais, ou seja por ter comprado as legitimas de alguns irmãos; ou seja por qualquer outra causa) tambem a razão, e a equidade instão, para que (salvo o prejuizo dos mais co-herdeiros) se lhe adjudique esse predio, em que aliás tem a maior parte.

Michalor. *P.* 3. *C.* 38. *n.* 24. Guerreir. *Tr.* 2. *L.* 6. *C.* 13. *n.* 31. Ubald. *de duob. fratrib. P.* 11. *n.* 19. — A preferencia, que a Ord. L. 4. T. 97. §. 13. dá ao filho, que bemfeitorisou a cousa, que vem á collação, he legal, e bem clara, que não precisa de exornação.

§. 702.

Oitava regra especial: Sendo muitos os predios communs não se devem dividir, e retalhar todos por todos os co-herdeiros, mas assignarem-se huns a huns, e outros a outros (sem desigualdade §. 697. e 698.) para se evitarem os inconvenientes, que resultão de retalhar todos os predios.

Michalor. *supr. n.* 26. Felic. *de Societ. C.* 38. *n.* 95. Guerreir. *Tr.* 2. *L.* 6. *C.* 13. *n.* 29. *et* 30.

Estas são as regras mais especiaes praticaveis nas partilhas entre irmãos: Ha outras, que se podem vêr no citado Guerreir. Só resta hu-

ma geral advertencia, que nas partilhas se deve balancear a commum utilidade de todos sem que se transtorne na de hum só, a commodidade de todos, quanto possivel for, e não a de hum só; que se deve occorrer a emulações, etc. Guerreir. *supra a n.* 33.

Cautellas a respeito das servidões, que depois das partilhas hão de ficar subsistindo reciprocamente em favor dos irmãos, e co-herdeiros.

§. 703.

Fazendo os DD. differença entre as servidões continuas, e descontinuas, e julgando continuas aquellas, que para o seu exercicio, huma vez estabelecidas, não requerem jámais o facto do homem; e as descontinuas, que o requerem para o uso, e continuação do seu exercicio: (a) assentão que feitas judicial, ou extrajudicialmente as partilhas entre os irmãos sem se fallar nas servidões, que os seus predios reciprocamente hãode ficar soffrendo passivamente, só ficão subsistindo as servidões continuas ou quasi, como são as servidões *tigni injuncti*, *oneris ferendi*, *luminibus*, *ne luminibus officiatur*, a servidão *stilicidii*, etc. (b)

(a) Silv. *ad Ord. L.* 4. *T.* 1. *in rubr. art.* 4 *n.* 33.

(b) Silv. *a n.* 30. Altim. *ad Rovit. Decis.* 98. *n.* 21. Felic. *de Societ. C.* 39. *n.* 106. Mantic. *de Tacit. L.* 3. *T.* 1. *n.* 9. Fabr. *in Cod. L.* 3. *T.* 24. *Def.* 2.

§. 704.

Porém as servidões descontinuas *viae, et itineris*, feita a partilha, ficão extinctas, quando expressamente se não tem reservado: E a parte adjudicada a hum irmão ou socio fica livre da servidão respectiva á parte do outro socio.

Silv. *ad Ord. L.* 4. *T.* 1. *in rubr. art.* 7. *n.* 29. Sabell. *post Summ. res.* 14. *n.* 5.

§. 705.

O mesmo procede na divisão de hum predio, a que he devida a servidão do aqueducto, ou em que existe hum poço commum, com cujas aguas se regava todo o predio; porque se nas partilhas se não declarão expressamente as servidões de humas para outras sortes, não são os irmãos obrigados a presta-las huns aos outros, nem o Juiz depois de ellas concluidas as póde declarar, ainda que nas mesmas partilhas se diga *cum suis juribus aquarum*.

Pecch. *de Aquaeduct. L.* 1. *C.* 3. *q* 13. *a n.* 11. *et L.* 2. *C.* 11. *q.* 12. *n.* 5. Arouc. *in L.* 2. §. 1. *ff. de rer. divis. n.* 76.

§. 706.

Semelhantemente se se divide huma casa de dous ou tres andares, e se adjudica a hum a parte inferior, e a outro a superior, não deve o que fica com a parte inferior dar servidão ao da parte superior, a menos que assim o não convencionem, ou o Juiz no acto das partilhas o não determine.

Guerreir. *Tr.* 2. *L.* 6. *C.* 13. *n.* 24. Felic *de Societ. C.* 39. *n.* 102. Ubald. *de duob. fratrib. P.* 11. *n.* 9.

§. 707.

He por tanto necessario que ou os co-herdeiros nas suas amigaveis partilhas, ou o Juiz na Sentença, que confirmar as judiciaes, reservem mutuamente estas servidões descontinuas; porque de outro modo não se reservando expressamente ficão extinctas, e hum dos irmãos não fica obrigado prestar servidão ao outro.

Guerreir. *supra n.* 25. Felic. *supra n.* 103. — Ainda que á primeira vista pareção irracionaveis estas conclusões, ellas tem por base a razão, e a justiça; porque huma vez feitas com

igualdade as partilhas, e iguaes as sortes, sem se fallar em servidões, se os irmãos depois fossem obrigados presta-las pelos seus predios, ou porções com que ficárão, estas, soffrendo taes servidões, ficarião em si mais diminutas em comparação das porções dos outros irmãos: Pois que toda a servidão he por si mesma prejudicial, e o predio que a soffre diminue no valor: E por tanto o irmão, que ficou igual com o irmão, não póde jámais pertender servidão pela porção do outro irmão, a menos que o não indemnise. Bem que para o obrigar a prestar lhe servidão *soluto justo pretio*, e para que a sua porção lhe não fique inutil, tem aquelle nobre officio do Magistrado, que lhe concedem os DD., com os quaes Silv. *ad Ord. L.* 4. *T.* 1. *in rubr. art.* 6. *n.* 20. Corradin. *de Jur. Praelat. q.* 48. *a n.* 42. Brunneman. *in L. fin. Cod de Servit. et aqua.* E por tanto nas partilhas he necessaria a providencia de dar refeição ao irmão, que hade ficar soffrendo servidões pela sua porção; porque de outro modo fica livre, e só póde ser obrigado presta-las sendo indemnisado.

Não posso, á vista desta razão, acquiescer a Pecch. *de Aquaeduct. L.* 3. *C.* 13. *a n.* 15. em quanto declarando o que havia dicto no lugar citado (§. 704.) accrescenta que se a agua vinha *aliunde* para o predio, que antes era commum, partido este em sortes, ficão os das superiores obrigados prestar servidão aos donos das inferiores; pois que se as sortes se dividírão iguaes sem refeição ás superiores recompensativas das servidões, que havião de ficar soffrendo, he errada a opinião de Pecch. nesta parte: E os donos das sortes inferiores não podem passar a agua (que antes era devida para o todo) sem o indemnisarem.

§. 708.

Se porém depois das partilhas judiciaes ou extrajudiciaes passão dez ou mais annos, e os irmãos se ficão reciprocamente servindo huns pelos predios dos outros, ou hum pelo do outro, neste caso se presume que o que assim se observou a respeito das servidões foi convencionado, ainda que não escripto, nas partilhas.

Card. de Luc. *de Servit. Disc.* 32. *n.* 12. Cyriac. *Contr.* 27. *a n.* 5. Rocc. *Sellectar. C.* 171. *n.* 8., e conduz Peg. *tom.* 6. *ad Ord. L.* 1. *T.* 68. §. 24. *n.* 43.—Taes são os effeitos da observancia declarar o menos expresso nos contractos, ou o duvidoso, fazendo presumir contractado o que depois se vio observado por longo tempo, *aposite* na materia dos aqueductos Pecch. de Aquaeduct. L. 1. C. 7. q. 2. *n.* 35. *generaliter* Arouc. alleg. 60.

CAPITULO VII.

Acções que restão aos irmãos depois das partilhas judiciaes ou extrajudiciaes: 1.° para emendar lesões, que nellas interviessem: 2.° para pedir partilha do que se sobnegou ou não conferio: 3.° para corrigir erros, se a partilha se fez com o que não era co-herdeiro, ou se dividírão bens, que a ella não pertencião: 4.° para indemnisar evicções de bens, que ficárão a algum co-herdeiro, etc.

Secção I.

Acção para emendar lesões.

§. 709.

Não tracto nesta Secção daquella lesão, que resulta aos co-herdeiros de se não conferirem cousas, que se devião conferir; ou de entrarem na partilha aquellas que não devião entrar; ou quando interveio nella co-herdeiro, que o não era; ou quando houve erro no calculo; ou quando o Juiz julgou mal alguma questão incidente, etc. Tudo isto he diverso do caso da lesão, e em todos os referidos casos (que pertencem á Secção II. e III.) se deve indemnisar, e corrigir a lesão por mais minima que seja. (a) Tracto unicamente nesta Secção da lesão *quatenus* interveio no valor das cousas; e ficando huns co-herdeiros com humas, outros com outras, ficárão em desigualdade, por se adjudicarem a huns bens estimados em preços infimos, a outros bens estimados em preços altos.

(a) Como bem discorre Solan. *Cog.* 72. *a n.* 14.

§. 710.

Nesta hypothese admitte a nossa Ord. L. 4. T. 96. §. 18. 19. e 20. lesão na sexta parte dentro de hum anno; (hypothese em que ella verdadeiramente falla) declarando que «a sexta parte se entende-«rá respectivamente a todo o quinhão do herdeiro, «que allegar o dicto engano.» Ella por tanto, passado o anno, não exclue a lesão enorme ou enormissima, que geralmente tem lugar em todos os contractos, e transacções (quaes as partilhas entre co-herdeiros (a) Ord. L. 4. T. 96. §. 18. (b)

(a) Valeron. *de Transact. T.* 1. *q.* 3. *n.* 8. *et q.* 7. *n.* 5.

(b) Assim com effeito o entendem os nossos, com os quaes Guerreir. *Tr.* 2. *L.* 8. *C.* 5.

§. 711.

A maior dúvida consiste se a dicta Ord., que admitte lesão na sexta parte, e dentro do anno procede somente quando a partilha he feita judicialmente, ou quando extrajudicialmente, mas por Louvados, em que se compromettão os co-herdeiros, ou se procede tambem quando os co-herdeiros mesmos sem Louvados fazem entre si amigavel, e extrajudicialmente a partilha, ficando huns com estes, outros com aquelles bens. Solano na Cogit. 72. n. 32. depois de ponderar as nossas Ordenações vem a concluir que a lesão na sexta parte só he attendivel no primeiro caso de ser a partilha judicial, ou extrajudicialmente feita por Louvados; mas não no segundo caso, quando pelos co-herdeiros entre si; caso, em que diz não procede a citada Ordenação, e que só huma tal partilha fica sujeita á lesão enorme, ou enormissima.

Assim tambem Constantin. *ad Statut. urb. annot.* 21. *art.* 4. *n.* 222. Brunnem. *in L.* 3. *Cod. Commum. utriusq. judic. n.* 13. Valasc. *de Partit. C.* 39. *n.* 9. *et* 10. Cyriac. *Contr.* 323. *n.* 28.

Repertor. das Ordenaç. debaixo da conclusão =Partilha em que alguem foi leso, etc.

§. 712.

Pelo contrario que ainda na partilha extrajudicial feita entre irmãos se deva respeitar qualquer desigualdade, ainda que modica, o defende largamente, e como *ex professo*, Coccey *Jus Controvers. L.* 10. *T.* 2. *q.* 7., e desta opinião expõe bellissimas razões Peres *in Cod. L.* 3. *T.* 38. *n.* 2. A L. 3. *Cod. commun. utriusq. judic.* he a que tem torcido nesta Questão os engenhos dos Interpretes: Ella parece que nas palavras *sine judicio* mostrou decidir o caso das partilhas extrajudiciaes, e assim o entendêrão alguns DD. Porém Gothofred. *ibidem* diz que estas palavras faltão no original Codigo Gregoriano, e que forão ingeridas por Tribuniano: Por outra parte assenta que significão o mesmo que *sine consilio*. As palavras *quod inaequaliter factum esse constiterit, in melius reformetur*, parecem admittir reforma por qualquer desigualdade. Porém unidas as palavras, *perperam factis divisionibus*, diz Stryk. *us. mod. L.* 10. *T.* 2. §. 7., que se entende a palavra =*perperam*=*de divisione per errorem facta*. Inferindo o mesmo Stryk. que se esta não fosse a genuina intelligencia, nunca haveria partilhas, que não ficassem sujeitas a disputa.

Quão varias tenhão sido as leituras, e interpretações da dicta L. 3. melhor que todos o expoz Voet. *ad Pandect. L.* 12. *T.* 2. *a n.* 35.

§. 713.

O certo he que a Questão he muito controversa pelos DD. segundo o Direito Romano: (a) Eu me dispenso de a profundar, e fazer sellecção do que me parece mais solido, e conforme á razão, porque me parece que na Ord. acho a decisão em termos claros, e indistinctos.

(a) Como se pode vêr no citado Stryk. §.

7. e 8. Fachin. *L.* 8. *Contr.* C. 36. Henriq. Coccey. *Vol.* 1. *Disp.* 36. *thes.* 1. §. 14. et *vol.* 2. *Disp.* 5. = *De remedio L.* 3. *Cod. commun. utriusque judic.*

§. 714.

A Ord. L. 4. T. 96. §. 18. figura dous casos: 1.° «Quando a partilha fôr de todo feita, e acaba-«da entre os irmãos .... feita em sua presença, e «de seu expresso aprasimento, e consentimento, «por mandado de justiça, *e por partidores*, e fôr «concordada, e assignada pelo Juiz, *e partidores.*» Eis-aqui o primeiro caso, em que expressamente tracta, e figura a partilha judicial feita por Louvados, e partidores: 2.° «Quando as partes fizerem «*partilha entre si* sem authoridade de justiça, tan-«to que por ellas fôr acabada, e o auto que se del-«las fizer for por elles assignado em *Escriptura pu-«blica*, ou autos publicos.» Eis-aqui o segundo caso figurado na Lei, em que suppõe não intervirem partidores; mas só o unanime voto, consentimento, e partilha dos co-herdeiros *entre si*. Ora a partilha aqui figurada no segundo caso, ainda que pareça judicial, he em effeito extrajudicial, já porque se suppõe feita por *Escriptura publica* acto extrajudicial; já porque ainda quando os co-herdeiros depois de assim a fazerem requeirão ao Juiz que lha confirme por Sentença, esta Sentença não tem propriedade de Sentença, nem dá ao acto por ella confirmado, sem outro conhecimento de causa, mais força, e effeito do que elle em si tem de validade, e irrevogabilidade. (a) Logo a partilha assim figurada no segundo caso feita pelos co-herdeiros *entre si*, sem partidores, he *extrajudicial.*

(a) Valasc. *de Transact. T.* 1. *q.* 6. Peg. *ad Ord. L.* 1. *T.* 78. §. 12. Guerreir. *for. q.* 41. Harprectr. *Vol.* 1. *Disp.* 7.

§. 715

Comprehendendo hum, e outro caso continua a Lei, dizendo: « Em cada hum destes casos não se « poderá jámais a partilha desfazer, posto que algu- « ma das partes a contradiga. Porém se disser que « foi nella enganado além da ametade do que jus- « tamente lhe pertencia haver, e assim o provar, as « partilhas outro si se não desfarão, mas os outros « herdeiros lhe comporão sómente a sua direita par- « te. » Eis-aqui a Ord. comprehendendo sem differença hum, e outro caso da partilha judicial, e extrajudicial, e concedendo em ambos o remedio da lesão enorme ao co-herdeiro leso.

§. 716.

Continua o §. 19., e sem distincção alguma de casos, diz: « Posto que a partilha seja feita, e aca- « bada, se alguma das partes disser que he errada, « e feita como não deve, e provar que he aggrava- « do, e damnificado em a sexta parte do que lhe « direitamente pertencia haver, a dicta repartição « se não revogará, nem fará outra de novo, mas os « outros herdeiros lhe comporão outro si a sua direi- « ta parte; com tanto que o que assi da partição « se queixar a contradiga, *e reclame até hum anno* « contado do dia, em que a partilha se acabou, *pe- « rante o Juiz das partilhas, ou perante outro qual- « quer Julgador, estando em outra parte*, tomando « disso instrumento publico. » No §. 20. comprehendendo ambos os casos de ser a partilha judicial ou extrajudicial, e ambas as especies de lesão, ou enorme de que havia fallado no §. 18., ou na sexta parte, de que tractou no §. 19., dá huma norma impreterivel de que a sexta parte se entenderá respectivamente a todo o quinhão do herdeiro, que se diz leso.

Bem reflectido o §. 19. se conhece que seguio á letra a L. 3. *Cod. commun. utriusq. judic.*,

de que ainda nesse tempo se não havião descoberto as duvidas, que depois suscitárão os DD., (§. 710. 711. e 712.) e só limitou a hum anno o tempo de arguir a lesão modica, *ad instar* dos casos figurados na Ord. L. 3. T. 17. §. 5. e 6. Em quanto a Ord. diz *perante o Juiz das partilhas*, suppõe terem-se feito judicialmente como no primeiro caso figurado no §. 18. Em quanto diz, *ou perante qualquer outro Julgador*, etc. suppõe o caso de serem extrajudiciaes as partilhas de que o leso se queixa, recebendo a Ord. dicto §. 19. nesta parte illustração com a Ord. L. 3. T. 78. §. 2., aonde da partilha extrajudicial (pois esta Ord. na rubrica tracta — *dos autos, que se fazem fora do Juizo* —) feita por Louvados a aprasimento das partes *se permitte recurso ao Juiz da Terra* para corrigir o erro, lesão, etc. Tambem recebe illustração com a Ord. L. 4. T. 1. §. 2., em que se tracta de outro semelhante acto extrajudicial lesivo, e com a Questão *de qua* Guerr. *ad Ord. pag.* 32.

Finalmente as palavras *estando em outra parte*, etc. recebem illustração da Ord. L. 3. T. 17. §. 5. De fórma que, como a Lei prescreve o anno para se *reclamar* a partilha lesiva na sexta parte na falta de Juiz da Terra, permitte a reclamação dentro do anno *em outra parte*, aonde estiver o co-herdeiro reclamante, para que assim lhe não passe o anno legal, mostrando instrumento de que, lá onde estava, reclamou. Em consequencia de tudo, sem embargo dos DD. citados na Nota ao §. 710., devemos seguir a opinião de Coccey, e outros, (§. 711. e 712.) porque foi a que abraçou a nossa Lei: E que ainda que as partilhas extrajudiciaes sejão feitas sem Arbitradores, e só entre as partes, tem lugar a lesão na sexta parte dentro do

anno: Vejão-se o Repertorio das Ord. na conclusão = Partilha, em que alguem foi leso = Valasc. *de Partit. C.* 39. *n.* 15. *et* 16. Mell. Freir. *L.* 3. *T.* 12. §. 14. *Not.* E se forem feitas por Arbitradores, ainda que extraordinariamente, he sem duvida, combinado o dicto §. 19. com o L. 3. T. 17. §. 5. e 6. T. 78. §. 2., e L. 4. T. 1. §. 1., que se supprem humas com outras, como diz Silv. *ad Ord. L.* 3. *T.* 78. §. 2., *e L.* 4. *T.* 1. §. 1. *a n.* 30. Com effeito, que tal distincção *(de qua* §. 710.) se não póde admittir neste Reino o resolve, segundo a generalidade da Ord., o Repertor. *supra.*

§. 717.

Porém passado o anno não se póde jámais allegar a lesão na sexta parte, nem ainda por via de excepção. (a) Dentro do anno legal podem os que ficárão lesos nas partilhas judiciaes ou extrajudiciaes propor a lesão na sexta parte por via de acção; ou se forão feitas por Louvados pela via, que permitte a Ord. L. 3. T. 17. §. 5. T. 78. §. 2. L. 4. T. 1., §. 1., e T. 96. §. 12. E isto por mais que renunciassem toda, e qualquer lesão; porque neste Reino não póde renunciar-se a lesão, Ord. L. 4. T. 13. §. 9.; nem tão pouco se póde renunciar a faculdade de requerer que o arbitramento de Louvados lesivo na sexta parte (que he lesão legal) se reduza a melhor arbitrio. (b)

(a) Pereir. *de Manu Reg. C.* 24. *n.* 4. *y. Non obstabit,* Repertor. na conclusão = Lesão na sexta parte se póde allegar, etc. Guerreir. *Tr.* 2. *L.* 8. *C.* 5. *n.* 23. Barbos. *et Tabor. L.* 5. *C.* 31. *axiom.* 10.

(b) Guerra *ad Ord. L.* 4. *pag.* 28. Silv. *ad Ord. L.* 3. *T.* 17. §. 2., *e L.* 4. *T.* 1. §. 2. *a n.* 26. — Se expressamente se não podem renunciar estes remedios, tambem não tacitamente

por força ou consequencia de qualquer clausula: Sendo ocioso o que a este respeito transcreveo de outros DD. segundo o Direito Romano, Guerreir. *Tr.* 2. *L.* 8. *C.* 5. *a n.* 28. As nossas Leis prohibitivas bastão para se annullarem as renuncias das lesões, sem necessidade do concurso do dolo, fraude, etc. que, segundo o Direito Romano, querem os DD. citados por Guerreiro. As lesões mesmas, que expressamente se não podem renunciar neste Reino, tambem não tacitamente por força de quaesquer clausulas geraes, Silv. *ad Ord. L.* 4. *T.* 13. §. 9. *n.* 5.

§. 718.

Apurar-se porém, verificar-se, e computar-se esta lesão na sexta parte, he difficultosissimo no nosso Reino, reflectidas as palavras da Ord. L. 4. T. 86. §. 24. ibi: « E quando o herdeiro allegar que « foi enganado na sexta parte, ou além da ametade « do que justamente lhe pertencia haver, a sexta « parte se entenderá respectivamente a todo o qui« nhão do herdeiro, que allegar o dicto engano. » A razão desta Lei he porque póde ser que se o coherdeiro he leso em huma peça movel ou de raiz, com que ficou em preço supremo, póde ser que essa diminuição lhe fique compensada com outra peça estimada em preço inferior ao justo; e supposta a possibilidade desta compensação, por isso he que a lesão se deve attender; não com respeito a huma particular peça das que se adjudicárão ao co-herdeiro, que se diz leso, mas com respeito a todo o seu quinhão: Bem como quando se vendem muitas cousas por hum só preço, ainda que particularmente estimadas, se deve computar a lesão com respeito ao todo, e não basta que se mostre a diminuição a respeito de huma só.

Veja-se Valasc. *de Partit. C.* 9. *n.* 46. *et*

C. 39. *n.* 28., que seguem Guerreir. *Tr.* 1. *L.* 2. *C.* 1. *n.* 43., e Silv. *ad Ord. L.* 3. *T.* 17. §. 6. *n.* 4. — Assim praticamente para ser applicavel a Lei com esta razão, e intelligencia, he necessario que o co-herdeiro, que se queixa lesо, proponha, e prove o justo, e commum valor de todos os predios, que lhe forão adjudicados, e de cada hum em particular, para vir a demonstrar que pertencendo-lhe pela somma geral da herança, v. g., doze mil cruzados, todos os predios, que se lhe adjudicárão valem apenas dez; e para em consequencia concluir lesão na sexta parte, deve juntamente mostrar que os predios, ou peças adjudicados aos mais co-herdeiros, prefazem, ou excedem a sua respectiva somma, que lhe pertence pela partilha, e repartição geral sem falta alguma: Só assim se applica a Lei ao facto. Mas eu confesso que esta demonstração he penosa, e difficil, e que raras vezes tenho visto desempenhada; porque sempre varião os testemunhos dos homens, e arbitrios dos Louvados, e entretanto na duvida prevalece a presumpção da justiça da primeira avaliação exclusiva da lesão. A Ord. dit. §. 19. assim o presuppõe, e por isso requer prova de lesão, *ut ibi:* « E provar que « he aggravado, e damnificado em a sexta par- « te, (junto o §. 20. ibi) respectivamente a todo o quinhão do herdeiro. » Porque com effeito a lesão não se presume, e toda a presumpção assiste aos primeiros Arbitradores, de que arbitrárão com justiça.

§. 719.

Se as partilhas se fazem judicialmente, e por Inventario, e se se pede e concede vista dellas antes de serem confirmadas por Sentença, (a) então não só se póde arguir lesão na sexta parte, mas ain-

da menor, ou qualquer outro erro, ainda que minimo. (b) Porque a Ord. L. 4. T. 96. §. 19. combinada com a semelhante do L. 3. T. 17. §. 6. em quanto requer lesão na sexta parte, só procede quando o arbitramento dos Louvados foi approvado pelas Partes, dit. §. 6. =, approvados pelas partes, etc. E quando não tem sido approvado, então o dicto T. 17. §. 3. 4. e 5. não requer tal lesão, para que se reduza a melhor arbitrio a partilha ou arbitramento. (c)

(a) Conforme a pratica, que permittem Valasc. *de Partit C.* 40. *n.* 2. Pon. *C.* 15. *n.* 27. Guerreir. *Tr.* 2. *L.* 8. *C.* 5. *n.* 33. Mell. Freir. *L.* 3. *T.* 12. §. 15. *in fin.*

(b) Como bem demonstra o citado Valasco.

(c) assim concilia as Ordenações Solan. *Cog.* 72. *a n.* 33., e melhor Valasc. *supra n.* 6. entendendo o d. §. 19. por elle mesmo, e por outros, que só procede depois de confirmada por Sentença a partilha: De fórma que antes de confirmada, e naquella conjunctura, se póde allegar lesão menor da sexta parte, e ainda sem respeito a todo o quinhão, como bem prova Valasco, e seguem Guerreir. *Tr.* 2. *L.* 8. *C.* 5. *n.* 24. Repertor. das Ord. debaixo da conclusão = Partilha, em que alguem foi enganado, etc.

§. 720.

Se antes de confirmadas as partilhas judiciaes se não concedeo vista para se embargarem, ou se não se embargárão, tambem pelo remedio da appellação se podem no Juizo superior emendar, e corrigir os erros ainda minimos, e lesões ainda que não cheguem á sexta parte. (a) Mas esta appellação entretanto não suspende a execução da Carta de partilhas, Ord. L. 4. T. 96. §. 22. (b)

(a) Valasc. *supr. n.* 7. Guerreir. *n.* 25. Peg. *tom.* 7. *ad Ord. L.* 1. *T.* 87. §. 4. *sub. n.* 68. *f. Nihil interest.*

(b) A menos que se não verifique alguma das limitações, que expõe Peg. *tom.* 2. *for. C.* 15. *n.* 182., que transcreveo Guerreir. *Tr.* 2. *L.* 8. *C.* 1. *a n.* 18., aonde podem vêr-se.

§. 721.

Se as partilhas judiciaes nem forão embargadas antes de confirmadas, nem dellas se appellou, sim podem embargar-se na execução, mas por via de regra a Ord. L. 4. T. 96. §. 22. não admitte Embargos alguns com suspensão da execução, nem ainda mesmo que os Embargos se opponhão antes de entregue a Carta de partilhas á parte.

Guerreir. *Tr.* 2. *L.* 8. *C.* 1. *a n.* 8. Cessando neste caso a doutrina de Moraes *L.* 6. *C.* 9. *n.* 122. — Se se póde impedir a execução da Carta de partilhas admittindo-se Embargos com effeito suspensivo pelo beneficio da restituição *in integrum*, varião os DD. Barbosa, e Phaebo, que segue Guerreir. *Tr.* 2. *L.* 8. *C.* 1. *n.* 13. defendem que não: Pelo contrario Valasc. *Cons.* 112. *a n.* 6. *et. de Partitionib. C.* 39. *n.* 44.: Esta segunda opinião seguio o Senador em Peg. *tom.* 7. *ad Ord. L.* 1. *T.* 87. §. 4. *n.* 274.: E com effeito esta segunda opinião he conforme com a indistincta Ord. L. 3. T. 41. §. 4.; mas debaixo das declarações, que requerem o mesmo Valasco, e Moraes *de Execution. L.* 6. *C.* 9. *a n.* 39., e Silv. á mesma Ord. *L.* 3. *T.* 41. §. 4. Guerreir. *Tr.* 2. *L.* 8. *C.* 12. — Tambem he questionado se recebidos sem suspensão da execução os Embargos oppostos á Carta de partilhas, deve o Exequente afiançar na fórma da Ord. L. 3. T. 86. §. 3.? O mesmo Guerreir. *n.* 11. e 12. com Barbosa, Phaebo, e Mendes diz que não, e a mesma opinião segue Moraes *L.* 6. *C.* 10. *n.* 2. Porém contra essa opinião muitas vezes o julgou o Senador Oliveira na Nota

transcripta pelo Repertorio debaixo da Conclusão = Fiança deve dar o que requer a execução. = Esta opinião he a mais conforme com a generalidade da Ord. L. 3. T. 86. §. 3. He porém sem dúvida, que quando se tracta de execução de Sentença sobre acção de sobnegados deve o vencedor dar a fiança, que requer a dicta Ord., como refere julgado Peg. *tom.* 7. *ad Ord. L.* 1. *T.* 87. §. 9. *n.* 108. *in fin. pag.* 225. Outras mais excepções, em que, com suspensão ou sem ella, se podem embargar as Cartas de Partilhas, se vejão no citado Guerreiro *L.* 8. *per tot.*: Mas não nos devemos apartar da Ord. L. 4. T. 96. §. 22., a menos que se não verifique alguma das duas limitações seguidas no Assento de 4 de Março de 1690; isto he, ou nullidade notoria constante do ventre dos Autos, ou solução provada com Quitações: Tudo o mais he contrario á Lei.

§. 722.

Se as partilhas não forão judiciaes, confirmadas por Sentenças, mas forão extrajudiciaes amigavelmente feitas entre os co-herdeiros com Louvados, ou sem elles, ainda que depois de feitas as reduzão a Autos judiciaes, requerendo se confirmem por Sentença, na fórma da Ord. L. 1. T. 78. §. 12. junta a Ord. L. 4. T. 96. §. 18. (que ambas em tal caso se devem combinar, e reunir) neste caso a Sentença, que confirma as partilhas, não tem a força, e efficacia, que a Ord. L. 4. T. 96. §. 22. dá as Sentenças de partilhas extrahidas dos Processos dos Inventarios, porque não he rigorosamente Sentença; não produz os seus effeitos, nem a sua execução se regula pelas regras das execuções das mais Sentenças, mas pelas das execuções dos contractos. (a) Consequentemente se algum dos co-herdeiros extrahir Carta de Sentença, que confirmou estas partilhas ami-

gaveis para a dar á execução, cessa nella o rigor da Ord. L. 4. T. 96. §. 22., e tudo o que acima fica exposto no §. 720. Em consequencia todos os Embargos oppostos á sua execução tem força suspensiva, assim como os oppostos aos Mandados Executivos, a que não precedeo Sentença condemnatoria, como demonstro no Tractado do Processo Executivo.

(a) Guerreir. *for. q.* 41. *a n.* 8. Valeron. *de Transact. T.* 1. *q.* 6. *n.* 6. Peg. *tom.* 6. *ad Ord. L. T.* 78. §. 12. *n.* 2.

§. 723.

Se as Partilhas extrajudiciaes se celebrão por Escriptura, sem se confirmarem por Sentença, ou se por ella se confirmão, tem sem duvida para a sua execução o processo summario, que geralmente confere a todas as Escripturas entre as mesmas partes a Ord. L. 3. T. 25. Nos dez dias póde o demandado allegar quaesquer Embargos de lesão na sexta parte dentro do anno, ou qualquer outra passado o anno, ou qualquer erro, ou engano, dolo, ou fraude, etc. E então se estes Embargos se provão nos dez dias, se recebem suspensivamente; senão, sem suspensão, conforme a dicta Ord. L. 3. T. 25., e praxe dos DD.: E ficamos em huma execução regular como a das mais Sentenças proferidas na dicta acção.

§. 724.

Se as Partilhas nem forão judiciaes, nem celebradas por Escriptura publica, mas por Escriptos particulares, e obrigações, que mutuamente se fizessem os co-herdeiros, produzem a acção, que lhe concede a Ord. L. 3. T. 25. §. 9. com a exposição dos DD.

§. 725.

Se finalmente as Partilhas forão extrajudiciaes, e não se fez Escriptura ou Escripto, ou fazendo-se

se não usa destas acções (§. 722. e 723.), que podem tacita, ou expressamente renunciar-se, deixando de se pôr em uso, (a) então a parte lesa se póde recorrer ao Juiz dentro do anno propondo lesão na sexta parte, na fórma da Ord. L. 3. T. 17. §. 5. e 6., e T. 78. §. 2. L. 4. T. 1. §. 1., e T. 96. §. 18.; ou por acção ordinaria passado anno até quinze annos, sendo enorme a lesão, e até trinta sendo enormissima. Mas a pratica tem introduzido que deixado o remedio, que offerecem as dictas Ordenações, logo se propõe acção ordinaria (ainda no caso da lesão na sexta parte) para se emendar a partilha, em que elle interveio.

(a) Moraes *de Execut. L.* 1. *C.* 3. §. 726.

Sim determina a Ord. L. 4. T. 96. §. 18. no fim, que ainda que a lesão enorme se prove « as partilhas se não desfarão, mas os outros herdeiros lhe « comporão sómente a sua direita parte: » Sim parece privar ao co-herdeiro melhorado da eleição que, geralmente, no caso da lesão concede a mesma Ord. L. 4. T. 13. §. 1. junto o §. 6.: Porém o Repertorio das Ordenações debaixo da conclusão = Partilha feita com aprazimento dos co-herdeiros, etc. declara, que se na partilha houver tão graves erros, que de nenhuma maneira se possão emendar sem se fazer outra de novo, então se deve annullar a primeira, e fazer segunda.

Confirão-se Valasc. *de Partit. C.* 39. *n.* 70 *et* 77. Pereir. *Dec.* 15. *n.* 3. *in fin.* Peg. *tom.* 7 *ad Ord. L.* 1. *T.* 87. §. 4. *n.* 270. Guerreir. *de Divis. L.* 8. *C.* 17. *n.* 2. — Ainda me faz dúvida a palavra *compor*, com que a Lei se explica: Se esta composição ou indemnisação deve ser com dinheiro, ou com bens? Aqui não se tracta de compra, e venda voluntaria, em que a Ord. L. 4. T. 13. §. 1. manda fazer em

dinheiro a composição do justo preço: Tracta se de partilhas de bens communs, em que hum co-herdeiro ficou diminuto, ficando os outros melhorados em bens: Por tanto, e como a Ord. L. 4. T. 11. obsta a que o co-herdeiro leso seja obrigado vender a dinheiro a parte dos bens em que foi leso, e que deve compor-se-lhe, parece que se deve a lesão compor com bens pelos mais co-herdeiros. Accresce que qualquer reposição, que se deva fazer a co-herdeiros deve ser em bens, e não em dinheiro, Guerreir. *for. q.* 100. Sem que neste caso seja praticavel a eleição de que tracta Guerreir. *Tr.* 2. *L.* 8. *C.* 5. *in fin.*, porque resiste expressamente a citada Ord. dicto §. 18. Ordenação que parece seguio a opinião, que segue Coccey *Jus Controv. L.* 10. *T.* 2. *q.* 10. por deducção da L. 3. *Cod. commun. utriusque judic.*

Secção II.

Acção para pedir partilha do que se sobnegou, ou não conferio no Inventario, ou partilhas extrajudiciaes.

§. 727.

Devo tractar a materia desta Secção debaixo de quatro differentes pontos de vista: 1.° quando hum cabeça de casal juramentado sobnegou bens em Inventario judicial, em que havia co-herdeiros menores: 2.° quando em Inventario, em que todos erão maiores: 3.° quando em partilhas amigaveis, e extrajudiciaes: 4.° quando qualquer dos co-herdeiros em humas ou outras deixou de conferir bens, que devia conferir.

§. 728.

Quanto ao 1.°: Temos a Ord. L. 1. T. 88. §. 9. determinando «que o pai ou mãe, ou qualquer ou-

« tra pessoa, que por Mandado da Justiça fizer In-« ventario, e nelle *sonegar, e encobrir* alguma cou-« sa assim movel como de raiz, *que fosse do defun-« cto ao tempo do seu fallecimento*, perderá para *os « menores* tudo aquillo que sonegar. E não haverá « parte alguma (se a tiver) do que sonegar; e « mais pagará em dobro para os menores a valia das « cousas, que assi sonegar, e não pozer no Inven-« tario, posto que nas dictas cousas, que assi so-« negou, não tenha parte alguma. E alem disso ha-« verá a pena do perjuro. »

Parece ser o modello desta Ord. a L. *fin.* §. 10. *Cod. de Jur. deliberand.* — Esta Lei, confrontada com o Direito antigo, deo assumpto á Questão: Se o herdeiro, que occultou no Inventario alguns bens perde o beneficio delle, e se fica ou não obrigado *ultra vires hereditarias?* Esta Questão faz o assumpto de huma especial Dissertação minha no Supplemento ás Acções Summarias.

§. 729.

Para se incorrer porém esta pena do dobro das cousas occultadas nos Inventarios, ou seja em beneficio dos menores nos termos desta Ord. L. 1. T. 88. §. 9., ou seja em favor dos credores nos termos da L. *fin.* §. 10. Cod. *de Jur. deliber.*, he necessario no sentimento dos DD. Reinicolas, e dos que tractárão o caso da dicta Lei, 1.° que se prove que as cousas, que se dizem subtrahidas, e não descriptas no Inventario existião em poder do defuncto ao tempo da sua morte, e que ficárão na sua herança em poder do cabeça do casal, ou do herdeiro, como se nota na citada Ord. *ibi:* « que fosse do defuncto ao tem-« po do seu fallecimento. »

Concorda a dicta Lei ibi: « Si majorem « putaverit esse substantiam a defuncto derelic-« tam .... Si ex hereditate aliquid heredes sur-

«ripuerint, etc.» — Esta he a conclusão geral deduzida das dictas Leis pelos nossos, e pelos alienigenas, Valasc. *de Partit. C.* 8. *n.* 45. Guerreir. *Tr.* 1. *L.* 1. *C.* 9. *n.* 44. Peg. *tom.* 7. *ad Ord. L.* 1. *T.* 87. §. 9. *a n.* 14. *et sub n.* 28. *pag.* 200. *pag.* 202. *et pag* 206 *et tom.* 7 *for. C.* 253. *pag.* 485. 486. Gam. *Dec.* 148.

Supposto que Bagn. *C.* 66. *n.* 357., *e* Peg *tom.* 7. *ad Ord. L.* 1. *T.* 87. §. 9. *sub. n* 15. pertendão que não basta provar que os bens existião em poder do defuncto alguns tempos antes da sua morte, com tudo o mesmo Peg. *L.* 1. *T.* 87. §. 4. *pag.* 37 *col.* 1., *e* no d. §. 9. *n.* 14. refere julgado, que para ter lugar a acção de sobnegados basta provar que o defuncto pouco tempo antes da sua morte cobrou huma divida, não se mostrando pelo contrario que elle despendêra esse dinheiro. Esta presumpção se vê adoptada na Ord. L. 3. T. 53. §. 3. *ibi*: «o que em algum tempo foi senhor «da cousa presume-se por Direito ainda agora o ser, até que se mostre o contrario:» E se poucos dias antes da morte o defuncto recebeo algum pagamento, pedio algum emprestimo, ou tinha alguns bens moveis, he forçosa a dicta presumpção para incumbir ao herdeiro a prova contraria. Muito mais se o que fez o Inventario convivia com o defuncto, e administrava seus bens; porque por outro lado o Direito o obriga a dar contas, ainda que filho, dos bens do pai, que administrava, e da despeza delles, Guerreir. *Tr.* 4. *L.* 1 *C.* 2. *n.* 9. Por outra parte o caso he de difficil prova, como reconhece o mesmo Guerreir. *Tr.* 1. *L.* 1. *C.* 9 *n.* 108., aonde admitte conjecturas. A citada L. *fin.* §. 10. *Cod. de jur. deliber.*, e a Novell. 1 *C.* 2. §. 1. pela razão da L. 8. §. 6. *Cod. de re-*

pud. admittião a prova dos escravos mettidos a tormento sobre a existencia de bens, e sua occultação no Inventario, quando aliás o Direito Romano não admittia escravos por testemunhas, L. 8. *et* 10. *Cod. de testib.* Silv. *ad Ord. L.* 3. *T.* 56. §. 3. *a n.* 9. *et* 12. Por tanto eu não me acingiria cegamente a tal escrupulosidade de provas, eu as deixaria ao prudente arbitrio do Julgador conforme as circumstancias occorrentes. E ainda faria huma essencial distincção entre o caso de se demandar o dobro (que he pena) dos bens occultados, e o caso de se pedir o simplo, e partilha delles: No primeiro caso julgaria precisa huma prova mais certa, e moral, ainda que não fysica, da existencia dos bens ao tempo da morte: No segundo caso, eu, pela referida presumpção da Ord. L. 3. T. 53. §. 3. condemnaria o cabeça de casal, em quanto elle não fizesse prova contraria. Com effeito bem reflectidos os DD. citados no principio desta Nota faltão no caso, em que se accusa a pena, e não no em que se pede partilha no simplo.

§. 730.

He necessario 2.° que para se incorrer esta pena, que da parte da cabeça de casal, ou do herdeiro, que faz o Inventario, se prove dolo positivo na occultação dos bens, prova sem a qual se não incorre, nem deve julgar tal pena. Assim se nota na citada Ord. nas palavras — *sonegar* —, *e encobrir* —, e na citada L. *fin.* §. 10. *Cod. de Jur. deliber.* ibi: « *Surripuerint, vel celaverint, postquam fuerint convicti.* »

Esta he com effeito a torrente dos DD. seguida no estilo de julgar neste Reino em interpretação da dicta Ordenação, Valasc. *de Partit. C.* 8. *a n.* 40. Guerreir. *Tr.* 1. *L.* 1. *C.* 9. *a n.* 21. Peg. *tom.* 7. *ad Ord. L.* 1. *T.* 87. §. 9

n. 10. *et pag.* 188. *et sub n.* 19. 21. 23. 24. *et pag.* 197. *et n.* 27. *pag.* 202. *et n.* 31. *pag.* 205. 206. *et tom* 7. *for. C.* 253. *sub n.* 1. *pag.* 455. *col.* 1. *pag.* 479. *pag.* 485. *et* 488. A restos referidos, e transcriptos por Peg., em que uniformemente se vê julgado ser necessaria huma rigorosa prova do dolo, e este (e a consequente pena) se vê excluido por qualquer causa ou pretexto apparente, pelo qual o cabeça de casal deixasse de descrever alguns bens, sendo rarissimos os casos, em que ahi se vê imposta, e julgada a dicta pena. Confira-se Bagn. *C.* 66. *n.* 355. *et* 356.

§. 731.

O Protesto que commummente, e como por mero formulario costumão fazer os cabeças de casal, de a todo o tempo darem á escripta os bens da herança, que lhe vierem á noticia, sómente lhe aproveita quando por erro, simplicidade, ou outra justa causa deixão de os descrever; mas não quando por dolo, e em algum daquelles casos logo que lhes chega á noticia a existencia de alguns bens da herança, devem descreve-los.

Valasc. *Cons.* 52. *n.* 16. *et de Partit. C.* 8. *n.* 47. Phaeb. *Dec.* 149. *n.* 36. Bagn. *C.* 66. *a n.* 364. Guerreir. *Tr.* 1. *L.* 1. *C.* 9. *n.* 69. *et* 70. Peg. tom. 7. *ad Ord. L.* 1. *T.* 87. §. 9. *n.* 36.

Ainda sem protesto o cabeça do casal se livra da pena se declarar os bens antes de ser demandado, Bagn. *supr. n.* 369., e como por additamento ao Inventario. He porém questão se evita a pena quando faz esta declaração já depois de citado, e antes da contestação da lide? Guerreir. *Tr.* 1. *L.* 1. *C.* 9. *n.* 81. *et* 82., e Peg. *tom.* 7. *ad Ord. L.* 1. *T.* 87. §. 9. *n.* 54. o negão. O contrario porém se vê julgado no mesmo Peg. *n.* 10. *et sub n.* 24. *et tom.* 7. *for.*

C. 253. *sub n.* 53. *pag.* 479. *col.* 1. Esta segunda opinião he mais racionavel; ella se abona com os similes da Ord. L. 4. T. 39. §. 2. et T. 54. no fim do princ., e L. 3. T. 40. §. 1.

§. 732.

Ainda quando verificado o dolo se convença que o cabeça de casal, ou herdeiro, mereceo a pena, esta pena deve accusar-se em sua vida, e falecendo elle antes da litis contestação não passa a seus herdeiros. (a) Tambem esta acção prescreve por trinta annos: (b) Porém deve distinguir-se entre a pena, e o simplo da cousa, ou cousa mesma, que se occultou: A pena póde prescrever-se pelo occultante ainda com má fé, e sciencia do crime. (c) Mas a obrigação de dar partilha na cousa occultada não prescreve pelo proprio occultante em quanto vivo pela ma fé, em que se suppõe constituido. (d)

(a) Guerreir. *Tr.* 1. *L.* 1. *C.* 8. *n.* 132. Peg. *tom.* 7. *ad Ord. L.* 1. *T.* 87. §. 9. *n.* 75. *et tom.* 7. *for. C.* 253. *sub. n.* 34. *n.* 36. *et n.* 97.

(b) Como refere julgado Peg. *tom.* 7. *ad Ord. L.* 1. *T.* 87. §. 9. *n.* 73. *in fin.* Em contrario está Guerreir. *supra C.* 9. *a n.* 143. *ad* 146. com Valasc

(c) Peg. *tom.* 9 *ad Ord. L.* 2. *T.* 26. §. 19. *a n.* 2.

(d) E só neste sentido se podem entender a doutrina, e razões de Guerreir. *supra;* e propriamente no mesmo sentido he que falla Valasc. C. 38. n. 2. et 17.

Esta Acção não se póde intentar sem Certidão da descripção dos bens feita no Inventario Peg. *supr. n.* 108.

§. 733.

Quanto ao 2.° ponto: Está assentado pela mais commum opinião, e mais conforme á nossa Ord., que

a pena dos sonegados nella comminada só se incorre, quando se sobnegão dolosamente bens no Inventario, em que ha orfãos menores, e não quando todos são maiores de 25 annos.

E assim se julga apezar da opinião contraria de Valasc. *de Partition. C.* 8. *n.* 40. *et* 41., e Gam. *Dec.* 122., como se vê em Peg. *tom.* 7. *ad Ord. L.* 1. *T.* 87. §. 9. *a n.* 3. 4 9. 13. *et pag.* 197. *col.* 2. *et tom.* 5. *for. C.* 81. *n.* 66. 73. *et* 74. *et tom.* 7. *for. C.* 253. *n.* 7. Guerreir. *Tr.* 1. *L.* 1. *C.* 9. *n.* 139. Fragos. *de Regim. P.* 1. *Disp.* 15. *n.* 32. *f. Ego:* Bem como a pena comminada na semelhante L. *fin* §. 10. *Cod. de Jur. deliber.* se não extende a casos semelhantes, Bagn. *C.* 66. *a n.* 329. Carvalh. *de Testam. P.* 2. *a n.* 430. *ubi optime.*

§. 734.

Quanto ao 3.° ponto, Peg. *tom.* 7. *ad Ord. L.* 1. *T.* 87. §. 9. *sub. n.* 13. refere julgado, que se depois de feito o Inventario as partilhas se concluírão por transacção, e naquelle se occultárão alguns bens, sempre estes se podem pedir por libello, mas não a pena do dobro, unicamente para que se descrevão, e partão como os outros.

O nosso Guerreir. *Tr.* 1. *L.* 1. *C.* 9. *n.* 83. referindo Pegas neste lugar, ou se enganou, em quanto permitte aos co-herdeiros neste caso a acção *ad duplum*, ou por erro da Imprensa lhe faltou a dicção = *non* —, para concordar com o Aresto referido por Pegas, que Guerreiro quiz seguir.

Se a transacção foi concebida com palavras de quitação, e remissão geral de tudo quanto na herança podia pertencer aos co-herdeiros transigentes, questiona-se se esta generalidade comprehende os bens sonegados.

§. 735.

Quanto ao 4.° ponto: Vimos no Cap. V. as cousas, e estimações, que os co-herdeiros devem entre si conferir nas partilhas judiciaes, ou extrajudiciaes: Mas se essas cousas ou estimações nellas se não partirão ou conferirão, restão ainda aos herdeiros acções para pedirem partilhas no que, devendo conferir-se, deixou de se conferir: Com a differença porém, que se a partilha se fez judicialmente só resta a acção *communi dividendo* particular: E se a partilha foi extrajudicial, póde de novo intentar-se o Juizo universal *familiae erciscundae*, para por elle se obter a partilha do que na extrajudicial não entrou nella.

Assim concilião as Leis do Direito Romano Valasc. *de Partit. C.* 2. *n.* 35. *et C.* 39. *n.* 65. Solan. *Cog.* 7. *n.* 14. *et* 23. Struv. et Mull. *Exerc.* 15. *thes.* 15. Voet. *ad Pandect. L.* 10. *T.* 2. *n.* 30.

Secção III.

Acções para corrigir erros se a partilha se fez com o que não era co-herdeiro, ou nella se descrevêrão bens, que não devião entrar nella, etc.

§. 736.

Esta Secção se divide em duas partes: A primeira tem por objecto corrigir erros, quando se contemplárão na partilha como herdeiros pessoas, que na realidade o não erão: A segunda tem por fim corrigir erros, quando na partilha se dividírão bens, que nella não devião entrar por serem precipuos de alguns dos irmãos, e co-herdeiros. Tractarei pois separadamente ambas as partes.

§. 737.

Quanto á primeira parte: Combinada a L. 4. *Cod. de jur. et fact. ignor. com a L.* 36. *e* 37. *ff. famil. erciscund.* fazem uniformemente os DD. esta distincção, que se a partilha se fez extrajudicial com o herdeiro, que na realidade o não era, ou por ser nullo o testamento por virtude do qual se fez, ou por elle não o ser na realidade, mas só putativo; neste caso, conhecido, e demonstrado o erro, a partilha se annulla, e o que por ella houve o herdeiro, que o não era, deve restitui-lo ao herdeiro verdadeiro. Se porém a partilha se fez judicialmente, e a final o Juiz fez a adjudicação ao tal herdeiro falso, ou putativo, e elle se entrega dos bens adjudicados, tal he o effeito da cousa julgada, que já contra elle não compete repetição pela condição *Indebiti.*

Valasc. *de Partit. C.* 39. *n.* 68. *et* 69. Brunneman. *in L.* 4. *Cod. de Jur. et fact. ignor. et in L.* 22. *Cod. Famil. erciscund. a n.* 10. *et in L.* 36. *ff. famil. ercisc.* Struv. et Mull. *Exerc.* 15. *thes.* 5. Voet. *ad Pandect. L.* 10. *T.* 2. *n.* 35. E isto he o que confundio, e não distinguio claramente Guerreir. *Tr.* 2. *L.* 8. *C.* 19. *a n.* 21. Limitando o citado Brunnem. a segunda parte da distincção no caso, em que se convença que da parte do co-herdeiro fingido, e falso interveio dolo, e calumnia: Ou se só tiverão principio as partilhas sem se effectuarem, e não chegou a haver adjudicação, nem Sentença final. — Se as partilhas só forão confirmadas pelo Juiz na fórma exposta no §. 721. cessa nellas esta distincção, De Luc. ad Gratian. *C.* 324. *n.* 3., e ficão como extrajudiciaes.

§. 738.

Quanto á segunda parte: He huma regra geral: «Qui divisit bona **cum fratribus**, seu aliis so-«ciis, quae **existimabat communia**, cum tamen es-

« sent propria, ex eo facto et confessione nullum ei « paratur praejudicium. » (a) Por exemplo 1.° se o irmão deo á partilha bens emfiteuticos seus proprios, ignorando que o erão: (b) Ou 2.° bens de Morgado ou Fideicommisso com a mesma ignorancia: (c) Ou 3.° se, apezar da sua contradicção, se descrevêrão, e partírão no Inventario, ou ahi se não disputou plenariamente a natureza destes bens; porque a Sentença obtida nesse Juizo summario não produz excepção de cousa julgada, nem obsta que outra vez se questione em acção ordinaria. (d)

(a) Cyriac. *Contr.* 198. *n.* 24. Altim. *tom.* 3. *q.* 13. *n.* 121. Guerreir. *Tr.* 2. *L.* 8. *C.* 19.

(b) Guerreir. *supr. n.* 6.

(c) Guerreir. *n.* 3. Stryk. *vol.* 6. *Disp.* 2. *C.* 3. *n.* 180.

(d) Silv. *ad Ord. L.* 3. *T.* 91. §. 1. *n.* 29. A menos que se não verifique a limitação, que traz o mesmo Silv. *T.* 75. *princ. n.* 41.

A questão: Quando nas Partilhas se subentenda renunciado pelos irmãos o fideicommisso reciproco, dividindo entre si os bens sujeitos a elle, etc. depende de muitas distincções, que podem vêr-se em Fusar. *de substit q.* 693. Torr. *de Pact. futur. succession. L.* 2. *C.* 40. *a n.* 44. Michalor. *de Fratrib. P.* 3. *C.* 41. Cyriac. *Contr.* 283. Sabel. §. *Divisio* = *n.* 10. *ex professo* Harprectr. *Disp.* 55. = *De tacito pacto fideicommissi remissorio ex divisione bonorum praesumpto.* =

Secção IV.

Acção competente ao irmão para ser indemnisado de alguns bens, que depois de lhe serem adjudicados em partilhas forão vencidos, e tirados por terceiro, que os reivindicou.

§. 739.

Desta acção tractárão originalmente Valasc. *de Partit. Cap.* 36. Gusman. *de Evict. q.* 33. Hermosilh. *na L.* 32. *T.* 5. *P.* 5. *glos.* 1. *a n.* 104. *pag.* 104. Michalor *de Fratr. P.* 3. *C.* 39. Voet. *ad Pandect. L.* 21. *T.* 2. *n.* 8. Struv. et Mull. *Exerc.* 15. *thes.* 12. Stryk. *us. mod. L.* 10. *T.* 2. §. 9. Guerreir. *Tr.* 2. *L.* 8. *Cap.* 18. Altim. *de Nullit. tom.* 3. *q.* 7. *Subsecc.* 1. *a n.* 133. Fusar. *de substit. q.* 599. Amat. *variar. res.* 77. Constantin. *ad Statut. urb. annot.* 21. *art.* 4. *a n.* 232., e os innumeraveis que estes referem: Por elles está esta materia superabundantementete tractada, e todos são quasi uniformes nas suas resoluções: E por tanto me satisfaço com as seguintes conclusões as mais frequentes, e praticas.

§. 740.

Conclusão 1.ª Se o pai em seu testamento fez partilhas entre os filhos, e deixou a hum algum prelegado em particular, além da igualdade com os outros, vencida, e reivindicada a cousa deixada em prelegado, não compete evicção.

Stryk. *us mod. L.* 10. *T.* 2. §. 9. Guerreir. *Tr.* 2. *L.* 8. *C.* 18. *n.* 15. Mull. ad Struv. *Exerc.* 15. *thes.* 12. Cald. *de Empt. C.* 31. *n.* 12. *et* 13. Gusman. *de Evict. q.* 33. *n.* 4. *et* 5. O contrario porém segue Voet. *ad Pandect. L.* 10. *T.* 2. *n.* 1. pela regra, de que os Legados deixados a pessoa conjuncta de que, sendo vencidos, se deve a estimação, como se vê dos mesmos DD.

citados por Guerreir. *Tr.* 2. *L.* 5. *C* 3. *n.* 111. Valasc. *de Partit. C.* 37. *a n.* 8. *ad* 19. Stryk. *us. mod. L.* 21. *T.* 2. §. 8.

§. 741.

Conclusão 2.ª Se o pai fez partilhas entre seus filhos, e a sua intenção foi que ficassem iguaes, persuadindo-se serem seus todos os bens, que elle mesmo dividio entre seus filhos, e livres de encargos, restituições, etc., neste caso se hum predio he vencido a hum dos filhos, tem direito da evicção contra os mais. (a) Principalmente se em consequencia da evicção se diminuio a legitima do filho; porque em tal caso, ou o pai tivesse sciencia, ou ignorancia de ser alheia a cousa, que adjudicou ao filho, ou fizesse a partilha igual, ou desigual, he sem duvida que ao prejudicado na legitima em todo o caso compete acção de evicção: (b) Ainda que o pai determinasse que cada hum dos filhos fosse contente com o que elle lhe assignava em legitima; porque sem embargo desta expressão, se o filho ficou prejudicado tem regresso á evicção. (c)

(a) Michalor. *de Fratr. P.* 3. *C.* 39. *n.* 2. Guerreir. *Tr.* 2. *L.* 8. *C.* 18. *n.* 3. Gusman. *supra n.* 20. Cald. *n.* 13. *et* 16.

(b) Cald. *n.* 17. Valasc. *d. C.* 37. *n.* 5. *et* 6.

(c) Gusman. *q.* 33. *n.* 19. *et* 20.

§. 742.

Conclusão 3.ª, e regra geral: Se os irmãos fazem entre si partilhas extrajudiciaes ou judiciaes, ficão reciprocamente obrigados huns aos outros pela evicção dos bens, que sendo nellas adjudicados a algum delles lhe são depois tirados, e vencidos (a) A menos que 1.º os co-herdeiros não convencionem expressamente que não ficarão obrigados huns aos outros pela evicção: (b) A menos que 2.º a porção do outro co-herdeiro não esteja na mesma imminent

causa de evicção: A menos que 3.° todas as cousas da herança se retalhassem, e dividissem entre os co-herdeiros em porções iguaes, porque então a evicção he igual a todos. *Aliter* se a cousa vencida se tinha adjudicado por porções desiguaes. (c)

(a) Michalor. *de Fratr. P.* 3. *C.* 39. *a n.* 3. Constantin. *ad Statut. urb. annot.* 21. *art.* 3. *n.* 232. Stryk. *vol.* 11. *Disp.* 21. §. 18. Guerreir. *Tr.* 2. *L.* 8. *C.* 18. *a n.* 5. Altim. *tom.* 3. *q.* 7. *Subsecc.* 1.

(b) Guerreir. *n.* 8. Michalor. *n.* 7.

(c) Guerreir. *n.* 9. *et* 10. Michalor. *a n.* 8. Mull. ad Struv. *Exerc.* 15. *thes.* 12. Altim. *n.* 137. Brunnem. *in L.* 14. *Cod famil erciscund.* Gusman. *q.* 33. *n.* 9. *et* 15.

Sobre a validade do pacto *de non praestanda evictione* veja-se Boehmer. *ad Pandect. tom.* 4. *Exerc.* 61., e seu filho Jorge Luiz Boehmer. no Prefacio ao mesmo tom. 4., aonde esta questão se vê tractada magistralmente. Mas toda a duvida cessa neste caso *ex L.* 14. *Cod. famil. erciscund.* Constantin. *supr. n.* 236. Porém que pelo menos o co-herdeiro, que renunciou a evicção póde repetir o preço, e o valor, Brunneman. *na L.* 7. *Cod. commun. utriusq. judic. n.* 9. Stryk. *us. mod. L.* 24. *T.* 2. *n.* 49.

§. 743.

Limitão commummente 4.° se o co-herdeiro, que ficou com alguns bens, e que depois lhe forão vencidos, tinha sciencia de que elles erão alheios, sujeitos a prazo, fideicommisso, onus, etc. (a) Ampliando muitos DD., que neste caso nem ainda o co-herdeiro vencido tem regresso ao simples preço, e valor da cousa. (b)

(a) Gusman. *a n.* 26. Brunnem. *in L.* 14. *n.* 16. *Cod. famil. erciscund.* Michalor. *supr. a n.* 11. Constantin. *supr. n.* 237.

(b) *Ex L. 7. Cod. commun. utiusq. judic.* Porém Voet. *ad Pandect. L. 21. T. 2. n. 8.* pugna pela equidade, para ao menos neste caso o co-herdeiro ser indemnisado do equivalente preço, ainda que não das perdas, e damnos; *ad instar* do que compra a cousa alheia com sciencia de que o era, como resolve o mesmo Voet. n. 32., a que se remette no dicto n. 8.

Equiparada como equiparão os citados DD. para este fim a partilha com a venda, a mais benigna opinião segue que o comprador da cousa alheia, com sciencia de que o era, sempre tem acção para repetir o preço (ainda que não o interesse, perda, e damno), e ainda que não estipule a evicção, Groenevegen. *de Leg. abrogat. ad Cod. L. 8. T. 45. l. 27.* Zoes. *ad Dig. L. 21. T. 3. n. 18.* Perez *in Cod. L. 8. T. 45. n. 23.*, e outros com Pecch. *de Aquaeduct. L. 4. q. 19. a n. 15.* Voet. *supr. n. 32.* — Se porém os co-herdeiros estipulão a evicção expressamente, então carece de duvida, que tem acção, ao menos para o valor da cousa vencida, Voet. *n. 8.* Michalor. *n. 21.* Brunnem. *supr. n. 17.* Gusman. *q. 33. n. 27.* Bem que o mesmo Gusman. n. 36. requer huma especial estipulação da evicção, sem bastar a geral obrigação. E geralmente sobre a validade do pacto *de praestanda evictione* veja-se Boehmer. *ad Pandect. Exerc. 62. et signanter C. 2. §. 18.* Guerreir. *Tr. 2. L. 8. C. 18. n. 53.*

§. 744.

Quando, não sendo applicaveis algumas das limitações da regra, procede a mesma regra, e o co-herdeiro demandado quer ter depois regresso ao direito da evicção, deve chamar á auctoria os mais co-herdeiros na fórma da Ord. L. 3. T. 45., que os DD. amplião a este caso; de tal fórma que, se não

cumpre esta obrigação legal, fica privado do direito da evicção contra os co-herdeiros, sem differença do comprador, que sendo demandado não cumpre o que a dicta Ord. determina.

Guerreir. *Tr.* 2. *L.* 8. *C.* 18. *a n.* 42., ampliando ainda que a Sentença do Juiz seja notoriamente injusta; confira-se Silv. *ad Ord. L.* 3. *T.* 45. §. 2. *n.* 27. — Porém o rigor do Direito Romano, que foi fonte da citada Ord., e a Ord. mesma, estão hoje mitigados, e reduzidos aos termos da equidade, e racionabilidade: De fórma que se o direito do Agente era tão claro, e indubitavel, que não podia tergiversar-se, e o chamado á auctoria não teria razão ou fundamento plausivel, com que podesse defender ao Réo demandado, (nem depois mostra que o tivesse) neste caso o Réo demandado (a que não póde dizer-se que a Lei obriga a sustentar huma demanda injusta) reconhecendo a clara justiça do Agente, lhe póde demittir a cousa demandada, e ter depois regresso contra o que lhe he obrigado pela evicção, sem embargo de não ser chamado á auctoria, Peg. *tom.* 15. *ad Ord. L.* 3. *T.* 45. *Decis.* 10. *n.* 44. *et Decis.* 14. *n.* 64. *et tom.* 5. *for. C.* 103. *a n.* 23. Arauj. *de Perfect. Advocat. post. Trat. Cons.* 2. *pag.* 270. Stryk. *us. mod. L.* 21. *T.* 2. *sub* § 32. *et vol.* 11. *Disp.* 21. §. 32. Este systema seguio o Codigo Civil da Franç. *art.* 1640. Veja-se a minha especial Dissertação sobre este objecto.

§ 745.

Vencida, e reivindicada ao co-herdeiro qualquer cousa, que lhe ficou em partilha, e verificado o caso da evicção (não cessando esta por alguma das dictas, e outras limitações, que expõe os DD.) cada hum dos co-herdeiros só he obrigado a compor-

lhe a cousa vencida conforme a quota parte, que tem na herança.

Brunneman. *in d. L.* 14. *n.* 18. *Cod. famil. erciscund.* Mull. ad Struv. *Exerc.* 15. *thes.* 12. *pag.* 913. *col.* 2. — Como se deva estimar o interesse do co-herdeiro vencido vejão-se Constantin. *ad Stat. urb. annot.* 21. *art.* 4. *n.* 233. Gusman. *q.* 33. *n.* 24. Heinec. *Elem. Jur. Natur. L.* 1. §. 274. *Not.*

CAPITULO VIII.

Acções, que ainda competem a qualquer irmão co-herdeiro, 1.° *para repetir as mutuas prestações:* 2.° *os rendimentos da sua legitima, e em que casos cessão.*

§. 746.

« CIRCA praestationes personales sciendum, quod « alter alteri rationes administratae rei hereditariae « reddere teneatur; fructus, et alia commoda quae « percipit communicare; et damna quae dolo, lata, « levique culpa dedit ressarcire; nec non alter alte- « ri impensas, si quas fecit restituere debeat; et hú- « jusmodi condemnationes, et absolutiones in omnium « personas faciendae sunt: » Assim comprehende o muito em pouco Struv. *Exerc.* 15. *thes.* 13., e eu o passo a expor para maior clareza.

Contas.

§. 747.

O irmão, que em vida do pai ou mãe administrou a casa delles, ou que depois da morte dos pais ficou administrando como chefe a casa commum, cobrando, recebendo, e despendendo, he obrigado a

prestar contas a seus irmãos. (a) Ainda que não tão exquisita, e escrupulosamente como os mais administradores, a menos que não tenha sido tutor, ou curador dos irmãos; porque então fica obrigado como os mais tutores. (b)

(a) Guerreir. *Tr.* 4. *L.* 1. *C.* 2. *a n.* 9. *et* 11. Michalor. *de Fratr. P.* 3. *C.* 4. *a n.* 1. *ad* 8. Posth. *Civil. res.* 29.

(b) Michalor. *C.* 44. *n.* 9. *et* 10. Mull. *ad Struv. Exerc.* 15. *thes.* 13. *pag.* 914. *col.* 1.

Se o irmão, que administrou em chefe a casa, e herança commum merece salario duvidão os DD. O citado Michalor *a n.* 14. contra Menoch. defende que não, com razões bem plausiveis. *Aliter* Voet. *ad Pandect. L.* 10. *T.* 2. *n.* 35.: « Quoties in solidi administratione plus laboris impendere debuit, quam in suam tantum partem fuisset impensurus. »

Fructos, e rendimentos dos bens fructiferos.

§. 748.

« Non est ambiguum, com familiae erciscundae titulus inter bonae fidei judicia numeretur, portionem hereditatis, siqua ad te pertinet, incremento fructuum augeri, L. 9. *Cod famil. erciscund.* Nesta Lei tem fundamento a nossa Ord. L. 4. T. 96. §. 1. 2. 4. e 10., que obriga ao cabeça de casal indistinctamente para rendimentos das legitimas aos irmãos co-herdeiros: E só o exonera no caso do §. 3. « querendo elle dar partilha a outro a « que a deva dar, elle a não quizer receber, sendo « para isso chamado a Juizo, aonde quer que estê, « não querendo elle vir, nem enviar por si outrem, « que estê á partilha: » Só neste caso, diz a Lei, que « não será obrigado trazer á partição ao outro, « que não quiz partir os fructos, e rendas, que nos

« bens houver em esse meio tempo até que venha « partir. » Excepção unica, que parece firma regra em contrario.

Na mesma Lei 9 se funda a commum opinião *de qua* Peg. *tom.* 7 *ad Ord. L.* 1. *T.* 87. §. 4. *sub. n* 323. *y Ardua* Guerreir. *Tr.* 2. *L.* 5. *C.* 7. *n.* 96. *junct. n.* 12. O mesmo procede no supplemento da legitima, Peg. §. 9. *sub. n.* 8. Confirão-se Castill. *tom.* 8 *Contr. seu de Alimen.* C. 43. *n* 9., e Anton. Fabr. *in Cod. L.* 3. *T.* 19. *Def.* 11. *n.* 6.

§. 749.

A praxe tem introduzido outra limitação destas Leis, qual he: Julgadas por Sentença as partilhas, e mettidos na posse os co-herdeiros por virtude das suas Cartas, na fórma da Ord. L. 4. T. 96. §. 22., se depois por meio da appellação se annullão, ou mandão reformar as partilhas, não conferem os co-herdeiros os fructos, que no meio tempo percebêrão pelo titulo das suas Cartas, que os constituia em boa fé, ainda que depois as partilhas se venhão a reformar, e restituão os bens, que possuião em execução das primeiras.

Pon. C. 7. *n.* 72. Guerreir. *Tr.* 2. *L.* 8. C. 17. *n.* 5. Molin. *de Justit. Disp.* 245. *n.* 10. Repertor. das Ord. debaixo da conclusão = Partilha estando feita entre os presentes, etc. Peg. *tom.* 7. *ad Ord. L.* 1. *T.* 87. §. 4. *a n.* 223. — No caso julgado, que aqui refere Peg. ficarão os co-herdeiros só absolutos dos rendimentos, que percebêrão depois da Sentença do Inventario, até que no Juizo da appellação contestárão os Artigos de nova razão, e dahi em diante ficárão condemnados nelles: Do que se segue pelo Aresto mesmo que se o prejudicado nas partilhas logo appellar, e expedir a sua appellação, e na Relação responderem os co-her-

deiros ás suas razões, (não havendo Artigos da nova razão) devem desde esse tempo os rendimentos. E só os lucrão em quanto não respondem á appellação na nova Instancia do Juizo superior. Se o estilo não tivesse admittido esta limitação eu a diria contraria ás Leis, que ficão referidas no §. 747., e á commum resolução dos DD.: Mas passo com a referida modificação, porque recebida, ainda que com erro: Erro, que ainda sobe de ponto advertida a Ord. L. 3. T. 86. §. 4. juncta, e combinada com o §. 22. do L. 4. T. 96.

§. 750.

Eu admittiria outra limitação neste caso: Hum filho natural de hum peão he herdeiro como os legitimos, e com os legitimos; se estes nunca o reconhecêrão, e sendo demandados forão condemnados a dar-lhe legitima, eu os escusaria dos rendimentos; porque em quanto o natural pelas provas não era julgado filho do mesmo pai, estavão na boa fé, e justa ignorancia, e applicaria a este caso a razão da L. 25. §. *Scire ff. de petit. hered.*, e a doutrina do Senador em Peg. *tom.* 7. *ad Ord. L.* 1. *T.* 87. §. 4. *pag.* 69. *col.* 2. com as de Brunneman. no Commentar. á dicta Lei 25.

§. 751.

Limitaria tambem a generalidade das dictas Leis no caso, em que os irmãos convivessem á mesma mesa para que aquelle, que tinha mais fructos, e menos familia não possa repetir o excesso dos seus rendimentos: (a) Limitaria no caso de Andreol. *Contr.* 318., em cuja hypothese defendeo solução presumida, porque o irmão ausente no serviço Real tinha poucos ordenados insufficientes para a sua subsistencia; e os irmãos possuidores de sua legitima lhe forneciáo algumas ajudas de custo. Limitaria finalmente, ou (pelo dizer melhor) diria que cessão

as dictas Leis, havendo conjecturas de que o irmão, que não desfructava sua legitima, agraciava, e dava os rendimentos aos irmãos possuidores dellas. (b)

(a) Card. de Luc. *de Hered. Disc.* 10. *n.* 6.

(b) Card. de Luc. *n.* 8.

He especial nestes rendimentos 1.° que se devem ainda que não pedidos: 2.° que sendo omissa a condemnação delles se podem pedir por outra acção: 3.° que recebendo-se os bens, ainda que sem protesto, nunca se subentendem remittidos, veja-se Silv. *ad Ord. L.* 3. *T.* 66. §. 3. Castill. *tom.* 6. *C.* 135. *n.* 17. Moraes *de Execut. L.* 2. *C.* 12. *a n.* 15. *et* 30.

Rendimento ou juro do dinheiro, que se torna de estimações, licitações, ou avances de raiz nas partilhas.

§. 752.

Se algum co-herdeiro confere a estimação de prazo de vidas, que foi comprado pelos pais, ou lhe foi dado em vida sem reserva do uso-fructo; se em algum co-herdeiro se encabeça o Prazo fateosim para conferir aos mais a sua estimação, se alguns bens entrão em licitação para o preço se distribuir pelos herdeiros! se finalmente ha alguma torna de dinheiro pelo avance, com que algum co-herdeiro fica melhorado em bens de raiz; em todos estes casos o co-herdeiro, que fica responsavel satisfazer dinheiro aos outros, deve juros legaes dele *ad instar* dos rendimentos de fructos como recompensativos.

Cabed. *Dec.* 166. Guerreir. *Tr.* 2. *L.* 8. *C.* 21. Resolução, que bem se comprova com a Regia de 12 de Junho de 1770 (sobre as Decimas) §. 12., e com o Alvará de 14 de Dezembro de 1775, §. 9. Confira-se Mell. Freir. *L.* 3. *T.* 12. §. 8. *Not.*

He especial que para satisfação destas tornas compete tacita hypotheca na cousa de que ellas se devem, affectando-a até terceiro possuidor, como refere julgado Peg. *tom.* 7. *ad Ord. L.* 1. *T.* 87. §. 4. *sub. n.* 222. Confira-se o Aresto em Peg. *tom.* 13. *ad Ord. pag.* 92. *col.* 1.: Ainda que o contrario se vê deliberado pelo Senador no mesmo Peg. *de Maiorit. tom.* 4. §. 58. *n.* 1.: Ahi juntamente se julgou não vencer juros huma hypotheca em caso semelhante; porém lá diz Peg. no fim do dicto. §. que essa Sentença se embargou, e não refere a final decisão.

Despezas que algum co-herdeiro fez em beneficio commum, e dividas communs que pagou.

§. 753.

Já vimos nos §§. 520. e 531. os casos, em que o co-herdeiro póde ou não repetir as despezas, que fez na demanda commum interessante a todos: Já vimos no §. 532 os casos, em que o Socio que refaz ou reforma a cousa commum tem acção para repetir as despezas: Se elle antes das partilhas bemfeitorisou a cousa commum, e não usa da providencia da Ord. L. 4. T. 97. §. 13., ou as bemfeitorias não tem a qualidade, que a Lei requer para lhe dar essa prerogativa, póde sem dúvida repeti-las, e isto ainda que a cousa bemfeitorisada perecesse. (a) Com tal especialidade. que o custo das despezas uteis, e necessarias feitas na cousa commum vencem juros desde o tempo da mora. (b)

(a) Mull. ad Struv. *Exerc.* 11. *thes.* 13. *pag.* 214. *col.* 2. *in fin.*

(b) L 18. §. 3. *ff. famil. erciscund.* Cyriac. *Contr.* 83. *a n.* 11.

§. 754.

Se hum co-herdeiro paga dividas communs tem direito para as repetir pela acção *Familiae erciscundae*, em quanto a herança não está dividida, e pela acção *Negotiorum gesterum* depois de dividida a herança. (a) Mas para competir esta acção contra os co-herdeiros não basta mostrar que pagou tal, e tal divida; he sim preciso provar que essa divida se devia na realidade por todos os co-herdeiros. (b)

(a) Olea *de Cession. Jur. T.* 4 *q.* 6. *n.* 18. Guerreir. *Tr.* 1. *L.* 2. *C.* 12. *n.* 40. Altim. *ad Rovit. L.* 2. *obs.* 44. *n* 18.

(b) Peg. *tom.* 1. *ad Ord. L.* 1. *T.* 87. §. 4. *n.* 267. conduz a L. 43. *ff. de negot. gest.*, e a doutrina de Guerreir. *Tr.* 4. *L.* 6. *C. n.* 3. *n.* 94.

Responsabilidades dos co-herdeiros pelos dolos, culpas latas, e leves, que commettêrão em bens communs.

§. 755.

He principio geral que nos Juizos *familiae erciscundae*, e *communi dividendo* vem não sómente o dolo, mas a culpa lata, e leve; não porém a levissima, nem o caso fortuito. (a) A nossa Ord. L. 4. T. 97. §. 13. obriga ao irmão, que damnificou os bens, pagar às damnificações delles aos mais irmãos.

(a) Peg. *tom.* 1. *fol.* C. 3. *n.* 53. *et* 535. Em que casos se verifique especialmente o dolo, a culpa lata, ou leve do irmão, socio, ou co-herdeiro, consultem-se Felic. *de Societ. C.* 21. Guerreir. *Tr.* 2. *L.* 6. *C.* 5. *a n.* 113. *et Tr.* 4. *L.* 2. *C.* 2. *et L.* 4. *C.* 13. Ubald. *de duob. fratrib. p.* 8.

CAPITULO IX.

Sociedades tacitas entre irmãos: Fórmas das partilhas dos adquiridos em cada hum delles.

Prenoções.

§. 756.

O antigo, e original Ubald. *de duobus fratribus* na P. 1. commumera seis especies de sociedades tacitas ou expressas, que póde haver entre irmãos: Porém Michalor. *de Fratrib. P.* 2. *C.* 1. *a n.* 9. as reduz só a quatro: A primeira chamada *victus et mensae*, que tem lugar quando a communião versa sómente naquillo, que respeita ao sustento: A segunda *Simplex bonorum*, em que tão sómente se communicão os fructos, e os lucros provenientes da industria: A terceira *omnium bonorum*, em que tudo se communica venha donde quer que fôr: A quarta *alicujus negotiationis*, que versa em alguma negociação, ou na communião de huma cousa particular. Nós n. 14. 15. e 16. passa o citado Michalor. a mostrar que todas as mais, que figurárão Ubaldo, e outros que o seguirão, se reduzem essencial, e unicamente a estas quatro especies.

§. 757.

Todas estas especies de sociedade, que se podem contrahir expressamente entre quaesquer pessoas, tambem tacitamente, e muito mais entre irmãos: E ainda mesmo a sociedade *omnium bonorum*, como demonstra o citado Michalor C 2. desde o n. 1. até 20. Com tanto que, quando se disputa, se esta ou aquella sociedade foi a contrahida tacitamente entre os irmãos, se verifiquem os requisitos caracteristicos daquella, que o Agente, ou Defendente

diz assevera, e contende ser a contrahida, como adverte o mesmo Michalor.

E para se decidir que especie de sociedade foi a que contrahírão tacitamente os irmãos, eis-aqui a norma geral, que expõe o mesmo Michalor. *a n.* 25. *tbi:* « Verum quoniam inter « fratres illae omnes tacitae societates contrahi « possunt, de quibus supra, una vel altera erit « contracta, prout natura rerum communicata- « rum suadebit: ac propterea conjecturae acri « judicio perpendi debent, nec ultra consensus « metam contractus hujusmodi initi judicentur; « actus enim humani ultra contrahentium in- « tentionem evagari non debent; et ipse effe- « ctus causae limites egredi non debet... Ex « quibus indubitata colligitur conclusio; eate- « nus censeri inductam societatem, quatenus « factorum diversitas, atque natura suadet. Ac « ideo, si inter fratres fiat tantum communio res- « pectum convictus, et mensae, victus et men- « sae, tantum dicetur inter ipsos contracta so- « cietas: Si fiat communio fructuum, et quaes- « tualium, erit contracta simplex bonorum so- « cietas: Si communio respiciat unam vel plu- « res negotiationes tantum, erit societas parti- « cularis: Si vero omnium undecumque prove- « nientium communio facta fuerit, debet dici « contracta societas omnium bonorum. » Confirão-se Voet *ad Pandect. L.* 17. *T.* 2. *sub. n.* 2. *ſ. Illud interim.* Cyriac. *Contr.* 470. *a n.* 22. Mantic *de Tacit. L.* 6. *T.* 3. *et T.* 11. *a n.* 25. *et* 34. Begnudell. *verbo = Societas = n.* 4. Felic. *de Societ. C.* 11. *n.* 2.

§. 758.

Eu não tracto neste Capitulo das quatro especies de sociedades, sendo expressamente contrahidas entre irmãos; tracto sómente das sociedades tacitas

entre elles, e qual dellas, segundo as circumstancias occorrentes, se deve subentender, e julgar contrahida. Na sociedade expressa he huma regra geral, que todos os pactos justos são as Leis entre os contrahentes; e quando nada se pacciona sobre os lucros, e damnos se deve observar a igualdade geometrica. (a) Seria preciso hum grosso volume para compendiar o que sobre sociedades expressas está escripto nas Pandectas no Titulo *Pro Socio*, e pelos Commentadores Voet. Stryk. Struv. Mantic. Felic. *de Societat.*, e outros: Bem como se me propozesse fazer huma analyse da Ord. L. 4. T. 44.: Por tanto passo ao meu instituto tractando em particular das quatro sociedades tacitas entre irmãos; materia frequentissima no Foro, expondo as conclusões mais praticas, e seguidas.

(a) Michalor. *de Fratr. P. 2. C. 1. n. 7.*

Secção I.

Sociedade tacita Victus et mensæ.

Artigo I.

Em que circumstancias se subentenda contrahida esta sociedade.

§. 759.

Esta sociedade *victus et mensae* entre irmãos julga-se contrahida, quando depois da morte do pai elles ficárão vivendo na mesma casa, e á mesma meza, communicando tudo o necessario para o seu sustento, ainda que não communiquem os mais fructos dos bens paternos. (a) Esta sociedade he a que mais facilmente se presume entre irmãos, quando ou faltão, ou são duvidosos os requisitos necessarios para se julgar a *simplex bonorum*, ou a *omnium bonorum*. (b)

(a) Michalor. *de Fratrib. P.* 2. *C.* 4. *n.* 7. Mantic. *de Tacit. L.* 6. *T.* 2. *n.* 2. *T.* 11. *n.* 14. Altim. *de Nullit. tom.* 4. *q.* 25. *n.* 113. Sabell. §. *Societas* = *n.* 10. Brunneman. *in L.* 1. *n.* 16. *ff. pro Socio.*

(b) Como bem adverte Arouc. *alleg.* 87. *a n.* 12.

Artigo II.

Que he o que se communica, ou se póde repetir entre estes Socios.

§. 760.

Nesta sociedade communica-se tudo o que diz respeito ao sustento, e á mesa sem distincção alguma: E daqui vem que se hum dos irmãos ou socios convidar hum amigo para o jantar ou ceia; se tiver hum hospede por alguns dias, elle não deve por isso contribuir com mais alguma cousa; todas estas despezas devem sahir do commum. Se hum delles casar, tambem o jantar ou ceia mais esplendida, ao menos pela primeira vez, deve ser pago por todos, porque assim se costuma. O mesmo se deve praticar a respeito do criado de algum delles ainda que o salario corra por conta do amo. Não devem porém ser sustentados do commum os cães, os cavallos, ou cousas semelhantes proprias de cada hum; nem tambem se devem tirar do commum as despezas feitas com as amas, com os vestidos, ou com outras cousas necessarias para a vida.

Michalor. *de Fratrib. P.* 2. *C.* 4. *n.* 8.

§. 761.

Se o que tinha mais fructos ou iguaes, porém menos familia, póde a final repetir do irmão que tinha maior familia o que este despendeo mais com ella por cabeça? Huns affirmão, (a) outros negão,

e com muito boas razões. (b) E isto ainda que algum dos irmãos consumma nesta sociedade o adquirido com seus peculios castrense, ou quasi castrense. (c)

(a) Taes são Ubald. *de duob. fratrib. P.* 6. *q.* 23. Menoch. *de Arbitr. Cas.* 127. *n.* 4. Felic. *de Societ. C.* 27. *a n.* 64.

(b) Michalor. *de Fratrib. P.* 2. *C.* 4. *sub n.* 8. *et C.* 5. *n.* 5. Mantic. *de Tacit. L.* 6. *T.* 3. *n.* 12. *et T.* 9. *n.* 14. Arouc. *alleg.* 87. *a n.* 13. Guerreir. *Tr.* 2. *L.* 6. *C.* 10. *n.* 39. *et C.* 11. *n.* 41.

(c) Luc. Ferrar. *Verbo = Societas = n.* 7. Constantin. *ad Statut. urb. annot.* 21. *art.* 3. *n.* 159.

Secção II.

Sociedade Simplex bonorum.

Artigo I.

Requisitos para se presumir, e julgar esta espécie de sociedade.

§. 762.

Não basta para se presumir, e julgar esta sociedade que os irmãos possuão em commum, e indivisos os bens da herança paterna: (a) Não basta que convivão na mesma casa, e á mesma mesa, ou á despezas communs, (b) nem que se verifiquem praticados entre elles alguns actos indifferentes, que parecão sociaes, não sendo taes, que não podessem aliás praticar-se *citra jus et nomen societatis:* (c) He sim preciso que copulativamente concorrão estes tres requisitos: 1.° communicação dos bens paternos, e posse delles em commum: 2.° habitação na mesma

casa, e convivencia a despezas communs: 3.° huma communicação universal dos fructos, e de todos os lucros questuaes, que de qualquer parte provenhão aos irmãos, sem que algum tenha reserva particular; e faltando hum só destes requisitos se exclue, e não verifica esta sociedade. (d)

(a) Arouc. *alleg.* 87. *n.* 7. Michalor. *de Fratr. P.* 2. *C.* 6. *n.* 5. *et* 6. *L.* 25. §. 53. *ff. pro socio*, Altim. *tom.* 4. *q.* 25. *n* 20.

(b) Michalor. *n.* 8. Cyriac. *Contr.* 470. *a n.* 19.

(c) Arouc. *n.* 8.

(d) Arouc. *supr. n.* 10. *et* 11. Advertindo porém Michalor. C. 6. no n. 7. que: «Vivere «dicerentur ad eandem mensam, etiamsi unus, «nulla facta divisione, maneret in longiquis «partibus, vel propter aliquod commune ne«gotium, vel ad aliquid aliud peragendum, eo «maxime si communibus expensis ibi commo«rarentur, et praecipue stante animo redeundi «ad patrios lares.» — A união dos mesmos tres requisitos requerem os mais DD., com os quaes Guerreir. *Tr.* 2. *L.* 6. *C.* 10. *n.* 37. *et* 38. Altim. *de Nullit. tom.* 4. *q* 25. *a n.* 20. Sabell. §. *Societas n.* 4.

§. 763.

Como por via de regra nenhuma sociedade se presume, sem que concludentemente se prove, (a) e por actos, e factos, que não podessem exercitar-se *citra jus et nomen societatis*, (b) deve por tanto quem a allega em certa especie (como aqui a *simplex bonorum)* provar os precisos requisitos, que constituão a sociedade que se allega, (c) quaes os expostos no §. antecedente.

(a) Arouc. *alleg.* 87. *n.* 6. Solan. *Cog.* 55. *n.* 57. Michalor. *de Fratr. P.* 2. *C.* 19. *n.* 2.

(b) Aroux. *supra n.* 8. Cyriac. *Contr.* 470. *n.* 24. Altim. *n.* 28. *et* 33.

(c) Michalor. *n.* 5.

§. 764.

Provada assim com os requisitos necessarios esta sociedade *simplex bonorum* entre os irmãos, ella não se exclue, ainda que se prove que hum dos irmãos fizesse maior figura na administração da casa. (a) Exclue-se porém quando ha circumstancias em contrario; como se os irmãos tiverem seus bens, ou fructos separados; senão communicarem os lucros de qualquer trabalho, ou industria, fazendo delles reserva particular. (b) E ainda quando as circumstancias põe em dúvida a sociedade, nessa duvida deve propender o arbitrio do Julgador pela exclusão della, (c) ou combinando as presumpções, que estão em collisão, seguindo as mais em numero, e mais urgentes, as negativas da sociedade contra as affirmativas. (d)

(a) Ansald. *de Commerc. Disc.* 49. *n.* 21. *et disc.* 50. *n.* 28. Altim. *de Nullit. tom.* 4. *q.* 25. *n.* 42.

(b) DD. citados no §. 761. Altim. *supr. n.* 36. Ansald. *Disc.* 87. *n.* 13.

(c) Altim. *n.* 37. Cyriac. *Contr.* 864. *n.* 50. Solan. *Cog.* 55. *n.* 77.

(d) Felic. *de Societ. Cap.* 41. *a n.* 24.

Artigo II.

Que lucros se communicão entre os socios nesta sociedade simplex bonorum.

§. 765.

Communicão-se 1.° todos os fructos de todos os bens, que os irmãos possuem em commum, ou sejão provenientes das heranças paternas, ou de quaes-

quer outros bens *aliunde* provenientes aos irmãos por outras heranças, legados, doações, compras, etc., ainda que se não communica a propriedade delles: De fórma que tendo consummidos na communião não póde haver repetição delles, por mais que algum dos irmãos diga, que tinha no commum mais bens, e menos despezas.

(a) Michalor. *de Fratrib. P.* 2. *C.* 7. *n.* 1. *et* 2.

§. 766.

Communicão-se 2.° todos os fructos existentes dos bens dos irmãos, quaesquer que sejão os bens possuidos em commum. (a) E só se a sociedade se dissolve, e aparta existindo em ser alguns fructos, então na partilha destes repete o socio, e irmão, que ahi tinha mais bens, huma maior parte dominical, como ao diante se dirá §.

(a) Michalor. *supr. n.* 3. *et* 4.

§. 767.

Communicão-se 3.° todos os lucros provenientes de qualquer industria ou trabalho: E ainda que hum dos irmãos seja mais industrioso que outro, não deve, com respeito á maior industria, receber maior parte, não havendo convenção alguma especial sobre isto.

Michalor. *dit. C.* 7. *a n.* 5. *ad* 11. Felic *de Societ. C.* 13 *a n.* 1 *ibi*: « *Quaestus* appellatione « ne in societate non veniunt lucra obvenientia « titulo lucrativo .....Veniunt appellatione *quaes-* « *tus* ea quae ex opera cujusque sociorum des- « cendunt .... Si quod lucrum ex emptione, ven- « ditione, locatione, conductione descendit, et « solertia, et diligentia sociorum .... quae circa « mercantiam, negotiationem, et artificia ver- « santur, etc. » Bagnudell. *verbo* = *Societas* = *sub n.* 7.

Artigo III.

Em que casos devem estes socios communicar as compras que fazem.

§. 768.

Primeiro Caso: Se hum dos socios, em que só ha esta sociedade *simplex bonorum*, compra qualquer cousa em nome commum de todos os irmãos, e a cousa, que assim compra, he daquellas pertencentes á sociedade, em que costumão commerciar, logo que a compra fica commum, independente de outra ratificação dos irmãos consocios.

Michalor. *P.* 2. *C.* 8. *a n.* 7. *et n.* 29. Felic. *de Societ. C.* 14. *a n.* 43. Altim. *tom.* 4. *q.* 25. *n.* 130.

§. 769.

Segundo Caso: Se o irmão compra em nome commum para si, e seus irmãos alguma cousa, que não pertence ao trafico da sociedade; neste caso, para se adquirir aos mais irmãos esta compra, he necessario que elles expressa ou tacitamente a ratifiquem. (a) E daqui inferem alguns DD que o socio, que comprou para todos, e em nome de todos, póde antes da ratificação dos mais alienar a cousa comprada, duvidando ainda se a estipulação, e acceitação do Notario pelos ausentes he fórçosa para obstar a que o socio antes da sua ratificação possa alienar a cousa comprada para todos (b).

(a) Michalor. *supr. C.* 14. *n.* 49.

(b) Opiniões, que refere o mesmo Michalor. *a n.* 11. *ad* 19. — Porém mais solidamente adverte o Addicionador de Relicio *de Societate C.* 14. *ad n.* 30. *et* 31. hoje que do costume universal qualquer póde estipular para outro, *et maxime* para o socio, e irmão, logo que hum

comprou para si, e para os outros alguma cousa, se adquirio irrevogavelmente a todos, e todos tem acção, independente de outra cessão do irmão comprador: Confirão-se Groenewegen. *ad Instit.* §. 9. *de Inutilit. Stipulat.* Boehmer. *ad Pandect. Exerc.* 27. Voet. *L.* 47. *T.* 1. *n.* 3. Stryk. *vol.* 4. *Disp.* 25. *C.* 6. *n.* 10. Por outra parte, se hum socio faz huma compra por Escriptura publica, em que o Tabellião acceita em favor dos ausentes, esta acceitação lhe he util, Ord. L. 4. T. 63. no princ. Veja-se Moraes *de Execut. L.* 5. *C.* 4. *n.* 33.

§. 770.

Terceiro caso: Se hum irmão, e socio compra em seu nome proprio, e para si, com dinheiro seu, alguma cousa com animo de a appropriar, he sem duvida que adquire o dominio, e não he obrigado communica-la aos irmãos. (a) E quando entra em duvida se comprou em nome proprio, e para si, ou em nome dos irmãos, e tambem para elles, na duvida mesma se presume que comprou em nome proprio: (b) Bem como se presume que comprou para si com dinheiro proprio, e não commum, (c) ainda que comprasse para todos os irmãos. (d)

(a) Ubald. *de duob. fratr. P.* 5. *n.* 3. Mantic. *de Tacit. L.* 6. *T.* 16. *n.* 23. Michalor. *de Fratr. P.* 2. *C.* 8. *n.* 21. *et* 22.

(b) Mantic. *supr. T.* 17. Barbos. et Tabor *L.* 1. *C.* 29. *axiom.* 3. Brunnem. *in L.* 4. *Cod commun. utriusq judic. n.* 10. Cald. *de Emption. C.* 7. *n.* 5. *et* 7.

(c) Michalor. *supr. C.* 9. *a n.* 2. Barbos. *supr.* Mantic. *supr. T.* 16. *n.* 18. Fabr. *in Cod L.* 4. *T.* 27. *Def.* 6.

(d) Cald. *supr. C.* 20. *n.* 13. Felic. *de Societ. C.* 14. *a n.* 93. Michalor. *P.* 2. *C.* 9. *a n.* 19. Mantic. *supr. T.* 18. *n.* 3. *et* 4.

§. 771.

Quarto Caso: Se hum destes irmãos em sociedade *simplex bonorum* compra alguns bens em nome proprio, e com dinheiro commum, adquire para si o dominio dos bens comprados, e só fica responsavel aos irmãos, e consocios pela sua respectiva parte do preço a elles pertencente com juros, e interesses.

Michalor. *de Fratr. P.* 2. *C.* 8. *a n.* 23 Mantic. *de Tacit. L.* 6. *T.* 16. *n.* 13. *et* 32. Barbos. *in L.* 4. *Cod. commun utriusque judic. n.* 1. 2. *et* 3. Brunnem. *ad eand. L. a n.* 8. Guerr. *ad Ord. pag.* 43. *col.* 2. Anton. Fabr. *in Cod. L* 3. *T.* 22. *Def.* 6. *et L.* 4. *T.* 27. *Def.* 5. Altim. *tom.* 4. *q.* 25. *n.* 120. Peg. *tom.* 1. *for. C.* 5. *sub n.* 205. *pag.* 478. *col.* 2.

§. 772.

Esta he a regra geral: Mas ella cessa quando ha forçosas conjecturas em contrario. (a) E se hum irmão, que comprou em nome proprio com dinheiro commum, metteo o mesmo predio na communião por muitos annos; se o descreveu ou permittio descrever no Cadastro publico como commum, para delle com os mais bens communs se pagarem os tributos em nome de todos, e como de todos, eu neste caso o presumiria comprado, ainda que em nome proprio, com a intenção de ser commum, e o presumiria communicado aos irmãos. (b) Bem como se presume que o filho que em vida do pai comprou bens os quiz comprar para o commum, huma vez que os communicou para o uso da familia. (c)

(a) Brunneman. *supr. n.* 11. Cald. *de Empt. C.* 7. *sub. n.* 7.

(b) Segundo as doutrinas de Mantic. *de Tacit. L.* 6. *T.* 16. *n.* 29. *et* 30., e de Felic. *de Societ. C.* 3. *n.* 52.

(c) Molin. *de Justit. Disput.* 274. *y. Illud*

ad monerem. Michalor. *P.* 1. *C.* 6. *in fin.* — Ainda que por via de regra: « Res empta ex pe-« cunia aliena acquiritur emptori, et non ei, cu-« jus erat pecunia; haec conclusio fallit, quan-« do ex conjecturis apparet, quod partes aliter « voluerint agere; quarum 1.ª est, quando res-« fuit tradita illi, cujus erat pecunia: 2.ª quan-« do is, qui solvit pretium reperitur in posses-« sione rei emptae: 3.ª quando procurator sim-« pliciter emit, quamvis non declaret procura-« torio nomine emere, si tamen mandatum prae-« cedat, facta emptione statim domino acqui-« ritur, » Altim *in observat. ad Rovit. L.* 1. *obs.* 38. *n.* 6. *et* 7. E he um principio geral, que todo o acto subsequente declara a intenção precedente, Barbos. et Tabor. *L.* 1. *C.* 44. *axiom.* 33.: E a observancia, que he muito poderosa para provar ou excluir a sociedade, Ansald. *de Commerc. Disc.* 49. *n.* 24. *et Disc.* 50. *n.* 16., o he igualmente para presumir que os bens assim adquiridos com dinheiro commum o forão para a sociedade, huma vez que o irmão socio, que os comprou em nome proprio, os communicou nella, e ainda mesmo por outras razões, que ao proposito dá Felic. *de Societ. C.* 3. *n.* 53. *et C.* 14. *a n.* 89. *ad* 92. Tudo o exposto comprova muito bem Stryk. *vol* 8. *Disp.* 24. *Cas.* 9.

He porém necessario para serem applicaveis estas conjecturas, que limitão a regra, constar clarissimamente que a cousa assim comprada pelo socio o foi com dinheiro commum. Quando assim se conjecture ou não, he a materia do seguinte

Artigo IV.

Quando se presume que os bens comprados por hum dos irmãos o forão com dinheiros communs.

§. 773.

He presumpção geral de Direito que o irmão socio compra com dinheiro proprio, e não commum, os bens que compra em proprio nome: (a) E apezar de que Mascardo *de Probat. conclus.* 31. tentou persuadir o contrario, e que toda a compra feita pelo socio se presume com dinheiro commum, he confutado pelos DD. citados na Nota. (a) Entretanto elles convem que a materia he conjectural, e que a regra geral se limita havendo conjecturas em contrario suasivas, de que a compra feita pelo irmão o foi com dinheiro commum (b)

(a) Michalor. *de Fratrib. P.* 2. *C.* 9. Mantic. *da Conjectur. L.* 6. *T.* 18. *a n.* 19. Sabell. *Post. Sum. res.* 31. *n.* 17. Confira-se o §. 769.

(b) Michalor *supr. n.* 22. Mantic. *de Tacit. L.* 6. *T.* 18. *a. n.* 9. *et* 17.

Artigo V.

Que despezas destes socios devem ser communs; quaes em particular, ou quaes damnos imputaveis a cada hum delles.

§. 774.

Regra geral: Todas as despezas, que se fazem em beneficio dos bens communs, devem sahir do commum; e, se hum dos consocios as fez do proprio dinheiro, devem satisfazer-se-lhe pelos outros irmãos.

Veja-se largamente Felic. *de Societ. C.* 27., e confira-se o que fica exposto no Cap. III. q. 6.,

e no Cap. VIII. §. 752. Michalor. *de Fratr. P. 2. C. 11. n. 25.* Struv. *Exerc. 22. thes. 24. et 28.*

§. 775.

Outra regra geral: Todas as despezas feitas por hum dos irmãos, que não respeitão á sociedade, devem julgar-se proprias delle, e não communs. (a) Como por exemplo 1.° As despezas, que o irmão socio, e depois da morte do pai, tendo os bens em commum, faz nos estudos, no gráo de Bacharel, ou Doutor, em conseguir algum Officio, Beneficio, ou Dignidade. (b) 2.° As despezas, que algum dos irmãos faz no seu casamento, á excepção das da mesa no dia da voda, §. 759: 3.° As despezas feitas com os filhos, e amas que os crião: (c) 4.° As despezas da enfermidade, a menos que esta se não originasse *occasione societatis.* (d) 5.° As dividas, que hum dos socios contrahe em beneficio seu, e não da sociedade. (e)

(a) Michalor. *de Fratrib. P. 2. C. 11. a n. 15.* Valasc. *Cons. 118. a n. 3* Fabr. *in Cod. L. 4. T. 27. Def. 1.*

(b) Michalor. *a n. 16.* Voet *ad Pand. L. 37. T. 6. sub. n. 23.* Vinn. *de Collat. C. 13. n. 3.* Stryk. *de Success. ab intest. Diss. 11. C. 3. §. 14.*

(c) Michalor. *n. 18. et 19.*

(d) Ubald. *de duob. fratr. P. 6. q. 11.* Michalor. *n. 20.*

(e) Michalor. *n. 21.* Sabell. *post Summ. tom. 4. res. 15. n. 8. et 9.* Anton. Fabr. *in Cod. L. 4. T. 27. Def. 1.* — *Ad omnia* Felic. *de Societ. C. 27. a n. 60.*, aonde refere outros semelhantes.

Ao socio, que diz contrahíra dividas em beneficio commum da sociedade, incumbe a prova, que forão convertidas em beneficio commum, e utilidade da mesma sociedade, Ubald.

de duob. fratr. P. 9. *sub. n.* 1. *et* 5. Felic. *de Societ. C.* 30. *n.* 11. Struv. et Mull. *Exerc.* 22. *thes.* 42. *et* 44.

§. 776.

Todos os damnos, que não respeitão os fructos, ou os lucros procedidos da industria, devem julgar-se proprios do irmão socio, a que acontecêrão, e não communs: E só se devem reputar communs os que acontecêrão por causa da sociedade, e sem dolo ou culpa de algum dos socios, porque aliás devem imputar-se-lhe.

Ubald. *supr. P.* 8. Michalor. *de Fratr. P.* 2. *C.* 11. *a n.* 26. Peg. *tom.* 4. *for. C.* 43. *a n.* 167. Struv et Mull. *Exerc.* 22. *thes.* 24. Coccey. *Jus Controv. L.* 17. *T.* 2. *q.* 11. Felic. *de Societat. C.* 21. 22. 26. *et* 27.

Artigo VI.

Fórmas das partilhas dos lucros, e adquiridos nesta sociedade simplex bonorum.

§. 777.

Primeira hypothese: Se os irmãos rusticos por morte dos pais ficárão em communião possuindo os bens indivisos, e cultivando-os promiscuamente, sendo bens seus proprios, se deve fazer a partilha dos fructos existentes ao tempo da separação da sociedade nesta fórma: Divide-se o todo em duas partes iguaes, huma dellas, que se diz *dominical*, e se attribue ao dominio dos predios, se divide *pro rata* conforme cada hum tinha de bens proprios na communião; a outra ametade, que se chama *rustical*, e se attribue á cultura das fazendas, se devide por cabeça igual entre todos os que trabalhárão na agricultura.

Jul. Capon. *Discept.* 112. *n.* 43. Guerreir.

Tr. 2. *L.* 6. *C.* 11. *n.* 42. Michalor. *de Fratrib. P.* 2. *C.* 35. 55. Constantin. *ad Statut. urb. annot.* 21. *art.* 3. *a n.* 135. Cyriac. *Contr.* 392. *a n.* 7. Gall. *de Fruct. Disp.* 33. *art.* 2. *n.* 15.

§. 778.

Na partilha da ametade rustical se hum, ou huns dos irmãos tem filhos, que cooperárão para a cultura, os menores de 12 annos, que guardavão os gados, não entrão com parte alguma nesta partilha; e só em huma opinião, compensado o serviço com os alimentos, merecem huma pequena paga, pois que os gados entrão na partilha. (a) Os filhos machos de 12 até 18 annos, em huma opinião, já fazem cabeça igual; (b) mas em outra fazem huma meia cabeça, ou duas partes de huma divida em tres; e depois de 18 annos cabeça inteira na parte rustical, (c) e estas porções se adjudicão aos pais. (d)

(a) Constantin. *supr. n.* 144. *et* 146.

(b) Michalor. *supra n.* 63.

(c) Sabell. *tom.* 4. *post. Summ. res.* 31. *n.* 12. Michalor. *n.* 63. Constantin. *supr. a n.* 140. Cyriac. *supr. n.* 12.

(d) Constantin. *supr. n.* 135.

§. 779.

Quanto ás mulheres rusticas, que trabalhão como os homens, que ellas merecem porção na parte rustical não se duvida: (a) Mas esta porção deve fazer-se arbitrio *boni viri.* (b)

(a) Gall. *supr. n.* 18. Constantin. *n.* 40. Ainda que alguns disserão o contrario, Michalor. *a n.* 57.

(b) Michalor. *n.* 61. Constantin. *n.* 149. Cyriac. *n.* 9. Sabell. *n.* 13.

§. 780.

Quizerão alguns DD. que sendo hum dos irmãos mais habeis para o trabalho, e mais industrioso, se

lhe arbitre maior porção na parte rustical: Porém o citado Michalor. *a n.* 65. confuta esta opinião: porque a si proprio deve imputar esse socio conservar-se na sociedade do irmão menos industrioso, e he visto admitti-lo por igual nesta partilha.

§. 781.

Se os bois, com que todos os irmãos trabalhão na lavoura, são communs, não ha duvida: Se são proprios de hum dos irmãos socios, assentão os DD. por melhor opinião que se deve da parte rustical deduzir alguma porção com respeito ao trabalho dos bois para o proprietario delles. (a) E se os bois são de huns irmãos, e de outros não, a parte adjudicada ao serviço dos bois se divide pelos donos delles *pro rata* do seu dominio, (b) mas todo o lucro intrinseco, e augmento de valor, que tiverão os bois proprios de hum irmão, tractados, e mantidos durante a sociedade, divide-se por ametades, pertencendo huma ao dono dos bois como capital, e a outra ametade, como lucro da industria, se divide por todos. (c)

(a) Gall. *de Fructib. Disp.* 33. *art.* 2. *n.* 19. Constantin. *supr. a n.* 146. Michalor. *n.* 34.

(b) Ubald. *de duob. fratrib. P.* 4. *n.* 12.

(c) Constantin. *n.* 152. Confira-se Guerreir. *Tr.* 2. *L.* 6. *C.* 11. *sub. n* 43.

§. 782.

Esta mesma partilha, que nesta hypothese se figura nos fructos existentes (porque aos consummidos se não ha jámais respeito) se deve praticar nos bens, que os socios adquirirão nesta sociedade: De fórma que os adquiridos mesmos suppondo-se que o forão com os productos dos fructos communs, e seguindo como subrogados a mesma natureza, se devem dividir nas duas partes *dominical, e rustical;* aquella divide-se *pro rata*, conforme cada hum tinha de dominio nos bens: e esta *in capita laborantium.*

Cyriac. *Contr.* 392. *a n.* 14. Constantin. *ad Statut. urb. annot.* 21. *art.* 3. *a n.* 153 Michalor. *de Fratr. P.* 2. *C.* 35. *n.* 56.

§. 783.

Segunda hypothese: Se os irmãos cultivárão fazendas alheias a pensão sabida, meias, terço, etc. todo o lucro que dellas tirárão, deduzidos os dizimos, despezas da cultura, e parte do senhorio, ou a sua pensão, se divide por igual cabeça entre os que trabalhárão nessa agricultura, fazendo cabeça os filhos dos irmãos, e as mulheres com as mesmas distincções já expostas nos §§. 777. e seg.

Michalor. *de Fratr. P.* 2. *C.* 35. *n.* 56. Gall. *de Fruct. Disp.* 33. *art.* 2. *n.* 17. Guerreir. *supr. n.* 48. Constantin. *supr. n.* 135. Cyriac. *supr. a n.* 7

Nesta, e na primeira hypothese, quanto á partilha dos fructos, se algum dos irmãos poz do seu proprio a semente, ou do seu dinheiro pagou a alguns operarios serviçaes, todas estas despezas se devem deduzir primeiro de todo o monte antes da partilha dos fructos, e adquiridos, Constantin. *supr. n.* 145. *tetigit* Guerreir. *Tr.* 2. *L.* 6. *C.* 11. *sub. n.* 46. *v. Septimo.* Michalor. *supra. n.* 53.

§. 784.

Terceira hypothese: Figuremos o caso mixto de trabalharem os rusticos, parte em bens proprios, parte em casaes alheios de arrendamento, como muitas vezes succede, he indispensavel se separe a producção de humas, e outras terras, (e estando confundidos os fructos se arbitre a producção de cada huma) e se faça a divisão da producção das proprias, e das de arrendamento, conforme as respectivas regras na primeira, e segunda hypothese: E propor-

cionalmente a divisão dos lucros, e adquiridos com os productos de humas, e outras fazendas.

§. 785.

Quarta hypothese: Se se figurão huns irmãos nobres vivendo em commum, sem trabalharem nem negociarem, (entre os quaes póde haver sociedade tacita §. 756.) sustentando-se de seus rendimentos, cultivando algumas fazendas por criados, e operarios, a que paguem do commum, ainda que hum delles fizesse maior figura na administração, (§. 763.) neste caso separada a sociedade deve fazer-se a partilha dos adquiridos nella, e com os bens communs conforme a regra da parte dominical, (§. 776.) dividindo-se os superlucrados *pro rata* da maior ou menor parte dos bens proprios, que cada hum tinha na sociedade, sem que aqui entre a divisão da parte rustical, visto que nenhum por si trabalhou, e as despezas da cultura se pagárão do commum. Nem se deve haver respeito a ter hum mais parte dominical, e menor despezas de familia, porque o consummido não vem em conta. Só sim se algum destes socios, tendo *aliunde* outros peculios, fizesse despezas do proprio dinheiro em beneficio commum póde repeti-las. (§. 773., e Nota ao §. 782.)

§. 786.

Quinta hypothese: Se entre os irmãos havia alguns, que tinhão peculios castrenses, ou quasi, que nesta sociedade se não communicão, e em quanto estes se applicavão á milicia, ás letras, etc. outros se empregavão na cultura das fazendas, e negocios da casa; então, e conforme a equidade, devem os que cuidavão na casa, e cultura ter alguma parte ainda mesmo nos adquiridos com esses peculios pelos outros irmãos, se a esses peculios se attribuirem unicamente esses adquiridos; e se o fossem com os fructos dos bens communs administrados por huns irmãos, em quanto os outros se applicavão á mili-

cia, ás Letras, etc., então se devem observar as normas expostas no §. 776. e seg. E no caso mixto de serem os adquiridos lucrados com os redditos dos bens communs, e com esses peculios deve haver o arbitramento, e rateio *ad instar* do caso do §. 783.

§. 787.

Sexta hypothese: Se em quanto hum irmão se applicava separadamente a qualquer officio, artefício, ou negocio os mais trabalhavão nos bens communs, se esse irmão não quer conferir o adquirido com esse officio, negocio, etc., e nada mais houve entre elles senão a communião dos bens, e fructos, neste caso esse irmão apenas tem parte na ametade dominical, e nada na rustical, porque não trabalhava na cultura: (§. 776.) E se se sustentava dos fructos communs, e consummiria provavelmente a sua respectiva parte dominical, nada tem nos outros adquiridos pelos outros irmãos: Se porém elle fornecia para as despezas dos operarios do seu peculio tudo quanto equivalesse a hum operario, que elle sustentasse, então entrará em ambas as partes dominical, e rustical; e os adquiridos com o producto desses fructos será commum; ou se elle communicar os adquiridos com o seu officio, artefício, ou negocio.

Estas são as hypotheses mais frequentes: Podião nesta especie de sociedade figurar-se outras: Mas as regras expostas são as unicas, que acho nos DD. applicaveis a todas: Confesso que em todas o rateio do lucro, ou seja arithmetico, ou geometrico he difficil; innumeraveis vezes o vi disputado, mas nunca decidido; porque as Partes tomão por melhor expediente huma racionavel composição. Em falta desta o prudente arbitrio do Julgador he o que deve regular a partilha conforme as occorrentes circumstancias; porque para todos os casos contingentes

com diversidade de factos não se podem dar outras mais normas, nem sei que as haja quanto a esta especie de sociedade, de que acabo de tractar.

Secção III.

Sociedade universal omnium bonorum.

Prenoção.

§. 788.

Sim temos a Ord. L. 4. T. 44. §. 1. permittindo a sociedade universal *omnium bonorum* expressamente contrahida, com effectiva communicação do dominio de todos os bens presentes, e dos futuros de qualquer parte provenientes: Porém se huma tal sociedade se póde contrahir tacitamente, se dividem os DD.: Huns defendem ser hum impossivel moral contrahir-se tacitamente huma tal sociedade, em que ha communicação do dominio de todos os bens presentes, e futuros: (a) Porém em contrario estão outros, huma vez que concorrão os requisitos necessarios, e escrupulosos para se conjecturar esta sociedade. (b)

(a) Voet. *ad Pandect. L.* 17. *T.* 2. *n.* 2. *in fin.* Carpsov. *P.* 3. *C.* 12. *Def.* 45. *n.* 3. Stryk. *de Cautell. Contract. Secç.* 3. *C.* 10. §. 3. *in fin.* Fabr. *in Cod. L.* 4. *T.* 27. *Def.* 5. *n.* 1., aonde diz ser esta a opinião mais verdadeira, Menoch. *Cons.* 12. *n.* 10. Andreol. *Contr.* 34. *n.* 10., e outros, que refere Mull. ad Struv. *Exerc.* 22. *thes.* 22.

(b) O mesmo Mull. citando Donello, Fachin. Felic. Hunn. Mascard. Mantic., e outros muitos: *Ita etiam* Coccey *Jus. Contr. L.* 17. *T.*

2. *q.* 3. *Latissime* Michalor. *de Fratr. P.* 2. *C.* 2. *a n.* 11. *et* 15.

§. 789.

Na variedade destas opiniões não será facil verificar-se tacitamente contrahida huma tal sociedade, porque he necessario que haja huma reciproca translação, e communicação dos dominios dos socios nos bens presentes, e futuros com animo de os transferir, e communicar. (a) Esta a razão, por que os menores, que não podem alienar os seus dominios não podem contrahir tal sociedade sem decreto judicial: (b) De fórma que entre taes socios não ha *meu nem teu*, porque tudo he de todos; e só sendo assim tudo de todos communicado he que podem dizer-se socios universaes *omnium bonorum*. (c) E quem se presumirá tão insensato que queira abdicar o dominio de seus bens; communica-los; privar-se da liberdade de os dizer seus; de dispor delles separadamente, etc.? Não bastarão só actos indifferentes para assim se conjecturar, será preciso hum animo, e huma vontade exhibidos por actos, e factos positivos, que não possão ter outra interpretação.

(a) Mantic. *de Tacit L.* 6. *T.* 3. *n.* 9. Fabr. *in Cod. L.* 4. *T.* 27. *Def.* 4.

(b) Mantic. *T.* 13. *n.* 2.

(c) Card. de Luc. *de Credito Disc* 87. *n.* 3. Gall. *de Fruct. Disp.* 33. *art.* 2. *n.* 10. Ansald. *de Commerc. Disc.* 50. *n.* 25.

§ 790.

Por outra parte: Ha muitas circumstancias, que provadas excluem esta sociedade universal: Como são 1.° se hum dos irmãos exercita alguma negociação em seu nome proprio, e particular: 2.° se entre os irmãos se devão mutuamente algumas dividas: 3.° se algum compra bens em nome proprio: 4.° se tem catalogo particular de seus bens: 5.° se algum tem alguma reserva de bens, que não communique

a outro: 5.° se algum tem seu Livro de razão particular dos seus negocios, debitos, e creditos: 7.° se entre elles houve alguma vez contas: 8.° se hum delles affirma com juramento que nunca intencionou contrahir tal sociedade, etc. E raro será o caso, em que não haja entre os irmãos alguma destas particularidades exclusivas desta sociedade.

Vejão-se Michalor. *de Fratr. P. 2. C.* 17. *et* 18. Mantic. *de Tacit. L.* 6. *T.* 10.

Eu a olhos fechados admittiria a opinião, que defende não poder dar-se huma tal sociedade tacita; e por mais que esta se allegasse, e em duvida presumiria só a *simplex bonorum;* porque em duvida nunca se deve julgar contrahida a universal: Begnudel. *verbo = Societas = n.* 30. — Confesso que nunca vi provada claramente, nem julgada no Foro tal sociedade universal tacita com os effeitos da expressa, nem tão pouco jámais vi Escriptura de sociedade universal expressa, que suppõe a Ord. L. 4. T. 44. §. 1. E por tanto me dispenso do frustrado trabalho de succar de Mantica, de Felicio, de Ubaldo, e de Michalor, que bens se communicão em tal sociedade; que despezas são communs; que culpas, e damnos se devem prestar; a fórma da partilha, etc.; porque verifica-se huma tal sociedade tacita universal *omnium bonorum*, (á unica excepção dos que casão conforme o costume do Reino) e não se excluir por circumstancias contrarias, será muito raro no Foro, bem como o são taes sociedades universaes expressas.

Secção IV.

Sociedade particular tacita entre irmãos.

§. 791.

Huma sociedade particular mais facilmente se conjectura do que a sociedade *omnium bonorum:* (a) Ella mais facilmente se presume entre irmãos do que entre estranhos: (b) E prova-se por presumpções, e conjecturas: (c) E por actos, qui fieri non solent *citra qualitatem socialem.* (d)

(a) Ansald. *de Commerc. Disc.* 50. *n.* 17. Altim. *tom.* 4. *q.* 25. *n.* 52.

(b) Roz. *Cons.* 8. *n.* 5. Ansald. *Disc.* 49. *n.* 6. *et Disc.* 50. *n.* 7. Ciarlin. *Contr.* 16. *n.* 4. *et* 5. Altim. *n.* 39. Michalor. *P.* 2. *C.* 14. *n.* 16.

(c) Altim. *n.* 34. Ansald. *Disc.* 50. *n.* 5. *Disc.* 51. *n.* 6. Guerreir. *Tr.* 4. *L.* 5. *C.* 8. *an.* 15.

(d) Ansald. *Disc.* 50. *n.* 6. Altim. *n.* 58.

§. 792.

Taes são 1.° se os irmãos traficárão, e negociárão juncta e promiscuamente, sem que hum delles pagasse salario a outro: (a) a menos que o irmão não desse contas ao irmão juntamente com os mais Caixeiros ou Propostos, ou o irmão não fosse de dez annos: (b) 2.° se apparecem Cartas, em que, tractando de cousas de negocio, usassem das palavras *nosso, vosso:* (c) 3.° se se mostrão Cartas escriptas ou recebidas por elles em nome social: (d) 4.° se algum dos irmãos se confessou socio do outro: (e) 5.° o promiscuo pagamento das dividas do negocio, e sociedade: (f) 6.° a observancia antecedente, concommitante, ou subsequente: (g) 7.° pela rubrica, e titulo dos Livros como sociaes, e a opposição do Sello, e marca commum nas mercadorias: (h) 8.° a no-

meação, que hum fizesse do outro como seu socio expressamente em alguma Escriptura. (i)

(a) Ansald. *de Commerc. Disc.* 50. *n.* 8. Altim. *supra n.* 40. Mantic. *de Tacit. L.* 6. *T.* 11. *sub n.* 19.

(b) Ansald. *n.* 9.

(c) Ansald. *n.* 10. Altim. *n.* 64. Roz. *Cons.* 8. *n.* 26. *et* 27.

(d) Ansald. *n.* 11. Michalor. *de Fratr. P.* 2. *C.* 14. *n.* 21. Altim. *n.* 65. *et* 66.

(e) Ansald. *n.* 12. *et* 20. Altim. *n* 61. Michalor. *n.* 12. Felic. *de Societ. C.* 11. *n.* 12.

(f) Ansald. *n.* 13. Altim. *n.* 59. Roz. *n.* 22. *et* 23.

(g) Ansald. *n.* 12. Altim. *n.* 50.

(h) Ansald. *n.* 18. *et* 19. Altim. *n.* 68. Roz. *n.* 24. *et* 29. Michalor. *n.* 36.

(i) Altim. *n.* 71. Roz. *n.* 26. *et* 27.

§. 793.

Esta prova he muito arbitraria ao Julgador conforme as circumstancias occorrentes: (a) Mas julgando-se provada a sociedade não he circumstancia exclusiva della, (ainda que conste) que hum dos irmãos annotou nos Livros o que deo ao outro, ou o que delle recebeo: (b) E ainda que conste que hum dos irmãos fazia no negocio a primeira, e a maior figura, e pelas mãos delle passassem as cousas respectivas ao mesmo negocio: (c) Huma vez que prevaleção as mais circumstancias inductivas da sociedade. (d)

(a) Ansald. *Disc.* 90. *n.* 3. Altim. *supr. n.* 57. Card. de Luc. *de Credit. Disc.* 87. *n.* 4.

(b) Ansald. *Disc.* 49. *n.* 20. Roz. *Cons.* 8. *n.* 8.

(c) Ansald. *Disc.* 49. *n.* 21. *et Disc.* 50. *n.* 28. Altim. *n.* 41. 42. *et* 56.

(d) Michalor. *P.* 2. *C.* 18. *a n.* 14.

Verificando-se esta sociedade particular tacita, ella em tudo se deve regular pelas regras das mais sociedades particulares quanto ás perdas, e lucros, partilhas, etc., sem haver aqui especialidade alguma: Por tanto temos as normas na Ord. L. 4. T. 44. §. 2. e seg., e a cada passo nos DD.

CAPITULO X.

Quando póde o irmão accusar criminalmente o irmão, ou ser testemunha por elle, ou contra elle, na causa civil, ou criminal.

§. 794.

A regra geral he que o irmão não póde accusar em crime publico, e grave ao irmão como pessoa do Povo: Esta regra se limita 1.° se prosegue contra o irmão a sua injuria, e offensa particular, ou a que o irmão criminoso fizesse aos filhos, irmãos, e mulher ou pais do que o accusa: 2.° nos crimes exceptuados de Lesa-Magestade Divina ou Humana: 3.° nos crimes leves, em que não haja pena de morte natural, civil, ou de degredo: 4.° se o irmão accusado pelo irmão lhe não oppõe essa excepção.

Michalor *de Fratr. P.* 3. *C.* 54. Samuel Stryk. *vol.* 1. *Disp.* 20. = *De potioribus fratrum juribus* = *C.* 4. *a n.* 14.

§. 795.

Quanto á segunda parte deste Capitulo: Temos a Ord. L. 3. T. 56. §. 2. com o Commentario de Silva, que vaga pelas mãos de todos, o qual succou de Conciol. e Michalor. as conclusões mais praticas: A elle me remetto, e a Stryk. *supr. C.* 4. *a n.* 3.

CAPITULO XI.

Outros direitos, e favores reciprocos dos irmãos.

§. 796.

PRIMEIRO: Se o irmão demandado pelo irmão gosa do beneficio: *Ne conveniatur ultra quam facere possit*, varião os DD. Michalor. *P.* 3. *C.* 53. defende que não: Pelo contrario Stryk. *vol.* 1. *Disp.* 20. *C.* 4. *n.* 24. diz que a opinião contraria he mais fundada na equidade, e mais commum.

§. 797.

Segundo: « Eadem ratio consanguinitatis operatur, et hoc quod fratre pro fratre sine mandato agere possit: Lex enim hic praesumit mandatum, *L.* 3. *ff. de Procurator.* Donell. *L.* 18. *C.* 12. *ibique* Hilliger. Et quod infamis vel turpitudine notatus pro fratre postulare valeat, *L.* 1. §. 8. *et ult. ff. de postul:* Sed an et procurare? indubium, §. *ult. Instit. dc Excepc.* » etc. Stryk. *supra a n.* 26. « Et pro fratre potest, appellare dummodo caveat de rato, et frater pro quo appellavit ratificet intra 10. dies, Altim. *tom.* 1. *rubr.* 4. *q.* 28. *n.* 39. »

§. 798.

Terceiro: O irmão receptador do criminoso irmão pelo crime de furto, ou outro qualquer crime ainda maior, he brandamente punido « cum non tam dolo, quam vi amoris, et affectionis recepisse videatur, ac minus peccet, qui cognatorum suorum sanguinem quoquo modo redimere voluerit, etc. » Stryk. *supr. n.* 30. *et* 31.

Vejão-se Zoes. *ad T. Dig. de Receptator.* Michalor. *de Fratr. P.* 3. *C.* 56. *a n.* 21. *et* 26. Puttman. *Adversar. de Receptator. C.* 2. *pag.*

247. *et* 248., e he notavel a Sancção Criminal do Imperador José II.

§. 799.

Quarto: «Indeque si frater videat fratrem ri-«xantem, et accurrat, fratrisque adversarium pros-«ternat, non teneri eum de homicidio; sed solum «de excessu; etiamsi occisus fuerit non aggressor, «sed insultatus; modo nihilominus fratrem in peri-«culo constitutum videat.» Stryk. *supr. n.* 32. com Farinac. *q.* 125. *n.* 288. *Imo* o irmão he obrigado defender o irmão, que vê constituido em perigo de vida; e se deixa de o soccorrer, podendo, he como fratricida.

Veja-se Conciol. *Crimin. Verbo = Defensio = res.* 7. *n.* 4. *et verbo = Homicidium = res.* 10.

CAPITULO XII.

Em que casos poderá o irmão querellar o testamento do irmão.

§. 800.

TEMOS a expressa Ord. L. 4. T. 9. tão clara, que não depende de expesição, ao que parece: E como esta materia he pouco frequente no Foro, poucas reflexões farei sobre ella. Esta Ord. no §. 1. suppõe a differença da infamia de *Direito*, ou *de Feito ut ibi:* «pessoa infame de infamia de Direito, ou «de Feito.» Passa a Ord. a expôr huns exemplos das infamias de facto. «Assim como se o herdeiro «instituido fosse reputado *entre os bons por vil, e «torpe, e de máos costumes*, por ser bebedo, taful, «*ou de outra semelhante torpeza*» e admitte outros semelhantes: Destes recontão os DD. muitos, como os julgadores publicos; os apostatas da nossa Reli-

guião; os usurarios; os que casão duas vezes; os excommungados; os concubinarios; os alcoviteiros; os ladrões; os sacrilegos; os sodomitas; os condemnados em acção de injuria; as meretrizes; os espurios; os algozes; os carniceiros; os comicos, etc., confundindo a infamia *juris* com a infamia *facti*.

Vejão-se Guerreir. *Tr.* 2. *L.* 4. *C.* 4. Valasc. *Cons.* 17. Gam. *Dec.* 102. Michalor. *de Fratr. P.* 3. *C.* 2. Stryk. *vol.* 1. *Disp.* 20. *C.* 5. Struv. *Exerc.* 10. *thes.* 18.

§. 801.

Não confundamos a infamia de Direito com a infamia de facto: Infame de Direito digo eu ser aquelle, a quem pela Lei particular do Reino se impõe por algum delicto essa pena de infamia: E esta ou se incorre *ipso jure et ipso facto*, sem necessidade de Sentença declaratoria, ou depende della para se julgar commettido o crime, de que a infamia he huma consequente pena. (a) Para que pois qualquer se possa dizer nos termos desta Ord. L. 4. T. 90. §. 1. laborar em infamia de Direito, e poder querellar-se do testamento, em que se instituio o infame, he necessario, ou mostrar que elle incorreo crime, pelo qual a Lei do Reino *ipso jure*, e *ipso facto* o constituio infame, sem necessidade de outra Sentença declaratoria, ou que foi condemnado por crime, em que, segundo as Leis patrias, o criminoso pela condemnação mesma incorreo a infamia de Direito. (b)

(a) Veja-se Renos. *Element. Jur. Crimin. C.* 12. §. 1. 2. *et* 3. Luc. Ferrar. *verbo = Infamia =*

(b) Barbos. et Tabor. *L.* 9. *C.* 66. *axiom.* 4. *cum seq.*

§ 802.

Sobre qual seja a infamia de facto não ha hoje regra certa, e universal; porque os Costumes, e as

Leis das Nações tem variado: Eis-aqui a unica regra geral, que dá o Addicion. ad Luc. Ferrar. *supr. n.* 3. «Sive de infamia juris, sive de infamia «facti agatur, ad mores Provinciarum praecipue «recurrendum est, et exinde infamia est dijudican-«da: Idque quia, quod olim infamiam irrogabat «contraria Lege, vel consuetudine ab infamiae ma-«cula liberari potuit.»

Confira-se Stryk. *us. mod. L.* 3. *T.* 2. §. 1. §. 803.

Por isto he que vemos hoje que o officio de Comico, que antigamente era infame, hoje o não he neste Reino pelo Decreto de 17 de Julho de 1771, que confirmou as Instituições da Sociedade Theatral de 30 de Maio do dicto anno, nem em outras Nações. (a) Na Toscana pelo Codigo Commercial §. 57. são livres da infamia os Executores da Justiça necessarios ao serviço dos Tribunaes, e todas as pessoas empregadas nos mesteres, e artes uteis á sociedade; porque tal infamia he contraria aos principios da sociedade civil, e he hum abuso introduzido pelo vulgo. (b)

(a) Stryk. *supr.* §. 7. *et* 8.

(b) Vejão-se Thomaz. *Not. de us. prat. ad Pandect. L.* 3. *T.* 2. Heinec. *Exerc.* 7. = *De Levis notae maculae*, e ahi se acharão abolidas pelo uso moderno, e universalmente muitas infamias, que o Direito Romano comminava, e muitas que o erão de facto no conceito do vulgo, e que hoje tem variado: E lida com esta moderna critica a Ord. no lugar citado, não será facil ser hoje applicavel a caso algum, ou só rarissimas vezes. Veja-se tambem Voet. *ad Pandect. L.* 3. *T.* 2. *n.* 9.

CAPITULO XIII.

Successões reciprocas ab intestato *dos irmãos germanos, e uterinos, ou seus filhos, concorrendo ou não com os tios, ou sejão legitimos, ou sejão naturaes, ou espurios.*

Secção I.

Successão reciproca dos irmãos germanos legitimos, e dos filhos delles.

§. 804.

São irmãos germanos 1.° os que nascem de justas nupcias do mesmo pai, e da mesma mãe: 2.° os que nascem de matrimonio putativo: 3.° os filhos dos mesmos pais, que nascendo naturaes forão depois legitimados pelo subsequente matrimonio.

Koch. *de Success. ab intestat. Civil.* §. 69. 70. 71. *et* 74.

§. 805.

Estes irmãos concorrendo na successão do irmão defuncto lhe succedem *in capita,* excluindo os irmãos unilateraes, uterinos, ou consanguineos, entrando, e estando collocados na terceira classe das successões legitimas *ab intestato.*

Novell. 118. *C.* 3. Stryk. *de Success. ab intes. Diss.* 3. *C.* 1. §. 6. Koch. *supr. sub* §. 78. Stryk. *vol.* 1. *Disp.* 2. *C.* 6. *a n.* 13.

§. 806.

Concorrendo na successão do irmão defuncto irmãos bilateraes com filhos de outro irmão bilateral defuncto, estes succedem entre si *in stirpes,* recebendo a porção, que receberia o pai se vivo fosse, e os irmãos vivos succedem *in capita.*

Koch. *supr. sub* §. 78. *reg.* 4. Stryk. *de Succes. ab intest sup.* §. 7. Novell. 118. *C.* 3. Portug. *de Donat. L.* 3. *C.* 19. *n.* 46., e conduz a Ord. L. 4. T. 91. §. 2.

§. 807.

Se concorrem á successão do tio defuncto filhos de irmãos, que erão delle bilateraes, sem concurso de tio vivo, he assás controverso se succedem *in stirpes* representando seus pais defunctos, ou *in capita*, e por igual, ainda que de hum irmão reste hum só filho, e de outro seis? No stricto rigor de Direito, e conforme a mais genuina interpretação do Civil, succedem neste caso os sobrinhos *in capita*, não concorrendo com tio vivo.

Esta opinião he defendida pelos mais celebres DD., que referem Stryk. *supra* §. 9. Koch. *supr. sub* §. 45., e com innumeraveis Rovit. *L.* 1. *Cons.* 23. *a n.* 28. Fabr. *in Cod. L.* 6. 33. *Def.* 1. Voet. *ad Pandect. L.* 38. *T.* 17. *n.* 16. Struv. *Exerc.* 38. *thes.* 34. Vinn. *Sellectar. L.* 2. *C.* 30., aonde atacando Acursio seguio a Asão, Heinec. *ad Instit.* §. 160. Castill. *L.* 3. *C.* 19. *a n.* 81. — Esta mesma opinião seguio huma Constituição de Carlos V. referida por Stryk. e Koch. supra; o Cod. Frederic. P. 2. L. 6. T. 5 art. 2. §. 4.; e o moderno Codigo de Sardenha L. 5. T. 6. §. 1. etc.

§. 808.

Neste Reino tem se seguido *in judicando* a opinião contraria, que admitte só *in Stirpes* os filhos dos irmãos defunctos, ainda que não concorrão com tio: Assim se vê julgado em Pereir. *Decis.* 3., e em Peg. *tom.* 7. *ad Ord. L.* 1. *T.* 67. §. 4. *n.* 69. Ella largamente se vê defendida pelos nossos Velasc. *de Just. Acclamat. P.* 2. *Punct.* 2. §. 2. Portug. *de Donat. L.* 3. *C.* 19. *n.* 48. Mell. Freir. *L.* 3 *T.* 8. §. 5. *Not. junct. e* §. 17. Outros muitos por huma,

e outra opinião coacervou Guerreir. *Tr.* 2. *L.* 4. *C.* 5. *n.* 35. *et* 36.

§. 809.

A primeira opinião he a que se deve seguir, e não a segunda: 1.° porque a primeira he intrinsecamente mais bem fundada: 2.° porque, e por isso mesmo abraçada pelas modernas Legislações das Nações civilisadas da Europa: 3.° pelos Tribunaes mais polidos. Não a segunda 1.° porque a razão por que se tem seguido neste Reino era, por ser opinião de Acursio, em reverencia da Ord. L. 3. T. 44., que a mandou observar, como reconhecem os citados Pereira, e Portugal, e mais Reinicolas. Ora, a Lei de 18 de Agosto de 1769 com luzes mais claras reprova essas Glossas de Acursio, e dá preferencia ao uso moderno das Nações, quando contrario: 2.° esse estilo de julgar (*maxime* fundado em principios tão errados) tem hoje justa censura nos Estatutos da Universidade L. 2. T. 6. C. 8. §. 11., e por Mell. Freir. *Histor. Jur. Civil. Lusitan.* §. 129. *Not.* (c)

Veja-se a minha especial Dissertação sobre esta Questão, que vem no fim do Tratad. Pratico de Morgados, Segunda Edição.

§. 810.

Sim he certo que os filhos dos irmãos bilateraes do tio defuncto excluem os irmãos unilateraes delle, ainda que vivo, e aos filhos delles. (a) Mas se os filhos de irmãos concorrem com os tios do defuncto, huns, e outros ficão em terceiro gráo civil, e então parece que o tio magno do defuncto concorre com os filhos do irmão delle. Porém o mais certo, e provavel he, que os sobrinhos do defuncto excluem o tio delle totalmente, e que elle não entra á partilha, ainda que todos estejão em igual gráo civil. (b)

(a) Novell. 118. *C.* 3. ℣. *Unde consequens* = Stryk. *de Success. ab intestat. Diss.* 3. *C.* 1.

§. 17. *et vol.* 1. *Disp.* 20. *C.* 6. *n.* 19. Voet. *ad Pandect. L.* 38. *T.* 17. *sub n.* 16.

(b) Stryk. *Diss.* 3. *C.* 1. §. 13. Barri *de Succession. L.* 18. *T.* 3. *sub n.* 2. Gomez *in L.* 8. *Taur. sub n.* 14. ℣. *Item etiam.* = Struv. *Exerc.* 38. *thes.* 34.

§. 811.

Se se segue a opinião, que no concurso de sobrinhos sem tio vivo, os admitte *in capita*, e não *in stirpes*, como em igual gráo *ex propriis personis*, sem necessidade do direito de representação, neste supposto querem alguns DD. que se o filho dos irmãos bilateraes concorrem com o tio vivo unilateral do defuncto, para excluir a este não tem outro remedio senão recorrer ao direito da representação, e não *ex propriis personis;* e então recorrendo a esse direito para excluir o tio unilateral, necessariamente hão-de succeder *in stirpes*. (a) Porém o contrario, e que os filhos dos irmãos bilateraes para excluirem o tio unilateral, não he necessario recorrerem a esse direito da representação, e que ainda neste caso succedem *in capita*, excluindo delle, e não *in stirpes*, o demonstra contra Stryk , e outros admiravelmente o citado Koch. pag. 121. Schol. 1. et pag. 128. Voet. ad Pandect. L. 38. T. 17. sub n. 16. ℣. *Quod autem.*

(a) Stryk. *de Succession. ab intest. Diss.* 8. *C.* 1. §. 12.

Secção II.

Successão reciproca dos irmãos germanos illegitimos, e seus filhos.

§. 812.

Podem tambem haver irmãos germanos illegitimos, como dous gemellos de hum estupro ou outro

coito, ou dous filhos dos mesmos pais solteiros, ou sejão naturaes ou incestuosos; podendo ao mesmo tempo ter a mãe delles outros filhos de outros pais legitimos ou illegitimos: E como os irmãos da mesma mãe se succedem huns aos outros, ainda que aliàs não succedão aos pais Ord. L. 4. T. 93., segue-se que tendo algum destes irmãos germanos illegitimos bens seus, e fallecendo, procede a respeito da sua successão o mesmo que fica dicto a respeito dos germanos legitimos, e seus filhos para excluirem aos unilateraes, aos filhos destes, aos tios do defuncto, etc.

Stryk *de Succession ab intestat. Diss.* 3. *C.* 1. §. 36.

Secção III.

Successão reciproca dos irmãos unilateraes legitimos, e seus filhos.

§. 813.

Se unicamente existem irmãos ou irmãs unilateraes, succedem estes *in capita*: Se existem irmãos unilateraes, e filhos de outros irmãos bilateraes defunctos, aquelles succedem *in capita*, estes *in stirpes*. Se com os irmãos unilateraes concorrer hum tio do defuncto, aquelles succedem *in capita*, excluido este. O tio do defuncto não pertence á terceira, mas á quarta classe.

Koch. *supr.* § 9. Stryk. *de Success. ab intest. Diss.* 3. *C.* §. 20.

Concorrendo filhos do irmão com hum tio do defuncto, supposto que o mesmo Koch. com Voet. siga que sómente os filhos dos irmãos germanos excluem o tio, e não os filhos dos unila-

teraes, devendo estes entrar com aquelle á successão, com tudo Stryk. *supr.* §. 21 mostra que os unilateraes, e seus filhos em todo o caso excluem os tios do defuncto.

Nestas successões dos irmãos legitimos bilateraes, ou unilateraes, não se attende jámais a origem dos bens do defuncto, de cuja successão se tracta, huma vez radicados, e consolidados na sua pessoa, e no seu dominio; nem se faz jámais divisão dos paternos ou maternos para passarem aos irmãos dos respectivos lados, Vinn *Sellectar. L.* 2. *q.* 31. Henriq. Coccey *vol.* 2. *Disp.* 42. *de Distinct. bonor. C.* 3. Samuel de Coccey *Jus Contr. L.* 38. *T.* 15. *q.* 8. Voet. *ad Pand. L.* 38. *T.* 17. *n.* 18. Guerreir. *Tr.* 2. *L.* 4. *C.* 3. *a n.* 3. A opinião contraria, que seguem os DD. citados por Guerreir. *n.* 1. *et* 2. Stryk. *de Success. ab inst. L.* 18. *T.* 3. *n.* 4., e outros mais só póde applicar-se nas successões lineaes de Fideicommissos ou Morgados familiares, Prazos familiares, etc. Guerreir. *Tr.* 2. *L.* 4. *C.* 1. *a n.* 60. *et C.* 3. *a n.* 39.

Secção IV.

Successão dos irmãos unilateraes illegitimos entre si, e seus filhos.

§. 814.

Devemos fazer differença entre os irmãos uterinos, isto he, que o são, porque filhos da mesma mãe, mas não do mesmo pai; e os consanguineos, que só o são, porque filhos do mesmo pai, mas de diversas mães: Quanto aos primeiros, he expressa a Ord. L. 4. T. 93. a determinar que taes irmãos succedem *ab intestato* aos irmãos filhos da mesma

mãe, ainda que o sejão de Clerigo, ou de outro damnado, e punivel coito. O que igualmente procede a respeito dos filhos de taes irmãos, ou de outros quaesquer parentes, conjunctos por parte da mãe, ainda que descendão de damnado, e illicito coito, como diz a mesma Ord., (a) que decidio a grande questão, que por Direito Civil havia sobre este ponto. (b) E isto ainda que hum irmão seja legitimo, e outro espurio, tendo já morrido a mãe; porque sobrevivendo ao legitimo he ella a sua herdeira. (c)

(a) Peg. *de supr. Gloss.* 5. *a n.* 1.

(b) Repertor. das Ord. debaixo da conclusão = Irmãos de damnado coito. =

(c) Peg. *supr. n.* 8.

§. 815.

Quanto aos segundos, isto he, aos consanguineos conjunctos por parte do pai, mas de diversas mães, nem elles, nem seus filhos, ou outros parentes, descendendo de damnado, e illicito coito se succedem *ab intestato.* A Ord. pondo huma regra clara quanto aos primeiros veio a firmar regra em contrario quanto a estes; *maxime* sendo esta regra contraria conforme a Direito.

Repertor. *supr.* Peg. *supr. n.* 5. *et* 6.

§. 816.

Ainda que o irmão tenha sido legitimado por seu pai, elle não succede ao irmão consanguineo, e de damnado, e illicito coito; porque a legitimação sómente o habilita para succeder ao pai, e não ao irmão: Póde porém succeder-lhe por testamento.

Peg. *supra n.* 7

§. 817.

« E quanto á successão daquelles (diz a citada « Ord. no fim) que posto que sejão de illicito coi- « to, não he porém damnado, nem punivel, como

« dicto he, guardar-se-ha o que por nossas Ordena-
« ções, e Direito commum he determinado. » So-
bre isto veja-se o que fica exposto na 1.ª 2.ª e 3.ª
Secção deste Capitulo, e nas Notas ao Liv. 3. de
Mell. Freir. T. 8. §. 17. pag 456.

FIM DA TERCEIRA, E ULTIMA PARTE.

INDICE

DOS

CAPITULOS, ARTIGOS E SECÇÕES

DO

TRACTADO DAS OBRIGAÇÕES RECIPROCAS.

PARTE PRIMEIRA.

OBRIGAÇÕES DOS PAIS PARA COM OS FILHOS.

CAP. I. *Obrigação dos pais de alimentarem os filhos legitimos, naturaes, e espurios. Extensão, e limites desta natural, e civil obrigação.*

Exposição, e illustração do Assento de 9 de Abril de 1772..... Pag. 3

Casos, em que nos pais cessa esta obrigação. 9

CAP. II. *Arbitrio judicial sobre a quantidade dos alimentos: Effeitos da Sentença que os julga: Transacções entre os filhos, e pais sobre os mesmos alimentos, e effeitos dellas.*

SECÇ. I. *Arbitrio judicial sobre a quantidade dos alimentos*..... 20

SECÇ. II. *Effeitos da Sentença, que arbitra, e julga os alimentos*..... 21

SECÇ. III. *Transacções entre os filhos, e pais sobre os alimentos*..... 25

SECÇ. IV. *Effeitos das Transacções sobre alimentos*..... 27

CAP. III. *Obrigações dos pais de collocarem seus filhos aos estudos elementares, e das Sciencias; a officios, e artefícios conforme as suas qualidades*..... 28

CAP. IV. *Obrigação dos pais de dotarem seus*

filhos para os Matrimonios carnaes, e para o Sacerdocio, ou para serem Religiosos. 33
CAP. V. *Em que casos he o pai obrigado emancipar o filho: Quando sem expressa emancipação se deva julgar tacitamente emancipado, e para que effeitos civis.*
SECÇ. I. *Emancipação expresa, e voluntario do pai.* 36
SECÇ. II. *Emancipação coacta* 42
SECÇ. III. *Emancipação tacita.* 44
CAP. VI. *Matrimonios dos filhos familias menorenes: Em que casos se podem os pais oppor ás indignas pertendidas nupcias dos filhos: Recursos destes aos Magistrados, etc.*
Analyse da Lei de 29 Novembro de 1775. e da Lei de 6 de Outubro de 1784.
Prenoções 53
SECÇ. I. *Em que casos he justo, e deve pelos Magistrados attender-se o dissenso paterno contra as pertendidas nupcias dos filhos, que recorrem a pedir na fórma destas Leis o supplemento judicial: Em que casos injusto.* 58
SECÇ. II. *Que filhos ou menores devem pedir este consentimento: A que pais, tutores, ou curadores: Fórma do consentimento extrajudicial, quando os filhos não recorrem a Juizo: Em que casos não he necessario.* 61
CAP. VII. *Outros mais casos, em que se extingue o patrio poder.* 64
CAP. VIII. *Em que casos podem os filhos exigir salario dos serviços, que fazem aos pais, mães, madrastas, padrastos, tutores, e curadores.*
Quanto aos pais. Em que casos devão salarios aos filhos. 68
Pelo que respeita ao filho-familias legitimo, que trabalhou nos bens do pai. 68

Pelo que respeita aos emancipados e casados 72
Pelo que respeita aos filhos naturaes e espurios..... 72
Pelo que respeita ás mães..... 73
Pelo que respeita aos padrastos..... 74
Pelo que respeita ás madrastas..... 75
Pelo que respeita aos tutores e curadores.. 75
Como devão arbitrar-se nestes casos os serviços..... 75
Favores e privilegios destas soldadas..... 76
CAP. IX. *Extensão, e limites do poder do pai e mãe para castigarem os filhos, e dictarem aos Magistrados civis castigos publicos*
SECÇ. I. *Direito de castigar por si os filhos imorigeros* 77
SECÇ. II. *Direito de requererem e dictarem aos Magistrados castigo publico*..... 80
CAP. X. *Poderes do pai para remittir as injurias feitas aos filhos: Em que casos lhe compete, ou não compete*..... 83
CAP. XI. *Se he ou não o pai, ou em que casos obrigado defender de crimes á propria custa seus filhos-familias, ou assignar-lhe para esse fim a legitima*..... 86
CAP. XII. *Em que casos tem o pai obrigação de pagar as dividas contrahidas pelos filhos-familias.*
Analyse da Ord. L. 4. T. 50. §. 2. 3. e 4. 89
Outros mais casos, em que os pais são responsaveis pelos filhos..... 95
CAP. XIII. *Peculios dos filhos-familias: Castrense: Quasi castrense: Profecticio: Adventicio: Em que bens dos filhos tem o pai o uso-fructo legal: Encargos annexos ao mesmo uso-fructo.*

SECÇ. I. *Peculios dos filhos, e o que a cada hum pertence* 97
SECÇ. II. *Em que bens dos filhos tem ou não os pris o uso-fructo.*
Analyse da Ord. L. 4. T. 98. 112
ART. I. *Casos, em que o pai não tem uso-fructo nos bens adventicios do filho.* 113
ART. II. *Exemplifica se a regra geral da Ord. L 4. T. 98. §. 7.* 119
SECÇ. III. *Encargos annexos ao uso fructo paterno: Differenças entre este uso-fructo, e o dos mais uso-fructuarios.* 122
CAP. XIV. *Poderes do pai, e em que casos para alienar os bens adventicios dos filhos: Que outros contractos póde fazer sobre elles, e com que solemnidades.*
SECÇ. I. *Alienação* quatenus *venda.* 124
SECÇ. II. *Quanto aos mais contractos sobre os bens adventicios do filho, em que tem o uso-fructo.* 132
CAP. XV. *Em que casos, e em que especies de bens póde haver contractos entre pai, e filho-familias, ou emancipado.* 137
CAP. XVI. *Contractos que póde celebrar o filho-familias com outras pessoas, dependente, ou independente da authoridade do pai.* .. 149
CAP. XVII. *Em que casos póde o filho-familias accionar ao pai em Juizo: Em que casos pdóe o pai activa ou passivamente disputar os bens adventicios, em que tem o uso-fructo, sem dependencia do filho: Em que casos póde o filho-familias estar em Juizo independente do pai, etc.*
SECÇ. I. *Em que casos póde o filho-familias accionar o pai em Juizo.* 154
SECÇ. II. *Em que casos póde o pai activa ou*

passivamente disputar os bens adventicios, em que tem o uso-fructo independente, ou dependente da citação, e consentimento do filho-familias..... 156
SECÇ. III. *Em que casos pode o filho-familias estar em Juizo independente do pai*..... 160
CAP. XVIII. *Restituição plenaria dos bens adventicios ao filho quando se emancipa, casa, ou morre o pai: Direito de hypotheca competente ao filho nos bens do pai para a sua indemnisação: Acções que restão ainda ao filho casado, emancipado, ou morto o pai, ou contra os bens e herança delle, ou contra os terceiros possuidores.*
SECÇ. I. *Restituição plenaria dos bens adventicios do filho quando se emancipa, casa, ou morre o pai*..... 162
SECÇ. II. *Direito da hypotheca competente ao filho nos bens do pais quando foi doloso, e culpavel administrador, para a indemnisação dos seus adventicios*..... 169
SECÇ. III. *Acções que restão ainda ao filho depois de casado, emancipado, ou morto o pai*..... 170
CAP. XIX. *Se ha caso, em que o pai possa ser obrigado em sua vida assignar legitimas aos filhos: Se pode assignar-lha voluntario, acceitando-a antecipadamente o filho, e quando revogavel, quando irrevogavelmente. Quando, e como podem os pais dar partilha aos seus filhos: Effeitos desta partilha, etc.*
SECÇ. I. *Se ha caso, em que o pai possa ser obrigado em sua vida assignar involuntario legitimas aos filhos*..... 172
SECÇ. II. *Se o pai voluntario pode assignar em vida legitima ao filho, e quando revogavel, quando irrevogavelmente*..... 174

Secç. III. *Quando, e como podem os pais em vida dar partilha a seus filhos: Effeitos desta partilha* 177
CAP. XX. *Se os pais podem deixar de adquirir ou renunciar bens ou heranças, que estão a deferir-se-lhe em prejuizo dos filhos, ou em favor de um com consequente abandono dos mais* 184
CAP. XXI. *Obrigação dos pais de instituir seus filhos na legitima sem gravame: Ex-heredação, e causas della.*
Secç. I. *Obrigação dos pais de instituir seus filhos na legitima sem gravame.* 190
Secç. II. *Ex-heredação, e causas della.* 199
Modo, e fórma da ex-heredação 216
Prova das causas expressas no acto da ex-heredação 218
Casos, em que não surte effeito a ex-heredação. 221
Secç. III. *Preterição dos filhos ou netos.* 226
CAP. XXII. *Poderes do pai para fazer substituição pupillar, ou exemplar a seu filho, e para lhe deixar nomeado Tutor.* 227
CAP. XXIII. *Livre arbitrio dos pais para disporem das suas Terças, ou seja por acto entre vivos, ou por ultima vontade: Solemnidades destas disposições: Especialmente das Terças.*
Secç. I. *Disposição das Terças por actos entre vivos* 229
Secç. II. *Disposição das Terças por Testamento.* 238
Secç. III. *Especialidades das Terças neste Reino.* 239

PARTE SEGUNDA.

Obrigações dos filhos para com os pais.

CAP. I. *Obrigações dos filhos de alimentarem os pais, e mais ascendentes* 242

CAP. II. *Obrigações civis dos filhos* 1.° *de servirem, e obsequiarem seus pais:* 2.° *de os curarem, e tractarem da sua cura nas demencias, e enfermidades graves:* 3.° *de os libertarem das prisões, e captiveiros* .....

SECÇ. I. *Quanto á obrigação dos serviços, e obsequios* 245

SECÇ. II *Quanto á obrigação de tractar os pais nas doenças, e enfermidades graves* 249

SECÇ. III. *Quanto á obrigação de libertar o pai da prisão, ou captiveiro* 251

CAP. III. *Preceitos negativos, e juridicos derivados do respeito, que os filhos devem ter a seus pais* .....

SECÇ. I. *Primeiro Preceito Negativo: Não demandar os pais em Juizo sem venia* 253

SECÇ. II. *Segundo Preceito Negativo: Não poder o filho executar o pai* ultra quam facere possit 257

SECÇ. III. *Terceiro Preceito Negativo: Não accusar, nem propor contra os pais acção famosa* 259

SECÇ IV. *Quanto Preceito Negativo: Não poder obrigar ao pai que afiance os seus bens adventicios, e a indemnidade delles* 263

SECÇ. V. *Quanto Preceito Negativo: Não exigir juramento de calumnia ao pai nas demandas, que com elle tractar* 265

SECÇ. VI. *Sexto Preceito Negativo: Não jurar em Juizo contra os pais* 266

SECÇ. VII. *Setimo Preceito Negativo: Não advogar em Juizo contra o pai* 267
CAP. IV. *Obrigação dos filhos para cumprirem os contractos, que os pais fazem com Mestres para lhes ensinarem officios* 267
CAP. V. *Restituição que o filho deve fazer ao pai do peculio profecticio, quando elle o revoga: ou contas que lhe deve dar, quando o propõe como Institutor a alguma negociação, etc* 268
CAP. VI. *Se o filho pode prejudicar ao pai alienando por actos entre vivos todos os seus bens castrenses, ou quasi, ou adventicios, em que o pai não tem o uso-fructo* 271
CAP. VII. *Quando pode testar o filho-familias, que não é casado nem emancipado: De quaes bens: Se os pais vivos são seus herdeiros necessarios nas duas partes dos bens dos filhos* 272
CAP. VIII. *Ex-heredação dos pais, e causas dellas* 279
CAP. IX. *Obrigação que os pais tem de dar sepultura aos filhos, e estes aos pais, e pagarem as despezas costumadas dos enterros, ainda que não sejão herdeiros uns dos outros.* 282
SECÇ. I. *Quando o testador designa a fórma do seu funeral, e para a execução della elege Testamenteiro* 282
SECÇ. II. *Quando o Testador não elegeu Testamenteiro, ou morreo* ab intestato, *mas com bens e herança* 283
SECÇ. III. *Quando o defuncto pai, ou filho morrem sem deixar bens, e herança* 286

PARTE TERCEIRA.

Obrigações dos irmãos para com os irmãos.

CAP. I. *Obrigação reciproca dos irmãos para se alimentarem: Em que casos cessa*..... 290
CAP. II. *Em que casos é ou não o irmão obrigado dotar a irmã: Quando se presuma dota-la dos seus bens, ou dos della, que elle administra: Em que casos póde gravar com condições o dote que lhe faz*..... 300
CAP. III. *Direitos reciprocos dos irmãos, e socios nas cousas communs em quanto não estão partidas*..... 307
Questão 1.ª *Se o irmão ou socio, que habita a casa commum, em quanto não dividida, deve pagar ao irmão, ou consocio renda della?* 308
Questão 2.ª *Em que casos tem os irmãos, e consocios entre si o direito da prelação na cousa indivisa sendo commum?*..... 309
Questão 3.ª *Quando entre irmãos consocios da cousa commum, e indivisa, tractando-se alguma determinação, se attenda, e prevaleça ou não a contradicção de alguns?* 311
Questão 4.ª *Que cousas especialmente não possa obrar na cousa commum o irmão consocio sem concurso do consentimento do irmão?* 315
Questão 5.ª *Que acções pode por si tractar o irmão consocio em Juizo, ou fóra delle, sem dependencia necessaria do consocio: E em que prejudique ou aproveite a Sentença aos mais consocios?* 316
Questão 6.ª *Se o irmão, que tractou* in solidum *a demanda commum sem Procuração do irmão, e venceo para ambos a cousa demandada, pode repetir do irmão, assim utilisado,*

ametade das despezas, agencias, etc. que gastou na demanda? 318

Questão 7.ª *Que despezas pode fazer o irmão, e socio na refeição da cousa commum? Quando tem acção para as repetir? Em que penas incorre o irmão o socio, que demandado, e espaçado não lhas satisfaz?* 321

Questão 8.ª *Quando o irmão ou consocio possa edificar ou superedificar na parede, que he propria de outro, ou na que he commum* pro diviso, *ou* pro indiviso? 327

Questão 9.ª *Que privilegios do irmão, e socio se communicão ao irmão?* 328

CAP. IV. *Quando, e em que circumstancias pode o irmão repellir pela causa da desherdação, ou indignidade, ou por não ser filho legitimo, e de matrimonio, ao irmão, que lhe pede partilha nas heranças paternas. Quando pela causa de as ter renunciado em seu favor: Quando por lhe obstar a prescripção de acção: Quando pelo fundamento de terem precedido partilhas presumidas: Quando por ter o pai em vida feito partilhas.*

SECÇ. I. *Quando os irmãos, que pedem partilha podem ser repellidos pela causa da desherdação, indignidade, ou defeito de filiação.* 330

SECÇ. II. *Quando o irmão, que pede as legitimas as havia renunciado em favor do pai, ou dos irmãos.* 332

SECÇ. III. *Quando podem ser repellidos da partilha os irmãos por lhe obstar a prescripção da acção.* 345

SECÇ. IV. *Quando pode o irmão obstar á partilha allegando partilhas presumidas, e provando as circumstancias, que produzem essa presumpção.*

Questão prejudicial: *Se neste Reino se po-*

de julgar só por presumpções, e pelo lapso de dez annos, que entre os co-herdeiros houve primeiras, e effectivas partilhas, que obstem ás segundas, que hum delles pertende? 348

Em que casos se presume partilha 352

SECÇ. V. *Quando pode o irmão repellir o irmão por ter o pai em vida feito as partilhas.* 356

CAP. V. *Direitos reciprocos, e obrigações de collação, e imputação entre irmãos* 356

Questão 1.ª *Porque razão foi introduzida a collação? Sua genuina definição: Semelhança, e differença da imputação: Consectarios da definição: Em que casos geralmente tem ou não lugar o direito da collação? Se basta a vontade do pai conjecturada para cessar esta obrigação?* 357

SECÇ. UNICA. *Se sem embargo da Novella 18. C. 6., que parece requer huma vontade do pai expressa para cessar no filho a obrigação da collação, basta huma conjecturada vontade do pai, que o filho não confira o que delle recebeo* 361

Questão 2.ª *Entre que pessoas he praticavel a collação?* 365

Questão 3.ª *Que dotes, doações, ou liberalidades feitas pelos pais aos filhos (ou por contemplação delles a seus filhos pelos avós) devão conferir-se nas partilhas com os irmãos, e sobrinhos?*

SECÇ. I. *Dotes, doações, e liberalidades feitas pelos pais immediatamente aos filhos, e por actos entre vivos* 370

SECÇ. II. *Dotes, doações, e liberalidades feitas pelos avós aos netos, quando os filhos, pais dos mesmos netos devão conferi-las nas partilhas com seus irmãos como feitas aos netos em contemplação dos filhos* 378

Secç. III. *Dotes, doações, e liberalidades feitas pelos tios a sobrinhos, ou por quaesquer outras pessoas, que não sejão ascendentes; quando se presumão ou não por contemplação dos pais, e devão ou não conferir-se pelos doados nas partilhas com os irmãos* 380
Secç. IV. *Collação dos filhos entre si quando succedem ao pai, e vem em duvida nesta partilha os dotes, e doações, que alguns delles recebêrão, não do pai, mas do avó* 381
Questão 4.ª *Que despezas feitas pelos pais em beneficio, e utilidade dos filhos se devem por elles conferir?*
Secç. I. *Despezas para compra de Officio de Justiça* 382
Secç. II. *Despezas para Bullas de Dispensas matrimoniaes, Beneficios, Pensões, ou Irregularidades dos filhos* 385
Secç. III. *Despezas das vodas, e banquetes nos dias das Nupcias, e Missa nova dos filhos*... 385
Secç. IV. *Despezas em vestidos dos filhos solteiros, quando devão conferir-se* 386
Secç. V. *Prestações assignadas annualmente aos filhos se devão, ou quando conferir-se*..... 338
Secç VI. *Despezas dos pais com os Mestres, que ensinão os filhos a officios, e arteficios, e com a compra das ferramentas, e instrumentos dos mesmos officios; quando devão ou não conferir-se*..... 392
Secç. VII. *Despezas dos pais nos livramentos de crimes dos filhos, e satisfação de condemnações pecuniarias: Despezas que o filho libertino fez em jogos, e outras libertinagens, subtrahindo bens aos pais; quando devão conferir-se*..... 392
Secç. VIII. *Despezas dos filhos nos Estudos menores, e maiores até o grão de Doutor; Li-*

vros para os Estudos, e exercicio delles; quando devão ou não conferir-se..... 397
Secç. IX. *Despezas para Magistraturas, Cavallaria, Serviço no Paço, e Romarias*..... 402
Secç. X. *Despezas feitas pelo pai nos bens adventicios dos filhos, quando elles as devão conferir a seus irmãos*..... 402
Questão 5.ª *Como deve praticar-se e executar-se a collação das cousas, que se conferem.*
Secç. I. *Collação das cousas individuas, e pratica da licitação nellas*..... 403
Secç. II. *Collação das cousas dividuas como deva praticar-se*..... 406
Secç. III. *Collação dos rendimentos dos bens doados ou dotados*..... 411
Questão 6.ª *Em que casos cessa no filho a obrigação de conferir o que recebeo, alem dos já expostos neste Cap.?*..... 413
Questão 7.ª *Que remedios competem ao irmão contra o irmão para obter a collação dos bens, que deve conferir, e pedir partilha na herança?*..... 416
CAP. VI. *Regras da equidade, que se devem praticar nas partilhas judiciaes ou extrajudiciaes entre os irmãos: Cautellas a respeito das Servidões, que hão de ficar subsistindo reciprocamente depois das partilhas*..... 428
CAP. VII. *Acções que restão aos irmãos depois das partilhas judiciaes ou extrajudiciaes:* 1.° *para emendar lesões, que nellas interviessem:* 2.° *para pedir partilha do que se sobnegou ou não conferio:* 3.° *para corrigir erros, se a partilha se fez com o que não era co-herdeiro, ou se dividirão bens, que a ella não pertencião:* 4.° *para indemnisar evicções de bens, que ficárão a algum co-herdeiro, etc.*

Secç. I. *Acção para emendar lesões*..... 435
Secç. II. *Acção para pedir partilha do que se sobnegou, ou não conferio no inventario, ou partilhas extrajudiciaes*..... 449
Secç. III. *Acções para corrigir erros se a partilha se fez com o que não era co-herdeiro, ou nella se descrevérão bens, que não devião entrar nella*..... 456
Secç. IV. *Acção competente ao irmão para ser indemnisado de alguns bens, que depois de lhe serem adjudicados em partilhas forão vencidos, e tirados por terceiro, que os reivindicou.* 459
CAP. VIII. *Acções que ainda competem a qualquer irmão co herdeiro: 1.° para repetir as mutuas prestações: 2.° os rendimentos da sua legitima, e em que casos cessão*..... 464
CAP. IX. *Sociedades tacitas entre irmãos: Formas das partilhas dos adquiridos em cada huma dellas.*
Prenoções..... 471
Secç. I. *Sociedade tacita* victus et mensae.
Art. I. *Em que circumstancias se subentenda contrahida esta sociedade*..... 473
Art. II. *Que he o que se communica, ou se pode repetir entre estes socios*..... 474
Secç. II. *Sociedade* Simplex bonorum.
Art. I. *Requisitos para se presumir, e julgar esta especie de sociedade*..... 475
Art. II. *Que lucros se communicão entre os socios nesta sociedade* simplex bonorum..... 477
Art. III. *Em que casos devem estes socios communicar as compras que fazem*..... 479
Art. IV. *Quando se presume que os bens comprados por hum dos irmãos o forão com dinheiros communs*..... 483
Art. V. *Que despezas destes socios devem ser*

communs; quaes em particular, ou quaes damnos imputaveis a cada hum delles 483
ART. VI. *Fórmas das partilhas dos lucros, e adquiridos nesta sociedade* simplex bonorum. 485
SECÇ. III. *Sociedade universal* omnium bonorum.
Prenoção 491
SECÇ. IV. *Sociedade particular tacita entre irmãos* 494
CAP. X. *Quando pode o irmão accusar criminalmente o irmão, ou ser testemunha por elle, ou contra elle na causa civil, ou criminal*... 496
CAP. XI. *Outros direitos, e favores reciprocos dos irmãos* 497
CAP. XII. *Em que casos poderá o irmão querellar o testamento do irmão* 498
CAP. XIII. *Successões reciprocas* ab intestato *dos irmãos germanos, e uterinos, ou seus filhos, concorrendo ou não com os tios, ou sejão legitimos, ou sejão naturaes, ou espurios.*
SECÇ. I. *Successão reciproca dos irmãos germanos legitimos, e dos filhos delles* 501
SECÇ. II. *Successão reciproca dos irmãos germanos illegitimos, e seus filhos* 504
SECÇ. III. *Successão reciproca dos irmãos unilateraes legitimos, e seus filhos* 505
SECÇ. IV. *Successão dos irmãos unilateraes illegitimos entre si, e seus filhos* 506