

NOTAS DE USO PRÁTICO, E CRÍTICAS

ADDIÇÕES, ILLUSTRAÇÕES, E REMISSÕES,

(A' IMITAÇÃO DAS DE MULER A STRUVIO)

*Sobre todos os Titulos, e todos os §§. do Livro
2.º das Instituições do Direito Civil Lu-
sitano do Doutor Pascoal José
de Mello Freire.*

PARTE II.

POR MANOEL D' ALMEIDA E SOUSA
De Lobão.



LISBOA:
NA IMPRESSÃO REGIA
ANNO 1818.

Com Licença.

P R E F A C I O .

BEm longe estava eu de dar á Luz esta Segunda Parte , já composta desde o anno de 1805 ; porque tendo andado de mão em mão de amigos para a lerem , e de alguns para a copiarem ; eu a supunha perdida na invasão dos Francezes : Casualmente me veio á mão em Fevereiro de 1817 : Na suposição da sua perda estava desanimado de continuar as Notas ao Livro 3.^o , dando entre tanto á Luz a Parte I. e outras Obras : Agora pois estou animado a continuar , e continuo as Notas ao Liv. 3.^o , quanto a muita idade , e pouca saude me permittirem , e por todo este anno de 1817 , me faço devedor e responsavel ao Público : Entre tanto meus amados Principiantes , para os quaes só escrevo , podem utilizar-se desta 2.^a Parte , que contém materias práticas , frequentes , e interessantes , e em que não pude conter a penna para ser mais conciso ; parecendo-me util , e necessario tudo quanto escrevia.

TITULO I. §. 1. e §. 2.º. RUBR.

De Jure Personarum.

Esta palavra = *Pessoa* = na accepção juridica, he o homem considerado como em certo estado. O estado he certa qualidade do homem, conforme a qual qualidade gosa de Direitos diversos dos que gosão outros homens, Boehmer. ad Jus ff. Liv. 1. Tit. 5. n. 1. O estado do homem, ou he vulgar, ou civil: O vulgar comprehende todo o estado, que não induz discrepancia dos Direitos civis na Cidade, e nesta intelligencia se pôde figurar em diversos estados, e a diversos respeito figurar diversas Pessoas. O estado Civil na Republica Romana respeita o uso, e Commercio do Direito Romano, e este he o estado da liberdade, da Cidade, da Familia.

Os estados vulgares são infinitos: Pelo Sexo ha differenças, e diversos Direitos relativos entre os machos, e femeas, e hermaphroditos: Huns são nascidos, e estes ou vivos, ou perfectos, ou monstruosos; legitimos, ou illegitimos; menores, ou maiores; surdos, ou mudos; prodigos, etc. Outros são posthumos, e nascituros. Os estados civis se reduzem a tres: 1.º, o estado da liberdade, ou da escravidão: 2.º, o estado da Cidade com distincção entre os Cidadões ou Peregrinos, e entre os Cidadões com distincção entre os Patricios, e Plebeos: 3.º, o estado das Familias, considerado como Sociedade domestica desigual entre os conjuges, filhos, e criados, etc. Entre estes filhos ha huns capazes, outros incapazes

de successão , como os Religiosos mortos civilmente para o Seculo , e huns emancipados , outros não : Todas estas differenças de estados de Pessoas fazem com este detalhe ; Boehmer. ad Jus ff. Liv. 1. Tit. 5. e 6. , Domat Loix Civil. Liv. Prelim. Tit. 2. Sect. 1. e 2. , accrescentando no §. 15. da Sect. 2. , que tambem as Communidades Ecclesiasticas e Leigas são na Republica Assembleas de muitas Pessoas unidas em hum Corpo. E este Corpo , e Communidades , taes como os Cabidos , as Universidades , os Mosteiros , e outras Casas Religiosas , os Collegios , as Sociedades instituidas para formar Sociedades uteis , ou a Religião , ou a Policia , são como Pessoas moraes com seus bens , seus direitos , seus Privilegios , com differenças que os distinguem das Pessoas particulares. De todos estes Estados de Pessoas se trata no presente Livro.

TIT. I. §. 3. §. 4. §. 5. RUBR.

Servi aut nascuntur , aut fiunt ? Hodie nemo Servus nascitur. Partus quem sequatur.

Depois da Lei de 16 de Janeiro de 1773 , cessão já todas as Questões , que suscitirão os nossos com Fragoz. p. 3. Liv. 10. Disp. 21. e 22. a respeito dos escravos deste Reino ; e dos filhos das escravas ; cessa o que destes largamente discorreo Lagun. de Fruct. p. 1. Cap. 8. tot. : E só resta a Questão , se qualquer ainda hoje pôde vender , e captivar perpetuamente a sua liberdade : Questão que pôde vêr-se no Citado Fragos. d. Disp. 21. §. 1. a n. 7. , em Molin. de Just. Disp. 33. , e em Arouc. na L. 5. §. 1. a n. 1. (quidquid in contrarium Valasc. de Jur. Emph. Q. 37. n. 9. , Cald. de Empt. Cap. 30. n.

36.) Genuens. de Offic. Liv. 2. Cap. 4. §. 4. , Formey Extrait de Wolph. Princ. du Droit. Nat. Tom. 3. Cap. 6. a §. 4. et 8. : Veja-se Mello infra §. 15.

TIT. I. §. 6. RUBR. §. 7. RUBR.

De Captivis alienis : De nostris Captivis.

Devemos distinguir : 1.º , os captivos em guerra entre os Christãos : 2.º , os captivos pelos Christãos em guerra com os Sarracenos : 3.º , os nossos captivos pelos Sarracenos : 4.º , os captivos em guerra de Barbaros com Barbaros : Os primeiros não ficão servos : Os segundos o ficão só como por hum direito de retorsão , assim como elles o praticão com os nossos (no que não advertio bem Mello) que a si captivão : Os terceiros não perdem a liberdade , nem os direitos de nossos Nacionaes , e Cidadões : Os ultimos por direito reciproco , e pelo da guerra ficão escravos huns dos outros : Veja-se com os Consectarios que destes Principios se derivão ; Bagn. Cap. 14. a n. 141. ad 170. , Stryk. us. mod. Liv. 1. Tit. 5. §. 1. até o §. 4. , Boehmer. ad Jus ff. Liv. 1. Tit. 5. n. 9. , Fragos. Silv. §. 1. a n. 9. , Hein. ad Grot. de J. B. et P. Liv. 3. Cap. 7. Sig. §. 9.

Nota : O que Mello diz neste §. com Bodin. de Republ. e Selden , he arguido de erro por Thomas. ad Inst. Liv. 1. Tit. 3. §. Cave agitur ibi = unde graviter errat Bodin. de Republ. Liv. 1. Cap. 5. . . . quem postea incaute sequenti sunt recentiores , etc. : Em quanto Mello na Nota diz , que os Sarracenos captivos nunca entre nós forão reputados servos , nem tratados taes ; ou se deve entender que o não

forão com o rigor do Direito Romano ; como na Alemanha diz Thomas. Silv. *ŷ. Similiter de Turcis*, ou se ha de attribuir esse benigno tractamento á caridade Christã dos Lusitanos. A Ord. Liv. 4. Tit. 11. §. 4., supõe Mouros em justa escravidão ; e em Testamentos antigos se vê disporam os Testadores de Mouros escravos. Porém não deixão de ter o poder de praticar pelo *jus retorsionis* contra elles, o mesmo que elles praticão com os nossos captivos, como assentão Stryk., e Boehmer., e conduzem os mais fundamentos de Stryk. Vol. 6. Disp. 20. de *retorsione juris*. Em quanto Stryk. com Covarruv., e os mais citados dizem que os nossos captivos pelos Sarracenos nada perdem da liberdade, que podem testar: Adde eund. Stryk. de Caut. Testam. Cap. 3. §. 45., e Cap. 15. §. 12.; Pinheiro de Test. Disp. 1. Sect. 1. §. 1.; Val. Cons. 30. n. 7., se oppõe Thomas. Silv. *ŷ. Nostris civis = concludendo que... Secundum mores gentium, pendente captivitate jura captivorum sunt in suspenso.*

TIT. I. §. 8. RUBR.

De Redimendi jure.

„ Os bens pertencentes aos captivos serão (diz
„ a Lei de 4 de Dezembro de 1775 §. 4.) primeira-
„ mente os que produzirem as esmolas, que o fervor
„ dos Fieis quotidianamente lhe está subministrando,
„ e subministrará cada dia mais sabendo o bom uso
„ que determino fazer dellas. Recomendarei aos Bis-
„ pos, e Prelados ponhão grande cuidado, e vigilan-
„ cia em que se não esfrie este antigo fervor: Man-

„ dando aos Parochos que no primeiro Domingo de
„ cada mez exhortem aos seus Freguezes a continua-
„ ção de huma esmola tambem empregada (§. 6.)
„ Em segundo lugar lhe pertencem os Legados, e
„ encargos de Capellas que Mando se cumprão não
„ excedendo as quantias taxadas nas Leis novissimas
„ Testamenteiras, ou não lhe obstando outro algum
„ impedimento (§. 7.): Em terceiro lugar lhes per-
„ tencem as heranças não addidas, e bens que forem
„ vagos para a Coroa por falta de Successão, que
„ Sou Servido de novo applicar para os sobreditos
„ captivos, como já antecedermente se achava dis-
„ posto no Regimento antigo (§. 8.): Finalmente
„ lhes pertencem não só as penas que em varias Or-
„ denações se achão expressamente applicadas para
„ captivos; mas tambem aquellas que os Julgadores
„ costumão applicar ametade para captivos, confor-
„ me a Ord. Liv. 5. Tit. 137., a qual Quero se en-
„ tenda daquelles Julgadores, que tratão de impor as
„ ditas penas, e não dos que tratão sómente da con-
„ demnação dos Réos, cessando desta sorte a dúvi-
„ da que sobre a intelligencia da dita Ord. se movia
„ até agora no Foro.

Esta Lei que extinguiu o Officio, e Jurisdicção dos Mamposteiros, e a reunio nos Provedores, no que não dispõe, deve supprir-se pelo Regimento dos Mamposteiros, que transcreveo Ferreira Prat. Crim. Tom. 3. Cap. 33., porque se a jurisdicção delles se supprimmio, não o Regimento mais amplo que a dita Lei: Ella porém quanto ao §. 4., es á em abuso, e já não ha raes cepos de que falla o §. 9., nem Mamposteiros pequenos, que peção as esmolas; já porque os Bispos e Parochos não promovem o zelo dos Fieis; já porque ninguem se quer incumbir do trabalho de Mamposteiro menor, pois os privilegios que lhe con-

cedia o outro Regimento , que transcreveo o citado Ferreira se lhe não cumprem geralmente. O §. 7. da mesma Lei que era relativo á Ord. Liv. 1. Tit. 89. §. 1., e ao antigo Regimento Cap. 8., está revogado pelo Alvará de que outra vez incorporou para a Coroa as heranças não addidas, e bens vagos, etc. O §. 8. está em abuso porque se não cumprem jámais os Alvarás de 1669, e 1640, que deixou transcritos o citado Ferreira dito Cap. 33. n. 2. e 3.º, maxime depois que esta ultima Lei declarou a dita Ord. Liv. 5. Tit. 137.

He prohibido fazer Cessões de dividas em favor da redempção dos captivos pela Lei de 9 de Outubro de 1754, aonde se exceptua sómente o caso de serem as dividas, ou acções arrematadas pelos mesmos Juizos para pagamento dos Credores, a quem pertencem, devem a Fazenda dos captivos, Lei que he relativa á Lei de Cortes, que vem em Peg. Tom. 12. ad Ord. Liv. 2. Tit. 52. §. 6. n. 1.

TIT. I. §. 9. RUBR.

Redempti Conditio.

Oito casos em que cessa a acção *Negotiorum gestorum*, compêto ao que resgara o captivo contra o resgatado os refere e comprova Arouc. na L. 5. §. 1. de Stat. homin. sub n. 27. Pelo contrario o que resgata hum escravo alheio tem retenção nelle até que o Senhor lhe pague a despeza do resgate, Cabed. Dec. 194. Portug. de Donat. Liv. 2. Cap. 26. n. 115.

TIT. I. §. 10. RUBR.

De Indorum libertate Leges.

Veja-se Fragos, p. 3. Lib. 10. Disp. 22. §. 1., aonde refere a Lei de ElRei D. Sebastião : Outras mais Leis em favor dos Indios, além das que refere Mello neste §. se podem vêr succadas nas remissões das Leis novissimas por Sousa Verbo *Indios*, e Verbo *Cazar podem os Portuguezes*.

TIT. I. §. 11. RUBR.

Pœna Servitus.

Veja-se Stryk. Us. mod. Liv. 4. Tit. 5. §. 7., optime Portug. de Donat. Liv. 3. Cap. 15. a n. 60., et Cap. 30. a n. 8.º, e o meu Tract. de Jur. Emph. a §. 314., aonde largamente dispueto se ha servos da pena, e quando elles podem nomear os Prazos : *Et antequam cave a Mello hic*; porque a Ord. Liv. 4. Tit. 81. §. 6., foi huma particular dispensa em favor da causa pia, restricta pela palavra = *Sómente* = E em tudo o mais fica intestavel o condemnado á morte como servo de pena, Portug. Silv. n. 69.: E podemos seguramente objectar a Mello Stryk, Silv. em quanto diz „ *ne max sublata pœna servitute ta* „ *liter damnatis testandi licentiam indulgeamus* „ *quod nimis audacter aliqui faciunt; hoc enim de* „ *pendet ex jure Civitatis*.

TIT. I. §. 12. RUBR.

De Nigris in Brasilia Servis.

Além da Lei de 9 de Setembro de 1761 que refere Mello, Veja-se também a Lei de 14 de Outubro de 1758, e as mais Leis que refere, e substancia Sousa, remissões das Leis verbo *Escravos*, e verbo *Negros*; e as mais que refere Nogueira Coelho na Relação das Leis pag. 55.

TIT. I. §. 13. RUBR.

Et Adscriptitiis.

Sobre a intelligência da Ord. Liv. 4. Tit. 42. Veão-se Lim. ibidem, Portug. de Donat. Liv. 3. Cap. 43, a n. 29. et Liv. 2. Cap. 30. n. 21., et Liv. 1. Prælid. 2. §. 2. n. 109. et 110., Valasc. de Jur. Emph. Q. 37., Lagun. de Fruct. p. 1. Cap. 28. n. 195., Arouc. na L. 5. de Stat. homin. n. 16., Repertor. debaixo da palavra = *Morar não será ninguém constrangido*. = e o meu Append. Diplom. Histor. ao Direit. Emphyt. a §. 13. á pag. 31., aonde nada resta a dizer.

Sobre a Nota a este §. He verdade que neste Reino não ha Feudos, Peg. Tom. 2. ad Ord. Liv. 1. Tit. 3. Glos. 4. Cap. 19. pag. 52. E nem ainda as Doações de bens da Coroa são Feudaes, nem tem natureza de Feudo, Ord. Liv. 2. Tit. 35. §. 2., ubi Peg. Tom. 11. Cap. 60.: He verdade que os Feudos forão odiosos aos nossos Legisladores: Porém o certo he que muitos dos Direitos Reaes estabelecidos na Ord. Liv. 2. Tit. 26., forão ad instar dos Feudaes

no Tit. *Quæ sint regalia*: O certo he que as Doações da Coroa tem muitas semelhanças com os Feudos, e com a successão delles, Peg. Silv. a n. 8. et alleg. 2. a n. 268. Só sim para se colibirem as prepotencias, e excessos dos Senhorios Donatarios, he que se estabelecerão as Providencias, que se acatão nesta Nota: A maior parte das Honras, e Coutos se devassarão no tempo de ElRei D. Diniz pela Lei que refere Brandão Part. 5. no Appendix N.

A Ord. Liv. 3. Tit. 71., determinou que dos seus Ouvidores se appellasse para as Relações. A Ord. Liv. 2. Tit. 45. 48. e 49., lhe limitou os poderes, e occorreo a todas as suas Prepotencias, etc.: Mas vestigios de Direitos Feudaes se encontrão nos nossos antigos Prazos, e nas nossas Leis: Veja-se o dit. Tr. Diplom. Tit. 1. tot.

TIT. I. §. 14. RUBR.

De Servis alienis, seu Famulis.

Ainda que ,, todo o homem livre póde viver ,, com quem quizer, Ord. Liv. 4. Tit. 28., continua esta Lei dizendo que ,, Isto não haverá lugar naquelles que por nossas Justiças forem constrangidos, ,, ou requeridos para viverem por soldada com outrem segundo a fórma de nossas Ordenações, por ,, que estes depois que pelas Justiças forem requeridos não poderão viver com outrem, senão acabado ,, o tempo em que houverem de viver com esses com ,, que lhes foi mandado. ,, Tacs são 1.º, 9s que a Ord. Liv. 1. Tit. 88 a §. 13. e 17., obriga que servirão por soldada aos Lavradores, que na fórma do dito §. 17. Se fugirem por sua culpa serão constrangidos a tornar a servir todo o tempo contheudo na

obrigação , e mais outro tanto , quanto deixarão de servir , etc. E quando a fugida se deva julgar por culpa dos Orfãos , ou dos Amos , que os assalariarão para os diversos fins , que estabelece o dito §. 17. , Veja-se Peg. *ibidem* , e mais largamente Guer. Tr. 3. L. 5. Cap. 12.

Taes são 2.º , os filhos que devendo receber os alimentos em casa dos Pais , e prestar lhes os serviços , e obsequios : Porque não lhe he livre viver com quem quizerem , e exigirem os alimentos apaitando-se da casa do Pai , sem justa causa ; devendo assim ser criados necessarios artificiaes , ou obsequiaes , conforme as qualidades das suas Pessoas em quanto dos Pais exigirem alimento , Silv. ad Ord. Liv. 4. Tit. 28. a n. 5. Assento de 9 de Abril de 1772. E quaes sejam ou não essas justas causas , Veja-se Portug. Liv. 1. Prælund. 2. §. 2. a n. 117. , Surd. de Alim. Tit. 4. Q. 15. , Altim. ad Rovit. Liv. 3. Obs. 21, n. 28. , Antonel. de Loc. Legal. Liv. 2. Cap. 19. Q. 3. a n. 25. , Sabel. resol. 86. a n. 18. , Coler. de Alim. Liv. 2. Cap. 3.

Taes são 3.º , os orfãos ou filhos , que os Tutores , Pais , ou ainda mãis , com as solemnidades da Ord. Liv. 1. Tit. 88. §. 16. , ou sem ellas obrigão , ou elles se obrigão com algum Artifice para lhe ensinar algum officio ; porque precisamente são obrigados habitar com os Mestres , e aprender todo o tempo paccionado , Silv. ad Ord. Liv. 4. Tit. 28. n. 13. 14. e 15. , a menos que não sobrevenha alguma justa causa das que expõe Peg. Tom. 7. ad d. Ord. Tit. 88. §. 16. , e Guerreir. Tr. 3. Liv. 5. Cap. 13. tot.

Taes são 4.º , aquelles que a Ord. Liv. 2. Tit. 50. §. 2. permite serem obrigados para servirem aos Senhores das terras.

Taes são 5.º , os mendicantes validos , que podem ser obrigados , e constringidos a servir ; porque o homem nasce para o trabalho , e não para a ociosidade , Job. Cap. 5. , Genes. Cap. 3. , Peres in Cod. Liv. 11. Tit. 25. , e são bem notaveis as Leis apud Leon. Part. 4. Tit. 13. L. 3. e 4.

TIT. I. §. 15. RUBR.

Mercēs bis semper debetur.

Em que casos se deva o salario não convencio- nado? Por quaes , e a quaes Pessoas? Com respeito a que circunstancias se deva arbitrar , etc.? Veja-se largamente Silv. ad Ord. Liv. 4. Tit. 29. , Zacch. de Salar. Q. 102. , Peg. Tom. 4. for Cap. 45. , Re- pector. Verbo *Soldada* = *De salario pro operis li- berorum præstando* = Veja-se ex professo Harpre- ct. Dissert. Academ. 2. tot. , e Peg. Silv. Cap. 45. a n. 104. , Fragos. Part. 3. Disp. 22. §. 5. n. 117. et 118. Adverte-se porém que a Ord. Liv. 4. Tit. 31. , que taxou os salarios não convencio- nados , está abrogada pelas variações dos tempos , Veja-se o Re- pector. de baixo da palavra = *Soldada dos Escudei- ros das mesmas Pessoas.*

TIT. I. §. 16. RUBR.

Pæna Servi dominum relinquentis.

Esta pena he bem expressa na Ord. Liv. 4. Tit. 30. e Tit. 34. , e Liv. 1. Tit. 88. §. 17. , e merece justa censura o doutissimo Mello em quanto no fim da Nota ao dito §. 16. , recorrendo a factos Histori- cos , indifferentes , e não positivos , conclue com es-

tas palavras = *Hæc tamen Ordinatio, et similes, quæ ex antiqua Regni militia proficiscuntur, hodie cessant.* = É isto quando 1.º, já essa antiga milícia tinha cessado no tempo da compilação Filipina, e os compiladores conservarão a mesma Ord. confirmada depois pelos Senhores Reis deste Reino: Quando 2.º, pelo Direito Romano subsidiario era o criado responsavel a todo o interesse do Senhor que deixou de servir no tempo estipulado, Harprectr. Vol. 4. Disp. 82. n. 119., Vin. ad §. fin. Instit. de Verb. oblig. n. 3., Silv. ad Ord. Liv. 4. Tit. 35. n. 4. Guerreir. Tr. 3. Liv. 5. Cap. 12. n. 53. in fin., Zacch. de Salar. Q. 22. n. 2.

Quando 3.º, o obrigado ao facto pessoal, ainda prestando o interesse, não fica desobrigado conforme a opinião de qua Silv. ad Ord. Liv. 4. Tit. 28. a n. 17., Moraes Liv. 2. Cap. 9. n. 11., Brunneinan. ad L. 38. ff. de Locat., Carlev. de Jud. Tit. 3. Disp. 3. n. 9., Hontalb. de Jur. Superv. Tom. 2. Q. 27. a n. 28. E por estylo deste Reino o obrigado ao facto póde ser compellido por prizão, e só a prestação do interesse he o ultimo, e subsidiario remedio, Moraes Liv. n. 11., Gomes in Manual. Cap. 42.

Quando 4.º, em toda a Europa ha Leis semelhantes ás nossas, Liv. 4. Tit. 30. e 34. como na Alemanha, e suas Provincias, Harprectr. Dissert. 82. a n. 118., et Dis. 84. a n. 96.: Em Roma Zacch. de Salar. Q. 68. n. 25. E esta he a commua resolução dos DD. com os quaes Conciol. ad Stat. Eugub. L. 5. Rubr. 39., Constant. ad Stat. Urb. Annot. 17. a n. 52., Zacch. de Salar. Q. 68. a n. 19., Harprectr. Silv., Stryk. Vol. 2. Disp. 4. Cap. 4., Silv. ad Ord. Liv. 4. Tit. 30. et 34.

E só será exculpavel o criado se fugir do Amo sem culpa sua, e ou por permissão do Amo, ou por

causa justa que o Amo lhe occasionasse; porque para ter lugar a pena das Leis, he necessario no criado esta culpa, de quo Veja-se Silv. ad Ord. Liv. 4. Tit. 34. a n. 10., Guerreir. Tr. 3. Liv. 5. Cap. 12. a n. 46.

TIT. I. §. 17. RUBR.

Merces quo tempore petenda.

Sobre a intelligencia da Ord. Liv. 4. Tit. 32., e casos em que cessa a sua disposição, ou prescrição trienal? Veja-se Silv. ibidem, Peg. Tom. 4. for. Cap. 45., Guerreir. Tr. 3. Liv. 5. Cap. 12. a n. 67., Constant. ad Stat. urb. Annot. 48. tot. Só devo advertir hum notavel, que esta Ord. só procede na soldada que he ajustada, e não nos que servem a bem fazer, como filhos a mãis, parentes a parentes, etc. Veja-se Pereir. Dec. 46., Gam. Dec. 334. n. 11., Peg. 4. for. Cap. 45. a n. 3., Silv. ad Ord. Liv. 4. Tit. 32. n. 4. e 8.

TIT. I. §. 18. RUBR.

De illius probatione.

Veja-se Silv. ad Ord. Liv. 4. Tit. 33., *ubi nihil intactum reliquit.*

TIT. I. §. 19. RUBR.

De damno a Servis illato.

Para intelligencia da Ord. Liv. 4. Tit. 35., além de Silv. ibidem, devem vêr-se Fragos. p. 3. Liv. 10. Part. II.

Disp. 22. §. 5. n. 116. , Stryk. Vol. 2. Disp. 4. Cap. 7. tot.

TIT. I. §. 20. RUBR.

Et Legato Servis relicto.

Assim como o Legado deixado ao criado se presume , em falta de contraria expressão , deixado em pagamento da divida de soldadas , Ord. Liv. 4. Tit. 31. §. 11. O mesmo milita quando o que as deve ao criado lhe dá ou dota sem outra expressão alguns bens por acto *inter vivos* ; porque igualmente por identidade de razão se presume que he com animo de compensar , Veirão-se Cabed. Dec. 117. , e os mais DD. *cum quibus* Silv. ad eund. Ord. a n. 9. , e além deste Begnudel. verbo *Salarium* n. 41. Conduz em semelhante caso Sousa de Maced. Dec. 23. , aonde satisfaz á objecção de não poder haver compensação tacita de especie com quantidade. *Eos consule.*

TITULO II. RUBR.

De Civibus et Perigrinis.

Para melhor se comprehender o exposto neste Tit. , devemos fazer huma , e primeira differença entre os Naturaes do nosso Reino , e nelle naturalizados por qualquer dos modos legitim s pelos quaes o Estrangeiro póde ser naturalizado , e entre os Estrangeiros mesmos : E quanto aos Naturaes do Reino , devemos fazer differença entre os domiciliarios em qual-

quer lugar ou Cidade , e os que nella , ainda que moradores , não tem propriamente domicilio , Veja-se Portugal Liv. 2. Cap. 15. a n. 37. Os Direitos relativos são diversos : Quanto aos primeiros : Porque os Estrangeiros não podem no Reino obter Officios , Magistraturas , nem Beneficios : Veirão-se os DD. citados Liv. 1. Tit. 12. §. 7. , e além delles Portug. de Donat. Liv. 2. Cap. 15. a n. 39. : Nem em bens da Coroa , Ducados , Marquezados , etc. Madeir. de Sous. Alleg. sobre a Casa de Aveiro. Pelo contrario só os Nacionaes podem ser providos , e tem direito de preferencia para o serem nos taes Officios , e Beneficios , DD. supra : Quanto aos segundos de ser , ou não ser qualquer Natural do Reino domiciliario nesta , ou n'outra Cidade , em hum ou outro territorio , resultão diversos effeitos para diversos fins Juridicos : Como são 1.º , para gozarem dos favores , e Privilegios concedidos a essa Cidade , e Termo em que habitão , nos termos da Ord. Liv. 2. Tit. 56. : 2.º , para gozarem como vizinhos do uso dos montes , e compascuos , ou não gozarem como não verdadeiros vizinhos , e domiciliarios , de quo Ferreira de Nov. Op. r. Liv. 2. Disc. 3. a n. 13. cum seq. , Otter. de Pasc. Cap. 3. . Pecch de Servit. Cap. 9. Q. 52. : 3.º , para pertencer a facção do Inventario ao Juizo do domicilio , e não ao do obito casual , de quo Guerreir. Tr. 1. Liv. 1. Cap. 3. : 4.º , para gozar qualquer do foro do seu verdadeiro domicilio para só ahi (não havendo privilegio contrario , que delle o arranque) poder ser demandado nos termos da Ord. Liv. 3. Tit. 11. , etc. Dos primeiros trata Mello desde o §. 1. até o 6.º Dos segundos desde o §. 7. até o fim deste Tit.

TIT. II. §. 1. RUBR.

Cives qui sint.

He verdade que = *Cives nascuntur, aut fiunt. Nascuntur ex civibus nostris, fiunt domicilio et habitazione*: Como prenota Mello neste §. 1.: Porém também ha Naturaes do Reino, ou póde havellos por Privilegio que o Rei conceda a algum Estrangeiro, havendo-o por naturalisado no Reino; sendo esta huma das regalias do Sceptro com Barbosa, e Arnaya Arouca na L. 17. de Stat. homin. n. 3., Portugal Liv. 2. Cap. 15. n. 34.: E os assim naturalisados por privilegio se equiparão aos Nacionaes, e gozão de todos os favores delles, Arouc. Silv. a n. 4., Portugal. a n. 35. Advertindo que os Artigos de Paz em que as Nações se confederão com amplos favores, não naturalisão aos Estrangeiros, Arouc. n.º 9.

TIT. II. §. 2. RUBR.

Et quis Civis nascatur.

Veja-se Portug. Liv. 2. Cap. 15., Peg. Tom. 12. ad Ord. Liv. 2. Tit. 55. §. 2. e 3.º

TIT. II. §. 3. RUBR. até o §. 6.

Quid si apud exteros nascatur? Patris conditio tantum spectatur; in Spuriis matris tantum: Cives domicilio: Id quomodo contrabatur.

Sobre tudo o exposto nestes §§., e para melhor intelligencia da Ord. Liv. 2. Tit. 55. Vejão-se além

de Peg. nos seus commentarios, Portug. Liv. 2. Cap. 15., e o Repertor. debaixo destas Conclusões = *Natural não he do Reino, o que nasceo nelle de Pai Estrangeiro, e mãe natural delle* = *Natural não he do Reino o nascido fóra delle, posto que caize com mulher natural, e more, e resida nelle* = *Natural do Reino he o que nasceo fóra delle de Pai que foi em Serviço de ElRei* = *Natural do Reino não he o que nasceo fóra delle, posto que seja filho de Pais naturaes delle, se estes se absentarem por sua vontade* = E debaixo destas Conclusões se acharão recolhidos os DD. que as provarão, e amplificarão, ou limitarão.

TIT. II. §. 7. RUBR.

Municipes.

Que Pessoas se devão julgar Habitadores domiciliarios, e visinhos de alguma Cidade, Lugar, etc., Para os fins, que expuz na Rubrica deste Tit., e para outros mais, bem se expõe na Ord. Liv. 2. Tit. 56., que largamente commentou Peg., e succou Mello neste. E para melhor exposição della além destes DD., Vejão-se Ferreira de Nov. Oper. Liv. 2. Disc. 3., e os mais DD. que refere o Repertor. debaixo das palavras = *Privilegio de visinhança*, etc.

Lucio Ferrar. verbo *Ordo* Art. 3., e Foral da Cidade do Porto no §. 60., bem conforme á dita Ord. determinou que ,, Para se poder saber quaes serão as ,, Pessoas, que são havidas por visinhos de algum lugar para gouvirem da liberdade delle: Declaramos ,, que visinho se entenda de algum lugar o que fôr ,, delle natural, ou nelle tiver alguma dignidade, ou ,, Officio nosso, ou do Senhor da terra, porque ra-

„ zoadamente viva , e more no tal lugar , ou se no
 „ tal lugar algum fôr feito livre de Servidão , em
 „ que era posto , ou seja hy perfilhado por algum hy
 „ morador (confirma a intelligencia de Mello , que
 „ interpreta adopção pela palavra *perfilhação*) e ho
 „ perfilhamento por nós confirmado ; ou se tiver hy
 „ seu domicilio , ou a maior parte de seus bens com
 „ propósito de alli morar , e o dito domicilio se en-
 „ tenderá aonde cada hum cazar , em quanto hy mo-
 „ rar , e mudando-se a outra parte com sua mulher ,
 „ e fazenda com tenção de se para lá mudar tornan-
 „ do-se hy de-pois , não será havido por visinho , sal-
 „ vo morando hy quatro annos continuadamente com
 „ sua mulher , e fazenda , e então será havido por
 „ visinho , e assim ho será quem vier com sua mul-
 „ lher , e fazenda viver algum outro lugar , estando
 „ nelle os ditos quatro annos , e além dos ditos ca-
 „ sos , não será ninguem havido por visinho de al-
 „ gum lugar para gouvir da liberdade delle para a
 „ dita Portagem. „ Hesemelhante o Foral de Coim-
 bra transcripto por Peg. Tom. 9. ad Ord. pag. 541.
 debaixo da Rubrica = *Visinbança*.

Nota 1.^a Estes , e semelhantes são os Fo-
 raes a que faz relação o §. 3. da Ord. Liv. 2.
 Tit. 56.: 2.^a , são com effeito muitas Cidades ,
 Villas , e Lugares deste Reino , ou aliás os seus
 moradores privilegiados para não pagarem Por-
 tagens , como se nota nos Foraes do Reino , e
 no de Coimbra transcripto por Peg. Silv. pag.
 541.: E a estes Povos , e seus moradores he re-
 lativa esta Ord. em quanto supõe haver Cida-
 dades , Villas , e Lugares , cujos moradores , e
 domiciliarios gozão de particulares Privilegios:
 3.^a , tambem neste Reino e Ilhas ha Lugares

isemptos de Sisa , os quaes refere Lim. de Ga-
 bellis pag. 171.: E quanto a esta isempção bas-
 ta que os moradores desses Lugares o sejam por
 algum tempo para gozarem desse Privilegio , in-
 dependente da necessidade dos 4 annos de habi-
 tação para adquirir o domicilio: Veja-se o Re-
 gimento dos encabeçamentos Cap. 42. com a ex-
 posição de Lima: 4.^a Nas Nações Estrangeiras
 o que muda de casa , e domicilio transportando
 seus moveis , pagão gabellas e tributos , Veja-se
 Stryk. Vol. 9. Disp. 10. Cap. 4. §. 19.: Neste
 Reino todos os Foraes fallão da Casa movida ,
 e commumente da Casa movida mandão se não
 leve Portagem , etc.

TIT. II. §. 8. RUBR.

Jura Civium.

Quanto ao que Mello expõe no Texto deste §.
 8. Veja-se o que notei na Rubrica deste Tit.: E ao
 que Mello expõe na Nota ao mesmo §. 8. accrescen-
 to: 1.^o , que o Principe he por todo o Direito Natu-
 ral , Politico , e Civil obrigado remunerar os bene-
 meritos da Republica , como largamente mostra Guer-
 reir. For. Q. 20. tot.: E para esse fim ha neste Rei-
 no o Regimento das Mercês : 2.^o , que pela Lei de
 24 de Julho de 1609 no Liv. 2. Tit. 42. Coll. 1. n.
 5. , se estabeleceo a formalidade com que se hão de
 passar as Certidões dos Serviços para se requererem
 Mercês em remuneração delles , e pela outra de 22
 de Agosto de 1623 no mesmo Tit. , e Coll. n. 1. ,
 se ordenou que nas Certidões que se passarem ás Pes-
 saas , que servem nas Armadas , se declare os Criados
 com que servirão a S. Magestade: 3.^o , que pelo De-

creto de 13 de Agosto de 1706 transcripto por França ad Mend. Tom. 2. no Append. das Resol. Regias, etc. N.º 50. se determinou que „ Senão podem „ requerer Serviços alguns passados 30 annos depois „ que forem feitos „ porque deixando passar o dito „ tempo ficará a acção prescripta „ sem que por ella „ mais se possa requerer satisfação alguma : Salvo „ sendo daquellas Pessoas, a que conforme a Direito „ compete a restituição contra o lapso do tempo, „ porque estas a poderão implorar dentro do termo, „ que o mesmo Direito concede „ : 4.º, que pelo outro Decreto de 13 de Agosto de 1706 transcripto pelo mesmo França n. 51. se declarou „ que só se „ admittão os requerimentos dos Serviços feitos na „ guerra, embaixadas, enviaturas, Secretarias de Letras, e nos Tribunaes, e Serviços do Paço: E não „ se admittão os das Serventias, ou propriedades de „ Officios de Carta (quaes sejam estes? Veja-se o novo Regimento do Paço a §.) nem de Officiaes „ das Ordenanças, salvo os que se fizerem na guerra „ , e nos exercicios militares no tempo della „ : 5.º, que pelo outro Decreto de 13 de Agosto de 1706 que transcreveo França Silva N.º 52. se declarou „ que as renunciias de Serviços feitos entre trans- „ versaes só terão vigor fazendo-se até o grão de Primos co-Irmãos inclusive : E que o Cap. 11. do „ Regimento das Mercês se pratique no grão conhecido quando as renunciias se fizerem nos Descendentes dos renunciantes. „

Accrescento practicamente: 6.º, que no Juizo do Inventario a que se procede da herança de quem fez Serviços remuneraveis á Coroa, se devem descrever os mesmos Serviços (com tanto que não tenham as fallencias que segundo os citados Decretos, e os mais que refere Mello, impossibilitão requerer a sua remuneração)

Guerreir. Tr. 1. Liv. 1. Cap. 10. n. 126., Peg. Tom. 7. ad Ord. Liv. 1. Tit. 87. §. 4. n. 329. Porque: 7.º, estes Serviços não remunerados em vida do Vassallo que os fez, passão a seus herdeiros (com a distincção, e limitação que a qui diz Mello) Pereir. Dec. 4. tot. Em fim: 8.º, nestes Serviços de preterito quando se qualificão remuneraveis, sem obstaculo algum, se pôde fazer penhora para pagamento de dividas, conforme a opinião de Moraes Liv. 6. Cap. 8. n. 25. que segue França ad Mend. P. 1.º Liv. 3. Cap. 21. a n. 189. contra Mend. p. 1. Liv. 3. Cap. 21. sub n. 27., que seguiu Silv. ad Ord. Liv. 3. Tit. 86. §. 23. n. 59. *Tu cogita*: Porque se estes Serviços por cessão, e renuncia voluntaria, ou por successão, só podem passar a descendentes in infinitum, e na linha collateral só até Primos, como fica demonstrado por Mello, e por mim: Segue-se que hum Credor extranho não os pôde haver por via de execução, e arrematação para pagamento de dividas, porque em effeito he huma venda com principio voluntario; de quo veja-se Silv. ad Ord. Liv. 3. Tit. 86. §. 15. n. 14., e Tit. 93. §. 3. a n. 36. E o que por huma via directa se prohibe, fica tambem prohibido por huma tal via indirecta.

Quanto aos Numeros 11. e 12. da Nota de Mello a este §., Vejam se para illustração Peg. Tom. 7. ad Ord. in Regimin. Senatus Cap. 100. a n. 33., e Tom. 10. ad Ord. Cap. 12. tot., Portug. de Donat. Liv. 1. Cap. 4. tot.

TIT. II. §. 9. RUBR.

Municipalia Jura.

Deixadas as antiguidades que Mello nos faz pre-
Part. II. D

sentes neste §. e na sua Nota, huma das mais scientificas, e quanto ao uso pratico, e moderno (de que só me resta tractar): He certo 1.º, que nos Vereadores está depositado o Poder sobre a economia, e policia pública; representão todo o Povo, e as suas posturas são como do Povo, Veja-se com Peg., e Fragos. Lim. de Gabel. pag. 316. n. 2. e 3., et pag. 320. n. 1.: Elles tem o poder Legislativo communi- cado pelo Supremo Imperante nos termos que fica ex- posto Liv. 1. Tit. 1. §. 3. Nota 2.ª e §. 9. Not. 2. Bem entendido que em congresso, e Assembleia com o Juiz Presidente, sem o qual nada podem determi- nar, e ainda menos executar, Peg. Tom. 5. ad Ord. Liv. 1. Tit. 66. in Rubr. a n. 5., et §. 3. n. 3. et §. 5. n. Os limites da sua Jurisdição se prescrevem no seu Regimento Liv. 1. Tit. 66., e até onde ella se extende se pôde vêr em Peg. nos seus Commenta- rios, e no Repertor. debaixo da palavra = *Vereado- res* = e em Fragos. de Regimin. p. 1. Liv. 7. Disp. 19.

Quanto á eleição de Officiaes de Justiça, he bem digna de attenção a Nota do Senador apud Peg. Tom. 14. ad Ord. Liv. 1. Tit. 67. n. 55. em quanto diz que „ A eleição do Escrivão da Camara originalmen- te pertence ao Concelho, e de sua eleição como a de Juiz, e Vereadores, e o mesmo no Juiz, e Es- crivão dos Orfãos, e nos Juizes pedaneos Tit. 65. §. 74., e nos Escrivães dos Testamentos Tit. 78. §. 20. O mesmo nos Alcaides, e Meirinhos Liv. 2. Tit. 45. §. 14. e Tit. 75. §. 4.: O mesmo nos Arbitradores Liv. 3. Tit. 17. §. 2., e Tit. 78. §. 2., et *supradicta probantur*, ex Ord. Liv. 2. Tit. 46. §. *E bem assim*, et infra Tit. 87. §. 1., et Liv. 2. Tit. 45. §. 2. ibi = e outros Officiaes = junto o §. 13.: O mesmo he em Castella ex Lib.

6. L. 7. 8. e 9. ordinament., et Veja-se o Cap. das Cortes de Torres Novas do anno de 1534: De maneira que os Concelhos não tem necessidade de Doação para proverem estes Officios, mas has- ta o costume de se proverem, e assim o julguei, e vi julgado muitas vezes como Juiz da Coroa: Ita testatur doctissimus D. Jacobus Marchão The- mudo, sed obstat quod dicit Cabed. Dec. 33. p. 2.ª, ubi consuetudo non prævalit, quia ad solum Principem spectat electio Officialium, et potestas creandi: Sed non recedo a doctrina posita Patris mei D. Jacobi Marchão Themudo, etc. Eu tenho visto seguida a opinião de Cabedo, e o Soberano dando Officios que as Camaras costumavão eleger, e nada certo posso aqui firmar.

Compete tambem aos Vereadores a eleição dos Escrivães das Achadas para escreverem as Coimas, pelo Alvará que transcreveo Peg. Tom. 5. ad Ord. pag. 220. n. 59. datado no anno de 1571. Compete-lhe a eleição do depositario do Cofre dos Orfãos, Ord. Liv. 1. Tit. 88. §. 32., Dos recebedores das Sisas, Ord. Liv. 1. Tit. 66. §. 49., Regimento dos encabeçamentos Cap. 16. Dos depositarios geraes del- las nas Comarcas, Decreto de 4 de Setembro de 1736 apud França Tom. 2. pag. 429., N. 42, Lei no Ap- pendix do Repertor. Tom. 2. n. 29. §. 4.: Ficando nestes casos os Vereadores como fiadores, e responsa- veis pelas falencias dos depositarios que elegem, como determinão as Leis citadas, de quo Veja-se Peg. Tom. 5. ad Ord. Liv. 1. Tit. 66. §. 49. a n. 8. Li- mitando a n. 17. a respeito dos Successores, que não são responsaveis pela má eleição dos Vereadores, que lhes precederão. Compete-lhes tambem a eleição dos Avaliadores que hajão de avaliar os bens penhorados em que se fizer execução, L. de 20 de Junho de

1774 §. 11. A eleição de Medicos de partido , Repertor. sub verbo = *Vereadores fazem avença por jornaes* = e se podem ou não , ou como removellos ? Veja-se França ad Mend. Arest. 39. , Repertorio sub verbo = *Pessoa huma vez approvada* = Se podem ou não escusar os depositarios eleitos ? Veja se Peg. Tom. 5. ad Ord. pag. 301. n. 32. , et pag. 302. a n. 37. Lim. de Gabel. pag. 375. n. 37. Da eleição dos Officiaes da Ordenança já se tractou no Liv. 1. Tit. 11. §. 3. Omitto o mais.

TIT. II. §. 10. RUBR.

Eorumqum Sanctitas.

Sobre este §. Veja-se. o que fica notado ao Liv. 1. Tit. 12. §. 1.º

TIT. II. §. 11. RUBR.

Porum Peregrini et Legatorum.

Antigamente das causas dos Inglezes era Juiz o Ouvidor da Alfandega pela Ord. Liv. 1. Tit. 52. §. 9. , e das de todos os mais Estrangeiros o Corregedor do Cível da Cidade de Lisboa pela Ord. Liv. 1. Tit. 49. §. 3. Porém as Nações da Europa obtiverão Privilegios especiaes para terem neste Reino seus Conservadores , e Consules , os Inglezes pelo Alvará de 16 de Setembro de 1665 , que transcreveo Solan. Cogit. 65. n. 4. : Os Alemães pelos Alvarás de 17 de Agosto de 1705 , e de 1716 copiados pelo mesmo Solan. n. 5. Os Olandezes das Provincias unidas pelo Alvará de 29 de Junho de 1695 , que copiou o mesmo Solan. n. 7. Os Francezes pelo outro de 1685

transcripto n. 32. : Sobre a sua intelligencia , e Jurisdicção Veja-se o mesmo Solan. d. Cog. 65. tot. com os mais que refere , e além delles a Curia Filipina. Liv. 2. Cap. 15. ; e seus Addicionadores aonde largamente se trata dos Consules das Nações , das suas Jurisdicções , e de que causas elles podem conhecer : Vejam-se tambem França ad Mend. Tom. 2. a pag. 151. , aonde se acharão muitas Regias Resoluções , e Aresios dos Senadores a este respeito , Foncec. ad Arest. Mendez. Arest. 17. Dos Consules Veja-se tambem o Cod. de Sardanha Liv. 2. Tit. 16. Cap. 1. e seguintes.

A respeito do Foro dos Embaixadores , Vejam-se Peg. Tom. 13. ad Ord. Liv. 3. Tit. 4. , Arouc. na L. 8. §. 1. ff. de rer. divis. a n. 75. ad 126.

Do Direito de Aubaine , que attinge Mello neste §. e na sua Nota : Vejam-se Domat. Droit. Public. Liv. 1. Sec. 4. pag. 35. Codice de Sardanha Liv. 6. Tit. 12. : Porém note-se que justamente pelo direito de Retorsão se póde denegar , quanto ás Succesões , aos Estrangeiros neste Reino , o que elles denegão aos nossos na sua Nação , Veja-se Madeira de Sous. na Allegação sobre a Casa de Aveiro a pag. 15. a n. 13. ad 20. , et a n. 24. et 27. , ex professo Stryk. Vol. 6. Disp. 20. = *De Retorsione juris* = Cap. 4. = *De Retorsione juris circa Successiones* = E quaes sejam essas Nações , que não admittem que Estrangeiro ahi adquira , ou herde bens por qualquer Titulo , declarão os DD. citados.

TIT. II. §. 12. §. 13. RUBR.

*Qui Civitatem amittant? Et quibus juribus
priventur.*

Veja-se Stryk. Vol. 7. Disp. 24. Cap. 1. , et Us. mod. Liv. 4. Tit. 5. §. 7. e 8. , Peg. de Competent. p. 2. Cap. 98. §. 3. , Portug. de Doñat. Liv. 3. Cap. 15. a n. 60. , et Cap. 30. a n. 25. : Hum moderno exemplo de desnaturalisação se vê no Alvará de 25 de Agosto de 1770 . e no outro de 26 de Maio de 1774: E pelo de 7 de Agosto de 1777 se revogou o de 25 de Agosto de 1770 , perdoada a pena a Estevão Soares de Mello , e D. Thereza de Mello , mandando-se restituir plenissimamente ao estado Natural , e civil com restituição dos bens da sua Casa.

Outro mais moderno se praticou com a Dama D. Eugenia por se deixar alliciar , e raptar no Paço pelo Medico João Francisco. Alv. de 2 de Junho de 1803.

TITULO III. RUBR. et §. 1.

*De Patriciis , Equitibus , et Plebeis : Alia Civium
divisio.*

Das diversas Jerarquias , e Nobrezas deste Reino , quanto ao uso do Foro escreverão Carvalho de Testament. p. 1. , Villas boas Nobiliarq. Portug. , Moraes de Execut. Liv. 4. Cap. 8. , João Pinto Ri-

beiro no Opusculo = *Dos Titulos da Nobreza de Portugal* = e sobre todos modernamente Oliveir. no Tract. *Privilegios da Nobreza , e Fidalguia de Portugal.*

TIT. III. §. 2. 3. 4. RUBR.

Rici-Homines : Infantiones.

Veja-se Moraes de Execut. Liv. 4. Cap. 8. n. 67. et 68. , e melhor que todos o moderno Fr. Joaquim de S. Roza no Elucidario verbo *Ricos-Homens* e verbo *Infanções* , e verbo *Caldeira*.

TIT. III. §. 5. RUBR.

Vassalli.

Veja-se Moraes supra n. 66. , Nobliarq. Portug. Cap. 10. §. *Vassallo* , Pegas nos lugares referidos por Solano no succo verbo *Vassallus* , e melhor o citado Elucidario verbo *Vassallo*.

TIT. III. §. 6. 7. 8. RUBR.

*Duces , Marchiones , et Comites , Vice-Comites ,
et Barones.*

Veja-se Portug. Liv. 2. Cap. 6. , Moraes Liv. 4. Cap. 8. a n. 139. , Peg. nos lugares citados por Solano. verbo *Dux* verbo *Marchio* verbo *Comes*.

TIT. III. §. 10. §. 11. §. 12. RUBR.

Regie Domui addicti, id est Fidalgos: Equites antiqui Escudeiros, ut aiunt: Et qui bodie hoc nomine vocantur

Veja-se Pinto Ribeiro supra, Moraes supra a n. 71. 81. 91. 93. 98.: E melhor o citado Oliveira no Tract. dos Privilegios da Nobreza, e Fidalguia de Portugal.

TIT. III. §. 13. RUBR.

Ordinum Militarium Equites.

Veja-se os Estatutos da Ordem de Christo Part. 1. Tit. 1., Pires de Carvalh., e Mendo de Ordin. Milit., Latissimè Peg. nos lugares citados por Solan. no Succo Verbo *Ordo quatenus Religiosæ*. Os Templarios forão extinctos pelas causas que criticamente expõe Van-Esp. Tom. 8. pag. 217. (edição de 1781.) A sua extincção só foi aceita neste Reino por ElRei Senhor D. Diniz debaixo das condições de se applicarem para a nova Ordem de Christo os bens que os Templarios tñhão neste Reino, Veja-se o Prefacio dos Estat. da Ordem de Christo.

TIT. III. §. 14. RUBR.

Nobilitatis genus aliud.

Supposto que as originaes Nobrezas das Familias deste Reino (quando todo guerreiro) se adquirirão pelas Armas, e factos heroicos na guerra; comtudo depois pelas Letras se adquirirão os iguaes grãos

de Nobreza já pela Magistratura, já pelo grão de Doutor, e Licenciado, etc. Veja-se Moraes Liv. 4. Cap. 8. a n. 144.: E quanto ao Problema da preferencia das Letras, as Armas veja-se João Pinto Ribeiro em huma especial Dissertação: Com effeito que só os Nobres (acompanhados de outras mais virtudes) se devão eleger para as Magistraturas, o demonstrão com as Leis deste Reino Portug. de Donat. Liv. 2. Cap. 6. a n. 9., Peg. Tom. 1. ad Ord. pag. 160. a n. 4.

TIT. III. §. 15. RUBR.

Plebeius quis?

Analyse da Ord. Liv. 4. Tit. 92. §. 1.

N. I. Quando se tracta da Successão do filho natural, que o não seja de algumas das Pessoas, que fção referidas nos §§. precedentes, e que o seja de outras Pessoas, que sem terem alguma dessas qualidades, só consta que são opulentos, e que se tractão nobremente com bestas e criados, são frequentissimas no Foro as Questões da Nobreza, e sobre a intelligencia genuina da Ord. Liv. 4. Tit. 92. §. 1.: A regra geral he, que todo o homem se presume peão, em quanto se não prova que seja nobre, ou que seus Ascendentes o fossem, e que quem allega a Nobreza como qualidade accidental, a deve provar pelos modos, e meios legitimos adquirida, Guerreir. Tr. 2. Liv. 1. Cap. 3. a n. 75. A citada Ord. se vê concedida nestes termos. „ E se ao tempo que os taes fi „ lhos nascerem, o Pai fôr Cavalheiro, ou Escudeir „ ro, ou de outra semelhante condição, que costum „ me andar a cavallo, não sendo o que assi costuma
Part. II. E

„ andar a cavallo Official mecanico, nem havido, e
 „ tractado por peão, não herdarão os taes filhos sua
 „ herança, nem entrarão á partilha com os filhos le-
 „ gítimos. „ E por tanto sendo esta Ord. o objecto
 da disputa, quando se tracta da Nobreza para o fim
 da successão (e assim da limitação da regra geral)
 se tem no Foro agitado, e agitado quotidianamente
 disputas sobre esta qualidade de Nobreza, que inca-
 pácita os filhos naturaes para succederem aos Pais, e
 qual e quanta ella deva ser? Como possa, e deva pro-
 var-se? Em que Pessoas se verifica, etc.

N. 2. Alguns DD. admittem hum meio estado
 entre os Nobres, e Plebeos, meio estado que tem
 bons fundamentos, e mesmo no Codig. da Russia a
 §. 361. et seq., e em Filangier. Tom. 6. Cap. 5.
 E supposto elles disputão; se o filho do homem que
 estava constituído nesse meio estado, he ou não her-
 deiro do Pai natural? Questão que com os mais Rei-
 nicolas tractou ex professo Cordeir. Dub. 21. tot.
 Consistindo toda a difficuldade inextricavel em assen-
 tar qual he ou não he esse meio estado, para segun-
 do huma das opiniões, não serem successiveis os fi-
 lhos naturaes do Pai que o chegou a adquirir, ou
 conservar o adquirido? Quanto ao meu sentimento:
 Não posso neste Reino admittir tal meio estado, que
 as Leis não admittem em parte alguma expressamen-
 te, e que a Lei de 29 de Novembro de 1775, sup-
 põe não existir em quanto (para o fim do que ella
 determina) supõe tres Classes de Pessoas: 1.^a, os
 que tem Foro de Fidalgo, e dahi para cima: 2.^a,
 o resto da Nobreza do Reino em que coloca os Ne-
 gociantes de grosso tracto, e as mais Pessoas nobilia-
 das pelas Reaes Leis: 3.^a, as outras Pessoas da Cor-
 poração, e gremio dos Artifices, e das occupaões
 da Plebe, sem que emuncie tal meio estado de No-

breza: E por isso neste Reino, ou bem Duques,
 Marquezes, etc. Ou bem Nobre com Nobreza here-
 ditaria, ou adquirida, segundo as Leis, ou aliás fica
 na Classe de peão: Assim se declarou na Resol. de
 27 de Março de 1738, Ind. Chronolog. de Ribeiro
 Veja-se as Addições ao meu Tract. de Morgados ao
 Cap. 3. pag. 421.

N. 3. Que Nobreza pois baste nos termos da dita
 Ord. para não ser herdeiro do Pai o filho natural?
Hoc opus, hic Labor: Paucis me expediam. Basta
 que seja o Pai Escudeiro, ou de outra semelhante
 condição, que costume andar a cavallo, não sendo o
 que costuma assim andar a cavallo Official mecanico,
 nem havido, e tractado por peão: Logo 1.^o, todo o
 Official mecanico por mais que costume andar a ca-
 vallo he peão, e quaes sejam neste Reino os Officiaes
 mecanicos? Veja-se Peg. Tom. 7. ad Ord. Liv. 1.
 Tit. 87. §. 16.: Logo 2.^o, os Officiaes mecanicos
 por mais que sejam ricos, e andem a cavallo não ad-
 quirer Nobreza alguma, porque com ella he incom-
 pativel o Officio mecanico, em quanto se exercita:
 Logo 3.^o, os que chegão a ter honra, e Nobreza de
 Cavalleiros; huma vez que se exercitem em Officios
 mecanicos a perdem, e os filhos naturaes lhe são suc-
 cessiveis, como se declarou pela Regia resolução que
 transcreveo o Repertorio sub verbo *Cavalleiro que
 tiver fillos naturaes* ibi =

„ Fui Servido declarar que a Ord. Liv. 4. Tit.
 92. §. 1., procede naquelles que sendo peões, e
 „ mecanicos chegarão a lograr essa tal, qual honra
 „ de Cavallaria simples, e para a lograrem deixarão
 „ os Officios, e exercicios mecanicos, que com elles
 „ se não podião compadecer; porque se o que he
 „ verdadeiramente nobre, usando do seu Officio me-
 „ canico, renuncia a nobreza, como seria possível

„ que o mecanico, e vil a adquirisse? E este entendo
 „ dimento prova a mesma Ord. no dito §. 1. , não
 „ sendo o que assim costuma andar a cavallo Official
 „ mecanico , porque o contrario seria avaliar-se tão
 „ baixamente a honra da Cavallaria , que a houves-
 „ sem de lograr homens mecanicos , sem aquellos
 „ merecimentos para cuja satisfação essas vantagens
 „ na estimação se instituirão , etc. Com effeito que
 o exercicio da Arte mecanica he opposto á Nobreza ,
 e a detrahe, Veja-se Amay. in L. unic. Cod. de Infam.
 Liv. 10. ex n. 81. , Aquil. ad Rox. p. 1. Cap. 12. n. 32. ,
 Arouc. in L. 7. §. 2. ff. de Senator.

N. 4. Logo 4.º, os Capitães simplicies das Companhias,
 os Alferes, e Sargentos dellas que pelo §. 45. do Regimento
 das Companhias, gozão do privilegio de Cavalleiro posto
 que o não sejão, e a que por consequencia são insuccessiveis
 seus filhos naturaes, Moraes de Execut. Liv. 4. Cap. 8. n. 13.,
 perdem essa tal, ou qual nobreza de Cavalleiros simplicies,
 e lhes são successiveis os filhos naturaes, se se não abstem
 de artes, e exercicios mecanicos, como se deduz da dita
 Resolução, e terminantemente, Moraes supra.

N. 5. Logo 5.º, supposto pelo exercicio da agricultura
 se conserva, e não deprime a nobreza hereditaria, Moraes
 Liv. 4. Cap. 8. n. 47., não se adquire por quem a não tem,
 a menos que não seja hum Lavrador daquelles da
 Provincia de Alem-Téjo, que lanção a terra 60 e 100 moios
 de sementeira, como bem distingue Guerreir. Tr. 3. Liv. 5. Cap. 12. a n. 21. :
 E ainda os que tem nobreza hereditaria a perdem
 trabalhando como mercenarios na agricultura, que não
 seja sua propria, Moraes Silva: E neste sentido com estas
 distincções se deve entender Mello neste §.

N. 6. Logo 6.º, o Mercador, e Negociante, que não
 he de grosso tracto, mas de retalho sómente, não he nobre,
 e lhe succedem os filhos naturaes por consequencia,
 porque só os de grosso tracto adquirem pelas Leis nobreza
 (Veja-se Liv. 1. Tit. 8. §. 29.)

N. 7. Logo 7.º, como o Officio de Escrivão, ou
 Veriador, ou Juiz Ordinario nas pequenas Villas, em que
 só servem homens da Plebe, lhe não confere nobreza
 alguma, senão a tem hereditaria, Moraes Liv. 4. Cap. 8. n. 10.
 et 11. et 52. in fin.: Segue-se que os filhos naturaes
 lhe são successiveis, ex Moraes supra.

N. 8. Logo 8.º, todos os mais que Carvalho, Phæbo,
 Moraes, Cordeiro, e outros collocão no meio estado,
 que eu não admitto (ut supra n. 2.) não são nobres,
 e os naturaes lhe são successiveis pela opinião que sigo,
 apezar de ter visto a contraria seguida *in judicando*:
 Se não he que hum tal meio estado neste Reino só se
 pôde verificar nos termos desta Ord. quando o Pai
 „ fôr Cavalleiro, ou Escudoiro, ou de outra
 semelhante condição, que costuma andar a cavallo,
 não sendo o que assim costuma andar a cavallo
 Official mecanico, nem haviendo, e tractado por
 peão, : Pois que estes, como declarou a Resolução
 já transcripta sub n. 3., só adquirem huma tal
 qual honra de Cavallaria simples, e não huma
 perfeita Nobreza: E só a esta classe de gente
 de que tracta a dita Ord., he que se pôde attribuir
 esse quimerico meio estado, e não pôde fingir-se
 outro meio estado entre esta gente da infima
 nobreza, e o resto da plebe.

N. 9. Ora 1.º, para qualquer que não seja Cavalleiro
 simples por Graça, ou Mercê se equiparar a elle,
 e serem applicaveis as palavras da Lei = Ou

de outra semelhante condição, etc., he necessario que tenha armas, e cavallo, como requer a Ord. Liv. 2. Tit. 60., e declarou a dita Resolução (N. 3.) De outro modo ficão na classe de peães, Liv. 2. Tit. 33. §. 29., e he necessario que se não empreguem em artificios, ou exercicios mecanicos, ou mercenarios, nem que seja havido por peão: 2.º, ha segundo as nossas Leis, Escudeiros criados por Senhores, Fidalgos, Prelados, que tem poder de fazer Escudeiros, que trazem de cavallo, como se nota na Ord. Liv. 1. Tit. 66. §. 42., Liv. 2. Tit. 45. §. 38., Liv. 1. Tit. 65. §. 30., e Liv. 5. Tit. 139., Liv. 2. Tit. 33. §. 6., e outras que refere Moraes Liv. 4. Cap. 8. a n. 91.: Estes Escudeiros pois para gozarem de Nobreza, he necessario não só que sejam criados por quem os possa criar, mas que sejam criados dessas pessoas, que delles tenham recebido cazamento, e que tenham sempre cavallos, e os que taes não forem serão como se peães fossem; como se vê no Decreto, que copiou de Peg. Mello na Nota a este §. 15. Logo para qualquer se dizer nobre, e se applicar á dita Ord. nas palavras = *Ou de outra semelhante condição*, etc., he necessario que em tudo se identifique com os Cavalleiros, e Escudeiros, de que tracta a Lei, e essencialmente he necessario, que tenha sempre cavallos, que se não exercite em officio, ou emprego mecanico, nem seja reputado peão: Mas os Nobres com nobreza hereditaria podem conservalla, ainda que não tenham cavallo, Moraes Silva sub n. 5.

Quando, e em que casos a nobreza hereditaria se perde pelos exercicios mecanicos, serviz, e mercenarios, ou se possa recuperar, Veja-se Arouc. na L. 7. §. 2. ff. de Senator., Antonio Fabr. in Cod. Liv. de Dignitat. Moraes Liv. 4. Cap. 8. n. 15.

TIT. III. §. 16. RUBR.

Cum infami haud confundendus Plebeius.

Veja-se o que notar ao Tit. fin. §. fin. deste Livro.

TIT. III. §. 17. e 18. RUBR.

*Donatarii qui dicantur? Illorum jurisdictioni
Limites positi.*

Os Grandes do Reino, os Senhores Donatarios de terras com Jurisdição, muitas vezes são faceis em ampliar os seus Direitos, e terriveis aos seus Vassallos, e subditos, e concorrendo com este espirito a prepotencia delles, e de seus obsequiosos Ministros por elles nomeados; todo o Direito arma contra elles a sua presumpção para se julgar extorquido dos subditos por força, e violencia qualquer Direito, ou tributo de que não mostrem titulo justo, Lagun. de Fruct. p. 1. Cap. 15. §. 4. n. 30., Fragos. de Reg. Rep. Part. 1. Liv. 3. Disp. 7., e a n. 6. Por isto he que a Ord. Liv. 2. Tit. 45. se oppoz com o Real Braço a cohibir os seus excessos, circunscrevendo-lhe os limites das suas jurisdicções, e Direitos: Por isto he que na Ord. Liv. 1. Tit. 58. §. 15. Tit. 66. §. 14., e Liv. 2. Tit. 45. §. 34. 35. 36., comminando-se aos Donatarios penas no caso de excederem os justos limites das suas doações com extorções, e vexações dos Povos; tanto se recomenda sobre isto vigilancia aos Cořregedores, e Veriadores para fazerem presentes ao Rei e seus Tribunaes esses excessos.

Por isto he que em todos os Foraes do Reino nos fins, e executoriaes delles se comminão penas aos

Donatários, e rendeiros, que exigirem mais tributos além dos contheudos nos mesmos Foraes, e como crime público, se manda contra os transgressores (como tenho visto em muitos Foraes) proceder de plano.

TIT. III. §. 19. §. 20. §. 21. RUBR.

Lex Mentalis: Illius summa: Et regule generales.

Sobre a Lei Mental exhibida na Ord. Liv. 2. Tit. 35., fez Pegas em dois grossos Volumes hum grande Commentario aonde se acha a sua interpretação, authenticado com casos julgados sobre dúvidas, que occorrerão até o tempo do mesmo Pegas: A justiça desta Lei no seu todo se vê demonstrada pelo mesmo Peg. no Cap. 2. do Tom. 10., e a censura de Faria e Sousa citado por Mello na Nota ao dito §. 19., se vê bem rediculisada pelo mesmo Peg. no Cap. 1. d. Tom. 10. No Tom. 11. Cap. 60. a n. 8., e no Tom. das Allegações, Alleg. 2. a n. 268. adverte, e mostra o quanto para esta Lei se adoptou, e seguiu das normas de Direito Feudal. Quanto á Questão suscitada na Nota ao §. 20.: Se o Rei pôde doar, ou alienar parte do seu Reino? Veção-se o mesmo Peg. no Tom. 10. Cap. 8., e largamente Roxas de Incompatibil. p. 8. in Append.

TIT. III. §. 22. RUBR.

In quibus bonis Locum habeat?

Com mais extensão „ *Que et qualia sint bona* „ *Coronæ Regni ad hoc ut in illis habeat locum Legis Mentalis dispositio, vel dispensatio* „ tractou Peg. d. Tom. 10. Cap. 4. tot., aonde não só com-

prova o que Mello expoz neste §. 22.; mas muito mais: E em quanto Mello na Nota a este §. hesitou da intelligencia da Ord. Liv. 2. Tit. 35. §. 6. e 7., he notavel se esquecesse das Ordenações parallellas no Liv. 1. Tit. 9. §. 4., e Liv. 4. Tit. 36. §. 6., e não me admira o não ter lido Mello o excellente Discurso do Senador Diogo Marchão Themudo, que deixou transcripto Peg. no Tom. 10. dit. Cap. 4. a n. 7., e a exposição do mesmo Peg. no Tom. 11. Cap. 127., e Tom. 10. Cap. 39., aonde se acha exposta a genuina intelligencia da dita Ord. §. 7., auctorizada com Arestos do Senado.

TIT. III. §. 23. 24. 25. RUBR.

Et in Donationibus: Quibus non habeat? Alia numerantur.

A auctoridade do Senador Oliveira louvado por Mello na Nota ao §. 23., fez mover a Peg. no Tom. 11. Cap. 266., retractar-se do que havia dito no Tom. 10. Cap. 44. n. 12., e abraçar o voto do dito Senador, aqui seguido por Mello: Elle se acha por extenso transcripto pelo citado Peg. no dito Cap. 266. n. 1.

Propondo-se Mello no §. 24., e sua Nota, enarrar que bens da Coroa não são sujeitos á Lei Mental, e sua disposição: Connumera, 1.º, os bens moveis do Rei, e isto por mais preciosos que sejam, de que o Rei faça Doação, Conf. Portug. de Donat. Cap. 4. p. 2. n. 1., Phæb. Dec. 184. n. 11. et 12., Peg. Tom. 10. ad Ord. Cap. 33. n. 3. et Tom. 11. Cap. 253, tot., Guerreir. Tr. 2. Liv. 2. Cap. 7. n. 90.: Connumera 2.º, os bens Emphyreuticos, isto he, os que a Coroa dá de emprasamento, cuja Suc-

cessão se não regula conforme a Lei Mental : Veja-se a Nota acima sobre o §. 22. : Connumera 3.º, os bens havidos do Rei por compra, permutação, ou outro Título oneroso : Porém esta Regra geral tem as declarações que expõe Peg. Tom. 11. Cap. 245. et seq., e outra mais especial no Tom. 10. Cap. 45. a n. 9. et 20. : Connumera 4.º, os bens reguengos, isto he no domínio dos reguengueiros, que delles pagão Foros á Coroa, de quo Veja-se Portug. Liv. 3. Cap. 43. a n. 25., Guerreir. Tr. 2. Liv. 2. Cap. 7. n. 80., Peg. Tom. 10. Cap. 4. e Cap. 31. : Connumera 5.º, e 6.º, as terras jugadeiras, e de sesmariã, Veja-se Portug. Liv. 3. Cap. 43. a n. 79., Guerreir. Silv. a n. 80., Peg. Tom. 10. Cap. 4. et 41. : Connumera 7.º, os bens de novo adquiridos á Coroa antes da sua incorporação, de quo Veja-se Guerreir. Tr. 2. Liv. 2. Cap. 7. a n. 88., Peg. Tom. 11. Cap. 251. et 252., Portug. Liv. 3. Cap. 43. a n. 94. : Connumera 8.º, os bens da Coroa reputados, possuidos, e divididos como patrimoniaes antes da Lei Mental, Veja-se Peg. Tom. 11. Cap. 275. Guerreir. Silv. n. 87. : Connumera 9.º, os Offícios de Justiça, e Fazenda segundo a declaração da Lei de 23 de Novembro de 1770, de quo Veja-se Silv. ad Ord. Liv. 4. Tit. 1. in Rubr. Art. 7. a n. 121. et 124. : Connumera 10.º, os bens e Comendas das Ordens, de quo Veja-se Peg. Tom. 10. Cap. 4. a n. 31. et Cap. 41. a n. 33. et Tom. 11. Cap. 235. n. 3. : Continúa no §. 25. connumerando as Tenças, Moradias, Assentamentos, e Desembargos, de quo Veja-se Guerreir. Tr. 2. Liv. 2. Cap. 7. a n. 82., Peg. Tom. 10. Cap. 44., e Tom. 11. Cap. 112., Maced. Dec. 117. E geralmente quaes, e quantos são os bens da Coroa, Veja-se Portug. Liv. 3. Cap. 43. tot.

TIT. III. §. 26. RUBR.

Et qui in hac bona succedant?

Sobre tudo o exposto neste §. Veja-se Peg. Tom. 10. ad Ord. no Cap. 21., e no Tom. 11. nos Commentarios ás Ordenações aqui recopiladas, e não ficará que desejar.

TIT. III. §. 27. RUBR.

Horum bonorum alienatio prohibita.

Esta he a regra estabelecida na Ord. L. 2. Tit. 35. §. 3. e 19., ainda que na Regia Doação se conceda esta faculdade pela razão do §. 17., como bem exorna Peg. Tom. 10. Cap. 21. n. 25., a menos que a Lei Mental se não revogue expressamente nos termos do §. 26. *¶. Porém* = como limita o mesmo Pegas.

Sobre as palavras = *Ut dividi non possunt inter heredes*, etc. Veja-se latissime Guerreir. Tr. 2. Liv. 2. Cap. 7. tot. Sobre as outras = *Bona tamen ab antiquo dividi solita aestimatione dividuntur* = Veja-se Peg. dit. Cap. 21. a n. 28. et Tom. 11. Cap. 59. Sobre as outras = *Nec a Donatario vendi et alienari sine Regis Licentia*, etc. Veja-se Peg. Silva dit. Cap. 21. n. 25. Sobre as outras = *Ut Regi vendi possint*, etc. Veja-se Peg. Tom. 10. dit. Cap. 21. a n. 36., e Tom. 11. Cap. 250. Sobre as outras = *Et filio quoque juniori*, etc. Veja-se Peg. Tom. 11. Cap. 197. Sobre as outras palavras = *Et in Dotem similiter et arras*, etc. Veja-se Peg. Tom. 11. Cap. 240. cum seq. = *Litterarum formulas et*

clausulas , quibus hæc licentia concedi solet , etc. Veja-se Præter Cabed. Citat. Peg. Silv. Sobre as palavras = *Donationes inofficiosas , ex quibus præjudicium non leve Regio Patrimonio resultat quocumque tempore posse revocari , etc.* Veja-se Peg. Tom. 10. Cap. 2. et Tom. 11. Cap. 254. et seq. Em fim: Quando o Successor, ou a Coroa, no caso da reversão, sejam ou não obrigados manter os emprasamentos feitos pelo Donatario, Veja-se o meu Tractado do Direito Emphyteutico a §. 30. e 31.

Quid da Transacção feita pelo Donatario, se o Successor, ou a Coroa no caso da reversão, são obrigados cumprilla: Veja-se Valasc. Cons. 120. Peg. Tom. 10. Cap. 21. a n. 207. et Cap. 24.

TIT. III. §. 28. RUBR.

Donationis hujus natura , et indoles.

Pelas razões mesmas que aqui expõe Mello, estão hoje os Donatarios da Coroa contribuindo o 5.º dos seus rendimentos para as precisões públicas do Estado, a exemplo do que semelhantemente determinou ElRei o Senhor D. João IV., como attesta Ozorio de Patr. Reg. Res. 58. n. 24.

TIT. III. §. 29. RUBR.

Et modus.

Por quantos modos se costumão neste Reino fazer as Doações, e a interpretação das suas communs clausulas, se deve vêr em Peg. Tom. 10. Cap. 9., e Solen. no succo verbo *Donatio quoad conditiones , et modum , et verbo Donatio quoad extensionem , et res-*

trictionem = Donatio quid comprehendat , etc. Não posso preterir em silencio a Nota de Mello a este §., em quanto diz que pertencem ao Real Patrimonio os fructos do meio tempo entre a extincção da Doação por morte do Donatario, e a confirmação da Doação ao Successor: Deve distinguir-se entre o caso de a Doação ser por huma, ou mais vidas, que se extinguem, e depois se concedem os bens por nova Graça, e entre o caso de ser a Doação, ou por muitas vidas, ou de juro, e herdade, e o Successor durante as vidas, ou de juro pede confirmação em qualquer tempo passados os 6 mezes, etc.

No 1.º caso proceda muito embora a Doutrina de Mello: No 2.º he impraticavel: Porque a pena que as Leis comminão ao Donatario Successor, que não impetra a confirmação dentro de 6 mezes, além de se poder evadir com qualquer pretexto, nunca já mais se executa neste Reino, e em todo o tempo a confirmação se concede (ad instar da renovação de Prazo) com retroacção: Veja se Cabed. p. 2. Dec. 4., Peg. Tom. 10. Cap. 21. a n. 257. et 259. E em consequencia os fructos do meio tempo, confirmada, ainda que extemporaneamente pelo Successor a Doação em que era aliás comprehendido, se subentendem remettidos, ou cedem para o Successor em consequencia da remissão da pena do commissio, huma vez que paga os direitos da Chancellaria, como que se no tempo prefixo pela Lei, tivesse impetrado a confirmação; porque pela morte do antecessor Donatario se lhe adquirio dominio debaixo da condição de impetrar confirmação (condição a que assim veio a satisfazer) e consequentemente cumprida em qualquer tempo a condição, e remettido o lapso prefixo para a cumprir, lhe pertencem os interinos fructos. Veja-se Peg. Tom. 11. Cap. 19. tot.

TIT. III. §. 30. RUBR.

Legis Mentalis Dispensationes.

Para illustração , ampliações , e limitações do que Mello expõe neste §. e sua Nota , deve vêr-se Peg. em todos os lugares recolhidos por Solano no Succo debaixo da palavra = *Dispensatio quoad Legem Mentalem* , e nos *xx*. *Quoad comprehensionem* = *In quibus Casibus Dispensatio tacite inducatur vel non* = *Quoad effectum* = *Quoad revocationem* = *Generalia Dispensationis.* =

TIT. III. §. 31. RUBR.

Reversionis Jus.

A Reversão á Coroa tem lugar não só nos casos expressos na Ord. Liv. 2. Tit. 35. , mas em outros mais , como quando se extingue huma Ordem Monachal , ou Religiosa que tinha bens da Coroa , o que se vê praticado na Ordem dos Templarios extincta no tempo de ElRei D. Diniz , Prolog. dos Estat. da Ord. de Christo ; na extincção dos Jesuitas em que não só reverterão á Coroa os bens que della havião sahido , mas os mais como vacantes pelo Alvará de 25 de Fevereiro de 1761. Tambem revertem á Coroa os bens dos Donatarios de presente , ou que o esperão ser de futuro que cazarem sem Regia auctoridade pela Lei de 23 de Novembro de 1716. Os bens dos que commetterem crimes de Leza Magestade , Divina ou Humana , etc.

TIT. III. §. 32. 33. 34. 35. 36. 37.

Sobre tudo o exposto nestes §§. , e o que nelles falta , devem vêr-se Portug. de Donat. Liv. 2. *Supl. 7.* Stryk. Vol. 11. Disp. 2. , e Pegas em todos os lugares citados por Solan. verbo *confirmatio*. O Receptor. sub verbo *confirmação* adde Peg. 3. for. Cap. 3. a n. 41.

TIT. III. §. 38. e 39. RUBR.

Jurisdictio Donatariorum restricta: Hac in re principia generalia.

Veja-se o notado ao §. 18. deste Titulo.

TIT. III. §. 40. 41. 42. RUBR.

Quae res expresse donari non possunt. De Correctionis; uti vocant, jure. Quae res expresse donari possunt.

Tudo quanto compendiariamente expoz Mello nestes §§. e suas Notas , se acha largamente estofado , declarado , e exornado por Peg. no Tom. 9. á Ord. Liv. 2. Tit. 28. , e no Tom. 12. ad Ord. Liv. 2. Tit. 45. §. 26. e seguintes , e em todos os mais lugares recopilados por Solan. no Succo verbo *Donataribus Corona*.

TIT. III. §. 43. RUBR.

Auditorum Jurisdictio.

Como hoje estão equiparados aos Corregedores das Comarcas pela Lei de 19 de Julho de 1790, cessão as antigas Ordenações referidas por Mello, que lhe limitavão a jurisdição, e se devem regular pela Ord. Liv. 1. Tit. 58., cessa o que do conhecimento dos Ouvidores dos Donatarios por via de Appellação determina a Ord. Liv. 3. Tit. 71., e o muito que escreveo Silva nos seus Commentarios.

TIT. III. §. 44. RUBR.

De Donatariis Ecclesiasticis.

Ninguem hoje duvida que a generalidade da Ord. Liv. 1. Tit. 9. in princ. Liv. 2. Tit. 45. §. 31., e Tit. 33. §. 2., conserva a natureza dos bens da Coroa tanto quando possuidos por Donatarios Seculares, como quando por Ecclesiasticos. A Lei de 26 de Setembro de 1791, melhor o declarou. Só ha esta differença que os Donatarios Seculares devem confirmar as suas Doações de Rei a Rei, e de Successor para Successor na fórma que expõe Portug. Liv. 2. Cap. 7. Mas os Donatarios Ecclesiasticos não tem essa obrigação, e só de presentarem as suas Doações e Privilegios em Confirmações geraes, conforme o Decreto do 1.º de Janeiro de 1686, que transcreveo Guerreir. de Privil. Cap. 3. n. 45. (*) Veja-se Silva ad Ord. Liv. 3. Tit. 71. §. 3. a n. 57. et 61. Quanto diz Peg. no Tom. 10. á Ord. Cap. 35., he hoje reputado absurdo, e estamos vendo moderadas as Doa-

ções Reaes feitas ás Corporações Ecclesiasticas, porque pagão á Coroa o 5.º dos seus rendimentos como os Seculares sem differença; exigindo-o assim a natureza dos bens, e o Estado do Reino: Quinto, que já no tempo de ElRei o Senhor D. João IV. se pagou para occorrer ás necessidades públicas, como atesta Ozorio de Patr. Reg. Resol. 58. sub n. 24. Sobre a jurisdição temporal do Arcebispo de Braga, ou qualquer outro Prelado Donatario da Coroa, para intelligencia de Mello no fim da Nota a este §. Veja-se Portug. de Donat. Liv. 2. Cap. 8. a n. 24. cum seq.

(*) O contrario se decidio na novissima Resolução de 18 de Outubro de 1801. Veja-se a Memoria para a Historia das Confirmações Regias, impressa em Lisboa na Typografia Regia em 1816.

TIT. III. §. 45. RUBR. et §. 46. RUBR.

De Magno Ordinum Magistro Militiarum bona.

Veja-se largamente Peg. Tom. 11. ad Ord. Cap. 117. a n. 68. a n. 71., desde pag. 187. até 222., e nos mais lugares recolhidos por Solan. no Succo verbo *Ordo*, com cuja lição não só se exorna e entende o que aqui diz Mello, mas se suppreem Questões práticas, que elle omitto.

TIT. III. §. 47. RUBR.

De Commendis.

Sobre a origem, usos, abusos, incommodos e prejuizos das Commendas, Veja-se largamente Van-
Part. II. G

Esp. de jur. Eccles. p. 1. Tit. 31. Cap. 7. e 8. , et p. 2. Sect. 3. Tit. 3. Cap. 2. a n. 25. Os incommodos, e prejuizos que causão ás Igrejas pintou ao vivo com a Extrav. 2. de Præbend. , e com Rebuf. o hesso Ozor. de Patr. Reg. Tom. 26. n. 5.: Sobre o mais deste §. e sua Nota veja-se Peg. Tom. 10. ad Ord. Cap. 41. a n. 33. , e Ozor. Silv. Resol. 66. tot. Solan. no Succo verbo *Commenda* e verbo *Commendatarius*.

TIT. III. §. 48. RUBR.

Privilegia nonnulla.

Além de Reinos. Obs. 1. 2. e 3. Phæb., Pereir. e os mais aqui citados, Veja-se Peg. Tom. 8. ad Ord. Liv. 2. Tit. 12. Glos. 3. a n. 5. Noronh. Alleg. das Ordens Militar, Repertor. sub verbo *Cavalleiros das Tres Ordens Militares*, e sub verbo *Cavalleiros não gozão do privilegio do Habito*, etc., aonde se achão a este respeito cousas notaveis, que omitto Mello: E além disto: Nota 1.º, que o privilegio da immunnidade da Sisa está hoje revogado pelo Alvará de 24 de Outubro de 1796, e Decreto de 8 de Julho de 1800: Nota 2.º, que a Bulla de Leão X. a que se refere a Ord. Liv. 2. Tit. 12. §. 2., que principia = *Universalis Ecclesie Regimini* = he dada em Roma a 8 de Dezembro de 1514, foi expedida á instancia do Senhor Rei D. Manoel. Nella determinou o Papa, que as Pessoas que forem providas dos Habitos das Ordens de S. Thiago, e de S. Bento de Aviz, não gozarião dos Privilegios das ditas Ordens, salvo sendo-lhe dado pelo Mestre com os di os Habitos, Tença, ou Manutença, com que se possam governar. E supposto que na dita Ord. se estende a

referida concessão tambem á Ordem de Christo, ella comtudo só respeitava as Ordens de Aviz, e S. Thiago, como melhor se prova do Alvará do mesmo Senhor Rei expedido á Casa da Supplicação, sendo Regedor Ayres da Silva em 6 de Novembro de 1515, que transcreve Britto de Locat. ad Cap. 2.º 3.ª p. sub n. 130. Tom. 2. pag. 123., e tinha unicamente por objecto o pagamento dos tributos, e outros pedidos, pois que destes só os da Ordem de Christo erão isemprios, como se vê da Ord. Liv. 2. Tit. 11. §. fin. E ainda assim mesmo a dita Bulla foi depois revogada á instancia do Senhor D. Jorge Mestre da Ordem de S. Thiago por Bulla de Paulo III. dada em 29 de Junho de 1535, que se acha lançada no Livro Bayo da Meza da Consciencia e Ordens, e no Livro dos FF. Porém ou porque fosse impetrada sem licença Regia, ou porque não tivesse depois o Real Beneplicito, ou por outro qualquer motivo que os Escriptores nos não transmittirão, a sobredita revogação não produziu effeito; a primeira Bulla ficou em seu vigor, e supposto nem ella nem o Alvará comprehendem a Ordem de Christo, esta ficou sujeita á sua disposição, e muito mais depois do Assento de 24 de Outubro de 1560 (no Livro 5.º da Supplicação fol. 110.) em que indistinctamente se resolveo que os Cavalleiros das Ordens, que não tem Comendas, nem Tenças, não sejam excusos de pagar Direitos, nem gozem dos Privilegios da Ordem. Gamboa Coll. M. S. de Memor. Histor. da Ord. de Chrisr. Conf. Peg. Tom. 8. ad Ord. Liv. 2. Tit. 12. §. 2. Repertor. Silva.

Nota 3.º, qual seja a Tença, e Manutença que devão ter para gozarem dos Privilegios, e se basta o Assentamento e cabimento sem a effectiva posse, Ve-

jão se os Reínicos com os quaes Lim. de Gabel. pag. 215. a n. 25.

TIT. III. §. 49. e 50. R U B R.

De Magno Cratensi Priore: Qua Jurisdictione Ecclesiastica gaudeat.

O Priorado do Crato he hum dos antigos Izemp-tos deste Reino , com territorio separado , e Juris-dicção quasi Episcopal , Oliv. de For. Eccles. Part. Q. n. Conf. Peg. Tom. 8. ad Ord. Liv. 2. Tit. 1. in pr. n. 28. et 33. E a Questão que na Nota deste §. se reserva aos Canonistas , facilmente se decide vendo-se Benedict. XIV. de Synod. Dioces. Liv. 2. Cap. 11. , e o Addicionador de Ferrar. verbo *Albas* com *Petra* , de *Luca* , e os mais DD. que elle refere. Tal he o Izempto de S. Cruz firmado nos antigos monumentos que vio o glossador das Bullas concedidas ao Capellão Mór , apud *Barbos.* ad Ord. pag. IX. n. 23. Edic. de 1730 , aonde se referem outros DD. que fundamentão a sua Jurisdição Ecclesiastica : Outros Abbades taes se veção em Fr. Joaq. no *Elucid.* verbo *Abbate Magnate.*

TIT. III. §. 51. R U B R.

Et Seculari , et tanquam Donatario.

Ainda que em hum Prelado Ecclesiastico con-corra a Jurisdição temporal com a espirital , não se confundem , elles a devem exercitar por diversidade de Ministros , e exercitão a temporal em nome do Rei pela communicação , e não por direito proprio : De

tal fórma que representando diversas Pessoas , não podem confundir os exercicios das Jurisdições espirital , e temporal , Veja-se Portugal de Donat. Liv. 2. Cap. 8. a n. 37. Que os Beneficios das Ordens Militares são isemptos das affeições , e reservas Apostolicas está largamente demonstrado em Peg. Tom. II. ad Ord. Cap. 117. desde o n. 68. , maxime depois que o Priorado do Crato se unio á Casa do Infantado pela Bulla referida na Nota ao §. 50. Veja-se Peg. supra a n. 113. e muitos seguintes ; união final pelo Alvará de 18 de Novembro de 1790 , e Decreto de 23 de Dezembro de 1790 , com relação ao de 31 de Maio de 1758.

TIT. III. §. 52. na Nota.

Ad verba = *Ad partis tamen instantiam* , etc. Eis-aqui o que nesta materia deixou escripto Pereira de Revis. Cap. 99. a n. 11. ibi ,, *Verum ex supra-*
 ,, *dictis deducitur , neque ex gratia specialissima*
 ,, *posse Principem nostrum revisiones concedere Sen-*
 ,, *tentiarum , quæ proferuntur in Tribunali , sive*
 ,, *Mensa Ordinum Militarium , ubi non Regia Ju-*
 ,, *risdictione , sed Ecclesiastica proceditur ; Licet*
 ,, *enim in ejusdem Principis persona resideat utra-*
 ,, *que dignitas , Regia scilicet et Magistralis ex*
 ,, *Apostolico Indulto Julii Tertii , quod nuncupatur*
 ,, *Bulla Unionis ; diversi tamen respectus in illo*
 ,, *considerantur quatenus Rex , et quatenus Ma-*
 ,, *gnus Magister , diversum statum , et distinctam*
 ,, *potestatem denotantes* , *Barbos.* Cabed. . . .
 ,, *Pereir.* Reinos etc. ,, *Ob idque a vio-*
 ,, *lentiis factis ab ipsomet Principe tanquam Ma-*
 ,, *gistro , et ab ipso Tribunali Ordinum , recurri-*
 ,, *tur ad eundem , tanquam Regem in judicio Regie*

„ *Coronæ, cui in hoc recursu parendum erit, prout*
 „ *repugnante eodem Tribunali, fuit resolutum in*
 „ *Senatu Aulico, et Regio Decreto ita observari*
 „ *jussum in processu comitis de Miranda, etc.*

„ *Unde cum revisio tantummodo indulgeri va-*
 „ *leat ab illo qui sit supra jus positivum: Et Se-*
 „ *renissimus Princeps noster, quatenus Rex Sæcu-*
 „ *laris minime jurisdictione Ecclesiastica, Magis-*
 „ *tro commissa fungatur, Ord. Liv. 2. Tit. 12.*
 „ *Aliter statuendum, si licentia illius quatenus*
 „ *Magistri deficeret; neque sit supra jus Canoni-*
 „ *cum, et nullatenus Juri Ecclesiastico valeat de-*
 „ *rogare, quod in Ordinibus Militaribus viget, a*
 „ *Jurisdictione Seculari immunibus Pereir., etc.*
 „ *Inde sequitur, nullo modo posse jubere, quod Sen-*
 „ *tentiæ Latæ a judicibus Ecclesiasticis in Mensa*
 „ *Ordinum Militarium revideantur.*

„ *Utrum vero quatenus Magnus Magister,*
 „ *earundem Sententiarum revisiones possit concede-*
 „ *re? Etiam negative resolvendum est; nam revi-*
 „ *sio tantum indulgeri valet a non recognoscente*
 „ *Superiorem: Et Princeps noster tanquam Magnus*
 „ *Magister, quidam Prælatus est inferior Summo*
 „ *Pontifici, et illius utitur jurisdictione ad Ord-*
 „ *inum Militarium administrationem sibi commis-*
 „ *sam. Cum igitur quatenus Prælatus inferior rei*
 „ *judicatæ jura infringere non valeat, siquidem su-*
 „ *pra jus Canonicum non est; recte concluditur,*
 „ *hujusmodi revisionem concedere non posse, quæ*
 „ *gratia Summo Pontifici tantum poterit supplica-*
 „ *ri, et ab illo concedi.*

„ *Neque contrarium evincitur ex illa tertia*
 „ *instantia, quæ Magistro Supplicatur, et ab illo*
 „ *conceditur, et quæ in effectu revisio est Senten-*
 „ *tiæ Latæ in Mensa Ordinum ut exprimitur in*

„ *tertia part. definit. Ord. Christ. Tit. 1. §. 7.,*
 „ *Reinos., etc. Nam respondetur, quod hujusmodi*
 „ *gratia non provenit ab ipso Magistro, sed a Sum-*
 „ *mo Pontifice ita concedente, ut patet ex Aposto-*
 „ *lica Bulla Trium Instantiarum, de qua in d. Tit.*
 „ *1. §. 8., cujus observantiæ praxis aliqua sane*
 „ *indigebat reformatione. „ Sobre estas tres instan-*
 „ *cias; e quaes Juizes devem ser nellas? Veção-se os*
 „ *Diplomas em Pir. Carvalh. de Ord. Milit. Tom. 1.*
 „ *pag. 764., 765., e 840., com a exposição de Car-*
 „ *valho.*

TIT. III. §. 53. RUBR.

*Ordinis non nulla privilegia, et quomodo
intelligenda.*

N. 1. Diz 1.º, Mello neste §. que dos Privilegios concedidos á Ordem de Malta, só valem os que estão em uso, e confirmados em fôrma especifica. Quando se entenda ser qualquer confirmação em fôrma comuna, ou em fôrma especifica, Veção se Portug. de Donat. Liv. 2. Cap. 7. a n. 29. Stryk. Vol. II. Disp. 2. de Confirmat. Principis Cap. 1.º

N. 2. Diz 2.º, que estes, e outros semelhantes Privilegios se devem interpretar, e restringir pelas normas prescriptas na Ord. Liv. 2. Tit. 25., devendo os que se pertendem Privilegiados qualificar com os requisitos da mesma Ord. Esta ainda melhor se declara na Lei de 9 de Julho de 1643, transcripta por Peg. Tom. 2. ad Ord. Liv. 2. Tit. 2. in princ. n. 22. pag. 319. (mesmo a respeito destes Privilegiados de Malta) ut ibi, Hei por bem declarar, e mandar, como o faço, que se guarde inteiramente a Ord. do Liv. 2. Tit. 25. dos Privilegios concedidos aos Lavradores, e Caseiros dos Mosteiros, não

„ gozando do dito Privilegio senão aquelles, que con-
 „ tinuadamente viverem em suas Quintas, e a princi-
 „ pal parte da vida se governa pela Lavoura dellas,
 „ sem viver de outro mister, nem grangearia de seus
 „ bens propios conforme a dita Ordenação.

N. 3. Diz 3.º, com a Ord. Liv. 1. Tit. 67. §. 10. Liv. 2. Tit. 58. e Tit. 59. §. 1. , que não são excusos (por mais que se qualifiquem com os requisitos da Ord. Liv. 2. Tit. 25.) dos empregos de Juizes, Vereadores, Procuradores, e Almotacés, bem como aquellas Ordenações não excusão os Caseiros dos Fidalgos, e dos Desembargadores. Porém em contrario, que estes Privilegiados de Malta são excusos destes encargos, o refere julgado Peg. Tom. 5. ad Ord. Liv. 1. Tit. 67. §. 10. n. 4. , et Tom. 14. ad Ord. Liv. 1. Tit. 67. n. 71. Bem como o são os Reguengueiros de que tracta a Ord. Liv. 2. Tit. 31., Barbos. e Peg. ao Liv. 1. Tit. 67. §. 10. Os Capitães das Ordenanças pelo Regimento dellas Cap. 2. §. 5. , Peg. Tom. 14. ad Ord. Liv. 1. Tit. 67. n. 72. Os Familiares do numero de Santo Officio, Guerreir. de Privil. Cap. 21. a n. 64. Os Fidalgos Guerreir. Silva. n. 79. Os que pedem para o Collegio dos Meninos Orfãos de Lisboa, como he expresso nos seus Privilegios confirmados, que correm impressos.

N. 4. Diz 4.º, que não são excusos da tutela legitima. Isto he certo, porque não ha Privilegio algum que della excuse, a menos que não sejam os exceptuados na Ord. Liv. 4. Tit. 104.

N. 5. Diz 5.º, que não são isemptos das Coimas agrarias. Com effeito que nem os taes Caseiros de Malta, nem Desembargadores, nem quaesquer outros Privilegiados, são excusos destas mulctas, e que a este respeito estão revogando todos os Privilegios, se nota nas Leis estampadas na Ord. Liv. 1. Tit. 62.

Coll. 1. n. 11., Liv. 3. Tit. 5. Coll. 1. n. 2. 3. e 5.; Liv. 2. Tit. 59. Coll. 1. n. 2. 3. e 4., e em Peg. Tom. 5. ad Ord. Liv. 1. Tit. 66. §. 27. n. 46. et 47. E quanto aos Privilegiados da Universidade se vé julgado em Peg. Tom. 9. ad Ord. Liv. 2. Tit. 28. Glos. 1.

Nota = *Coima* = em huma geral accepção, he a satisfação, mulcta, ou pena que se leva pela injustiça, injuria, ou affronta commetida, como declara o novo Elucidario do Fr. Joaquim de Santa Rozã. Na accepção da Ord. Liv. 1. Tit. 74. §. 20. e 21., e do Tit. 66. §. 19., e do Tit. 72. in pr., se reputão *Coimas* as penas impostas aos Taverneiros, que tiverem abertas as tavernas depois de correr o sino até a manhã clara; as impostas ás mulheres, que são useiras de bradar, aos que são achados tomando agoa, etc., e geralmente toda a pena comminada por Lei ou postura, em que incorre o transgressor. No sentido mais vulgar, e commum, *Coima*, he a mulcta que se impõe pelos damnos que causem gados de qualquer especie, Ord. Liv. 1. Tit. 66. §. 27. Tit. 72. no pr., e Liv. 5. Tit. 87. Destas só se lembrou aqui o nosso Mello. Como porém tudo o que se comprehende geral, e especialmente na palavra *Coima*, se exige (aonde não ha Alcaide Mór) pelo Juizo da Almotaceria, como se nota na Ord. Liv. 1. Tit. 62. aliás 72., e das mulctas que se executão por este Juizo ninguem he isempto, Ord. Liv. 3. Tit. 5. Coll. 1. n. 2. 3. et 5.: Segue-se que não ha Privilegio que excuse de toda a pena, que se comprehende na geral, e especial accepção de *Coima*. A condemnação he tão

Part. II. H

privilegiada que não admitta embargos, mas só appellação pela Lei de 5 de Janeiro de 1647, nem ainda appellação, sem deposito pela Lei de 9 de Abril de 1740, Leis que referem Peg. Tom. 5. ad Ord. pag. 219., o Addiccionador ad Oliveira de Muner. Provis. Cap. 7. n. 7.

N. 6. Diz 6.º, que os taes Privilegiados não são isemptos das Collectas para refeição de aqueductos, abertura, ou refeição de vallas, ou marachões, em que tenham interesse, e que devem contribuir conforme o proveito, que recebem. Justamente, porque de taes contribuições não são excusos os Desembargadores, e seus Caseiros; Ord. Liv. 2. Tit. 59.: Nem os Familiares do Santo Officio. Guerreir. de Privil. Cap. 21. n. 53. E quanto á fortificação dos marachões he bem notavel o Regimento transcripto por Peg. Tom. 9. ad Ord. pag. 614. §. 8. ibi, „ Não será excusa „ pessoa, nem Comunidade alguma para haver de „ deixar de pagar e contribuir para isso em razão „ das geiras que tiverem nos ditos Campos, devem „ pagar para a dita Fabrica, etc. E quanto á abertura das vallas he bem notavel o Alvará transcripto por Peg. Tom. 12. ad Ord. pag. 474. n. 13. ibi „ Devem contribuir com os mais hereos, conforme „ ao proveito que della tem por neste caso não ha „ ver lugar á razão dos seus Privilegios. Como tanto, bem a mesma fazenda não he excusa de tal despeza, etc. Bem entendido que esta Collecta deve recahir sobre os Emphyteutas, e não sobre os Senhorios direitos, Peg. ad Ord. Liv. 1. Tit. 66. §. 43. a n. 23. Confira-se sobre tudo Francisco de Angeles in *Manual Flumin.* Q. 17., amphiando no n.º 13. aos Clerigos com Pignatel. Cons. Canon. 50.

N. 7. Diz 7.º, com a Ord. Liv. 1. Tit. 66. §.

43. et Liv. 2. Tit. 58. §. ult., que estes Privilegiados de Malta não são excusos de contribuir para a reparação de estradas, pontes, fontes, e muros. Bem como por argumento das mesmas Ordenações o não são os Familiares do Santo Officio, Guerreir. de Privil. Cap. 21. a n. 44. E na verdade, que ninguem deveria ser excuso das contribuições para estas refeições, declama Amaya na L. 2. Cod. de Immunit. Nem., etc.

N. 8. Porém as Ordenações que cita Mello não comprehendem expressamente os Privilegiados de Malta, e em Peg. Tom. 14. ad Ord. Liv. 1. Tit. 66. n. 110., se vê julgado ut ibi, „ *Et quid*, nos Caseiros da Ordem de S. João, quaes são os moradores da Villa da Amieira, e terras do Priorado? „ São excusos de pagar para Pontes de outros Concelhos, mas do seu Concelho não, e nesta conformidade forão seus Privilegios confirmados; *ut habes* in Lib. Arest. Cap. 122., etc. Com esta distincção entende a dita Ordenação Liv. 1. Tit. 66. §. 43. Peg. ibidem n. 7. E se em huma das suas confirmações se lhe concedem os Privilegios dos Caseiros dos Desembargadores, Peg. ad Ord. Liv. 1. Tit. 67. §. 10. n. 4., he bem certo, que por este Privilegio *ad instar*, e debaixo da dita distincção, são excusos, ex Ord. Liv. 2. Tit. 59. in pr. Tambem o são os de Santa Cruz qualificando-se com os requisitos da Ord. Liv. 2. Tit. 25. como refere julgado Peg. ad Ord. Liv. 1. Tit. 67. §. 43. n. 27. Os Estanqueiros do tabaco, e da Bulla, os Milicianos por expressos Privilegios, que correm impressos, mas todos debaixo da dita distincção de só serem immunes das Collectas para pontes, fontes, camunhos de outros Concelhos, ou terras, e não para a refeição das fontes, ca-

minhos , pontes das terras em que vivem. Esta he a intelligencia praticamente observada.

N. 9. Diz 8.º, que estes Caseiros de Malta não são isemptos do tributo da jugada sem expresso sobre Alvará , na conformidade da Ord. Liv. 2. Tit. 33. §. 29. , Decreto de 24 de Janeiro de 1742 , e Lei de 25 de Maio de 1776 : Porém reflectida esta Lei ultima relativa ás antecedentes , ella só se oppoz aos que pelo Privilegio de Cavalleiros , e pelos antigos Foraes , que os isempravão das jugadas , se arrogavão a essa isempção ; conservou porém os Privilegios aos que os tivessem expressos por Leis , Alvarás , ou Decretos , como conclue no fim ut ibi ,, Não forão , ,, nem devem ser escusos de pagar a jugada de pão , ,, vinho , e linho , senão as Pessoas , que por Leis , ,, Alvarás , ou Decretos mostrarem especialmente que ,, lhes foi concedido o dito Privilegio : Ou aquellas , ,, que por alguns Serviços dignos de attenção , ou ,, por Graças especiaes obtiverem , ou alcançarem a ,, absolvição do sobredito encargo Real para delle se ,, rem isemptos as suas respectivas terras. ,,

N. 10. Sabemos que S. Cruz de Coimbra tem o Privilegio para si , e seus parceiros , que transcreveo Peg. Tom. 9. ad Ord. pag. 587. , o Cábido de Coimbra o transcripto pag. 588. e 589. , o Mosteiro de Cellas , o outro pag. 590. Do mesmo gozão os Colónos parciarios dos Desembargadores , Ord. Liv. 2. Tit. 59. §. 1. e 4. , os Clerigos qualificando-se no caso da Ord. Liv. 2. Tit. 32. §. 25. , conforme a intelligencia da Nota no Repertbr. debaixo da palavra = *Jugada não pagão os Clerigos* = A Ordem de Christo para seus Caseiros , que se qualifique n com as circunstancias da Ord. Liv. 2. Tit. 33. §. 10. , e 14. como se vê no Repert. debaixo da palavra = *Ju-*

gada não pagão os Lavradores que forem encabeçados , etc. Os Caseiros dos Desembargadores do Paço , Peg. Tom. 12. ad Ord. pag. 476. n. 8.

N. 11. Estes pois que assim tem privilegios nas Leis , e por Alvarás e Decretos especiaes ; não precisão de outros sobre Alvarás , como aliás precisão os Cavalleiros por mais que os antigos Foraes os immunisassem ; porque só esses pretendidos privilegios dos taes Cavalleiros , só o terem cessado as causas das isempções concedidas a elles nos Foraes , forão objecto , á razão , e á decisão ultima da dita Lei.

N. 12. Ora esses Privilegios se communicão aos Caseiros , mas debaixo destas principaes condições : 1.ª , que sejam encabeçados : 2.ª , que sómente lavrem terras desses Senhorios : 3.ª , que cultiven de parceria por certa quota de fructos , como 3.º , 4.º , 5.º , 6.º , 7.º , 8.º , e não por certa pensão : 4.ª , que assim o mostrem por Escripturas públicas sem fraude , ou col-loio : 5.ª , que não lavrem terras de outro Privilegiado , ou não Privilegiado : Isto ou paguem quota de fructos por colonia , ou por emphyteuse , Ord. Liv. 2. Tit. 33. §. 10. , 14. , 20. , e seguintes : Sobre cuja intelligencia ninguem deve dispensar-se de vêr Peg. no Tom. 9. á Ord. Liv. 2. Tit. 33. in Rubr. a n. 315. ad 404. , porque nenhum outro Reinicla tão especulativa e praticamente profundou a intelligencia desta Ord.

Nota 1.ª Para taes Caseiros gozarem das isempções pessoaes , basta que se qualifiquem com as circunstancias da Ord. Liv. 2. Tit. 25. , ainda que não sejam encabeçados , e ainda que não aproveitem outro Casal que não seja de taes Senhorios , e ainda que a pensão que pagão seja certa e sabida. Porém para se lhe communi-

car o Privilegio da isempção das jugadas ; isto só não basta sem se verificarem os requisitos que ficão referidos N.º 12. , conciliando-se assim huma e outra Ordenação.

Nota 2.ª Na colonia, ou emphyteuse parciaria, ha huma especie de Sociedade entre o Senhorio e o colono ou emphyteuta, e por isso o privilegio daquelle se communica a estes, sendo esta a razão intrinseca da Ord. Liv. 2. Tit. 33. §. 10. e seguintes.

Nota 3.ª Por mais que qualquer se qualifique com privilegio de não pagar jugada; nunca se excusa de pagar o onus, ou tributo do outavo, Ord. Liv. 2. Tit. 33. §. 28. , de que foi fonte a L. do Senhor D. João III. , que refere Leão V. p. Tit. 2. L. 2. ibi ,, *Item*, declarou ,, que do direito do outavo, e quarto, que se ,, paga em terra não jugadeira, que não he es- ,, cuso Clerigo, nem Cavalleiro, nem Igreja, ,, nem Mosteiro, nem outra pessoa alguma por ,, privilegiada que seja. ,,

N. 13. Finalmente diz Mello, que os Privilegiados de Malta se não excusão de ter egoas de Lista: Convenho: Tambem não os Familiares do Santo Officio, Guerreir. de Privil. Cap. 21. n. 55. , e cessa depois do citado Decreto de 1681 o Aresto apud, Peg. ad Ord. Liv. 2. Tit. 25. n. 6.

Nota: Estes Privilegiados de Malta devem allegar e provar os seus Privilegios de immuni- dade perante os respectivos Magistrados Civís, e não podem requerer a seus Conservadores para que os fação cumprir pelos referidos Magistrados, Veja-se a L. transcripta por Peg. Tom. 8.

ad Ord. Liv. 2. pag. 319. , e o Aresto pag. 291. n. 26. et 27. O mais sobre a interpretação das palavras antigas e modernas com que se formalisarão e formalisão semelhantes Privilegios, Veja-se em Guerreir. de Privil. Cap. 21. tot.

TIT. III. §. 54. RUBR.

De Fori Privilegio.

Sobre este §. e sua Nota, Veja-se Peg. Tom. 8. ad Ord. Liv. 2. Tit. 2. no pr. , e nada restará que desejar. Confira-se o Repertor. debaixo da palavra = *Donatos de S. João* = e o Auctor das Primeiras Linh. do Processo Crim. Not. ao §. 8.

TIT. III. §. 59. et 60. RUBR.

Honras, e Coutos quid? Illorum jura.

Sobre a origem, e progresso das Honras neste Reino, e sobre o modo e Leis com que forão devassadas, veja-se curiosamente o Moderno Fr. Joaquim de S. Roza de Viterbo no novo Elucidario verbo *Honras* e verbo *Devassar, Devassa*. Sobre a intelligencia da Ord. Liv. 2. Tit. 48. Peg. ibidem. Memoria sobre estas inquirições, impressa em Lisboa na Typografia Regia, em 1815.

TIT. III. §. 61. RUBR.

De Behetriis.

Do que erão Behetriis, e os seus Privilegios já usados desde os principios da nossa Monarquia, e em

que differião dos Coutos , e Honras , se póde vêr a erudita e larga Memoria de José Anastacio de Figueiredo nas Memorias da Acadamia Real das Sciencias, Tom. 1. pag. 98.

LIVRO II. TIT. III. §. 62. na Nota RUBR.

Officia Palatina.

Os Arcebispos e Bispos são do Concelho do Rei, e isto como *a jure*, Veja-se Ozor. de Patron. Reg. Resol. 51. n. 19. Elles sendo chamados pelo Rei devem obedecer, e póde o Rei occupallos no Regimen, e na Presidencia de Tribunaes, etc. Veja-se o mesmo Ozor. Resol. 61. tot.

LIV. II. TIT. III. §. 63. RUBR.

Jura Nobilium privata.

Geralmente sobre este §. deva ver-se o Celebre João Pinto Ribeiro no Discurso sobre os Titulos da Nobreza de Portugal e seus Privilegios; aonde lhe não escapou huma só Lei, ou Ordenação, e combinou todas as que parecem antinomicas: E melhor o moderno Oliveir. no Tract. dos Privileg. da Nobreza, e Fidalguia.

N. 1. Sobre as palavras = *Nobilium Scriptura privata*, etc. Devem entender-se, que estes escriptos dos Fidalgos não precisão de reconhecimento para fazerem prova contra elles, como precisão os mais escriptos de Pessoas particulares nos termos da Ord.

Liv. 3. Tit. 52. : Mas por si mesmos fazem prova como escripturas públicas, em quanto se não arguem e convencem falsos, Peg. 3. For. Cap. 36. a n. 104. Pereir. Dec. 79. Cost. in Dom. Supplic. verbo *Assignado de Fidalgo*: Mas isto só quando se tracta da prova contra essas Pessoas especializadas na Ord. Liv. 3. Tit. 59. §. 15., mas contra terceiro, que nega a verdade desses escriptos, elles não fazem tal prova a menos que não sejam plenamente justificados, como se nota na mesma Ord. ibi = *Sendo contra elles* = Silv. ibidem n. 4.

Nota: Quaes Pessoas Nobres, além das especificadas na dita Ord., gozem desse Privilegio de fazerem fé as suas escripturas particulares; póde vêr-se em Silva no seu Commentario, e em Moraes de Execut. Liv. 4. Cap. 8.

N. 2. Sobre as palavras = *Eorum declarationi sinè aliis probationibus fides adhibetur in casu*, Ord. Liv. 4. Tit. 33. §. ult. =, he necessario advertir que devem concorrer estes requisitos: 1.º, que essas Pessoas sejam daquellas a que o dito §. ult. confere esse privilegio: 2.º, que esse pagamento dos salarios dos Criados seja declarado no Testamento, ou que o Testamento expressamente faça relação a algum livro, em que o pagamento esteja declarado: 3.º, que esse Fidalgo ou Grande seja morto, e só por morte delle peça o Criado a soldada: 4.º, que a fé desse Testador seja inteira correspondente á dignidade, como por deducção da mesma Ord. bem adverte Silva ibidem n. 11., depois de ter exposto desde o n. 6. a razão intrínseca da Lei contra as regras ordinarias do Direito.

Ao 7. De Senatorum juribus.

N. 3. - A justa idea do merecimento das letras com preferencia ás armas, como largamente demonstrou João Pinto Ribeiro. A consideração de que os Desembargadores estão servindo á Patria com desamparo das suas Familias, e dos seus bens, e em grande parte militando á propria custa; o exemplo das immuniidades com que os Romanos premiavão os Sábios, sendo toda a razão da Ord. Liv. 2. Tit. 59., deverião cohibir o Sábio Mello para não dizer neste §. que os Privilegios dos Desembargadores são superiores ao que exige a causa pública.

Ao 7. Nobilium quoque.

Se pensasse, que ainda hoje cessa a antiga Milicia, subrogada em seu lugar a Milicia lecta, e estipiendiaria; com tudo esta mesma he servida, e he paga pelos Vassallos, contribuindo os que não servem, para a paga dos que servem com a Decima militar, e mais tributos (e isto como quem paga a outro que serve em seu lugar) não diria tão affeito, que os antigos Privilegios analogos a essa Milicia, concedidos nas Ordenações que cita, se não tem cessado, devem pelo menos accommodar-se ao genio e costumes do Seculo; porque tem variado a fórma, mas não a substancia.

LIV. II. TIT. III. §. 64. RUBR.

Exemptio quandò Leci Domino noceat.

N. 1. A distincção da Ord. Liv. 2. Tit. 57. he bem clara: As razões de Valasco, e Cabedo citados são bem conformes á Lei e aos principios do Direito: O nosso Peg. á mesma Ord. a exorna com este fundamento „ *Princeps in generali Concessione in du-* „ *bio non censetur velle tertio præjudicium inferre* „ *in jure sibi quasito* „ e o confirma com hum Arresto, em que assim se julgou contra o Conde de Vimioso, que adquirio o Privilegio de Desembargador, á favor do Hospital das Caldas. Os similes apud Larream Alleg. 58. Fontanell. Decis. 457. n. 12., e Castilh. Tom. 7. Cap. 36. a n. 8. São bem notáveis, e dignos de serem vistos; porque são conformes, e repugnão diametralmente á nova interpretação de Mello. Esse mencionado Decreto não remove a dúvida, nem prova essa interpretação, a menos que não concorra huma causa pública universal, qual se não dá no Privilegio concedido a hum particular em prejuizo de terceiro, videndus Guzm. de Evict. Q. 521: Veja-se o Assento de 24 de Abril de 1788.

N. 2. Reconhece Mello, que o antigo Donatario sempre deve ser indemnizado, e que isto he só o que exprimem as palavras da Ord. = *não prejudicará* = accrescentando que o Soberano as mais das vezes indemnisa ao prejudicado: Porém a força daquellas palavras he exprimir, o mesmo que por Direito se subentendia (N. 2.): E não he crível, que o Rei concedendo huma Graça ou Privilegio, se queira obligar á indemnisação nem do Agraciado, nem do Testamenteiro prejudicado (a menos que o Privile-

gio não seja concedido por título oneroso), e isto quando quotidianamente vemos, que o Rei nas Graças que faz sempre salva, que a sua Real Fazenda não ficará obrigada clausula consuetudinaria, que se subentende em todas as Graças.

Na verdade: Nunca se presume que o Príncipe quiz fazer huma segunda Doação em prejuizo da que antes tivesse feito a outro Vassallo, Portug. de Donat. Liv. 1. Cap. 3. a n. 19.: E sendo este o systema dos Soberanos, por isso he que a citada Ord. declara, que o Privilegio de immuidade não prejudicará ao primeiro Donatario, e este he o proprio mysterio daquellas palavras: Tambem nunca o Príncipe he responsavel pela evicção das suas Doações, ou Privilegios, Cabed. Dec. 36. p. 2. Portug. supra n. 49. et 51.: Por isto he que em muitas Graças se protesta (o que *tacite inest à jure*) que a Real Fazenda não ficará obrigada. Por outra parte: Não he crível, que o Príncipe para agraciá hum Vassallo, queira prejudicar a outro no seu Direito adquirido: Principio, que de muitas Leis deduz Nogueir. Let. P. a n. 138. Só huma Lei geral, estabelecida por causa pública, he forçosa para privar do Direito adquirido, e sem indemnisação, Guzman. de Evict. Q. 52. n. 64.* , e esta a fundo he a razão do §. 1. da nossa Ord. Então o Privilegiado de novo recebe antes a isenção por força da Lei ou Foral, que por força de Graça, em consequencia da qual obtem pela Lei a immuidade; de fôrma que a Lei geral he (ou o Foral) a que estabelece a immuidade a essa qualidade de Pessoa (Lei já anterior á Doação do Senhorio da terra, ou ainda que posterior) he huma Lei geral, de que já vimos o effeito.

* Ainda assim não falta opinião contraria que segue Portug. Liv. 2. Cap. 2. a n. 19.

Esta minha intelligencia se comprova com o Asento de 24 de Abril de 1788, aonde interpretada a L. de 4 de Fevereiro de 1773, em caso identico se decido que „ o Príncipe quando não fica ligado para não poder alterar a doação quando concorre o bem commum dos Povos; pois a sua Graça he limitada com reserva da alta Superioridade, e Real Senhorio, que sem excepção tem em todos os que vivem no Continente dos seus Dominios, e debaixo da sua Real Protecção, para poder em beneficio do Estado, e utilidade commum dos Vassallos, com a repulsa de qualquer interesse particular, fazer nova Legislação que ligue a todos em geral sem excepção. „

LIV. II. TIT. III. §. 65. RUBR.

Nobilibus quedam interdicta.

Não he prohibido: 1.º, aos Fidalgos e Cavalleiros haver adquirir e possuir bens reguengos, Ord. Liv. 2. Tit. 17.: Mas devem distinguir-se com a mesma Ord. as diversas especies de reguengos, em que procede a sua prohibição: Esses em que os Colónos são adscripticios não será facil indicar-se aonde os haja com essa natureza: Eu nunca os vi: Nos mais, e que são os mais frequentes cessa a prohibição da Lei, porque cessa a sua razão qual a de não deverem os Fidalgos e Cavalleiros, fazer-se adscripticios á gleba, ex Peg. ad eand. Ord. in Rubr.: Veja-se porém o meu Append. Diplom. do Direito Emfit. a pag. 52. a §. 18.

Nota : Da natureza desta segunda especie de Reguengos , he que livremente podem vender-se , e alienar-se os bens delles sem pena de commisso ; elles ; salvo só o tributo , se regulão ad instar dos bens allodiaes , repartem-se e dividem-se entre os Coherdeiros , imputão-se em terças , e nas legítimas dos filhos , communicão-se entre os conjuges , etc. Portug. de Donat. Liv. 3. Cap. 43. a n. 25. ad 28. Carvalh. de Testam. p. 4. Cap. 1. n. 214. , os quaes citão os mais Reinicolas. Avança Portug. com Pereir. Decis. 26. n. 7. , que nesta especie de bens se podião e podem instituir Morgados : Mas tenho visto julgar o contrario além do Aresto apud Peg. Tom. 8.º ad Ord. pag. 517. Distingo : Se das vendas dos bens desses Reguengos se pagão laudemios , não podem vincular-se , porque amortizando-se e fazendo-se perpétuamente inalienaveis , se priva a Coroa ou o Donatario da possibilidade dos laudemios na contingencia das vendas (quid quid dicat , Peg. 2. For. Cap. 9. pag. 597. Col. 2.) Se porém de taes vendas se não pagão laudemios , nada ha que obste a que subsistão vinculados , sujeitos só á foro.

N. 2. Sim he prohibido : 2.º , aos Fidalgos e Cavalleiros advogar em juizo em favor de outras Pessoas , que não sejam as relatadas na Ord. Liv. 3. Tit. 28 : E isto ainda que as Partes consintão pelas razões que exhibe Silv. á mesma Ord. n. 2. e 3. : Mas essa razão he frivola , outra melhor exhibe Peg. Tom. 15. á mesma Ord. n. 12. : Senão he que esta Ord. só teve em vista os antigos Fidalgos e Cavalleiros que só devião applicar-se á Milicia , e não os dos nossos e passados tempos em que Fidalgos , e Cavalleiros

das ordens Militares tem advogado , como diz o citado Peg. n. 7. , ou aliás Silv. e Araujo nessa obra posthuma.

N. 3. Sim he prohibido : 3.º , na Ord. Liv. 1. Tit. 66. §. 30. , e Tit. 67. §. 12. , aos Senhores de terras , seus Ouvidores , Alcaldes Mòres , e Pessoas poderosas , intrometter-se nos actos de Veriações , e entendendo-se com a união e combinação da Ord. Liv. 1. Tit. 73. §. 7. ibi = *algum poderoso , Duque , Marquez , Conde , Arcebispo , Bispo , Prelado , Senhor de terras , ou Fidalgo principal* = e não qualquer outro poderoso ; parece que os que não forem daquellas Classes poderião entrar nas Vereações : Porém a razão da Lei he : 1.º , que o Concelho do Senado da Camera he secreto , e ninguém ahi deve entrar sem ser chamado : 2.º , a Lei quer que o voto dos Vereadores seja livre , e desassombrado ; occorrendo que a entrada de qualquer Poderoso o possa perturbar. Peg. ad Ord. Liv. 1. Tit. 66. §. 30. n. 2. et 4. : E por tanto nesta prohibição se comprehende geralmente todo o Poderoso que se arroga a entrar na Casa em que os Vereadores estão conferindo e votando : Com todos podem praticar o determinado na dita Ord. , a menos que não tenham a fazer algum requerimento.

N. 4. He 4.º , prohibido aos Poderosos obter Cessões das acções , Ord. Liv. 3. Tit. 39. , mas esta regra só procede com as declarações , que ahi expõe Silv. e Pegas em largos Commentarios.

N. 5. Sobre isto 5.º , o Corregedor póde avocar as causas dos Poderosos , ainda de terras aonde ha Juizes de Fóra , Ord. Liv. 1. Tit. 58. §. 22. : Mas em que circunstançias , eu o direi em outra Obra.

Finalmente diz Mello no fim deste §. com a Ord. Liv. 1. Tit. 65. §. 30. , que o Juiz deve pros-

seguir, e ainda appellar, por parte da Justiça a causa da injuria commettida pelo Fidalgo Cavalleiro, ou Escudeiro ao Peão, e que este principiou a accusar, chegando a produzir testemunhas, supposto que perdoe, ou desista da accusação, e ainda que o caso se não connumere nòs da Ord. Liv. 5. Tit. 122.: A razão daquella Ordenação, he porque os taes Nobres são commummente soberbos, inimigos dos Populares, faceis em os injuriar e vilipendiar, Peg. à dita Ord. n. 4: E por isso deixando o pusilanime de proseguir a sua accusação, prosegue a Justiça para castigar a audacia de taes homens.

LIVRO II. TIT. IV. RUBR. até o §. 5.

De Parentum in Liberos potestate.

N. 1. „ O Direito de hum Pai sobre os filhos, he fundado sobre a razão; porque os filhos são procreados na casa de que o pai he o Senhor: Elles nascem em huma familia, de que elle he o Chefe: Elles são da sua semente, e huma porção do seu corpo: Elles não estão em estado de poder providenciar por si mesmos á sua conservação, e o Pai he obrigado de tomar cuidado da sua educação até que elles cheguem a huma idade madura. Todas estas circunstancias suppõe hum certo poder sobre os filhos, que he o que se chama poder Patrio. „ Este he o Discurso do Cod. Freder. p. 1. Liv. 1. Tit. 9. §. 2., succado em summa do que escreverão Samuel de Coccey Just. Natur. et Roman. nov. System. Liv. 3. Cap. 4. Sect. 2. a §. 149. Hein. Elem. Jur. Nat. Liv. 2. Cap. 3. a

§. 51. Formey Extrait. de Wolph. Liv. 7. Cap. 4. Conf. Gravin. de J. N. G. et XII. Tabul. Cap. 25. in pr.

„ Habes ergo originem potestatis illius,
 „ qua parentes Jure Naturæ in Liberos utuntur.
 „ Vult Deus, ut Liberi existant, id est, ut et
 „ conserventur, et feliciter vivant. Conservari,
 „ et felices esse non possunt nisi commode edu-
 „ centur. Educari commode nequeunt, nisi eo-
 „ rum actiones dirigantur. Vult ergo Deus, ut
 „ ab iis, qui Liberos educant, eorum actioes
 „ dirigantur. Quumque jus dirigendi actiones
 „ Liberatorum sit potestas in Liberos; volunt sa-
 „ né, ut parentes potestatem in Liberos exer-
 „ ceant. „ Hein. supr. §. 53. Not.

N. 2. Suppostos estes Principios do Direito Natural, o poder Patrio se não extende além da idade de 25 annos, idade madura, em que o filho já educa- do; pôde dirigir prudentemente as suas acções, e providenciar a sua conservação: E por isso em algumas Nações; o filho he livre do poder Patrio logo que cumpre 25 annos, Gudelin. de Jur. Novis. Liv. 1. Cap. 13. in fin. Groeneweg. ad Tit. Instit. Quib. mod. patr. pot. Solv. Voet. ad Pand. Liv. 1. Tit. 7. n. 15. Vin. et Heinec. ad §. fin. in fin. Inst. Quib. mod. jus patr. pot. solv. Mas o Direito Romano conserva o filho debaixo do poder Patrio em toda a idade; ainda mesmo que seja sexagenario, Arouc. in L. 30. ff. de His qui sunt sui, vel al. jur. n. 2.: Jurisprudencia que adoptou a nossa Ord. Liv. 4. Tit. 81. §. 3. ibi = *filho familias de qualquer idade que seja*; etc. Extinguindo-se o Patrio poder só pelo casamento, ou emmancipação, como veremos no Tit. 01. §. 1.

Nota: O antigo costumé da França, qual o deificarém, livres do Patrio poder os filhos maiores Argentraeus ad Consuetudin. Britan. Art. 500., se vê renovado agóra no moderno Cod. Civ. dos Francêzes Art. 372. Esta Filosofia de algumas Nações he a mais racional, ficar *sui juris* o filho em huma idade em que já não depende das direcções do Pai, e em que tem cessado as razões, porque o Direito Natural estabeleceu o poder Patrio. Hein. supr. §. 71.: Conservar-se porém debaixo d'elle o filho em toda a idade, como escravo do arbitrio paterno, impossibilitado de testar, e de administrar seus peculios *adventicio*, ou *profecticio*; sem faculdade de doar independente do Pai, estando em idade madura, e podendo regular suas acções tambem ou melhor; que o Pai: Isto tudo digo, não podendo ter já fundamento em Direito Natural, só deve attribuir-se ao dominio *Quiritario* dos Romanos, e a hum dos effectos d'elle, Cod. Freder. p. 1. Liv. 1. Tit. 9. Art. 2. a §. 16. et 39., optime Heine. Elem. Jur. Nat. Liv. 2. §. 71. Nota: Nós nossos tempos já os nossos Legisladores pensão de outro modo: Porque sendo hüm dever indispensavel dos filhos familias não poderem contrahir esponsaes, nem matrimonio sem auctoridade dos Pais em quanto menores de 25 annos. ,, Os filhos maiores de 25 annos (diz ,, a Lei de 6 de Outubro de 1784) que quize ,, rem contrahir esponsaes, deverão indispensa ,, velmente (mas por hum effeito do Direito re ,, verencial que nunca se extingue, nem pela ida ,, de, nem pela emancipação ou casamento, ,, Hein. supr. §. 74. et ad Grot. de J. B. et P. Liv. 2. Cap. 5. §. 6.) pedir o consentimento

dos Pais; e repugnando estes, depois de terem elles satisfeito, e cumprido com os importantes e religiosos officios da obediencia, é respeito que se devem a estes Chefes das familias, poderão proceder á celebração do contracto sem o seu consentimento. ,, Lei, que de algum modo segue a philosophia das Nações, libertando do poder Patrio o filho maior de 25 annos, e para hum fim tão importante, suppondo na tal idade já como livra do Patrio poder, e sujeito só a hum Direito reverencial. Mas entre tanto, que não temos huma mais ampla e expressa Legislação; não temos remedio, senão seguir a Jurisprudencia Romana adoptada na Ord. Liv. 4. Tit. 81. §. 3., juncta a Ord. Liv. 1. Tit. 88. §. 6.

TIT. IV. §. 6. RUBR.

Patri familias tantum competit, non Matri.

N. 1. Como, segundo o Direito Natural o poder Patrio tem fundamento na correspectiva obrigação dos Pais de criarem e educarem, e instruem seus filhos (ut supra ad Rubr.) e em tudo concorre não menos a mãe. Por tanto, segundo o mesmo Direito, tambem a mãe tem Patrio poder, só com a differença de prevalescer o voto do pai, sendo mais racional, quando se encontra com o da mãe na direcção das acções do filho. Hein. Elem. Jur. Nat. Liv. 2. §. 54. Formey Extrait. de Wolph. Liv. 7. Cap. 4. §. 14. Grot. de J. B. et P. Liv. 2. Cap. 5. n. 1., ubi optime Hein. in Paelect.

N. 2. Muitas Nações adjudicarão ás mães por morte dos pais, o usufructo dos bens dos filhos maio-

rennes, em quanto se não cazão, ou emmancipão estes, e em quanto aquellas não passão a segundas nupcias, e vivem huma vida frugal: E isto por muitas razões, que exhibem os DD. Nacionaes: 1.^a, *ex vi* desse poder Patrio que as mãis têm nos filhos, segundo o Direito Natural: 2.^a, por força da communião universal de bens, lá praticada (como no nosso Reino, ex Ord. Liv. 4. Tit. 46.): 3.^a, porque os filhos são hum bem commum dos conjuges, e parte das entranhas das mãis, e objecto de todos os seus affectos: 4.^a, porque conforme a Lei Divina e Natural, devem igualmente como ao pai, tributar á mãe a mesma piedade, honra, obsequio, e reverencia: 5.^a, que em quanto a mãe não passa a segundas nupcias, representa a memoria, e imagem do marido, e continúa o antigo consorcio, reputando-se ainda huma carne, e huma alma com a do marido: Omitto outras razões, que podem vér se nos DD. com os quaes Harprectr. Disput. 76. de *usufructu Satutario materno* thes. 9. a n. 98. Heinec. in *Sylog. Opuscul. Exerc. 14. de usufruct. matern. Jur. German. a §. 25.*: Este mesmo usufructo (talvez por algumas destas razões) concede o moderno Cod. Civ. dos Francezes ás mãis no Art. 384. com os encargos relatados no Art. 385.

N. 3. Os Romanos pensarão de outro modo como discorre Heinec. supr. §. 7. dizendo „ *Apud Romanos tamen (mater) nullum placet in Liberos, exercebat imperium; quippe, quod soli patri Leges detulerant. Hinc pietatem quidem equam, paremque venerationem utrique parenti, quantumvis inequalis esset eorum potestas, praestari jubebant Romani, L. 4. ff. de Curat. furios., L. 1. §. 1. ff. de Obseq. parent. et patron. At potestas non cadebat in matrem, quia haec jure*

„ *veteri simul ac convenerat in manum, ipsa in potestatem viri redigebatur, etque filiae familias, suaeque haereditis loco erat; Juris autem editissimi videbatur, eum, qui in potestate est, alium in potestate habere non posse, L. 21. ff. Ad Leg. Jul. de Adult. Quum itaque Liberi, quod ad matrem attinet, sint sui juris, nec exolescente licet in manum conventionone, matrem in Societatem Imperii paterni unquam admiserint Romani: Consequens sane erat ut nec Liberi ratione illius peculium habere intelligerentur, nec mater quidquam sibi in eo lucri vere vindicaret, etc.*

N. 4. „ A mulher (discorre o Cod. Freder. p. „ 1. Liv. 1. Tit. 9. Art. 5. §. 69.) concede a seu „ marido o poder do seu corpo na intenção de ter „ delle filhos, que perpetuem a familia depois da „ sua morte. Donde se segue, que os filhos são propriamente debaixo do poder do pai, e não debaixo „ do da mãe, e que ella tem tão pouco direito sobre „ elles, como aquelle que empresta a sua terra a outro, para que elle possa ahi fazer fructificar a sua semente, nada tem sobre os fructos, que dahi provém: Assim as Leis Romanas não tem ellas dito „ sem fundamento, *quod pater Liberos jure seminis vindicet*, L. 1. §. 1. ff. de Suspici. ventr. Esta „ he a razão porque a mulher, que entra na familia „ do marido, e que consente viver debaixo do seu poder, não póde pertender as prerogativas de que elle goza.

N. 5. Taes são os diversos systemas das Nações a respeito do Patrio poder das mãis, ainda mesmo para gozarem do usufructo dos bens dos filhos até certas idades, ou até suas emmancipações. Quanto a mim, a nossa Legislação Patria, tendo talvez consi-

derado que a mãe de huma parte he a companheira do marido; de outra, que os filhos são huma verdadeira porção do seu corpo, e algumas outras razões das acima expostas N. 1. e 2.º, tem attribuido ás mãis alguns Direitos a respeito dos filhos, mas negando lhe outros, que são effeitos de Patrio poder, e característicos deste poder: De fôrma que em parte da nossa Legislação, observamos a respeito das mãis o rigor do Direito Romano, que absolutamente lhe nega todos os effeitos daquelle poder, e em outras partes, vemos as mãis com alguns desses effeitos.

Nota: Seria muito extensa aqui a relação de huns e outrôs casos, em que as nossas Leis attribuem, ou negão ás mãis os effeitos do poder Patrio, distinguindo-os e especificando-os. No decurso destas observações, e nos lugares competentes os notarei, e lembrarei; ainda que Mello no fim deste §. 6. absolutamente só attribue ao pai os effeitos do Patrio poder, e nenhuns á mãe. Só não deixo de censurar, que a Nota de Mello a este §., foi plagiada fielmente de Stryk. Us. mod. Liv. 1. Tit. 6. §. 3.

TIT. IV. §. 7. RUBR.

De Vita, necisque in Liberos, et venundandi jure:

Nec non

De Jure corrigendi, et castigandi Liberos; tum ex auctoritate propria, tum Magistratus ministerio.

N. 1. Quanto ao Direito *Quiritario* competente aos pais para poderem matar ou vender seus filhos: Eu remetto os curiosos á lição de Bynkersoek. no Opusculo = *De Jure occidendi Liberos* = a Gravin. de Jur. Natural. Gent. et XII. Tabular. Cap. 25. a Heinec. Antiquit. Roman. ad Instit. Liv. 1. Tit. 9., a Thomaz. ibidem, e outros mais: Só advirto, que hum Pai de familias, era como hum Juiz, e Magistrado domestico, hum Censor do filho, com auctoridade de o julgar: E ainda assim, quando condemnava á morte hum filho, o costumava fazer só por crimes graves, consultando seus parentes, e Senadores, Gravin. supra dit. Cap. 25. prop. fin. Coccey. Just. Natur. et Roman. nov. system. sub §. 160. n. 3. (aonde refere muitos exemplos desta prática): E isto não como Pais, mas como Principes imperantes na sua familia, do que offerece illustres exemplos Heinec. Elem. Jur. Nat. Liv. 2. §. 57.

N. 2. Este Direito, e o de vender os filhos tudo com os tempos, e diversos governos se abolio, como referem os DD. citados (N. 1.), e só ficarão aos pais os restos ou de castigarem elles mesmos moderadamente seus filhos, ou delatarem os crimes delles aos Magistrados, e dictarem-lhes as penas para o castigo dos

mesmos filhos , como se vê na L. 3. Cod. de Patr. potest. , e na L. un. Cod. de Emendat. Propinquir. : Tractarei pois separadamente de hum e outro Direi- to , que ainda hoje compete aos pais.

Quantô ao Direito de castigar por si mesmo os proprios filhos.

N. 3. Todos sabem que os antigos Foraes dados ás terras , ou pelos Reis , ou pelos Grandes do Rei- no , erão as primeiras e originarias Leis municipaes : Entre outros que tenho visto , o reimpresso da Cida- de do Porto no §. 26 , impondo penas aos que feris- sem com armas ou sem ellas , exceptuou ,, quem cas- ,, rigando sua mulher , e filhos familiares tirar san- ,, gue , etc. O de Coimbra debaixo do Tit. = *Pena de arma* = determinava ,, Nem pagará a dita pena ,, a pessoa , que castigando sua mulher e filhos , cria- dos e escravos , tirar sangue , etc. : A destes e outros Foraes , ou a L. 2. Cod. de Patr. Potest. , e a L. un. Cod. de Emendat. Propinq. , he bem certo que forão as fontes da nossa Ord. Liv. 5. Tit. 36. §. 1. , e Tit. 34. §. 4. : Bem entendidas , como ellas suppõe , em quanto o filho o he famílias , e não emmancipado , Harprectr. Disp. 3. n. 242.

N. 4. Não limitão estas Ordenações o poder do pai prescrevendo-lhe justos limites , ou seja quanto ao castigo de pulsação , ou quanto ao de prizaõ. Porém sendo certo ,, *potestatem in pietate debere , et non ,, in atrocitate consistere* ,, L. 5. ff. Ad Leg. Por- cip. de Parricid. : E como diz a dita L. un. Cod. de Emendat. Propinq. ,, *Neque nos in puniendis mino- ,, rum vitiiis potestatem in immensum extendi volu- ,, mus* , etc. : Por tanto , assentão os DD. , que a correccão domestica , não deve ser cruel , e que só de-

ye ter por fim a emenda do filho , e não a vingança do pai ; que deve ser hum castigo leve e moderado ; de fórma que antes propenda para a piedade , que para a deshumanidade. Veão-se Mul. ad Struv. Exerc. 3. thes. 38. Stryk. Vol. 3. Disp. 6. Cap. 2. Brun- nem. in L. 3. Cod. de Patr. pot. n. 9. Perez in Cod. Liv. 9. Tit. 15. Fragoz. de Regim. Reip. p. 3. Liv. 1. Disp. 1. §. 4. n. 57. Id Brunneinan. in L. un. Cod. de Emend. Prop. n. 4. Formey Extract. de Wol- ph. Liv. 7. Cap. 4. a §. 16. et 26.

N. 5. Deve o pai , regulando-se pela prudencia , proporcionar o castigo , conforme a idade do filho ; segundo com Grocio , e Puffendorf. adverte Hein. Elem. Jur. Nat. Liv. 2. §. 56. na Nota escrevendo ,, *Rectè Grotius de F. B. et P. Liv. 2. Cap. 5. §. ,, 2. et Puffend. de F. N. et G. Liv. 6. Cap. 2. §. ,, 7. observant , majorem esse bujus potestatis vim ,, in primæ ætatis Liberis , quam in adultioribus. ,, Quum enim tantum possit pater quantum requi- ,, rit finis bujus Societatis , puta Liberorum educa- ,, tio , Liberi autem imperfecti judicii vix unquam ,, quid factu optimum sit perspiciant ; ipsa res exi- ,, git , ut parentes omnes eorum actiones dirigant , ,, eos ad certam adiscendam artem , nec non ad am- ,, plectendam religionem , quam ipsi probant , com- ,, pellant , immodestosque , et immorigeros etiam ,, virga , scuticaque castigent. Id vero bonus pater ,, non fecerit filio adultiori , quem maturiore judi- ,, cio præditum , auctoritate magis , et rationum ,, pondere , quam severitate ac rigidiorè Imperio ad ,, quævis honesta pertrabere studebit , nec temere ,, quidquam , quod ad futura vitæ rationes perti- ,, net , invito illi per modum imperii injunget. ,,* Hein. Elem. Jur. Nat. Liv. 2. §. 56. Not.

N. 6. Qual seja o castigo atroz prohibido aos
Part. II. L

pais, o declara bem o citado Fragos. dizendo n. 59., que tal se reputão os ferimentos, açoitos em público, adustões, e semelhantes, que expõe o filho a hum grave perigo. Adverte que no pai se não presume que no castigo procede com odio, mas só com os fins da emenda, ainda que castigue irado, ainda que algum tanto exceda, não podendo no furor da ira suspender, como em balança, as pancadas; com tanto que o Pai use de hum azurrague, ou hum instrumento costumado para castigar os domesticos, mas não com ferro, ou espada, caso em que se presume que procede com odio, e máo animo: Concluindo o mesmo Fragos. que afôra deste caso, e outros semelhantes, qualquer excesso será culpavel, mas não doloso: E por tanto, quando he notavel, devem os pais ser excusaveis attendendo se o principio, e a causa, e não o fim.

N. 7. Com effeito se hum pai fere gravemente hum filho, hum marido á mulher em termos que exceda os justos limites desta permittida correcção; sendo de devassa o caso, póde o Juiz proceder ex officio, devassando, e punindo o pai, Peg. Tom. 5. ad Ord. Liv. 1. Tit. 65. §. 31. n. 63., e a mulher gravemente ferida, póde querellar do marido, Phæb. 2. Part. Ar. 115., Repertor. sub verbo *Marido póde castigar sua mulher*: E quanto ao filho, elle ainda que não póde querellar do pai, tem regresso ao Magistrado a queixar se da sua deshumanidade, e implorando o seu nobre officio para que o emancipe, Raynald. Crim. Liv. 1. Cap. 6. §. 3. n. 14.

Quanto Direito de requererem e dictarem aos Magistrados castigo público.

N. 8. Este Direito tem fundamento na L. 3. Cod. de Patr. potest. Sendo gravemente puniveis as injurias, que os filhos commettem aos pais, Cortead. Dec. 83. a n. 19., Raynald. Silv. a n. 4. : Ou os pais se não queixão aos Magistrados, e sempre estes ex officio, devem castigar os filhos conforme a gravidade de suas culpas, Raynald. Silv. a n. 20., Stuyk. Vol. 9. Disp. 2. Cap. 3. n. 105. : Bem entendido, que se os pais remittem as injurias, devem os Magistrados minorar as penas, Raynald. n. 18., Fabr. in Cod. Liv. 8. Tit. 33. defin. 1.

N. 9. Ou o pai recorre ao Magistrado para que castigue o filho, regulando o pai as penas nos termos da dita L. 3. : E então devemos advertir com o mesmo Raynal. n. 23., e com Pinel. 2. Part. Rubr. Cod. de bon. matern. a n. 30., que a citada L. 3. só não então auctorisa ao pai para dictar a pena ao Magistrado quando se queixa de alguma irregularidade do filho, que não sendo muito atroz e criminosa, he só damnosa ao pai, como quando elle se queixa de furto que o filho lhe fez, Raynald. Silv. a n. 64., Molin. de Just. Disp. 676. n. 6., Gomes 3. Var. Cap. 5. n. 3. Geurb. Consil. Crimin. 68. n. 15. : E não quando o pai delata ao Magistrado offensas graves do filho, ou crimes d'elle, que não offendendo os bens ou a pessoa do pai, só offenderão ao público, ou a algum terceiro.

N. 10. Quando pois o pai assim recorre ao Magistrado: Duvida-se: 1.º, se he preciso que elle justifique com provas a sua dilatação: 2.º, se depois desta póde o pai perdoar ao filho, ou saltem: 3.º, a in-

stancia de pai deve o Magistrado minorar ao filho a pena.

N. 11. Quanto á primeira Questão : O citado Raynald. distingue assim a n. 48. „ *Ego autem dicere, quod probationes non requiruntur in levibus, prout est, quando pater instat pro carceratione; quia talis retentio non excedit limites correctionis, et emendationis quam pater potest desiderare, et procurare justa L. un. Cod. de Emend. propinq., et L. 3. Cod. de Patr. pot. : Secus in gravibus, prout est, quando ulterius progrediendo instat etiam pro punitione exemplari, justa, pro pœna publice imponenda; quia talis punitio supponit atrocitatem delicti, que requirit Judicis notionem, ut sancivit ix. in d. L. un., et ideo requirit probationem..... Et quod requirantur non solum probationes, sed quod audiatur etiam filius in suis defensionibus desumitur ex L. 2. Cod. ad Leg. Cornel. de Sicar., verbo inauditum filium: Non obstat Faber in Cod. Liv. 8. Tit. 33. Def. 1. n. 1., quia loquitur de carceratione facienda ad instantiam patris non habentis probationes in promptu; non tamen dicit quod non debeant probationes supervenire pro punitione; imo etiam in levibus potest Judex exigere probationes in omnibus casibus recensitis per Cornazzan. Decis. Lucens. 47. per tot. : 1.º, si filius sit Doctor: 2.º, si intercedat odium inter patrem et filium ea causa Litis, vel ex alia causa: 3.º, si habitet seorsum a patre in diversa habitatione, etc.*

N. 12. Quanto á 2.ª : Com o mesmo Fabr. in Cod. Liv. 8. Tit. 33. Def. 1., decide o citado Raynald. n. 26. e 27. „ *Non esse patrem audiendum, si injuria et impietas sit atrox, ita ut pessimi*

„ *sit exempli rem inultam relinquere, in levioribus enim remittere quodcumque potest, etiam post delatam ad judicem querellam, ne alioqui nullus paternæ veniæ, et misericordiæ locus relictus esse videatur* „ Confer. Valeron. de Transact. Tit. 4. Q. 7. n. 22.

N. 13. 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 dúvida se lhe deve minorar a pena, maxime a infamante, Raynald. a n. 18. et 28. , Stryk. Vol. 9. Disp. 2. Cap. 3. n. 107., Valeron. supra, Carpzov. Crim. Q. 100. n. 40. No segundo: A delatação do pai (á unica excepção do crime de deserção) não minora a pena, que as Leis impõe a esses crimes, sendo provados, por mais que o pai com a delação supplique remissão, ou minoração das penas, Stryk. Silv. a n. 13., Anton. Matheu de Crimin. Liv. 48. Tit. 18. Cap. 5. n. 13. Renazio Element. Jur. Crim. Liv. 2. Cap. 5. §. 21.

Pelo que respeita ás Mães.

N. 14. Ellas tem o mesmo direito como os pais para castigarem moderadamente e sem excessõ os seus filhos. Tem o mesmo direito de recorrer aos Magistrados para que castiguem os desobedientes, e errantes, como com todos os Direitos, Divino, Civil, e Nacional, prova o citado Raynald. a n. 49. Conf. Pinel. in Rubr. Cod. de bon. matern n. 30., Paschial de Patr. pot. Part. 3. Cap. 4. Mas com estas differenças de que o Magistrado em nenhum caso, e nem ainda para a leve pena de prizão, deve attender sem provas o simples dicto, e queixa da mãe, nem pelo

dictame , e arbitrio della regular o castigo do filho , Raynald. Silv. n. 62. e 63. , Pinel. n. 31.

Jurisprudencia moderna dos Francezes a este respeito.

O Codigo moderno desta Nação , o Civil , diz , no Art. 375. diz : Que o pai que tiver objectos de desagradados gravissimos sobre a conduta de hum filho , terá os meios de correcção seguintes: Se o filho he de idade de menos de 16 annos começados , o pai poderá fazello prender por tempo que não exceda hum mez , e a este effeito o Magistrado deverá a seu requerimento passar ordem de prisão.

Depois da idade de 16 annos começados , até a maioridade , ou a emmancipação , o pai sómente poderá requerer a prisão do seu filho ao mais até 6 mezes: Elle se dirigirá ao Prsidente do Tribunal , que depois de ter conferido com o Commissario do Governo , concederá , ou negará a ordem de prisão , e no primeiro caso poderá abbreviar o tempo da prisão requerida pelo pai.

Não haverá em hum , e outro caso alguma escriptura , nem formalidade judiciaria , mas só a ordem de prisão , na qual não serão enunciados os motivos della.

O pai será sómente obrigado de subscrever huma obrigação de pagar todas as despezas , e de fornecer os alimentos convenientes.

O pai he sempre senhor de abbreviar a duração da prisão por elle ordenada , ou requerida. Se depois da sahida o filho cahe em novos crimes , a prisão poderá ser de novo ordenada da maneira acima prescripta.

A mãe supervivente , e não tornando a casar ,

não poderá fazer prender hum filho , senão com o concurso de dois mais proximos parentes paternos , e por via de requerimento conforme ao Art. 377.

O filho prezo poderá ter o recurso da Appellação , e ouvido o pai se poderá revogar , ou modificar a ordem da prisão , etc.

TIT. IV. §. 8. RUBR.

Actionis ad Liberos vindicandos et exhibendos usus ; et fundamentum.

N. 1. Em Peg. 3. For. Cap. 30. vemos praticada esta acção por hum pai contra hum sogro , que lhe detinha os filhos , e foi o sogro , avô delles , condemnado entregallos ao pai , sem embargo de o sogro allegar , que o Pai era hum dissipador. Tambem no n.º 8.º refere julgado competente a mesma acção para reivindicar o filho , que foi exposto , provando o pai que elle era seu. Confira-se o mesmo Peg. Tom. 7. ad Ord. Liv. 1. Tit. 87. §. 6. n. 92. et 93. , Codig. Frideric. Part. 1. Liv. 1. Tit. 9. Art. 2. sub §. 22. , e Coccey Just. Natur. et Roman. Nov. System. sub §. 160. n. 4. et 5.

N. 2. Como porém os filhos sem auctoridade do pai se podem obrigar a algum artifice para os ensinar a algum officio proprio da sua condição , e ficão efficaçamente obrigados , Silv. ad Ord. Liv. 4. Tit. 28. n. 13. Zacch. de Salar. Q. 38. n. 7. , Merlin. de Pignorib. Liv. 2. Q. 50. n. 75. Conf. Moraes L. 2. Cap. 20. n. 94. in fin. : Neste caso não tem o pai acção para arrancar do poder do mestre o filho , que sem sua auctoridade , se lhe obrigou a servillo durante o tempo do costume para aprender o officio , Arouc. na L. 3. ff. de His qui sunt sui , vel alien. jur.

sub n. 3. *Si apud Sartorem*, Harprectr. Disp. 1. = *De operis liberorum* = n. 393., Conf. Fragos. Part. 3. Liv. 1. Disp. 2. §. 10. n. 272.: Nem em fim tem acção para o reivindicar nos mais casos que refere Arouc. na L. 3. ff. de His qui sunt sui n. 3.

TIT. IV. §. 9. RUBR.

Defensio Liberorum.

Que hum pai tem Mandato a *Lege* para defender o filho ninguém o duvida, devendo porém caucionar a ratificação do filho, se a caução se lhe exige, Gol'n. de Procuratorib. Part. 3. Cap. 1. Mas que possa defendello em Juizo criminal nos casos em que a mesma Ord. Liv. 3. Tit. 7. §. 2.º e 3.º, e Liv. 5. Tit. 124. §. 14., obriga ao criminoso a que resida em pessoa; tal não pôde ser, sem erro a intelligencia de Mello neste §. Só sim, que se a dita Ord. permite a qualquer do Povo ser excusador, à fortiori a hum pai que tem Mandato tacito a *Lege*.

TIT. IV. §. 10. RUBR.

Educatio.

O que pertence á exposição deste §. se dirá ao Tit. 6. desde o §. 11. até o 21., onde he o assento proprio.

TIT. IV. §. 11. RUBR.

Patris alia in filios jura.

Neste §. firma Mello estas Conclusões: 1.ª, que só ao pai he concedido dar rectamente ao filho tutor testamentario, ex Ord. L. 4. Tit. 102. §. 2., e fazer-lhe substituição pupilar, ex Ord. Liv. 4. Tit. 87. §. 7.: 2.ª, que só ao pai, e não á mãe he concedido não pagar soldada ao filho que os serve, ex Ord. L. 1. Tit. 88. §. 13.: 3.ª, que só depois da idade de 7 annos pôde merecer soldada qualquer pessoa, que seja da qualidade de servir por soldada. Tratarei separadamente de cada huma destas Conclusões.

N. 1. Quanto á 1.ª: Ella precisa de exposição: Pelo Direito Romano não precisava de confirmação o tutor testamentario nomeado pelo pai ao filho legitimo; precisava porém da confirmação o tutor testamentario nomeado pelo pai ao filho natural, ou pela mãe a qualquer filho, Stryk. Us. mod. Liv. 26. Tit. 3. §. 2. et 3. Isto he o mesmo que determinou a Ord. Liv. 4. Tit. 102. §. 1., aonde tratando do tutor testamentario nomeado pelo pai, ou avô, ao filho ou neto legitimo, excusa este tutor de prestar fiança: E ao §. 2. faz dependentes de confirmação o tutor testamentario que o pai deixa ao filho natural, ou a mãe deixa a seus filhos quaesquer que sejam; mas neste mesmo §. 2. permite a Ord. ás mãis deixarem tutores testamentarios a seus filhos só com a differença de serem dependentes da confirmação: Só neste sentido se deve entender Mello para o salvarmos do erro: Se bem que elle melhor se declara ao diante no §. 15. §. V.

N. 2. Quanto á 2.ª Conclusão: Ella não he cer-

ta regra que não padeça limitações, e dúvidas, nem pelo que respeita ao pai, nem pelo que respeita á mãe. Pelo que respeita ao pai. Os filhos depois de casados, ou emancipados, servindo o pai merecem sem dúvida pagamento dos serviços, á unica excepção de serem leys, obsequias, ou por estímulos de piedade, ou gratidão de beneficios recebidos; maiormente se estes filhos deixão de lucrar servindo outras pessoas, ou subtrahindo-se aos proprios serviços, como com muitos DD. Harprectr. Disp. 2.^a, Fragos. Part. 3.^a Liv. 10. Disp. 22. §. 5. n. 118. in fin., e assim o refere Julgado, Peg. 4. For. Cap. 45. a n. 104. et 106. et Tom. 13. ad Ord. Liv. 3. Tit. 11. §. 2. n. 24.

N. 3. Também he sem dúvida que os filhos naturaes ainda de piães, em que os pais não tem Patrio poder (e menos nos espurios, Valasco Cons. 94. et 151. n. 11. et 11., Arous. in L. 11. ff. de iis qui sunt sui n. 3.) elles servindo os pais em serviços rusticos, e artificiaes merecem salario, a menos que não concorram conjecturas de que servirão gratuitos, Harprectr. Silv. a n. 84., Fragos. n. 22. in fin.: E isto ainda que recebam alimentos em casa dos pais, porque só são obrigados recebendo-os, ás obras officiaes, e obsequias, Harprectr. Disp. 1. a n. 211. et 226. Solan. Cog. 9. a n. 108., e que hem se comprova com a Ord. Liv. 4. Tit. 97. §. 16. et 17., que faz proprio do filho o que elle adquire por seu trabalho, ainda que se alimente dos bens do pai.

N. 4. E quanto aos filhos legitimos não emancipados, que servem o pai, he bastante duvidosa a Questão: Se o pai lhes deve, ou não pagar salario? Harprectr. Disp. 2. = *De salario pro operis liberorum prastando* = expõe desde o n. 22. até 28. outros de igual ou maior pezo pela negativa, e desde

o n. 40. firma a regra geral que este filho legitimo, não emancipado, não vence salario, o que tambem seguem Fragos. Silv. Zacch. de Salar. Q. 51. a n. 19. Carvalh. de Testam. Part. 4. Cap. 1. a n. 281., Val. Cons. 32., Pacion. de Loc. Cap. 35. a n. 112. N. 5. Porém esta regra (n. 4.) limita-se 1.^o; quando ha Lei ou costume de se pagar salario aos taes filhos, Harprectr. Silv. Thes. 21. n. 44.: Limita-se 2.^o, quando estando os mais filhos separados trabalhando, e lucrando para si; hum ou dois trabalharão notavelmente nos bens do pai, excusando-lhe criados, e sendo artificios, ou estando assalariados servindo outras Pessoas deixarão o artificio, ou serviço alheio, em que podião lucrar para servir ao pai precisado da sua assistencia, e serviço com que lhe conservarão e augmentarão o patrimonio: Pois nestas circumstancias e qualquer dellas, toda a equidade, e razão clama para que a estes filhos se arbitre na morte do pai algum salario moderado (menos do que se arbitraria a hum semelhante criado). De outro modo seria iniquo que estes na herança do pai, e nos bens que augmentarão, ficassem iguaes com os mais filhos separados, que lá trabalhavão para si, e que não servirão ao pai. Assim o demonstra com muitos DD. o citado Harprectr. a n. 37. 46. et 58. referindo o muitas vezes Julgado: Concordão Zacch. de Salar. Q. 51. n. 36. et 37. Fragos. Silv. n. 118., Pacion. m. 114. et 115., Escobar de ratiotin. Cap. 27. a n. 114. ad 59., Voet ad Pand. Liv. 15. Tit. 1. n. 5., Groeneweg. ad §. 2. Instit. per quas pers. n. ult., Zoc. ad Pand. Tit. de Collat. n. 44. Com tanto que os taes serviços sejam notaveis, e não modicos como declarão os DD. citados.

N. 6. Limita-se 3.^o, a mesma regra: Se o filho, que aliás podia servir outro amo, ou applicar-se a al-

gum officio livremente (Tit. 4. §. 8. n. 2.) sem auctoridade do pai, ajusta salario com o pai mesmo, salario que aliás podia lucrar servindo outra pessoa, porque neste caso assentão os DD. que se lhe deve o paccionado com o pai. Harpr. Silv. a n. 50. et 67. Parlador. Liv. 1. rer. quotid. Cap. 19. n. 2. Peg. 4. For. Cap. 45. sub n. 105. (Veja-se Not. ad §. 14. n. 19.)

Nota: Esta Conclusão he fundada em toda a razão; porque se o filho não he obrigado prestar ao pai as obras artificiaes (N. 3.); nada ha que obste, que o filho com respeito ás artificiaes, que não he obrigado prestar ao pai convencie com elle o salario mesmo que podia lucrar prestando-as a outra pessoa. Ita sequio Cod. Freder. p. 2. Liv. 7. Tit. 16. sub §. 8. pag. 598. Stryk. de Succes. ab intest. Dissert. 11. Cap. 4. §. 20. no fim: Por outra parte havendo esta convenção cessa a presumpção da liberalidade e graciosidade, huma das razões, em que se funda a opinião, que denega o salario ao filho, e ficão applicaveis as razões da affirmativa, que fazem o filho digno de salario, razões que recopilou o citado Harprectr. a n. 14. ad 21. Por outra parte: Hoje nada ha que embarace contractar o pai com o filho como Pessoas fisicamente distinctas, Mell. Liv. 2. Tit. 4. §. 15. na Not. et Liv. 4. Tit. 1. §. 8. (quidquid dicat, Stryk. de Caut. Contr. Sect. 1. Cap. 2. §. 26.) Porém o pai assim devedor da soldada ao filho pela convenção, sempre fica della usufructuario pela regra geral, e só lha deve entregar quando elle se caza ou emmancipa, ou na sua morte deve sahir da sua herança.

ad N. 7. Limita-se 4.º, a mesma regra; se o filho quando servia ao pai, protestou por salario, e o pai annuo aos protestos do filho, Pacion. de Locat. Cap. 35. n. 115. Harprectr. d. Disp. 2. sub n. 50. Fragoz. p. 3. Liv. 10. Disp. 22. §. 5. sub n. 117. §. Præsertim, Gomez in L. 29. Taur. n. 24. §. Ex quo, Peg. 4. For. Cap. 45. n. 105. no fim, Sabell. §. Salarium n. 11. Em contrario está Carvalh. de Testam. p. 4. Cap. 1. sub n. 281., denegando ao filho o salario, por mais que o protestasse quando servia ao pai. Porém eu seguiria a primeira opinião, concorrêdo com o protesto ás circumstancias expostas N. 5.: Porque se suppostas ellas se deve ao filho salario sem protesto, a fortiori protestando-o, e podendo servir outro amo, ou propor-se a algum officio por mais que o pai reluctasse (Tit. 4. §. 8. n. 2. et §. 11. n. 6. Not.)

N. 8. Limita-se 5.º, se o filho em vida do pai he por elle proposto a alguma negociação com bens e dinheiros do pai, e o filho trabalhando, e traçando zelosamente lucrou muito para o pai; supposto que tudo o adquirido pelo filho como peculio profecticio cede para o pai, e em huma opinião ametade do lucro deve ceder para o filho como peculio adventicio: Comtudo, e pelo menos clama 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, com os effeitos da industria deste filho habil, Harprectr. Disp. 1. De oper. Liberatorum a n. 242. et Signanter n. 256. et Disp. 2. De salar. pro operib. Liberator. præstand. a n. 69., Gom. in L. 29. Taur. n. 24. Fragoz. p. 3. Liv. 10. Disp. 22. §. 5. sub n. 118. §. Quod tamen procedet.

N. 9. E pelo que respeita ás mãis : A regra he que ellas devem prestar salarios aos filhos que são de qualidade de servirem por soldada , Ord. L. 1. Tit. 62. et 37. et Tit. 88. §. 13. Carvalh. de Testam. p. 4. Cap. 1. n. 283. , Peg. Tom. 14. ad Ord. Liv. 1. Tit. 88. n. 139. : É só se limita quando por urgentes conjecturas consta que os filhos quizerão servir gratuitamente a mãe, e por pura piedade, o que fica sujeito ao prudente arbitrio do Julgador , como com muitos DD. prova ex professo o citado Harpr. Disp. 2. a n. 86.

N. 10. Em contrario Zacch. de Salar. Q. 51. a n. 38. , equipara na materia sujeita os serviços feitos aos pais, e os feitos ás mãis, para em nenhum caso conforme a regra (N. 4.) se não dever salario ao filho que administra os bens da mãe ,, *quia licet* (diz ,, Zacch.) *mater non habeat filios in potestate ; ne-
,, gari tamen non potest , quin filius teneatur ma-
,, tri obsequia et reverentiam præstare , non secus
,, ac tenetur patri*, etc. : Porém, ninguem se aparte da regra da Lei, a menos que se não verifique a unica limitação exposta N. 9.

Nota : Nos casos em que se devem salarios pelos pais aos filhos , não basta que elles digão que servirão os pais , he necessario que provem os serviços que lhes fizerão , a qualidade delles, o tempo que servirão , que excusarão criados aos pais, e que lhe augmentarão o patrimonio, videndus. Harpr. Silv. a n. 126. ad 131. : A confissão dos pais não basta para prova, não sendo administrada verdadeira com outras provas, Salgad. in Labyr. p. 3. Cap. 13. n. 21. et 25. , Peg. de Spur. Cap. 20. ad Ord. Liv. 4. Tit. 12. n. 15. : Só sim sendo a tal confissão feita

em testamento ; deve então valer como Legado nos limites da força, independente de outra prova , Peg. 3. For. Cap. 24. et 45. Salgad. Silv. n. 21. Por outra parte : Provados nesses casos os serviços dos filhos , se devem arbitrar pelas normas da Ord. Liv. 4. Tit. 29. : E ainda que alguns DD. quizerão que a hum filho se arbitre menor salario que a hum criado , Harpr. supra a n. 104. Voet. ad Pand. Liv. 15. Tit. 1. n. 5. Zoez. ad Pand. Tit. de Collatione n. 44. : Com tudo o mesmo Harprectro, interpondo o seu voto diz assim ,, *Judicis tamen conscientiam , ut
,, aliquo modo instruamus , paucis dicimus ,
,, quod ille in primis ad ipsam operarum qua-
,, litatem , et quantitatem studiose respicere ,
,, et condignam mercedem constituere inde de-
,, beat ; si filius familias v. g. advocatus , si
,, scriba , si faber lignarius , ferrarius , mura-
,, rius operas venales alias (ut DD. loqui
,, amant) patri impendat , vel si filius rem pa-
,, tris domi , forisque curet ; quod extraneus
,, non sine magno labore et mercede fecisset ;
,, si filius uxoris cum propria familiae de-
,, trimento ; et neglectu , una cum sua conjuge
,, quotidianas patri operas præstando , totam
,, illius economiam , seu rem familiarem ad-
,, ministraverit. Porro etiam operarum alii
,, liberis præstitarum rationem habere debet ;
,, item temporis , tum brevitatis , tum diutur-
,, nitatis , per quod operæ a filio patri præsti-
,, tæ sunt ; nec non tam patris , quam filii fa-
,, cultatum , et quæ talia porro alia judican-
,, tibus hic recommendari merentur. Conferant
,, Auctores superius laudati. Addat. Mevius
,, ad jus Lubec. p. 3. Tit. 8. Art. 7. n. 9.*

Quanto á 3.^a Conclusão (de qua in Rubr. hujus §. 1.): Declara com Peg. ad Ord. Tom. 7. Tit. 87. §. 12., e Silv. ad Ord. Liv. 4. Tit. 31. §. 8.: E limita quando o maior de sete annos, tem sido criado alguns annos por aquelle a quem servio; porque dev servillo outro tanto tempo quanto foi o da criação Ord. Liv. 1. Tit. 88. §. 12. ubi Peg. n. 3.

Quid nos impuberes puberes que serven de algum modo aos seus tutores? Veja-se Gam Dec. 216., e 360. Zacch. de Salar. Q. 51. n. 49. Cancer. 1.^o Var. Cap. 16. n. 35. optime Coler. de Aliment. Liv. 2. Cap. 6. a n. 9.

TIT. IV. §. 12. RUBR.

Legitimus bonorum administrator.

Neste §., depois de provar com a Ord. Liv. 1. Tit. 88. §. 6., que o pai he administrador dos bens do filho; firma estas tres Conclusões: 1.^a, que o pai não póde alienar os bens adventicios dos filhos, e só consentindo elles, e em nome d'elle, sendo puberes; 2.^a, que o pai por si só póde tractar em juizo as causas que respeitão ao filho impubere, mas não as do pubere, que deve ser citado juntamente com o pai; 3.^a, que o pai, como qualquer outro Administrador, he responsavel a prestar contas dos bens adventicios do filho, e que por dolo, ou culpa póde ser removido da administração: A materia destas Conclusões he frequentissima na praxe, e por tanto deve tractallas mais largamente.

Quanto á Primeira.

Alienação dos bens do filho.

N. 1. A Ord. Liv. 1. T. 88. §. 6., sim parece prohibir ao pai toda a especie de alienação dos bens adventicios do filho sem distincção alguma: Concorda o argumento da Ord. L. 3. Tit. 9. §. 4. Desta Ord. contra Pinello e outros infere Cald. de Empt. Cap. 13. a n. 4. E na L. si curatorem verbo *Contractum fecisti* a n. 4., que os pais neste Reino em nada differem dos tutores, que não seja em usufructuarem os bens adventicios dos filhos, e que não podem alienar os bens delles, sem Decreto judicial e mais solemnidades necessarias para a alienação dos bens dos orfãos. Esta opinião se vê com effeito seguida *in judicando apud* Guerreir. For. Q. 60. tot. et n. 21., aonde se julgou nulla a alienação que o pai fez sem aquellas solemnidades de bens adventicios do filho: Assim tambem o refere julgado Peg. Tom. 7. ad Ord. Liv. 1. Tit. 87. §. 6. sub n. 16., e Sous. de Maced. Decis. 12.

N. 2. He notavel a variedade, inconstancia, e contradicção com que neste Artigo se portou, Guerreir. Tract. 3. Liv. 2. Cap. 1. a n. 18, já permittindo ao pai o livre poder de alienar os taes bens sem judicial Decreto; já limitando este poder só aos moveis, já fazendo differença entre o pai na qualidade de tutor, ou de administrador, etc. Escrevendo sem critica, e sem systema quanto com a mesma variedade achou escripto, e espalhado pelos DD.

N. 3. Eu porém noto, que a citada Ord. Liv. 1. Tit. 88. §. 6. se conformou com a regra estabelecida na L. 1. e 2. Cod. de Bon. matern.: Estas Leis erão
Part. II. N

e Constantino , Arcadio e Honório : Porém depois Justiniano na L. 8. §. 4. e 5. Cod. de Bon. quæ Liber. , confirmando a mesma regra , a modificou em os casos seguintes (outras tantas limitações juridicas e racionaveis da mesma regra.)

1.º, Se os bens adventicios do filho lhe provierão gravados com dividas: Então a mesma Lei 8. §. 4., auctorisa o pai para alienar bens para pagamento dellas debaixo de tres condições, huma que aliene primeiro os moveis, outra, que sendo insufficientes, deve dos de raiz alienar primeiro os estereis e mais inuteis, ou menos rendosos; outra que nestas vendas se comporte *paterna pietate*: Se pois o pai usando neste caso daquelle poder, abusa das referidas condições procede nullamente. Neste sentido, he que se devem entender os DD. que auctorisão os pais para alienarem os bens dos filhos sem Decreto judicial, na urgencia do pagamento de dividas, Harprectr. Disp. 79. a n. 390. Valeron. de Transact. Tit. 4. Q. 4. n. 19. Olea de Cess. jur. Tit. 2. Q. 6. n. 28. Castilh. de Usufr. Cap. 3. n. 70., et Tom. 8. de Aliment. Cap. 44.

Nota: Porém a simples asserção do pai, que vende para pagamento de taes dividas, não basta, sem que elle, quando faz a entrega aos filhos nos casos da emmancipação, ou casamento, assim o prove, Harprectr. Silv. a n. 405. ad 410.: Ou sem que os compradores depois assim o justifiquem, Cald. de Empr. Cap. 13. n. 8. Pinell. in L. 1. Cod. de Bon. matern. 3. p. n. 23. Castilh. de Usufr. Cap. 3. n. 70., Urceol. de Transact. Q. 15. n. 24. et 30. De outro modo, póde o filho repetir do pai ou dos compradores o preço ou os bens, porque o filho tem a sua

intenção fundada na regra geral, em quanto plenamente se não verifica com applicação propria, á dita limitação, Anton. Fabr. in Cod. Liv. 6. Tit. 36. Def. 3. Castilh. Tom. 8. Cap. 44. n. 14. Urceol. de Transact. Q. 15. n. 24. in fin.

N. 4. 2.º, He semelhantemente o pai auctorisado na dita L. 8. §. 4. Cod. de Bon. quæ Liber. , e debaixo das mesmas condições (n. 3.) para alienar bens do filho para pagar os Legados, com que o testador o onerou, ou sejam annuos, ou pagos por huma vez; Veirão-se Guerreir. Tr. 1. Liv. 4. Cap. 2. n. 97.: Porque com effeito o pai usufructuario póde ser demandado por estes Legados, Moraes de Execur. Liv. 6. Cap. 7. n. 69. §. *Item solum*, Brunneman. in L. fin. Cod. de Bon. quæ Liber. n. 17., Barbos. in L. *Maritum* 13. de Solut. matr. n. 21.

N. 5. 3.º, A mesma L. 8. §. 5., dá licença ao pai para alienar os adventicios do filho, na urgente necessidade de alimentos proprios, ou dos mesmos filhos em falta de outros bens, e debaixo das mesmas condições (n. 3.) Brunnem. in dit. L. n. 19. optime Harprectr. Disp. 79. a n. 400., Castilh. de Aliment. Cap. 43. a n. 10., Surd. de Aliment. Tit. 8. privil. 37., Costa de Privil. Credit. Reg. 1. Ampliat. 10. n. 16.

N. 6. 4.º, Tambem a dita L. 8. §. 5., como por outra limitação da L. 1. e 2. Cod. de Bon. matern. diz „ *Exceptis videlicet rebus mobilibus, vel immobilibus illis, quæ onerosæ hereditati sunt, vel quocumque modo damnosæ, quas sine periculo vendere patri cum paterna pietate licet, ut pretium earum, vel in res, vel in causas hereditarias procedat, vel filio serventur.* „ Bem entendido com Harprectr. Disp. 79. a n. 341., contra Cyriac.

contr. 243. n. 23., que quanto aos moveis fergiv eis, ou corruptiveis he que tem lugar a permissão desta Lei, e não naquelles que só se deteriorão com o longo uso, o que parece persuade a nossa Ord. Liv. 1. Tit. 88. §. 6. E quanto á raiz, quasi esteril, onerosa, ou damnosa, que esta Lei permite possa o pai alienar, amplia-se ás dividas, cujos devedores vão a fallir, que o pai póde (imó, deve porque aliás fica responsavel ao filho pela culpa e indolencia) cobrar e exigir: Amplia-se tambem as casas ruinosas: Mas adverte o citado Harprectr. a n. 411. „ *Diversum*, „ *judicium de utilitate utilitatis ferendum videtur*, „ *quod scilicet res liberorum, præsertim immobiles*, „ *non tam damni evitandi, quam ut majus solum-* „ *modo emolumentum ipsis accrescat, alienari non* „ *possunt*, etc.

N. 7. Em todos estes quatro casos, procedendo o pai nas vendas com boa fé, justa causa, sem dolo, ou fraude, com piedade paterna, cumprindo as condições da dita L. 8., e verificando-se depois a verdade (se o filho a negar) subsistem validas as mesmas vendas, independente de judicial Decreto; porque olhada a dita Lei como declaratoria da L. 1. e 2. Cod. de Bon. mat., verificadas as causas, ficamos nas regras geraes „ *Precibus frustra impetratur quod a jure conceditur; frustra ab homine desideratur, quod per legem competit*, Barbos. et Tab. Liv. 14. Cap. 110. ax. 7. *Si habemus effectum, de modo curandum non est*, Portug. de Donat. Liv. 3. Cap. 16. n. 52. Signanter Harpr. supra n. 419. Simoncell. de Decret. Liv. 3. Tit. 8. n. 9.: Com effeito, que em todos estes quatro casos, e debaixo das recommendadas condições, subsistem validas alienações sem Decreto judicial, verificada a verdade da causa, á boa fé, assenta o commum dos DD. Stryk. vol. 8. Disp.

26. Cap. 3. §. 15. Cost. de Privil. Credit. Reg. 1. Ampl. 10. n. 16., Britt. ad Rubr. de Locar. 2. p. §. 5. sub n. 11., aonde argue Caldas citado (n. 1.) na sua indistincta generalidade, e que só se deve seguir debaixo da referida distincção de casos: Urceol. de Transact. Q. 15. n. 10. et a n. 24.; Castilh. de Aliment. Cap. 44. n. 13. et de Usufr. Cap. 3. n. 71. aonde assenta, que esta opinião he a mais seguida, Valeron. de Transact. Tit. 4. Q. 4. a n. 19. Olea de Cession. jur. Tit. 2. Q. 5. n. 28. Brunneinan. in d. L. 8. n. 17. Cod. de Bon. quæ Liber., Perez in Cod. Liv. 6. Tit. 60. n. 5. Fachin. Liv. 16. Cap. 40.: Este mesmo systema, seguio o Cod. Freder. p. 1. Liv. 2. Tit. 9. Art. 4. §. 56.

N. 8. „ *Non autem* (prosegue o §. 5. da dita L. 8.) *licentia parentibus danda extra memoratas causas, res, quarum dominium apud eorundem posteritatem est, alienare, vel pignoris, vel hypothecæ titulo dare: Sed si hoc fecerint, scilicet, quod necesse est eos in legum laqueos incidere, quibus hujusmodi venditiones, vel hypothecæ sunt interdictæ.* „ Em todos os mais casos pois, que não seião os quatro exceptuados, he indispensavel para a validade da alienação o Decreto judicial, Castilh. de Usufr. Cap. 3. n. 69. et 72.: A este sentido se deve referir o Aresto de Guerreir. For. Q. 60., porque reflectidas as deliberações, não foi a falta de solemnidades a causa delle, mas mais principal a falta da necessidade urgente para a alienação que esse pai fez dos bens do filho.

Nota: Esta Ord. Liv. 1. Tit. 88. §. 6., que seguio a regra da L. 1. e 2. Cod. de Bon. matern., não póde deixar de receber as declarações tão justas, com que depois Justiniano na

L. 8. Cod. de Bon. quæ Liber., limitou a mesma regra : Na verdade . Não se diz herança se não depois de deduzidas as dividas , e os legados : Só os bens que restão ficão sendo os adventicios do filho , e do pai o usufructo ; vindo assim o pai a ficar só obrigado conservar para o filho o restante das dividas , e Legados , Mendez in L. cum oportet. p. 2. n. 136. , Moraes Liv. 2. Cap. 20. n. 100. : E eis-aquí justas as primeiras duas limitações. Se os alimentos dos filhos e do pai são despezas , de huma indispensavel necessidade em falta de outros bens ; as Leis , que civilmente constituem esta reciproca obrigação natural do pai e do filho , necessariamente admittem a 3.^a limitação. Promover o pai os interesses do filho , desfazer-se de bens quasi inuteis , ou onerosos para occorrer a maiores prejuizos , he huma obrigação do Direito Natural , Hein. Elem. Jur. Nat. Liv. 2. §. 60. : E a Ordenação mesma que o obriga conservar os bens adventicios do filho , o obriga ao mesmo que lhe permite a 4.^a limitação. Não se lê em todo o Tit. 88. , que para a alienação de bens de filhos , que tenham pai , seja necessario o judicial Decreto , e he bem claro no §. 26. e seguintes , que só tracta dos orphãos , que carecem de pai , e quando no §. 6. tracta dos que tem pai , os denomina menores filhos , e não orphãos , na intelligencia geral de que só se dizem orphãos os que carecem de Pai , Peg. Tom. 13. ad Ord. pag. 177. a n. 5. , e he bem claro o Assento de 23 de Fevereiro de 1635 na Coll. delles N. 60. : Por isso pois que a Ord. , ainda que no §. 6. mandou que o pai conservasse os bens dos filhos , não lhe prohibia positivamente toda a alienação ,

nem a fez dependente das solemnidades necessarias nas alienações dos bens dos orphãos , porque os não comprehendio na disposição do §. 26. : Segue-se , que pelo menos ficou o caso da alienação omissa na Lei , ou quando sujeito á regra , susceptivel de humas limitações tão justas : E por tanto , huma vez que se verifiquem as condições (n. 3.) com que nos quatro casos se lhe permittem as alienações sem Decreto judicial , ellas devem subsistir validas , *quid quid sit* , ou quando estamos na regra , ou quando se não verificação as ditas condições (Not. ao n. 3.) : Adverte porém Florez ad Gam. Dec. 36. n. 3. , e Maced. Dec. 12. n. 5. , *Quod cautè contrahentes semper Decretum requirunt , et quod ita practscatur.*

N. 9. O exposto desde o N. 1. procede quanto á venda que o pai faz dos bens adventicios do filho : *Quid verò* , quanto aos mais contractos , que se comprehendem na geral accepção da palavra = *Alienação* = ² Dos mesmos Principios , ou por identidade de razão , he facil a resolução.

N. 10. Quanto aos afforamentos ou arrendamentos dos bens adventicios do filho : Pelas mesmas razões da limitação 4. (n. 6.) e procedendo com boa economia e piedade paterna , póde o pai dar de emprazamento ou arrendar *ad longum tempus* , com manifesta utilidade do filho , os predios ruinsos , esteireis , aquosos ou paludosos , sylvestres , saxosos , etc. Sendo depois o filho obrigado manter estes contractos , incumbindo porém ao emphyteuta ou arrendatario , a obrigação de provar , que no pai interveio *aquella justa causa* , etc. Vejão-se Pacion. de Locat. Cap. 7. n. 58. , 59. , 60. , Pinell. in L. 1. Cod. de

de Bon. mat. n. 63., et 64., Castilh. de Usufr. Cap. 3. n. 79. ad med., optime, et omnino videndus, Carroc. de Locat. p. 2. in Tit. de *Patria potest.* Q. 4. a n. 4.

N. 11. Quanto á permutação: Supposto que esta se comprehenda na regra da L. 1. e 2. Cod. de Bon. quæ Liber., ex L. fin. Cod. de Reb. alien. Peg. Tom. 7. ad Ord. Liv. 1. Tit. 87. §. 26. n. 3.: Com tudo, sendo a permutação util, e interessante ao filho, subsiste valida, independente do judicial Decreto como contra Peg., Hermostilh. se vê julgado no Repertor. debaixo da palavra = Nulla he a venda, que se fizer dos bens de raiz dos orphãos. = E he Principio geral, que prohibida a permutação, como especie de alienação, se permite a lucrosa, e interessante, Peg. 2. For. Cap. 9. n. 86.: Com tanto que este avance, ou utilidade, contradizendo-o o filho, se prove depois pelo pai, ou pelo permutante (Not. ao n. 3.)

N. 12. Quanto á transacção: Separemos os casos indubitaveis: quæ 1.º, o em que a transacção assenta sobre o peculio profecticio, caso em que o pai póde livremente transaccionar, Valeron. de Transact. Tit. 4. Q. 4. n. 8.: 2.º, o em que se tracta dos peculios castrense ou quasi, caso em que o pai de nenhum modo póde transigir, Valer. Silv. n. 5.: 3.º, o em que o pai não tem o usufructo em bens adventicios do filho, caso em que ainda que tenha a administração, não póde celebrar sobre elles transacção sem judicial Decreto, Urceol. de Transact. Q. 16. a n. 10.

N. 13. O caso mais duvidoso he: Se o pai usufructuario dos bens adventicios do filho, póde transigir sobre elles sem Decreto judicial? Esta Questão largamente tractão Valeron. de Transact. Tit. 4. Q.

4. a 18. Urceol. de Transact. Q. 15. a n. 16. Guerreir. Tract. 3. Liv. 2. Cap. 11., Olea de Ces. jur. Tit. 2. Q. 6. n. 29. a que deve recorrer-se.

N. 14. E supposto, que Peg. Tom. 7. ad Ord. Liv. 1. Tit. 87. §. 6. sub n. 16., refere hum Aresto, em que se julgou nulla huma tal transacção feita pelo pai sobre bens adventicios do filho: Com tudo esta regra só procede quando o pai, ou sem causa justa, ou com dolo, e fraude transacciona sobre os bens adventicios do filho; mas não quando com justa causa, com boa fé, sobre demanda assás duvidosa, com apparente utilidade, com toda a prudencia, etc., porque então as Leis confião de hum pai, que já pelo proprio interesse no usufructo, já pela natural paixão, e affecto do filho, se ha de comportar prudentemente, etc.: Nisto concorda o commum dos DD. citados: Adverte porém o citado Urceol. a n. 19.

„ *Litem, ejusque timorem adfuisse probari debet*
 „ *ab eo, qui se fundat in transactione utilitas*
 „ *transactionis in proposito probari dicitur eo ipso,*
 „ *quod per transactionem à Lite, in qua animus*
 „ *vexatur, et opes dilabuntur, fuit recessum an*
 „ *sit utilis, vel damnosa inspicitur tempus, in quo*
 „ *transactio celebratur in dubioque præsumitur uti-*
 „ *lis maxime in patre, qui bonum consilium pro fi-*
 „ *lio capere præsumitur præcipue si pater ad tran-*
 „ *sactionem devenerit, ut bona filii adventitia pe-*
 „ *nes eum retineantur, et conserventur, dimisso*
 „ *adversario cum satisfactione alicujus quantitatis*
 „ *pecunie. Cæterum (prosequitur Urceol. a n. 33.)*
 „ *Si res, de qua pater transegit, non esset dubia,*
 „ *sed liquida, ut per instrumentum, vel aliam con-*
 „ *cludentem probationem talis appareret, utique*
 „ *transactio non valeret, nec filio præjudicaret,*
 „ etc.

N. 15. Quanto á Cessão do Direito e acção competente do filho : Eis-aqui o que ex professo distingue, e resolve, Olea de Ces. jur. Tit. 2. Q. 6. n. 27. ibi „ *Distinguendum est, inter actiones ad mobilia, et actiones ad immobilia nam actiones ad mobilia (quæ mobilibus equiparantur) sine decreto cedere, et alienare poterit. Actiones verò ad immobilia (quæ inter immobilia referuntur) si filius emancipatus, et extra patriam potestatem sit, cedere non poterit. Si verò filius in potestate sit, subdistingendum est; an Cessio ex justa causa, an verò sine causa fiat? Si enim justa et legitima causa adsit, magis recepta et vera Sententia est, posse parentem immobilia alienare sine Decreto. Necessaria verò, et legitima causa non stante, non potest pater actionem ad immobilia cedere, nec immobilia alienare, et Cessio, sine alienatio, sine Decreto non subsisteret.* „

Nota : O vender o pai hum Direito e acção por menos do justo valor da divida, ou da cousa, cuja acção se cede, não he imprudencia do pai, porque a acção vale muito menos, que a cousa ou divida cedida, Silv. ad Ord. Liv. 4. Tit. 1. in Rubr. Art. 3. a n. 49 Conciol. All. 55. a n. 12. Veja-se a minha Dissertação sobre a constituição Anastasiana a §.

N. 16. Quanto á doação que o pai faz a terceiro dos bens adventicios do filho : A regra geral o prohibe, Olea de Ces. jur. Tit. 2. Q. 6. n. 24. Mas em todo o caso em que o tutor pôde fazer doações dos bens do pupillo, multò fortius o pai, Olea n. 26. : E quaes sejam esses casos (que são bem raros) vejão-se em Bersan. de Pupill. Cap. 2. Q. 13. a n.

8. Guerreir. Tr. 3. Liv. 7. Cap. 14 a n. 27. Escobar. de Ratiocin. Cap. 24. Pinell. in L. 1. p. 3. Cod. de Bon. matern. n. 56. et 59.

N. 17. Quanto ás renuncições de Direitos competentes ao filho : O pai administrador dos bens adventicios do filho pôde renunciar o direito de optar o prazo que se vende, e de que o filho he senhorio, ainda que pareça especie de alienação, Cald. de Extinct. Cap. 1. n. 46. Pôde remittir o Commissio incurso pelo emphyteuta, com o facto de receber delle a pensão, Fulgin. de Jur. Emphyt. in Tit. de Alienat. Q. 1. sub n. 325., et de Solution. Canon. Q. 12. n. 6. : Não pôde porém o pai renunciar a querella *in officiosi* competente ao filho preterido pela mãe, ou avô materno, Egid. in L. Ex hoc jure p. 2. Cap. 2. n. 46. Se o pai repudia a herança deferida ao filho, pôde este addilla; bem como se o pai a aceita sendo damnosa, pôde o filho repudialla pelo beneficio da restituição, L. 8. §. 6. Cod. de Bon. quæ Liber. Veja-se Net. de Testam. Liv. 5. Tit. 6. et Tit. 14. tot.

N. 18. Quanto ao recebimento das dividas activas e censos remiveis do filho. He certo que o pai legitimo Administrador pôde receber, e ainda exigir em Juizo as dividas pertencentes ao peculio adventicio do filho, e fica o devedor livre; *aliter* se o pai não tem usufructo em taes dividas, Veja-se latissime Salgad. in Labyr. p. 1. Cap. 27. a n. 25. semelhantemente: Se alguns censos remiveis pertencem ao filho, pôde o pai usufructuario aceitar do devedor a remissão, distraçar, e extinguir o censo, Salgad. in Labyr. p. 1. Cap. 27. n. 26. Cens. de Censib. Q. 159. n. 97.

Quanto á Segunda Conclusão.

Legitimidade da pessoa do pai, para activa ou passivamente defender em Juizo os bens adventicios do filho, impubere, ou pubere.

N. 19. Satisfaz-se o nosso Mello com huma simples citação da Ord. Liv. 3. Tit. 41. §. 8., que não falla do menor que tem pai, mas dos propriamente orphãos regidos por tutor, quaes não são os que tem pai (N. 8. na Nota). Satisfaz-se com a decisão 19. de Pereira, como que esta decisão não fosse em si mesma inconstante, e em parte reprovada por alguns DD. O certo he, que este Ponto foi omisso nas Leis Patrias, e sobre elle tem variado muito os DD., como reconhece Silv. a mesma Ord. n. 30.: Por tanto trabalharei por conciliar as opiniões com toda a clareza, formando diversas Conclusões, ou distincções.

N. 20. Conclusão 1.^a: Se a demanda activa ou passiva versa só sobre o usufructo, sem offender, nem ferir o direito da propriedade pertencente ao filho, basta que o pai ou só a proponha, ou só seja citado, Pereir. Dec. 19. n. 5. Cabed. Dec. 197. n. 13. Silv. supra n. 39. Bagn. Cap. 39. a n. 25. Moraes de Execut. Liv. 6. Cap. 1. sub n. 40. Guerreir. Tr. 3. Liv. 2. Cap. 1. n. 62.

N. 21. Conclusão 2.^a: Quando o filho familias he menor de 12 annos sendo femea, ou de 14 annos sendo varão, e a demanda versa sobre a propriedade dos bens adventicios, em que o pai tem o usufructo; neste caso póde o pai por si só demandar, ou ser demandado, independente do consentimento ou citação do filho impubere, Olea de Ces. jur. Tit. 2. Q. 6. sub n. 49. Valasc. de Partit. Cap. 7. n. 41. Bagn. Cap.

39. n. 15., 16., 17., Pereir. Dec. 19. n. 1. Stryk. vol. 8. Disp. 26. Cap. 3. §. 16. Altimar. Tom. 2. Rubr. 11. Q. 7. ex n. 53. Guerreir. Tr. 3. Liv. 2. Cap. 1. n. 63.

N. 22. Conclusão 3.^a: Quando o pai he demandado passivamente sobre bens adventicios do filho maior de 12 ou 14 annos: Supposto que Pereir. Dec. 19. n. 3., tentou distinguir entre bens adventicios provenientes ao filho da legitima materna, ou *alimunde*; seguindo que no primeiro caso basta citar o pai, e que elle defenda a demanda; *alter*, no segundo, em que requer citação de ambos: Com tudo esta distincção de Pereir. se vê reprovada no Aresto e tenções, apud Peg. Tom. 15. ad Ord. Liv. 3. Tit. 41. a n. 124. ad 127., por Bagn. Cap. 39. n. 18. e 19., por Moraes Silv. d. n. 40., por Olea, Castilh., e outros, com os quaes Altimar. Tom. 2. Rubr. 11. Q. 7. a n. 56., Silv. supra a n. 35., assentando todos que em ambos os casos deve concorrer a acção, ou citação do pubere: Adverte porém Moraes com Cabed. Dec. 197. n. 12., que citado o pai, o defeito de citação do filho póde supprir-se na primeira, ou ainda na segunda instancia, *et ita servat praxis*.

N. 23. Conclusão 4.^a: Quando o pai activamente demandar bens adventicios do filho pubere, depende da união do consentimento d'elle, Silv. supra n. 35. Valasc. de Part. Cap. 7. n. 37. Altimar. Silv. n. 53. et 57.: E se o filho lhe não quer prestar consentimento, he admitido o pai com Supplemento judicial, Lauterb. ad Tit. ff. de Pecul. §. 23. Stryk. vol. 8. Disp. 26. Cap. 3. §. 16. Guerreir. Tr. 3. Liv. 2. Cap. 1. n. 64.

N. 24. Conclusão 5.^a: Se o filho está absente, basta fazer citar o pai como Réo, ou basta só que o pai proponha em seu nome a acção como legal ad-

ministrador do filho; Bagn. Cap. 39. n. 20. Olea de Ces. jur. Tit. 2. Q. 6. n. 43. Silv. supra n. 41. Stryk. Silv. d. §. 16.

N. 25. Conclusão 6.^a. Quando o pai não tem o usufructo nos bens adventícios do filho, duvida-se se he necessaria a citação do pai? Varião os DD. como se vê em Altimar. supra n. 96. Bagn. Cap. 39. a n. 21. Guerreir. a n. 65.: Se o pai, ainda que privado do usufructo conserva a administração deve ser citado, a menos que não seja absente, Bagn. n. 20. Thom. Valasc. Alleg. 20. n. 7. Se porém o pai he privado do usufructo, e juntamente da administração, então basta citar o filho, e sendo menor, se lhe nomea Corregedor, Silv. n. 42. Altimar. n. 96.

Nota: Sobre a Questão: Se o pai privado do usufructo o fica tambem da administração, e quando? Veja-se Guerreir. Tr. 1. Liv. 4. Cap. 13. a n. 73. Lagunez de Fructib. p. 2. Cap. 5. a n. 69. Cod. Freder. p. 1. Liv. 1. Tit. 9. Art. 4. §. 61. Portug. Liv. 3. Cap. 13. n. 12. Stryk. Us. mod. Liv. 15. Tit. 1. §. 14., et vol. 8: Disp. 26. Cap. 3. §. 26.; de quo suo loco.

N. 26. Conclusão 7.^a: O pai mesmo que alienou sem justa causa, e nullamente (N. 1. hoc §.) os bens adventícios do filho, em que tinha o usufructo, póde reivindicallos, sem lhe obstar a excepção de que contravem o facto proprio, e só fica responsavel a indemnisar o comprador, Stryk. vol. 6. Disp. 2. Cap. 3. a n. 46., Rox. de Incompatibilit. p. 5. Cap. 6. n. 10. et 11. Peg. Tom. 7. ad Ord. Liv. 1. Tit. 87. §. 6. sub n. 17. Costa de Privil. Credit. Reg. 1. ampl. 10. a n. 2. Altim. Tom. 2. Rubr. 11. Q. 7. sub n. 39. Urceol. de Transact. Q. 17. n. 27.

Quanto á Terceira Conclusão.

Primeira responsabilidade do pai pela má administração, remoção e privação della.

N. 27. Com a passagem da Ord. Liv. 3. Tit. 9. §. 4., e com Valasc. de Partit. Cap. 18. a n. 30. firma Mello esta Conclusão ,, *Sue etiam administrationis pater, quemadmodum reliquit administratores, res ad rationes reddendas tenetur, ab eaque ob dolum vel culpam removeri potest.* ,, Porém a dita Ord. he fugitiva, só figurou a hypothese, e nada decido a respeito de dever o pai ser privado do usufructo, e removido da administração: Valasco no lugar citado, tracta huma Questão totalmente diversa, qual he: Se ao filho compete o direito da hypotheca nos bens do pai administrador dos adventícios?

N. 28. Na verdade: A Questão: Se o pai que dissipa os bens adventícios do filho deve ser privado do usufructo delles, ou só da administração, ou de tudo? Esta Questão, digo, he assás controversa entre os DD.: Huns assentão, que hum tal pai deve ser privado do usufructo e da administração; outros, que só da administração e não do usufructo; outros distinguem a administração dolosa, ou não dolosa, como se póde vêr em Castilh. de Usufr. Cap. 3. n. 99. et de Aliment. Cap. 43. n. 27. Fragoz, de Regim. p. 3. Liv. 2. Disp. 3. §. 4. a n. 120. Molin. de Primog. Liv. 1. Cap. 16. Guerreir. Tr. 3. Liv. 2. Cap. 1. n. 34. Cost. ad Oliveit. de Muner. Provisor. Cap. 3. n. 43. Gall. de Fructib. Disp. 36. Art. 4. sub n. 5. et a n. 28. Arouc. in L. 8. §. 1. ff. de His qui sunt sui n. 16. Idem Guerreir. Tr. 3. Liv. 8. Cap. 2. a n. 38., optime Harprectr. Disp. 77. a n. 124.,

Ariaz de Mez. Liv. 3. Variar. Cap. 37. n. 9. Fabr. in Cod. Liv. 6. Tit. 36. Def. 13. Sous. de Maced. Dec. 11. a n. 8.

N. 29. *Quidquid sit* a respeito da variedade destas opiniões : O certo he , que neste Reino em nenhuns outros casos he o pai privado do usufructo dos bens adventicios do filho , senão nos seis que declara a Ord. Liv. 4. Tit. 98. , e exceptuados unicamente estes , a mesma Ord. no §. 7. firma regra em contrario , ut ibi ; E em todos os outros casos geralmente haverá o pai o usufructo dos bens adventicios do filho ,, como bem adverte Portug. de Donat. Liv. 3. Cap. 23. n. 45. : E como este caso se não connumera na dita Ord. , he bem certo que o pai não perde o usufructo por mais que seja hum dissipador. Se porém perde a administração ? Veção-se os DD. citados no N. 28. : Na variedade dessas opiniões , eu ou obrigaria o pai a cautionar , ex Bagn. Cap. 7. n. 73. , ou provada huma administração prodiga , e o pai sem bens , com que possa indemnisar o filho , e que lhe fiquem tacitamente hypothecados , conforme essa doutrina de Valasc. Cap. 18. n. 30. , e outros muitos * nestas circumstancias , salvo ao pai o usufructo , lhe nomearia hum Administrador aos bens do filho : Nisto concordão em summa os melhores DD.

* Veja-se o meu Tract. das Execuções por Sentenças a §. 608.

TIT. IV. §. 13. RUBR., e Nota.

Peculium Filiorum.

Nec non

Casus in quibus adventitiorum usufructus patri denegatur.

P A R T E 1.

Peculios dos Filhos.

N. 1 **T** Odas as especies de Peculios castrense , e quasi castrense , profecticio , e adventicio , forão conhecidos pela nossa Legislação , conformando-se com o Direito Romano , como se nota na Ord. L. 3. Tit. 9. §. 3. , e 4 , Liv. 4. Tit. 50. §. 3. , e 4. , e Tit. 96. §. 10. , 16. , 17. , 18. , 19. : E os Direitos respectivos ao castrense e quasi , são tambem recebidos no uso das Nações , Stryk. Us. mod. Liv. 49. Tit. 17. Voet. ad Pand. Liv. 15. Tit. 1. n. 4.

Castrense.

N. 2. Peculio castrense no sentimento da Ord. Liv. 3. Tit. 9. §. 3. , he tudo quanto o filho tem de bens , ou fazenda , que adquirio em acto de guerra , ou como diz a Ord. Liv. 4. Tit. 97. §. 18. , tudo quanto o filho ganha em acto militar : Esta he a de-

Part. II.

P

finição mesma que expõe o nosso Carvalh. de Testament. p. 4. Cap. 1. n. 230.

N. 3. Também 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, Ord. Liv. 4. Tit. 97. §. 7., 8., 9. Carvalh. supra n. 230. in fin. et sub n. 233.: Geralmente tudo quanto se refata debaixo do Tit. Cod. de *Castrens. pecul.*, e no Tit. ff. eod. Tit., e na L. un. Cod. de *Castrens. omn. Palat. pecul.*, Carvalh. supra n. 251., o que tudo bem compendiarão e expozirão Michalor. de Fratrib. p. 1. Cap. 2. a n. 12., optime Stryk. Vol. 8. Disp. 26. Cap. 2. tot. Bruneman. in Cod. Liv. 12. Tit. 37., e paucis verbis Portug. de Donat. Liv. 3. Cap. 25. a n. 1. E bem compendiarmente o Cod. Freder. p. 1. Liv. 1. Tit. 9. Art. 4. §. 62. ibi „ O Peculio castrense são os bens, que o filho adquire pela guerra, ou por occasião da guerra. Não sómente tudo o que tem sido adquirido na guerra movel, ou immovel, mas ainda as aquisições feitas por via de troca ou compra com o dinheiro que ahí tem ganhado: O que tem sido dado aos filhos para a sua equipagem pelo pai ou por hum extranho, pertence também ao Peculio castrense; mas os donativos que se tem feito fóra deste caso a hum homem de guerra, pertence ao Peculio adventicio. O Peculio castrense subsiste, ainda que o filho esteja aposentado, ou com licença, e elle o empregue adquirir outras cousas.

N. 4. „ *Verum* (adverte Michalor n. 10.) *quia quandoque dubitari solet, an donatum filio familiaris intelligatur datum occasione militie; facile hisce distinctionibus casus omnes definiri solent. Si constat illud fuisse datum in occasione mili-*

tie data præsumentur: Aut dantur res indifferentes, ut pecunie, et tunc alia subsequitur distinctio; nam si dantur a comilitone, vel ab alio in castris, et milita noto, omnia castrensia dicuntur: Si autem donatio ab alia proveniat persona, appellatione bonorum castrensium non continentur, etc.

N. 5. Não he castrense o dinheiro emprestado ao filho Soldado: Nem o que se deo ao filho para ir para a milicia, não chegando elle a militar, Stryk. de Succes. ab intest. Dissert. 11. Cap. 3. §. 2. et 3. Mul. ad Struv. Exerc. 37. thes. 29. Tudo o mais pôde vêr-se nos DD. citados.

Quasi Castrense.

N. 6. Reputa a Ord. Liv. 3. Tit. 9. §. 3., e Liv. 4. Tit. 97. §. 18.: Peculio quasi castrense tudo o que o filho adquire em acto de letras. No §. 10. do mesmo Tit. 97. determina, que sejam, e se regulem como se fossem bens quasi castrenses, as Mercês Reaes, promessas de dotes, ajudas delles: Concorda a Ord. Liv. 3. Tit. 9. §. 3. ibi = *Doação vossa* =

N. 7. He Peculio quasi castrense tudo quanto adquire o filho pela Magistratura, ou ensinando linguas, e sciencias em público, ou particular; pelo officio de advogado, Medico, ou Chirurgião, comprehendendo-se neste Peculio, tudo quanto o pai dá ao filho Legista, Canonista, Medico ou Professor de outra sciencia, ou de livros, ou por intuito della, e para o seu exercicio (com tanto que o filho complete os estudos): O que lucrão, ou por ordenados, ou por salarios os sobreditos e os Notarios e Escrivães, e mesmo os Procuradores e solicitadores do numero das Relações (e não quaesquer outros Procuradores)

valh. de Testam. p. 4. Cap. 1. a n. 234. Portug. de Donat. Liv. 3. Cap. 25. n. 41. Peg. Tom. 13. ad Ord. Liv. 3. Tit. 9. §. 3. a n. 7. Guerreir. Tr. 2. Liv. 2. Cap. 12. a n. 92. Cod. Freder. p. 1. Liv. 1. Tit. 9. Art. 4. §. 66. Michalor. de Fratr. p. 1. Cap. 2. tot. Mul. ad Struv. Exerc. 20. thes. 67. Stryk. vol. 8. Disp. 26. Cap. 2. a §. 14.

N. 8. Não se duvida tambem que he Peculio quasi castrense tudo quanto os filhos adquirem em redditos dos seus beneficios, ou proventos das suas ordens, Carvalh. supra n. 238.: O Patrimonio sendo constituido por extranho; mas não sendo-o pelos pais, Carvalh. supra: Não são porém quasi castrenses os bens adventicios que o Clerigo tinha antes do clericalo, Carvalh. n. 239. et 240. Quanto porém aos bens adventicios, que depois do clericalo provierão ao filho por doações ou heranças, he a maior dúvida, se revestem a natureza de quasi castrenses? Huns DD. defendem, que elles ficão nesta classe, Valenzuel. Cons. 5. Carvalh. p. 4. Cap. 1. n. 241. Thom. Valasc. all. 29. n. 128. et 131.: Outros pelo contrario, isto he, que ficão adventicios, sem reassumirem a natureza de quasi castrenses para fim algum juridico, Guerreir. Tr. 3. Liv. 2. Cap. 1. n. 40. Mul. ad Struv. Exerc. 20. thes. 67. optime Cald. in L. *Si curatorem verbo Levis* a n. 130. Fragos. p. 3. Liv. 2. Disp. 3. §. 4. a n. 149. Conf. Peg. Tom. 4. ad Ord. pag. 248. sub n. 78.

N. 9. 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, e só o que adquirem tendo algum beneficio, ou andando com habito, e tonsura addidos a al-

guma Igreja: Conf. Thom. Valasc. all. 29. n. 123. Fragos. p. 3. Liv. 1. Disp. 2. §. 8. n. 234.

N. 10. Pelo que respeita ás Doações Regias, Tenças, Juros que os Reis fazem a quaesquer filhas familias ainda que femeas, ainda que por contemplação dos pais, se reputão Peculio quasi castrense: Sobre o que se vejeão o mesmo Carvalh. desde o n. 245. até 251. Peg. Tom. 13. ad Ord. Liv. 3. Tit. 9. §. 3. n. 10. Stryk. vol. 8. Disp. 26. Cap. 2. §. 18. Michalor. de Fratr. p. 1. Cap. 3. a n. 29.

Profecticio: 1.^a especie.

N. 11. Definem huns este Peculio „ *omne id „ quod filius acquirit vel ex bonis patris, vel patris contemplatione* „ Michalor. de Fratr. p. 1. Cap. 4. n. 1.: Mas Mul. ad Struv. Exerc. 20. thes. 62., dá huma definição real mais ampla, ut ibi „ *Peculium profectitium illud nuncupatur, quod voluntate parentis ab ejusdem rationibus, quoad solam administrationem est separatum, et neque ex vera, vel quasi militia, vel aliunde, sed ex re, et substantia patris, aut ejus intuitu ad filium pervenit.* „ Em poucas palavras Stryk. vol. 8. Disp. 26. Cap. 3. §. 1. ibi „ *Substantia rerum, quas filius vel ex re patris, vel occasione et intuitu acquisivit, citra tamen militiae causam.* „ O Cod. Freder. p. 1. Liv. 1. Tit. 9. §. 41. Art. 4. o define assim „ O Peculio profecticio tem lugar „ quando o pai, ou hum extranho em consideração „ do pai dá ao filho huma porção de seus bens para „ os administrar, fazer valer, e ter delles huma conta particular, separada das contas do pai. „

N. 12. „ *Requiritur itaque* (continua Struv.

„ Silv. thes. 63.) *ad peculium profectitium* (1.º) *ut consensu patris, sive expresso, sive tacito sit traditam: Et quidem* (2.º) *filio familias; hoc* (3.º) *modo ut separatim ab aliis rebus, mercibus paternis id administret, et se ersim in eo negotietur: Et denique* (4.º) *ut ex re patris, non aliunde obtenerit.* „

Nota: Este Peculio (diz o citado Cod. Fred. § 50.) tem sua utilidade entre os Negociantes, porque hum Mercador para formar seus filhos no negocio, lhe permite de emprender hum Commercio particular, e lhe confia huma certa somma de dinheiro, ou mercadorias.

N. 13. Pela nossa Ord. Liv. 4. Tit. 97. no Princip., se reputão profecticios todos os bens, que o pai, ou mãe, ou ambos junctamente dão a seus filhos (sem differença de serem de famílias, 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 profecticio. No §. 17. também se declara profecticio. „ Se o filho que estiver debaixo do „ poder de seu pai houver delle alguns bens, ou que „ delle procedessem. E bem assim todos os ganhos, „ que dos ditos bens procederão, se os houve, vivendo „ do ou estando com o pai, ou mãe.

Nota: Concorda a nossa Ord. com o Direito Romano em quanto reputão profecticio tudo o que provém ao filho *ex re, et pecunia patris*: Quanto porém aos ganhos e lucros provenientes dos bens ou dinheiros do pai, a nossa Ord. só os reputa profecticios concorrendo simultanea-

mente duas circunstancias: 1.ª, que os bens com que o filho lucrrou, procedessem do pai 2.ª, que obtivesse esses ganhos vivendo e estando com o pai ou mãe, palavras de ablativo absoluto que denotão condição, como bem ao proposito dis-correo Solan. Cog. 9. n. 141. Valasc. de Part. Cap. 13. a n. 181.

N. 14. Inhere-se pois da nossa Ord. (n. 13.) a contrario sensu: 1.º, que se o filho não está sob poder do pai, mas fôr casado, ou emancipado; tudo quanto lucrar com os bens que o pai lhe deo, ou delle procederão, não he peculio profecticio, e só o fica sendo o capital que procedeo do pai. Isto bem se comprova com a mesma Ord. no Preamb., que não obriga o filho separado, ou emancipado conferir os rendimentos seão os vencidos depois da morte do mesmo pai, suppondo como proprio do filho emancipado tudo quanto elle em vida do pai lucrrou com os bens que elle lhe deo, quer em casamento, quer em outra qualquer maneira, Solan. Cog. 9. n. 127., 149., 150., a menos que o filho casado, ou emancipado se não alivente ao mesmo tempo com os bens do pai, ou da mãe, Solan. n. 128. et 133.

N. 15. Inhere-se 2.º, que não he profecticio, mas sim adventicio tudo o que o filho familias lucrrou estando e vivendo com o pai, mas não com os bens que delle procedessem, 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 ganhar, não será obrigado trazellos á collação „ são „ (isto he por não serem profecticios): De forma, que para se julgarem profecticios, he preciso se verifique „ Se o ganhou com os bens do pai, ou „ da mãe, estando com elles, e governando-se com

„ os bens delles ; Solan. Cog. 9. a n. 141. Valasc. de Partit. Cap. 13. n. 182., et 183.

N. 16. Infere-se 3.^o, conforme o nosso Direito Patrio, que se o pai der Peculio de bens proprios ao filho familias, só vem a ser profecticios os ganhos, que desses bens procederem se o filho os adquire vivendo, e estando com o pai ou mãe; mas não, se os adquirio não estando nem vivendo com o pai ou mãe: Porque para serem profecticios os lucros, que o filho adquire com os bens do pai, he necessario que simultaneamente concorra o requisito de procederem os ganhos dos bens do pai, estando o filho com elle, e governando-se dos bens delle; optime Solan. supra a n. 140., 147., 151.

N. 17. Segundo o Direito Romano; he notavel a variedade de opiniões e distincções no caso em que o filho familias negocea com bens do pai, sobre a partilha dos lucros e adquiridos, como se póde vêr em Michal. de Fratr. p. 1. Cap. 6. n. 2. Guerreir. Tr. 2. Liv. 2. Cap. 12. a n. 172. Harprectr. Disp. 1. a n. 242. et Disp. 2. a n. 69. Porém o nosso Direito Patrio varia notavelmente neste Artigo: Elle não admitta partilha de lucros profecticios entre filho e pai, nem entre filho e mãe: E ou bem todo o lucro do filho ha de ser profecticio, ou todo elle ha de ser adventicio. Se o filho negocea com os bens do pai ou da mãe, vivendo com elles, e alimentando-se juntamente dos bens delles, todos os seus lucros são profecticios, ut §. 17. ibi „ todos os ganhos, que „ dos ditos bens procederão, se os houve vivendo, e „ estando com o pai ou mãe „ Carvalh. de Testam. p. 4. e p. 1. n. 270. et 280.: Segundo aqui o Legislador a opinião da glossa na L. Cum oportet Cod. de Bon. quæ Liber., e dos mais DD. apud Harprectr. Silv. a n. 246.

Nota: Á vista da generalidade desta Ordenação, longe de nós a opinião de Bartholo, e suas distincções, e as de outros DD. referidos por Harprectr. a n. 247., que attribuirão ao filho parte dos adquiridos profecticos por divisão racionavel entre elle e o pai. Longe de nós a opinião do nosso Valasc. de Partit. Cap. 13. a n. que não advertindo a generalidade da dita Ord. seguiu essas distincções de Bartholo. Longe de nós o citado Carvalho n. 275. et 276., em quanto tentou persuadir, que faltando na mãe o patrio poder, saltem entre ella e o filho se hão de repartir os lucros profecticios que elle adquire com os bens della. Pois não adverte, que a Ord. se explica pela alternativa = ou mãe = como melhor discorre Solan. supra a n. 133., concedendo ao filho só huma competente soldada, mas attribuindo á mãe todos os lucros do filho adquiridos 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 a que o filho possa estipular com o pai alguma soldada, ou lucro, como salario do seu serviço (veja-se Tit. 4. §. 11. n. 6.) ou ainda sociedade expressa, Urceol. de Transact. Q. 17. n. 78 Voet. ad Pand. Liv. 15. Tit. 1. sub n. 4. Mell. Liv. 4. Tit. 1. §. 8. Groeneveg. ad §. 6. Inst. de Inult. Stipuli. Thomas. ad Inst. Liv. 3. Tit. 20.

Profecticio: 2.^a especie.

N. 18. Da definição deste Peculio (n. 11.) se segue ser profecticio tudo quanto se dá a hum filho por contemplação do Pai: Desta regra exceptua a
Part. II. Q

Ord. Liv. 4. Tit. 97. §. 10. e 12 as Mercês Reaes ; Tenças , e ajudas de casamentos ainda que feitos ao filho por contemplação do pai : Exceptua os casamentos (id est dotes) ou ajudas para e les dadas ou prometidas por Fidalgos , ou outras quaesquer pessoas que não sejam ascendentes por linha direita daquelles a que os casamentos ou ajudas para elles derem ; a menos que (como sublimita o §. 11.) os dotadores não declarem o contrario , isto he que esses dotes devão conferir-se : Sobre o que se veção os Reincolas , com os quais o Repert. debaixo da palavra = *Casamento que ElRei*, etc.

N. 19. Nos §§. 19. e 20. , sugeita o nosso Legislador a regra dos profecticios as doações feitas pelos avós aos netos , presumindo-as feitas por contemplação dos Pais : Porém o caso das doações que não são dotes , ou ajudas delles feitas aos filhos familias por contemplação dos pais por outras pessoas que não sejam avós , ficou omisso na nossa Legislação , e commummente assentão os Reincolas , que se não comprehende nas citadas Ordenações : De fórma que ficão profecticias (sugeitas á collação) todas as doações simples feitas a qualquer filho por contemplação do pai , Repertor. supra , Carvalh. de Testam. p. 4. Cap. 1. n. 100. in med. , et n. 248. , 249. Valasc. de Partit. Cap. 13. n. 74.

N. 20. Quando na doação se não exprime ser feita por contemplação do pai ou do filho , entra a Questão „ *An relicta vel donata filio familias intelligatur donata contemplatione patris , vel filiorum* ? Ainda nos termos desta Questão , considerada abstractamente sem recurso a conjecturas , ou quando estas faltão , varião os DD. : Huns assentão dever enender-se a doação feita ao filho por contemplação propria delle , ainda que se mencione o pai , e

ainda que a ambos seja feita , ou quando não ha meritos distinctos de hum e outro , Veja-se Michal. de Fratr. p. 1. Cap. 7. a n. 1. ad 11. Pelo contrario , a melhor opinião assenta , que a doação feita por extranho ao filho familias se presume em contemplação do pai , Carvalh. de Testam. p. 4. Cap. 1. n. 62. in fin. : Ainda mesmo , que hum padrinho faça doação a hum afilhado , se presume por contemplação do pai , e fica na classe dos profecticios , Groenewegen. ad §. 2. Inst. Perquis person. , et ad L. 19. ff. de Pecul. Voet. ad Pand. Liv. 15. Tit. 1. n. 4.

N. 21. O certo he ser conjectural esta materia , ex Carvalh. supra : Se precederão merecimentos do pai ; se o doador apenas conhecia o filho , *afortiori* se presume a doação feita por contemplação do pai , amenos que não occorrão circumstancias , que fação propender o arbitrio para se julgar feita só por contemplação do filho , Mench. de Præs. Liv. 3. Præs. 28. Michalor. Silv. : O que melhor *rem acu tetigit* , he quanto ao meu sentimento , o nosso Barbosa na L. 10. §. *In arrogato* ff. de Vulgar. n. 109. et III. ibi =

„ *Datum contemplatione mei fingi à me datum , intellige , quando contemplatio mei fuit causa proxima , et immediata donationis , vel etiam multum propinqua causa immediata , et sine qua non fieret ; secus si contemplatio mei sit causa remota , et causa immediata , sive finalis sit persona , cui donatur , utpote quia propter patrem cognovi filium , et tamen donationem feci propter benemerita , et personam filii ; nam tunc cessabit conclusio hujus textus , ac acquireretur perfecte donatio . . . Limita 2º , quando clare constituerit contemplatione alterius datum esse , nam in dubio præsumitur donatum propter personam dona-*

„ *tariæ merita, et sic in dubio non procedet hujus*
 „ *text. conclusio. Quod verum intelligas, quando*
 „ *aliquis extraneus donavit filio, ut sentit text.,*
 „ *vel quando filius attentio sanguine, erat etiam*
 „ *cognatus illi, qui donavit, ut etiam sentit text.;*
 „ *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, attentio*
 „ *sanguine, in his casibus potius præsumetur dona-*
 „ *tum contemplatione patris, etc.*

O incomparavel Stryk. vol. 8. Disp. 26. Cap.
 4. §. 2., se desembaraça desta Questão; dizendo pro-
 fecticios os bens „ *Quæ intuitu patris primario ab*
 „ *extraneo in filium collata sunt, de quo ex circun-*
 „ *stantiis judicandum: unde donata filio familias*
 „ *ab extraneo non simpliciter ad hoc peculum per-*
 „ *tinent, sed illa saltem quorum pater causa mo-*
 „ *ovens principalis extitit. Quod si non constet,*
 „ *cujus intuitu donatio facta fuit, pro filio præsu-*
 „ *mendum, etc.*

Nota: Supposto acima n. 19. se disse, que
 a doação feita pelo avô ao neto he profecticia,
 por se presumir feita por contemplação do pai;
 entende-se, quanto ás doações simples, porque
 neste sentido he que fallã a Ord. Liv. 4. Tit.
 97. §. 20. e 21.: Quanto porém aos dotes feitos
 pelos avós aos netos, manda o §. 10. no fim,
 que se guarde o que por Direito he determina-
 do. Esta distincção conhece o citado Barbos. n.
 88.: Quid ergo secundum jus commune? Vejaõ-
 se o mesmo Barbos. a n. 76., e Carvalh. p. 4.
 Cap. 1. desde o n. 64. até 89., e Stryk. de
 Success ab intest. Diss. 11. Cap. 4. §. 6., aon-

de segue as distincções do nosso Carvalho no
 lugar acima citado, e vem Stryk. a concluir com
 estas palavras „ *Opus ergo est animi declara-*
 „ *tione respectu avi, quod pro filio suo dotem de-*
 „ *derit.* „ De outro modo assenta Stryk. (depois
 de referir varias distincções) que em todo o ca-
 so, seja pobre ou rico o filho, *magis præsumen-*
 „ *dum non contemplatione filii, sed neptis avum*
 „ *dotem dedisse.* Vejaõ-se tambem Gam. Dec.
 34., Velasc. de Part. Cp. 12. n. 58. e Cp. 13.
 n. 25. Mendes in L. Cum oportet Cod. de Bon.
 quæ Liber. n. 13. Guerreir. tr. 2. Lib. 2. Cp. 11.
 a n. 61.

PECULIO Adventicio.

N. 22. Depois de termos visto o que se compre-
 hende nos mais peculios, he facil inferir, que todos
 os outros bens do Filho familias se reduzem á classe
 dos *Adventicios*. Com especialidade he Adventicio
 (1.º) tudo que o Filho Militar adquire por Doações
 que não sejam feitas *intuita militiæ* (n. 3. 4.): (2.º)
 tudo quanto qualquer estranho, que não seja Avô,
 dá ao Filho por contemplação propria d'elle, e não
 do Pai (n. 18. até 21.) (3.º) a Legitima que o Fi-
 lho herdou da Mãe, ou a herança que lhe proveio de
 qualquer pessoa ex testamento ou ab intestato, Ord.
 Liv. 1. tit. 88. §. 6 e tit. 4. Liv. 97. §. 19.: (4.º)
 Tudo quanto o filho tinha de bens (que não fossem
Castrenses, ou quasi) antes de ordenado de Ordens
 Sacras; ou depois de Clerigo herdou além do seu Pa-
 trimonio (n. 8. 9.): (5.º) Todo o fructo dos bens
 em que o Pai não tem o usufructo, o que se chama
 peculio adventicio *extraordinario*, Mul. ad Struv.
 Exerc. 20. tles. 65: (6.º) Tudo quanto o Filho ad-

quire pela propria industria ou trabalho, officio, artificio, ou servindo de criado, ou por quaesquer causas que os bens lhe provenhão, Ord. Liv. 4. tit. 97. §. 16. Carvalh. p. 4. Cap. 1. n. 255. Valasc. Cap. 13. a n. 180. Solan. Cogit. 9. n. 103. Guerr. tr. 2. Liv. 2. Cap. 12. n. 80.: (7.º) O thesouro achado pelo Filho em qualquer parte Stryk. vol. 8. Disp. 26. Cap. 3. §. 7.: (8.º) Todos os bens, que o Filho adquire, ainda alimentando-se com os bens do Pai não o adquirindo com os bens d'elle: (n. 14., 15. 16.) (9.º) A pena pecuniaria applicada ao Filho por injuria ou pancadas, que outro commettesse ou desse, Harpar. Disp. 1. thes. 36. Pinell. in L. 1. Cod. de Bon. mat. p. 3. n. 105. *Ÿ. Sic etiam.* (10.º) O que o filho adquire por delicto, jogo illicito, e reprovado, ou filha pela vida meretricia, Carvalh. p. 4. Cap. 1. n. 256.

Nota: Confirrao-se sobre tudo o exposto Michal. de Fratr. p. 1. Cap. 3. a n. 1. et Cap. 506. Mul. ad Struv. Exerc. 20. thes. 65. Cod. Freder. p. 1. Liv. 1. tit. 9. art. 4. §. 51. et 52. *optimé* Stryk. vol. 8. Disp. 26. Cap. 3. tot. *omnino videndus.*

P A R T E II.

Casos em que o Pai tem usufructo nos bens adventicios do Filho.

Anteloquio.

N. 23. **D**ispondo a nossa Ord. Liv. 4. tit. 98. no Principio que o Pai não haverá o usufructo nos bens adventicios do filho nos seis casos que relata desde o §. 1. até o 6.; e no mysterio da palavra = *adventicios* = suppoem indubitavelmente com a Ord. Liv. 3. tit. 9. §. 3. e 4., e Liv. 4. tit. 97. §. 17., que o Pai carece desse usufructo nos peculios *Castrense*, e *Quase Portug.* Liv. 3. Cap. 24. n. 164. et 41.; e que o tem no peculio *profecticio* em todo o caso, e não a propriedade deste peculio Portug. supra n. 10.: Por outra parte essas seis limitações firmão regra em contrario, para " *Em todos os outros casos geralmente se haverá o Pai o usufructo nos bens adventicios do Filho, que está sob seu poder* " como declara o §. fin.: Sem que neste Reino o Pai possa, ser privado do usufructo em outros casos mais que os exceptuados no dito Tit. 98. (*quidquid sit de jure communi*), como bem adverte Portug. de Donat. Liv. 3. Cap. 23. n. 45., sendo bem superfluo neste Reino, o que escreverão Peg. ad Ord. Liv. 1. tit. 87. §. 6. a n., e Guerr. tr. 3. Liv. 4. Cap. 13. a n.

N. 24. Este usufructo assim competente ao Pai por via de regra, (aonde se não verifica alguma das seis limitações) se adquire *ipso jure* ao Pai, ainda que

ignorante Portug. Liv. 3. Cap. 23. n. 46; mas não invicto, porque pôde deixar de o aceitar, Arouc. na L. 8. § 1. ff. Dehis qui sunt sui n. 5.: Ainda que Louco, demente, e prodigo, gosando em taes casos por seu curador Ord. Liv. 1. tit. 88. §. 6. Arouc. Silv. Ainda que o Filho queira renunciar o direito da propriedade Olea, de Cess. jur. tit. 2. q. 6. a n. 16. Guerreir. tr. 3. Liv. 2. Cap. 1. n. 45. Ainda que o Pai passe a segundas nupcias Ord. Liv. 4. tit. 92. §. 4.: Ainda que o Filho commetta algum crime pelo qual incorra a pena de Confiscação de bens Portug. de Donat. Liv. 3. Cap. 23. a n. 12., Lagunez de Fructib'. p. 2. Cap. 5. a n. 104

N. 24. Compete ao Pai este usufructo nos moveis dinheiros, direitos, ou acções, nas Soldadas, que os filhos ganharão servindo outras pessoas, em tudo o que, além das Legítimas maternas, herderão de qualquer pessoa, ou lhes for doado; nos bens de Morgado, Fidei comisso ou Prazo, nos bens do Duquado, e Condado; e ainda nos bens adquiridos pelo filho fugitivo; em tudo o *profecticio*, em tudo o que não he *Castrense* ou *quase*, e he *adventicio*; Guerr. tr. 3. Liv. 2. Cap. 1. a n. 31. Peg. tom 7. ad Ord. Liv. 1. tit. 87. §. 6. a n. 74., Boss. de Patr. post. Cap. 4. tot.

N. 25. Neste usufructo se comprehendem todas as commodidades commuas aos mais usufructuarios, como todos os fructos naturaes industriaes, e civis; tudo o que se comprehende na nomenclatura de *fructo* (sujeito, de que tractão Gallo, e Lagun. de Fructib.) Guerreir. tr. 4. Liv. 2. Cap. 10. Com especialidade; pertence ao Pai o Laudemio, que se paga da alienação do Prazo, de que o filho he senhorio direito, Lagunez de Fruct; p. 1. Cap. 13. n. 37.: O Pai apresenta a Igreja de que o Filho he Padroeiro. Bagn. Cap.

48. n. 67. et 68.: *Quid* no thesouro achado no predio usufructuado? V. Lagun. P. 1. Cap. 16 a n. 42. *Quid* no augmento por alluvião? V. Lagun. supra, V. Harpr. Disp. 78. thes. 23. et Disp. 6. a n. 333.: E geralmente sobre os mais commodos dos usufructuarios, veção-se Voet. ad Pand. Liv. 7. Tit. 1. a n. 21. ad n. 34. Struv. et Mul. Exerc. 12. thes. 15. e seguintes, Cod. Freder. P. 2. Liv. 4. Tit. 3. a §. 16. pag. 269.. E com mais especialidade em comparação dos ouros usufructuarios, que o pai tem hum livre poder de administrar, sem necessidade de authoridade do Magistrado, nem de caucionar o usufructo, etc. V. Harpr. Disp. 78. tot. Ord. Liv. 1. Tit. 88. §. 6, Liv. 4. Tit. 92. §. 4, L. 8. Cod. de Bon. que Liber.

N. 26. Mas se o pai tem estes commodos, tambem deve supportar incommodos annexos ao seu usufructo; quaes são (1.º) reparar e bemfeitorizar os bens dos filhos até o ponto que levão a sua obrigação os DD. (que devem ver-se.) Harpr. Disp. 79. a n. 7, Voet ad Pand. Liv. 7. Tit. 1. a n. 36, Castilh. de Usufr. Cap. 56. et 57, Carvalh. de Testam. P. 4. Cap. 1. a n. 263. ad n. 268, Michal. de Fratr. P. 1. Cap. 5. a n. 12, Merlin. de Legitim. Liv. 2. Tit. 2. Q. 28, Biga. Cap. 9. a n. 182. et signer n. 201, Struv. Exerc. 12. thes. 23, Cod. Freder. P. 2. Liv. 4. Tit. 3. §. 18.

(2.º) Devem os pais á propria custa, ou pelos usufructos, que recebem, defender as demandas sobre os bens dos filhos, nos termos que expõem Carvalh. n. 269, Garcia de Expens. Cap. 11. n. 7, Harpr. Disp. 79. a n. 15, Michal. de Fratr. P. 1. Cap. 31. a n. 26. *Quid* quanto aos mais usufructuarios, que não são pais, até onde se estenda a obriga-

Segundo caso.

N. 28. " Se o pai renunciar o usufructo da coisa, e lhe aprouver de o não haver, Concorda o Cod. Freder. supra n. 5. A fonte desta Legislação he a L. Cum oportet Cod. Bon. quæ Liber: Declarat porém Portug. de Donat. Liv. 3. Cap. 23. n. 24. que *Hoc intelligendum est, si pater ab initio recusavit usufructus acquisitionem, ut videtur insinuare ordin... notanda sunt verba* = e lhe aprouver de o não haver = *quæ optime signant, patrem noluisse acquirere à principio usufructum, et in hunc modum interpretatur, d. Ord. Caldas... Quibus terminis recusatio acquirendis, et remissio patris statim firma, et irrevocabilis permanet, Valasc. de Part. Cap. 13. n. 144...* *At vero si pater post agnatum usufructum illum cederet, vel donaret filio, non dicitur firma et perpetua donatio, vel cessio; quia patri licitum erit donationem revocare...* Proinde conclusio posita intelligenda est de renuntiatione, seu recusatione usufructus facta ante illius acceptationem. Sim pôde o pai expressa ou tacitamente dimitir o usufructo ainda antes de o acceptar, e adquirir: Porém o mesmo Portug. n. 37. declara que *Inter remissionem expressam factam à patre, et inter tacitam illa datur differentia, quod scilicet expressa operatur in perpetuum, et nec patris penitentia revocari valeat. Tacita autem operatur, et restringitur ad terminos penitentia patris, et quatenus passus est; ita ut reassumendo usufructum filius amplius non lucretur illum,* Confirção-se Struv. supra, Fragos. n. 142, Lauterbach. de Pecul. adventit. thes. 20, Arouc. na L. 8. §. 1. ff. de His qui sunt sui sub n. 5.

Nota: Em que casos o filho he ou não obrigado conferir esse usufructo remittido pelo pai? Veão-se Portug. s.^a a n. 47, Michal. de Frat. P. 1. C. 5, Lagunez. de Fruct. P. 2. C. 5. a n. 111, Mul. ad Struv. tom. 2. pag. 740. Col. 1

Terceiro caso.

N. 29. " Se for dada e deixada alguma coisa ao filho por outra pessoa, e o pai lhe denegar facultade para haver a dita coisa, assim doada, ou deixada, não lhe querendo consentir que a haja, e o filho a houver sem seu consentimento " A fonte desta Ord. he a L. fin. §. 1. Cod. de Bon. quæ Liber: Exornão Struv. e Mul. Exerc. 12. thes. 5. e o citado Portug. n. 41. donde *ampliat procedere in hereditate profectitia, quando filius contemplatione patris fuit institutus, et non solum quando pater ab initio recusavit, sed quando ex postfacto, veluti, si absente patre filius adivit, et ille ratam non habuit adiorem; et denique casu, quo ex donatione, vel alio titulo filio quidquam datum, vel donatum fuit, et pater acquisitioni recusavit; tunc nanque filio acquiretur proprietas usufructus.* Confirção-se Gall. de Fruct. Disp. 36. art. 4. sub n. 5, Fragos. P. 3. Liv. 2. Disp. 3. §. 1. n. 137, Valasc. de Partit. Cap. 13. n. 146. ¶ Tertius, aonde excogitou a razão mais genuina desta Conclusão.

Quarto caso.

N. 30. " Se for dado e deixado o usufructo de alguma coisa ao filho, porque segundo o Direito não se pôde de hum usufructo haver outro usufructo

cto " Porém, ainda que não possa haver servidão de servidão, nem usufructo de usufructo; comtudo, fazendo-se a essencial differença entre o usufructo, e a commodidade do usufructo, supposto que o pai neste caso não seja propriamente usufructuario, sempre comtudo goza da commodidade do usufructo em quanto o filho está *sub sacris paternis*. Veja-se Castilli. de usufr. Cap. 63. tot. et signer n. 16, Lagunez de Fruct. P. 2. Cap. 5. n. 97, Gomez na L. 48. do Tour. n. 2, Fragos. P. 3. L. 2. Disp. 3. §. 1. sub n. 143, Gall. de Fruct. Disp. 36. art. 4. a n. 19, Arouc. na L. 8. §. 1. ff. de His qui sunt sui n. 8, aonde assim entende a dita Ordenação: Conf. Harpr. Disp. 76. a n. 378.

Quinto caso.

N. 30. " Se Nós dermos (diz a Ord. §. 5.) alguma coisa ao filho, quer movel, quer raiz " Cod. Freder. s.^a n. 1, L. *Cum multa* Cod. de Bon. quæ Liber., Portug. s.^a n. 43. Amplia-se as Doações que fazem as Rainhas, e todas as Pessoas que tem dignidade Real, Lauterb. supra thes. 14, Mul. ad Struv. Exerc. 12. thes. 5. pag. 739. no fim.

Sexto caso.

N. 32. " Não haverá outro sim o pai o usufructo nos bens dos filhos no caso em que não fizer por morte da mãe delles Inventario dentro dos dois mezes do dia do fallecimento della, como dissemos na Ord. Liv. 1. Tit. 88. §. 8. " Este ultimo caso me dava assumpto para huma larga digressão, sobre as causas que excusão ou não o pai da pena de privação do usufructo por esta culpa de não fazer

Inventario dentro dos dois mezes: Satisfaço-me com remissão a Peg. tom. 7. ad Ord. Liv. 1. Tit. 87. §. 8. e Guerreir. Tr. 1. Liv. 3. Cap. 13. a n. 1 ad 22. et a n. 93; e ao mesmo Peg. tom. 6. For. Cap. 129. tot., e com advertiu, que Guerreir supra n. 97. atesta, que nunca víra executadas estas Ordenações: Veja-se o Assento de 20 de Julho de 1780. na Collecção n. 279, aonde que esta pena deve ser accusada na vida do pai.

N. 33. A duvida maior consiste: Se nestes casos, em que o pai he privado do usufructo, o fica tambem da administração? O nosso Guerreir. Tr. 1. Liv. 4. Cap. 13. a n. 73. refere duas opiniões oppostas; e no n. 80. huma conciliação dellas; e passando a discurrir por todos os ditos casos, vem a assentar, que o pai não he privado da administração senão naquelles em que a Lei, ou o homem suspectão mal delle. Tratando a mesma Questão Lagunez de Fruct. P. 2. Cap. 5. a n. 69. depois de referir as opiniões oppostas; passa no n. 85. a expedir-se com a distincção de dois casos: 1.^o quando a Lei, ou o homem em pena, ou odio do pai o priva do usufructo; e neste caso (coincidindo com a opinião de Guerreiro) diz, que o pai he privado das commodidades, e da administração: 2.^o quando o he por vontade expressa do doador ou testador: Arouc. na L. 8. §. 1. ff. de His qui sunt sui vel alien. jur. n. 10. concede ao pai a administração "*nisi conditionis verba, et usufructum*" et *commoditatem probaverit* " Tambem no n. 10. "*ubi suspicio vel delictum cum non excludat*": Assentando no n. 13. que no caso da privação *ob non confectum Inventarium* he o pai privado do usufructo, da administração, e da commodidade: Stryk. us. mod. Liv. 15. Tit. 1. §. 14. (não comprehendendo o caso da nossa Ord. Liv. 1. Tit. 88. §. 8.) deci-

de em favor do pai “ *nisi forsan ex circumstantiis*
 » *appareat, patri ob evidentem prodigalitatis sus-*
 » *picionem ademptum esse usufructum, tunc enim*
 » *quoque ex eadem ratione eadem administratio*
 » *adempta censetur, cum administratio quoque pa-*
 » *tri admi testamento possit.*

N. 23. Porém, e absoluta, e indistinctamente, que em todo o caso, em que o pai he privado do usufructo, o he tambem da commodidade, e da administração, he a opinião mais certa, e fundamentada: Idem Stryk. vol. 8. Disp. 26. Cap. 3. §. 26: Veja-se largamente Castilh. de usufruct. Cap. 3. a n. 54 aonde melhor tractou ex professo á Quesão: Esta mesma opinião seguiu o Cod. Freder. P. 1. Liv. 1. Tit. 9. art. 4. §. 61. aonde só declara que se o filho he absente, ou incapaz de administrar; e o pai habil, só fica com a administração em qualidade de Tutor obrigado todos os annos a prestar contas da sua administração.

Nota: Se porém o pai he pobre, ainda que seja privado do usufructo, e da administração nos ditos casos, sempre deve ser alimentado pelo filho, Lagunez de Fruct. P. 2. Cap. 5. n. 89, Mul ad Struc, Exerc. 12. thes. 5. pag. 740. Col. 2. in fin., Cald. in L. Si Curatorem vbo *Testis* a n. 145. et 150. Bem como quando o pai he privado da administração dos bens do filho por causa da dissipação e dilapidação, Molin. de Primogenit. Liv. 1. Cap. 16. n. 17, Arouc in L. 8. §. 1. ff. de His qui sunt sui vel alien. jur. n. 16,

TIT. IV. §. 14. RUBR.

Quando ex facto filiorum pater obligatur.

Neste §. firma Mello as seguintes proposições.

- 1.^a *Que o filho delinquindo não obriga o pai.*
- 2.^a *Que o filho se obriga por todas as causas, e contractos.*
- 3.^a *Que só se não obriga pelo mutuo consistente em diabeiro contado.*
- 4.^a *Que o pai pôde ser accionado pelas acções = De in rem verso = Quod jussu = Institoria = e de Peculho, ex Ord. Liv. 4. Tit. 50. §. 3.*

Quanto á 1.^a Proposição.

N. 1. Parece que a Ord. Liv. 4. Tit. 89. §. 6. em quanto permite ao filho o poder de desherdar o pai, que o não livrou do captiveiro ou prisão (junto o Tit. 88. §. 12. e 16.) obriga o pai livrar dos crimes o filho pelos proprios bens: Esta obrigação lhe impõem as Legislações d'algumas Nações, que referem Concioi. vbo *Legitima* resol. 3. n. 6, Card. de Luc de Legitim. Disc. 14. n. 4, e modernamente o Cod. Crimin. dos Francezes P. 1. Liv. 2. C. 2. art. 78. Porém entre nós a obrigação, que as citadas Ordenações impõem ao pais e filhos de se remirem das prisões e captiveiros, não he directa e primaria, mas só causativa para evitar a exherdação, e expondo-se a esta, cessa a dita obrigação; de fórma que remim-

Part. II.

S

do-se o filho da prisão, se deve antes attribuir á piedade, que á causa obligatoria (em falta de Lei que o determine) Carvalh. de Testament. P. 4. Cap. 1. a n. 124.

N. 2. E por tanto neste Reino se tem observado e julgado, que o pai em quanto vivo não pôde ser obrigado involuntario defender o filho dos seus crimes, nem pagar por elle a condemnação, Perad. in Prax. Deleg. Crim. n. 128, Guerreir. Tr. 2. L. 2. Cap. 5. n. 14: Esta he a regra do Direito Romano, L. 3. Cod. de Bon. Proscript. L. 58. ff. de reg. jur., L. 1. §. 7. ff. De his qui dejecer., L. 6. §. 2. ff. de rer. amot., optime Otea de Cess. jur. Tit. 2. Q. 6. n. 19: Mas já vi ordem de huma Relação, que mandou vender a Legitima futura do filho, para depois da morte do pai.

N. 3. E se o filho tem já bens adventicios, de que o pai he usufructuario; não se podem confiscar ou penhorar pelo delicto do filho, e muito menos os bens profecticios, sobre o que se veja largamente Portug. de Donat. Liv. 3. Cap. 23. Porem o filho estando preso por crimes tem regresso de implorar o Nobre Officio do Magistrado para que o pai lhe assigne em vida a sua Legitima ou parte della equivalente para se livrar do crime, Guerreir. Tr. 2. L. 2. Cap. 5. n. 23, Conciol. Crimin. vbo *Legitima* resol. 3. n. 4, Portug. L. 3. C. 23. n. 6, Merlín. de *Legitim.* Liv. 2. Tit. 2. Q. 25. n. 3: E se bem que Valasc. de Partit. Cap. 21. n. 2, e Otea de Cess. jur. Tit. 2. Q. 6. n. 19, fazem diversas distincções, & *communis non recedat.*

Nota: Não deixa ainda de fazer duvida a Ord. L. 4. Tit. 89. §. 6.; porque se ella só sujeita á pena de desherdação o pai que não ri-

me o filho do captiveiro; huma vez que o pai se exponha a essa pena, a nada mais fica obrigado: Porém a proxima opinião n. 3. he fundada na caridade, e na equidade contra a deshumanidade do pai, que não pôe meios para remir da prisão o filho: Este em sua vida he quasi Senhor da Legitima: E que muito o pai possa para tal fim ser obrigado assignar-lha em todo ou em parte, ja que falta á piedade, e humanidade de pai? D'outro lado conspirão as Legislações das Nações, que obrigão os pais pelos delictos dos filhos (n. 1.); ou como em castigo da má educação que lhe derão, ou como fundadas na humanidade e bem commum: Só com a differença, que se o pai sem ser coacto livra o filho do crime pagando a condemnação, se ha de presumir, que o fez por piedade, e não he o filho obrigado conferir essas despezas, Ord. Liv. 4. Tit. 97. §. 8.: E se o pai he obrigado pelo Magistrado; então cessa aquella presumpção, e necessariamente ha de imputar o filho na Legitima essa despeza; porque nesse caso cessa a presumpção da dita Ord.

N. 4. He porém o pai obrigado pelo delicto do filho *peculio tenus, quatenus ex maleficio peculium est auctum*, L. 1. §. 20., L. 16. ff. de vi et vi armat., L. 30. de Act. empt., L. 3. §. ult. ff. de Pecul., L. 3. §. ult., L. 6. §. 2. ff. de rer. amotar., L. ult. Cod. rer. amot., Struv. Exerc. 20. thes. 70., Voet. ad Pand. Liv. 15. Tit. 2. n. 7. De fórma que chegando o filho a ser condemnado, tendo contestado a lide, pôde o pai ser demandado até os limites do peculio, como pelo quasi contracto do filho, induzido da contestação da lide L. 3. §. 11. ff. de Pecul.,

L. 57. ff. de Judic., L. 35. ff. de Nox. act., Brun-
nem. in L. 3. ff. de Pecul., Anton. Mathæus de Cri-
min. Liv. 47. Tit. 1. Cap. 4. sub n. 2.

Nota : Isto he fundado em huma ficção do
Direito Romano, qual a do *quasi contracto* do
filho pela litis contestação : De fórma, que con-
demnado o filho transcende a obrigação ao pai
dentro dos limites do peculio, não ja pelo cri-
me, mas pelo quasi contracto do filho conte-
tando a accusação; e já sem a differença de ser
ou não o pai feito mais rico pelo delicto do fi-
lho em razão do peculio. Ainda mesmo Boeh-
mer., que na Exercit. 32. se oppoz ao dominio
litis resultante da contestação da lide, não nega
no Cap. 1. §. 5. e 6. que nos termos da L. 3.
§. 11. ff. de Pecul. se contrahe huma simples e
correspectiva obrigação.

Quanto á 2.^a Proposição.

Exceptuado o mutuo, de que logo tractaremos,
he o filho familias obrigado por todo o contracto ce-
lebrado com qualquer outra pessoa, independente do
consentimento do pai, Moraes de Execut. Liv. 2. Cap.
20. n. 94, Silv. ad Ord. Liv. 4. Tit. 28. n. 13,
Constantin. ad Statut. Urb. Annot. 45. n. 1 : Elle
póde obrigar se servir algum amo, ou algum mestre
que o ensine ao officio, Silv. supra n. 13, Moraes
n. 94. in fin., Zacch. de Salar. Q. 38. n. 17 : Elle
póde alienar livremente os bens *castrensens*, ou *quasi*,
e os *adventicios*, em que o pai não tem usufructo,
ou transigir sobre elles, independente da auctoridade
do pai, Urceol. de Transact. Q. 19. n. 13, Valeron.

ead. Tract. Tit. 4. Q. 4. n. 5, Conciol. all. 47. n.
13, Castilh de usufr. Cap. 3. n. 14, Moraes supra
sub n. 97, Stryk. vol. 8. Disp. 26. Cap. 2. a §. 12.
et 19. et Cap. 3. §. 35 : Bem como doar entrevivos
e causa mortis estas especies de bens, Furgol. no
Tract. das Doações Q. 21, Tondut. Civil. Cap. 63.
n. 4, Stryk. supra, Egid. na L. Ex hoc jure P. 2.
Cap. 2. n. 17, Michal. de Fratr. P. 1. Cap. 10. n. 5.
(*Dummodo* o filho morra depois do pai; porque se
morrer antes delle, he salva ao pai a legitima nesses
bens doados) Adde Stryk. de *Caut Testam.* Cap. 3.
§. 36., Perez in Cod. Liv. 8. Tit. 57. n. 18.

N. 2. Póde o filho familias ser fiador do pai, e
o pai do filho, Egid. in L. Ex hoc jure P. 2. Cap.
2. n. 111 : Bem como o filho familias póde ser fiador
de qualquer pessoa estranha, sendo maior de 25 an-
nos (altás sendo menor tem o beneficio da restituição
contra a fiança em si mesma damnosa), Hering. de
Fidejussor. Cap. 7. a n. 327. et 367, Constantin. ad
Stat. Urb. Annot. 45. n. 2, Bersan. de *Pupill.* Cap.
2. Q. 4., Posth. Civil. resol. 55. a n. 36, Brunne-
man. na L. 1. Cod. de Fil. fam. min., Idem Bersan.
de Contract. Cap. 2. Q. 22. a n. 7, Altimar. tom. 6.
Q. 38. a n. 395, Scop. ad Gratian Decis. 76. a n.
24.

N. 3. Quanto porém aos bens do Peculio *Profe-*
cticio. O filho familias não póde al enallo sem con-
sentimento do pai; porque a tanto se não estende a
facultada administração, Voet. ad Pand. Liv. 39. Tit.
5. n. 7, Struv. Exerc. 40. thes. 6. Subsiste porém a
alienação deste peculio : “ 1.^o *Si matri donet in ali-*
menta, Sorori in dotem : 2.^o *Si Praeceptorum in ho-*
norarium : 3.^o *Si filius sit Senator, aut alterius*
dignitatis : 4.^o *Si agat in perigrinatione, vel stu-*
dii ” Mul. ad Struv. supra : E *accrescenta* Voet.

” *Nisi pater insuper donandi quoque facultatem no-*
 ” *minatim permiserit; vel filius familias justa ra-*
 ” *tione motus donet, dum pater abest, aut ipse in*
 ” *perigrinatione est.*” Conf. Furgol. tom. 6. de
 Donat. Q. 20. a n. 6, Stryk, vol. 8. Disp. 26. Cap.
 4. a §. 4., Cod. Freder. P. 1. Liv. 1. Tit. 9. art. 4.
 §. 43.

N. 4. - Também o filho familias não pôde doar
 ou alienar os bens *adventicios*, em que o pai tem o
 usufructo, sem seu expresso consentimento, e isto
 pelo consequente prejuizo que da alienação resulta ao
 usufructo do pai, Conciol. all. 47. n. 16, Struv. et
 Mul. supra, Urceol. de Transact. Q. 19. a n. 16,
 Tondut. Civ. Cap. 63. a n. 13, Furgol. tom. 6. Q.
 21. a n. 29.

Não faltão DD. a sustentar, que se o filho
 dá, sem consentimento do pai os bens *adventi-*
cios, em que elle tem o usufructo, sempre a
 Doação subsiste valida quanto á propriedade,
 Tondut. Civ. Cap. 63. a n. 16.: Muito mais
 ” *Si (alienatio) confertur in tempus, quo filius*
 ” *familias contrabens sui juris futurus est,*
 ” *cum paterno usufructui prejudicium ex hoc*
 ” *non paretur*” Moraes de Execut. Liv. 2.
 Cap. 20. sub n. 97, Egid. in L. Ex hoc jure 2.
 P. 2. Cap. 2. n. 18. “ *Et regulariter (conclue*
 ” Moraes) *super istiusmodi bonis confirmatur*
 ” *(Donatio) filio exeunte a patria potestate*”
 Sed v. Michalor. de Fratr. P. 1. C. 10. n. 24,
ubi pro utraque parte opiniones refert.

N. 5. Ha differença entre a Doação que o filho
 faz dos bens em que o pai tem o usufructo, sendo
 feita *inter vivos*, ou *causa mortis*. Se a faz *inter-*

vivos basta o consentimento tacito do pai, ou ante-
 cedente ou subsequente: Se *causa mortis*, he neces-
 sario que intervenha expresso no mesmo acto, Portug.
 de Donat. Liv. 1. Præhud. 2. §. 5. n. 48. Mas pres-
 tado pelo pai o consentimento, não pôde mais revo-
 gallo, Michal. de Fratr. P. 1. Cap. 10. n. 21.

N. 6. Estas liberdades dos filhos familias, segun-
 do a distincção dos referidos casos, se devem enten-
 der sendo elles maiores de 25 annos: Porque sendo
 impuberes, não podem alienar os *castrenses* ou *qua-*
si, e he nulla toda a alienação, Moraes Liv. 2. Cap.
 2. n. 98. et 103. Ainda que sejam puberes, tem
 restituição contra toda a fiança que fação em favor
 do pai, ou d’outra pessoa (n. 2.): Sendo menores de
 25 annos, não podem por si alienar os bens, ainda
 os em que os pais não tem o usufructo, Novell. 117.
 Cap. 1. §. 1.; a menos que os pais, como seus ad-
 ministradores legaes, ou (sendo elles suspeitos) qual-
 quer outro Tutor nomeado, lhe não auctorise as alie-
 nações e Doações, Tondut. Civ. Cap. 63. n. 19,
 Scop. ad Gratian. Decis. 76. n. 26: E havendo o
 filho menor de fazer ao pai alguma Doação, ou ce-
 lebrar com o pai outro contracto, necessariamente se
 lhe deve nomear outro Curador, que o auctorise,
 Tondut. Civ. Cap. 63. a n. 17, Bersan. de Contract.
 Cap. 2. Q. 22, Egid. in L. 1. Cod. de Sacross. Ec-
 eles. P. 1. §. 7. n. 18, Michalor. de Fratr. P. 1. Cap.
 10. n. 26, Urceol. de Transact. Q. 18. n. 9. Porque
 o pai não pôde auctorisar o filho menor para o con-
 tracto, de que ao pai resulta commato, Olea de Cess.
 jur. Tit. 5. Q. 10. n. 1.

N. 7. E geralmente: Em todo o caso, em que o
 filho familias, menor de 25 annos. for lesão nos con-
 tractos, que faça sobre bens *castrenses*, ou *quasi*,
præfecticios, ou *adventicios*; mostrando a lesão, goza

do mesmo beneficio da restituição concedido aos menores e orfãos, L. 1. et 2. Cod. de Fil. fam. min., L. 8. §. 6. de Bon. quæ Liber., L. 3. §. 4. 5, L. 38. in fin. ff. de Minorib., Cald. in L. Si Curatorem. Vbo *Læss* n. 88. et 89. (aonde accrescenta, que morrendo o filho familias. que gozava de este beneficio da restituição, se transmite este Direito e privilegio ao pai herdeiro); ad omnia Pérez in Cod. L. 2. Tit. 23. tot.; Groeneweg. de Legib. abrog. in Cod. Liv. 4. Tit. 26. L. 9. n. 3.

Digressão util, e ao proposito.

Em quaes casos, e especies de bens pôde haver contracto efficax reciprocamente-obligatorio entre pai, e filho familias, ou emancipado?

N. 8. No Systema do Direito Romano não podia subsistir obrigação alguma Civil entre pai e filho familias, L. 38. §. *Quæsitum* ff. de Conduct. Indebit. tx in §. *Inutilis* Inst. de *Inutil. Stipulat*: Porque o pai e filho se reputavão huma e a mesma pessoa, L. fin. Cod. *Impuber. et al. subst.* Tudo quanto o filho adquiria, no mesmo momento se adquiria ao pai, fosse qual fosse a causa da aquisição, Urceol. de Transact. Q. 18. a n. 1. et 14, Vin. ad §. 6. Inst. de *Inutil. Stipul.*, Groenewegen. ad eund. §. n. 1, Coccey Jus Controv. Liv. 1. Tit. 6. Q. 19. E destes Principios deduzição os Jurisconsultos muitas consequências, quæ inundão a Jurisprudencia Romana.

N. 9. Que pôrém entre o pai e filho familias possa haver reciprocamente obrigação natural, o fir-

mão com muitos DD. graves Urceol. d. Q. 18. n. 4; Portug. de Donat. Liv. 1. Præclud. 2. §. 5. n. 2, Vin. supra. E por isso, segundo o Direito Canonico, que abraçou a natural equidade, (bem como deo aos pactos nts a força das solemnes antigas estipulações); pôde entre pai e filho, como pessoas diversas, haver toda a especie d' obrigação, Urceol. supra n. 58: Assim o firmou (sendo maiores os filhos) o nosso Mell. Liv. 4. Tit. 1. §. 8. Este he o uso da Alemanha (ainda que fundado em diversos Principios de Jurisprudencia) Thomas. ad Instit. Liv. 3. Tit. 20. §. 221.; e do Belgio Groenewegen. ad §. 6. Instit. de *Inutilib. Stipul.* n. 2; E largamente o defende na Italia Urceol. supra a n. 45: O que comtudo deve entender-se com as declarações acima expostas n. 5. e 6.

Quanto aos Contractos de pais e filhos sobre bens Castrenses, ou quasi; ou sobre os Adventicios, em que os pais não tem o usufructo.

N. 10. Sobre estas especies de bens reputa-se o filho como pai de familias, e *sui juris*: Pôde por tanto entre elle e o pai celebrar-se toda a especie de contracto, Gratian. For. Cap. 576. a n. 3. et Cap. 713. a n. 81. *plenissime*, Urceol. de Transact. Q. 17. a n. 50. ad n. 55, Vin. ad §. 6. Inst. de *Inutil. Stipulat.*, Valeron. de Transact. Tit. 4. Q. 4. n. 39. junct. n. 5.

Quanto aos Contractos sobre outras especies de bens, quando subsistão entre pais e filhos.

Compra e venda.

N. 11. A Ord. Liv. 4. Tit. 12. prohibe, que os
Part. II. T

pais vendão bens a alguns seus filhos, ou com elles fação trocas desiguaes sem consentimento dos mais filhos, ou expressa Faculdade Regia; sob pena de nullidade. Sobre esta Ord. fez Silva hum largo Commentario; e por isso me limitarei a humas poucas prenoções, corrigindo alguns erros de Silva, e supplemantando o que lhe falta.

N. 12. Esta Ord. pois na palavra *Filhos*, (*quid quid dicant Pheb. ar. 80. et alii apud eund Silv. ad Ord. Liv. 4. Tit. 1. in rubr. art. 5. n. 31.*) comprehende 1.º os Emancipados, e *Sui juris*, como segue Silv. á mesma Ord. n. 7, e duas vezes o refere julgado o Repertor. debaixo da conclusão = *Neto não pôde fazer contracto, etc.*: Comprehende 2.º os Espurios, ainda que o pai careça de Legittimos; porque se senão frauda esta Ord., fraudão se outras Leis prohibitivas das liberdades dos pais para com os filhos Espurios, Silv. supra n. 9. Adverte porém Pegas no Opusculo de *Spur.* Cap. 20., que se a verdade da venda, ou confissão feita em favor do Espurio for aliunde adminiculada com outras provas, subsiste valida, não obstante aliás a simples confissão do pai, ex *Castilh. Liv. 5. Controv. Cap. 111. n. 10. Noguerol. alleg. 32. n. 23.* Comprehende 3.º as Compras, que os filhos fazem aos pais por interpostas pessoas; presumindo-se a simulação só por isso que se achão depois possuidos pelos filhos os bens, que outras pessoas comprão a seus pais, Barboz. á mesma Ord., *Manic. de Tacit. Liv. 4. Tit. 23., Furgol. Traité des Donations tom. 6. Q. 35. n. 20., Menoch. de Arbitr. cas. 459. a n. 2.* Comprehende 4.º as Compras feitas ás Mães e Avós, Silv. a n. 32.

N. 13. Debaixo da palavra *Venda* se comprehende 1.º a doação em pagamento de divida, como

contra Gam. Dec. 295. defende Silv. á mesma Ord. a n. 18, e alem dos DD. que ahi cita, assim o refere julgado Peg. 3. For. Cap. 23. n. 126: *Alter se a dação for em pagamento de Dote antes prometuido, Silv. n. 28. et 29;* ou se a venda for necessaria celebrada por auctoridade judicial, Silv. n. 30; comtanto que não haja aqui algum excesso de valor com respeito á divida, porque a Lei o reprova como simulado *ad instar* da troca desigual.

N. 14. Comprehende 2.º a *Venda complicada com troca* quando o filho deo ao pai como em troca hum coisa, e juntamente dinheiro; porque no que corresponde ao dinheiro he absolutamente nullo o contracto, por se verificar nessa parte a presumpção da simulação, como com Pinell. e Caldas segue Silv. n. 3. Comprehende 3.º a confissão de divida, que hum pai faz a favor de hum filho com prejuizo dos outros, como com os mais Reinicolos Silv. n. 15. Mas tal confissão se faz attendivel, quando adminiculada com outras provas da sua realidade, Peg. de *Spur.* Cap. 20. n. 3., *Salgad. in Labyrinth. P. 3. Cap. 13. n. 21. et 25, Castilh. Liv. 5. Cap. 111. ex n. 25, Guerreir. Tr. 1. Liv. 1. Cap. 10. a n. 42.* E ainda quando pelo filho se não prova a verdade da divida confessada em seu favor; se a tal confissão he feita em Testamento, vale como Legado, e se imputa na Terça do pai ou mãe, Peg. 3. For. Cap. 24. n. 45., *Salgad. supra n. 21.* Comprehende em fim a Doação remunerativa de que ao diante tractarei.

N. 15. O consentimento dos mais filhos que esta Lei requer para validade da venda, ainda que alguns DD. disserão que basta seja tacito, Silv. n. 6. et a n. 36; he necessario que seja expresso, como com hum bellissima razão deduzida da Lei se vê julgado no Repertor. debaixo da conclusão = *Neto não pôde fa-*

zer contracto, etc.: Bem que convênho com Silv. n. 39. não ser necessario que o consentimento assim expresso intervenha no acto da vendã; mas para ella se convallidar bastã que esse consentimento seja ou antecedente, ou subseqüentemente prestado pelos mais filhos.

Nota: Por mais que seja nulla a tal venda assim feita sem consentimento dos filhos; ella subsiste em quanto vive o pai; e nem elle mesmo a póde impugnar, como contra Barboza diz rectamente Silv. a n. 49. e conduz Stryk. vol. 6. Disp. 2. et vol. 11. Disp. 17.; nem os filhos, que só tem direito para a impugnar depois da morte do pai, e apenas em quanto elle vive podem fazer hum protesto, Pereir. Dec. 44.; nem qualquer Terceiro, Alumar. tom. 6. pag. 261.

N. 16. Em quanto Silva no n. 31. diz, que como a razão he a alma da Lei, cessando a fraude, e o prejuizo dos filhos, cessa a razão da Lei, e subsiste valida a venda; he hum erro grave: Porque esta Lei, que se funda em huma presumpção geral, não cessa, ainda quando a sua presumpção cesse em algum caso particular, Carvalh. de Testam. P. 2. n. 452., e he necessario que a razão da Lei cesse universalmente, Menóch. de Præsumpt. L. 1. Q. 80. n. 14, optime Britt. in Cap. 1. de Locat. P. 2. n. 38. pag. 307 (ed. ção de 1742.) optime Patuz Theolog. mor. tom. 1. Tr. 1. Cap. 7. §. 7. pag. 113 aonde reprovã os Probabilistas contrarios.

N. 17. Também não posso tolerar Silv. em quanto no n. 14. pela regra dos *Correlativos*, e suppondo identidade de razão defende nulla a venda, que o filho, que tem filhos, faz a seu pai: Pois que essa re-

gra dos *Correlativos* cessa aonde se póde assignar diversa razão, Barbos. et Tab. L. 3. Cap. 145. no fim. O argumento *à simili* só procede quando ha huma inteira conveniencia de circunstancias, Id Barbos. Liv. 1. Cap. 137. ax. 127. O outro da *identidade de razão* cessa nos casos singulares, e nos mais que refere o citado Barbos. Liv. 16. Cap. 7. ax. 13. Ora o amor do pai para hum filho (causa primaria da simulação que presume a Lei) he mais forte que o do filho para com o pai, Moraes de Execut. L. 12. Cap. 20. n. 15. et 16: E que diversa razão! Os filhos, que são harpias dos bens dos pais, será crível, que queirão prodigalizar-se com elles? Será crível, que queirão abandonar os proprios filhos (para com os quaes se presume amor mais forte, que para com os pais); e isto para enriquecer os pais, e por morte delles os mais irmãos, em prejuizo dos proprios filhos? Que delirio, como o a da ampliação da Lei a este caso, pela regra dos *Correlativos*, e *identidade de razão*? O Legislador foi mais sensato prohibindo só a venda de pais a filhos, e não *vice versa*; porque não será facil na venda de filho a pai dar-se huma tal simulação.

Nota: Eu não excludo a venda, que hum filho gravado com dividas faz simuladamente ao pai em fraude dos credores, que facilmente se presume simulada: Mas essa simulação não he a que foi objecto da nossa Ord., e lá vai expôr-se ao Direito no Liv. 42. ff. Tit. 8. Ainda mesmo, que haja hum só filho, e cessando o prejuizo d'outros filhos, seja valida a venda feita ao unico, como diz Silv. n. 8: Se com tudo for prejudicial aos credores, sim escapa da dita Ord.; mas lá recae no outro artigo do Direito, que

occorre a taes fraudes, de facili presumíveis entre pessoas tão conjunctas.

Doação do pai ao filho.

N. 18. No Systema do Direito Romano he nulla a Doação feita pelo pai a seu filho familias, não só pelas razões já ditas (n. 7.), mas pela especial de que o pai doando ao filho doa a si mesmo, L. 1. §. Si pater ff. de Donat.; L. 2. Cod. de Inoff. Donat. L. *Donationes quas parentes*, Cod. de Donat. int. vir et uxor. E só se confirmavão pela morte natural ou civil, ou natural do pai, ou pela Emancipação do filho, persistindo o pai na vontade, e concorrendo, conforme huma opinião, a tradição real, ou ficta da coisa doada ao filho; se hem que, outra mais provavel opinião não faz preciso este requisito da tradição: Veja-se magistralmente ao proposito Urceol de Transact. Q. 18. a n. 32, et Cons. forens. 39, conf. Portug. de Donat. Liv. 1. Præhud. 2. §. 5. (os quaes limitão a regra geral em muitos casos de que logo tractarei) adde Voet ad Pand. Liv. 39. Tit. 5. n. 6, Struv. Exerc. 40. thes. 7. Torre de *Pact. futur. Success.* Liv. 3. Cap. 3. a n. 29.

N. 19. Porem o nosso Mello neste Titulo 4. na Nota ao §. 13. judiciosamente distingue o peculio revogavel que o pai entrega ao filho para elle negociar, e a doação que o pai faz ao filho, ainda que familias. Quanto ao que he propriamente *peculio*, concede ao pai o livre arbitrio de o revogar: E quanto ao que he propriamente *doação*, sustenta, apesar desses principios da Jurisprudencia Romana, que tal doação entre pai e filho subsiste valida a principio, e que he por natureza irrevogavel, a menos que o filho

não seja ingrato, ou exceda a Legitima e Terça: Cita Mello huma Lei de Castella e Strykio: Eu accrescento Groenewegen. ad §. 6. Instit. de *Inutil. Stipulat.* a n. 3. ibi = *Hinc donationes inter patrem, et filium nondam emancipatum viribus subsistere Jure Saxonico Statutum... et Antuerpie... Idem in Gallia, etc.*: Tambem accrescento o bellissimo Discurso do Card. de Luc. de *Donation.* in Summ. n. 85, e de Harpæct. Disp. 60. a n. 573.

Nota: Como porem Mello e Luca suppõem differença entre a entrega de peculio e doação propria; e na duvida, quando não consta do titulo explicito de doação, essa assignação de bens pelo pai ao filho se presume a titulo de peculio, de Luc. et Harpæct. supra. Por tanto, e para se vir no conhecimento conforme as circumstancias occorrentes, se foi peculio ou doação, deve recorrer-se a Menoch. de Præsumpt. Liv. 3. præsumpt. 30, e a Pragm. P. 3. Liv. 2. Disp. 3. §. 5. a n. 175. nos quaes se acharão todas as conjecturas para se decidir se o dado pelo pai ao filho foi *peculio*, ou *doação*.

N. 20. Fixado este systema (n. 19.) não he já mais necessario recorrer ás limitações da regra, que, nos termos do Direito Romano, expõem os DD., porque esse systema geralmente approva todas as doações feitas por pais a filhos familias; ou ellas (como diz a Ord. Liv. 4. Tit. 97. §. 3.) sejam feitas por pai ou mãe, ou por ambos, assim em casamento, como por qualquer outra maneira. E daqui se segue 1.º que só podem ser revogadas por alguma das causas expressas na Ord. Liv. 4. Tit. 63. : 2.º que devont conferir-se nos termos da Ord. Liv. 4. Tit. 97. §. 3.:

3.º que sendo excessivas de 360, ou 180 $\frac{1}{2}$ reis, devem insinuar-se naquella parte que para as prefazer houver de sahir do Terço do pai, conforme o Assen'ro de 21 de Julho de 1797, juncto o novo Alvará que triplicou as sommas da antiga Ordenação.

Nota: Limitada a Regra do Direito Romano. valião as doações de pai a filho familias 1.º quando feitas para matrimonio carnal, ou Patrimonio de Clerigo: 2.º quando por causa de estudo: 3.º quando intervinha juramento: 4.º quando remuneratorias de serviços, não obsequiaes, mas artificiaes, provados por outro modo, que não fosse pela simples confissão do pai: 5.º quando erão huma effectiva e preventiva assignação de Legítima: 6.º quando havendo tradição (que huma opinião não fazia necessaria) o pai não revogava a tal doação antes da sua morte, ou antes da emancipação do filho: 7.º quando a mãe, que não tem poder patrio, era doadora: Veão-se os DD. citados n. 16, e alem delles Michal. de Fratr. P. 1. Cap. 11., Fragoz. P. 3. Liv. 2. Disp. 3. §. 5. a n. 160.

Locação e conducção de bens ou serviços.

N. 21. « In casibus, in quibus patri non quaeritur usufructus, prout in castrensibus, vel quasi, » vel in aliquibus casibus in adventitiis, locatio consistit inter patrem, et filium, et pensio licita existitur. Locatio operarum à filio in patrem valet in illis, quas filius non tenetur praestare, prout industriales, secus in obsequialibus. » Ita Caroc. de Locat. P. 2. in Tit. de Patr. potest. Q. 4. sub n. 8. (Conf. supra Tit. 4. §. 11. n. 6.)

Sociedade.

N. 22. Supposto que alguns DD. como Barthol. Baldo, e o nosso Pinello na L. 1. P. 1. sub n. 1. *¶. ultra quos* Cod. de bon. matern., fundados nos Principios do Direito Romano, disserão, que entre pai e filho familias não pôde contrahir-se Sociedade; com tudo em contrario com outros muitos assenta Urceol. de Transact. Q. 17. n. 78. « Verius esse secundum magis communem opinionem, inter patrem, » et filium societatem contrahi posse, vel quando capitale societatis concurrit ab utraque parte, hoc est à substantia patris, et filii, vel quando ab uno pecunia, ab altero industria, labor, et opera ponitur, nam tunc societas inter eos contracta dicitur, et lucra omnia communicantur; et illud, quod filio attribuitur, tanquam adventitium fratribus non conferitur, etc. Opinião, que se conforma com a moderna Jurisprudencia, de qua supra n. 8. et 17; e o principio, que tambem seguem Voet. ad Pand. Liv. 15. Tit. 1. sub n. 4. *¶. Si tamen filius* = Cod. Freder. P. 2. Liv. 7. Tit. 16. sub 10. pag. 598.

Transacção.

N. 23. Se o filho demanda ao pai para lhe prestar alimentos, como lhe permite a Ord. Liv. 3. Tit. 9. §. 4.; ou em outro algum caso dos especificados no dito §. 4. e semelhantes, pôde celebrar-se entre elles Transacção, Urceol. de Transact. Q. 17. a n. 44: Tambem sobre bens adventicios, em que o pai não tem o usufructo pôde haver entre ambos Transacção, nisi metus probetur, *alhave justa causa eam impediatur*, Valeron. de Transact. Tit. 4. Q. 4. n. 39, Gratian. For. Cap. 713. n. 81.

Renuncia de Legitima futura feita pelo filho em favor do pai mesmo.

N. 24. Sobre este subjecto veião-se Uiceol. de Transact. Q. 18. a n. 11, o Senador João Alves da Costa na Aquila Augusta P. 1. Cap. 3. e 4. et P. 2. Cap. 3. et seqq., Valasc. de Part. Cap. 16., Guerreir. Tr. 2. Liv. 1. Cap. 10. 11. 12., Peg. tom. 6. For. Cap. 130., Sam. Stryk. de Success. ab intest. Diss. 8. Cap. 10., Harprectr. Disp. 73. et 74, e o Cod. de Sardanh. Liv. 5. Tit. 15. §. 1. que recortou todas as mcas do Direito Romano: E veja-se o meu Tract. dos Contract. e pact. jurad. que he o 13. na Collecção e Supplemento das Segundas Linhas.

Nota: Tudo isto se subentende nos termos habeis que ficão expostos n. 5. 6. 8. e 22. no fim: Se o medo reverencial, ou com que lezão basta para annullar ou rescindir os contractos entre pai e filho? V. Latissime Torr. de Pact. Liv. 2. Cap. 27.: Em summa: O medo reverencial por si só não basta; ou hão de concorrer ameaças, ou lezão enorme, sem que seja necessario concorrer tudo juntamente: V. *plenissime* Altimar. de Nullit. tom. 3. Q. 14. a n. 450. aonde recopilou tudo quanto nesta Questão escreverão os DD., as variedades de opiniões, dis inçções, subdistincções, etc. Adde Arias de Mez. Liv. 3. var. Cap. 36. n. 3. et 29.

Quanto á 3.^a Proposição principal.

Analyse da Ord. Liv. 4. Tit. 50. §. 2. 3. e 4.

N. 25. Esta Ord. que o nosso Mello neste §. diz ter fundamento no Direito Romano, e que está recebido neste Reino; deve do mesmo Direito receber illustração; maxime quando recebido pelo uso das Nações Stryk. us. mod. Liv. 14. Tit. 6. §. 1., Mul. ad Struv. Exerc. 20. thes. 52. pag. 1331. Col. 1. aonde refere as Leis das mais Nações. Mas como o filho familias, maxime maiorenne, sempre fica naturalmente obrigado, L. 10. ff. Ad S. C. Macedonian., e sem duvida quando o filho interessou com o dinheiro emprestado, Brunnem. in d. L. 10. deve, quanto possível for, restringir-se este beneficio concedido ao filho e pai, pela razão do Assento de 2 de Dezembro de 1791. Et maxime porque, quando o filho familias interessa no mutuo, e não o recebe com perigo e lezão, ou para luxuriar, fica obrigado na consciencia, Barboz. na L. Zenodorus 2. Cod. ad Scrum. Maced. n. 22, Brunnem. e outros com os quaes Mul. ad Struv. Exer. 20. thes. 54. no fim; *quidquid dicant alii*, apud Mul. supra, Ferraris vbo *Mutuum* n. 8.

Analyse-se o §. 2. da dita Ordenação.

N. 26. Suppõe este §. feitos os emprestimos a mancebos filhos familias, e que esperão ser herdeiros de seus pais: As razões da prohibição tem por fim occorrer não succeda, que carregados de dividas os filhos, e apertados pelo pagamento, ou maqunem, ou desejem a morte dos pais; e outras mais razões, que expozerão Struv. et Mul. Exerc. 20. thes. 50. et 54.

N. 27. Daqui vem que nesta prohibição do S.^{cto}, e da nossa Ord. se comprehende 1.^o o emprestimo feito ás filhas familias : 2.^o aos filhos em qualquer idade : 3.^o quando vagão perigrinando, divertindo-se, e gastando inutilmente : 4.^o ainda que constituidos em Dignidade (que os não livre do poder patrio, *quidquid dicat Mello hic*) : 5.^o por mais Nobres que sejam (*quidquid etiam dicat Mell.*): 6.^o ou sejam bem ou mal morigerados : 7.^o ainda que o pai esteja captivo, etc. Mul. ad Struv. Exerc. 20. ad thes. 52. pag. 1331 : E ainda que alguns estendem aos netos ; estes no nosso Reino não estão debaixo do patrio poder, nem são filhos familias, Molin. Disp. 227, Ord. Liv. 1. Tit. 88. §. 13, ubi Peg. n. 13, Mell. hoc ut. §. 15. na nota.

N. 28. Em contrario ; das razões da Lei (n. 24.) segue se 1.^o que não comprehende os emprestimos feitos aos Emancipados, Struv. Exerc. 20. thes. 57, ou Casados Lim. á mesma Ord. n. 20 : Nem 2.^o aos livres do patrio poder por Dignidade, ou economia separada (de que em lugar competente se tractará), Struv. supra, Coccey Jus Controv. Liv. 14. Tit. 6. Q. 3. Nem 3.^o aos geralmente reputados *Sui juris*, ignorando com probabilidade os crédores, que elles são filhos familias, Struv. supra, Lim. n. 12. Nem 4.^o aos Naturaes e Espurios, que não podem ser herdeiros dos pais, nem esperar suas heranças, Lim. ao §. 4. n. 13. E semelhantemente não comprehende aos Legitimados neste Reino, que nem são herdeiros necessarios, nem os pais tem nelles patrio poder, Peg. tom. 2. ad Ord. pag. 47 : Nem 5.^o aos que tem peculio *Castrense* ou *quasi*, porque a esse respeito se reputão pais de familias, Struv. supra, Stryk. us. mod. Liv. 14. Tit. 6. §. 8. Nem 6.^o aos menores orfãos de pai, cujas obrigações não estando sujeitas a este

S.^{cto}, só ficão sujeitas á rescisão pelo beneficio da restituição *in integrum*; Lim. supra §. 2. n. 22, Stryk. Liv. 12. Tit. 1. §. 71., Coccey Jus Controv. Liv. 4. Tit. 4. Q. 18.

N. 29. Por outra parte prohibe o mesmo §. 2. *empréstimo de dinheiro*: Em consequencia 1.^o " Non qui alias contraxit, seu ex alio contractu creditit, nisi fraus icto sit cogitata, ut, qui credere ob prohibitionem S. cti non potuit, magis ei venderet, ut ille rei iterum a se venditæ pretium haberet in mutui vicem : Deinde 2.^o pertinet solum ad pecuniam numeratam, non ad aliam rem fungibilem mutuo datam, nisi iidem frumentum, vel oleum, vel vinum mutuo datum, ut his distractis fructibus uteretur pecunia, confer Lima ad hanc Ord. §. 2. n. 23 : 3.^o Si mercator merces præciosiores in vestimenta vendit filiofamilias, vel si ænopolæ, aut caupo modum in porrigendo vino, aut cerevisia excessit, Struv. supra thes. 52. : 4.^o Nihil interest an sub usuris sit credita pecunia : Neque 5.^o refert si pecunia illa consumpta sit, sive adhuc in peculio extet (sed hoc casu reivindicari potest, Coccey supra Q. 9.) : 6.^o Quoniam annui redditus personales magnam affinitatem habent cum mutuo, adeo ut paliatum mutuum dicantur, ideoque etiam in his a filiofamilias pecunia numerata comparatis locum habet hoc S. ctum, Mul. ad Struv. supra : ad omnia Voet. ad Pand. Liv. 14. Tit. 6. n. 3, Stryk. supra §. 2.

" Non habet locum hoc S. ctum 1.^o Si filius pro alio pecuniam accipiente fidejubeat : * Nec 2.^o si filius familias spe futuræ numerationis confiteatur pecuniam recepisse, quam non accepit ; quia hoc casu tantum locum habet exceptio non numeratæ pecuniæ : 3.^o Si filius familias per novationem in

„ se suscipiat, quod alii in mutuum datum est, licet
 „ enim hic mors patris demum confirmatura sit Cre-
 „ ditorum obligationem, quæ alioquin non ultra pe-
 „ culium valet; nulla tamen suspicio fraudis in cre-
 „ ditorem cadere potest: 4.º Si pecunia ab initio mu-
 „ tuo data non sit, sed ex post facto demum talis
 „ evadat, v. g. si filius familias emat aliquid, et cum
 „ non habeat pecuniam stipuletur, ut liceat pretium
 „ illud tandiu sibi habere in mutui vicem donec sol-
 „ vere possit; hæc enim origo potius obligationis,
 „ quam titulus actionis consideratur ** Mul. ad Struv.
 „ Exercit. 20. thes. 52 pag. 1330 Col. 2, conf. Voet.
 „ ad Pand. Liv. 14. Tit. 6. n. 2.

* Nisi subsit color quæsitus, v. g. si filius
 „ familias pro alio mutuum pecuniam accipien-
 „ tem fidejusserit eum in finem, ut postea ab
 „ eodem ita acceptam reciperet” Struv. et Mul.
 „ supra, Voet. ad Pand. Liv. 14. Tit. 6. sub n. 2.

** Pari ratione, ut in fraudem S.Cti factum,
 „ non attenditur, si mutuum acceptum ipse fi-
 „ lius familias constituerit; aut in novam plane
 „ obligationem, priore extincta, per stipulatio-
 „ nem deduxerit, etc.” Mul. supra pag. 1331
 „ Col. 1.

N. 30. Conclue a Ordenação denegando ao cre-
 dor acção para repetir o empréstimo tanto do pai,
 como do filho, ainda mesmo depois de livre do pa-
 trio poder o filho por morte do pai, ou emancipação.
 Em consequencia pôde usar deste beneficio 1.º o pai:
 2.º o filho, ou seja demandado antes, ou depois de
 ser *sui juris*: 3.º o fiador, quando o não foi com
 animo de doar a divida affiançada: 4.º passa este be-

neficio aos herdeiros, porque esta excepção he *real*,
 e não *pessoal*, Struv. et Mul. supra thes. 54, Voet.
 ad Pand. Liv. 14. Tit. 6. n. 3. E supposto alguns
 DD. admittem esta excepção ainda mesmo na execu-
 ção da Sentença, e com suspensão della, Voet. supra,
 Lim. ad hanc Ord. n. 7, Coccey Jus Controv. Liv.
 14. Tit. 6. Q. 11, com tudo, havendo, como ha no
 nosso Reino a Ord. Liv. 3. Tit. 20. §. 15. e Tit. 50.
 que manda oppor com a Litis contestação todas as
 excepções *peremptorias*, assenta Stryk. us. mod. Liv.
 14. Tit. 6. §. 9. que tal excepção se não pôde oppor
 depois da Litis contestação nas Nações, em que ha
 Legislação, como na nossa.

N. 31. Resta a duvida: Se o filho que depois de
 ser *sui juris*, paga parte da divida pôde ainda recor-
 rer a este beneficio? Varião os DD. Struv. thes. 57.
 permite poder o filho recorrer a este beneficio para
 não pagar parte da divida, ainda que tenha pago ou-
 tra parte: Em contrario, e com mais razão Coccey
 Jus Controv. Liv. 14. Tit. 6. Q. 12, e Stryk. supra
 §. 12. assentão que o filho pagando parte da divida
 depois de ser *sui juris*, não pôde oppor a excepção
 deste S.Cto para deixar de pagar o resto.

N. 32. E se o filho, quando ainda familias, pa-
 gou a divida, não lhe compete a condição *indebiti*
 para a repetir, Coccey supra Q. 7. Só sim se a pa-
 gou com peculio, que não tinha poder de alienar,
 compete ao pai acção para repetir do credor, a quem
 o filho pagou com o peculio inalienavel, e em preju-
 zo do pai, Coccey supra Q. 13.

Analyse do §. 3.

N. 33. Esta Ord. firma duas limitações da regra
 1.º se o filho familias estiver proposto pelo pai a al-

guma loja de mercadorias, ou tiver algum trafico de consentimento, e mandado de seu pai, neste caso faz responsavel o pai pelos emprestimos : 2.^a se o filho negocia sem mandado do pai, e neste caso obriga ao filho dentro das forças do seu peculio, e mais não.

N. 34. Quanto á primeira limitação : Nella por identidade de razão (e segundo o Direito Romano, fonte desta Ordenaç.) se comprehendem os casos, que comprova com muitos DD. Bagna Cap. 39. a n. 35. ad 38. ibi =

» Tenerur pater, et convenire potest pro mutuo
 » factio ejus filiofamilias, quem pater proposuit alicui
 » negotiatioi, et filius causa ejus negotiatiois mu-
 » tuum recepit, et probabilem modum non excessit.
 » In dubio autem præsuntur filium ad illam
 » causam negotiatiois recipisse mutuum, conf. Me-
 » noch. Liv. 3. Præs. 68. n. 12. Etiamsi ex post
 » factio ipse pater probare velit filium non erogasse
 » pecunias mutuo acceptas in eam causam negotiatio-
 » nis Conveniri potest pro mutuo recepto per
 » ejus filium familias casu quo ipse filius administra-
 » bat bona patris ipso non contradicente. . . . tenerur
 » pater casu quo filiusfamilias solitus erat accipere
 » pecunias mutuas, et pater eas solvere consueverat ;
 » in isto nanque casu præsuntur consensus patris, ut
 » filius mutuum accipiat." Conf. Gomes 2. var. Cap.
 6. n. 2, Hermosilh. Liv. 4. Gloss. 3. Tit. 1. P. 5,
 Iranz. de Prot. Consider. 45 : Conf. ad omnia Lim:
 ad Ord. Liv. 4. Tit. 50. §. 3.

N. 35. Por outra parte como esta Ord., e o Di-
 reito Romano fazem cessar o S.Cto quando ha ex-
 presso ou presumido consentimento do pai para que
 o filho possa receber emprestimos, Lim. ibidem n. 10 :
 Segue-se 1.^o que se o pai permittir se empreste ao fi-
 lho alguma somma, fica obrigado, ainda que igno-

rante o credor, revogue o mandato : 2.^o que o cre-
 dor assim animado pelo pai, não he obrigado inda-
 gar em que coisas o filho emprega o dinheiro : 3.^o
 que fica o pai igualmente responsavel pelo todo do
 emprestimo, ainda feito sem seu mandato, quando
 depois o ratifica, ou reconhecendo a obrigação do fi-
 lho como propria, ou dando fiador a divida, ou no-
 vando-a, ou pagando parte della, etc. Bem como 4.^o
 quando tacitamente com actos positivos consente, co-
 mo pagando dividas a alguns credores do filho, etc.
 Mul. ad Struv. supra pag 1338 Col. 2. a pag. 1339,
 Bagn. Cap. 39. a n. 30. ad 34, Gomes 2. var. Cap.
 6. n. 2, Card. vbo Pater n. 31, Lim. ad §. 2. n. 10.
 et 11.

N. 36. Por outra parte : Como cessa o S.Cto no
 caso em que o filho converte o emprestimo em utili-
 dade do pai, ou em satisfação do = a que o pai era
 obrigado, L. 7. §. 2. et 15., L. 12. §. 14., L. 17.
 ff., L. 5. Cod. ad S.Cium Ma.edonian., Lim. ad §.
 2. n. 9, Bagn. Cap. 39. n. 62. et 63. Segue-se 1.^o
 que fica o pai obrigado aos emprestimos para alimen-
 tos necessarios do filho, ou do pai, Bagn. n. 64 : 2.^o
 Se os emprestimos se empregarão em pagamentos de
 dividas do pai : Ou 3.^o para dotar competentemente
 a irmã, que o pai era obrigado dotar : Ou 4.^o para
 cura de alguma enfermidade do filho, Mul. ad Struv.
 supra pag. 1339 Col. 2. et 1340, ad omnia Cyriac.
 eóntrov. 387. a n. 41. *Aliter* se o filho pedio empre-
 stimo para pagar outro seu semelhante, Mul. supra.

Nota : Como se possa provar esta conver-
 são do emprestimo em utilidade do pai, veja-se
 Stryk. us. mod. Liv. 12. Tit. 1. a §. 61. ad 74.
 aonde admite provas por testemunhas, confis-
 sões, presumpções, conjecturas, etc. Tambem a
Part. II. X

identidade do dinheiro recebido de empréstimo pelo filho, e a conversão delle nesses empregos em utilidade do pai, he provavel por conjecturas, como *ex brevitare temporis, vicinitate actuum; et similibus*, Antonel. de tempor. Legal. Liv. 1. Cap. 53., Gracian. for. Cap. 955. et 987., Cyriac. Controv. 219: Bem como se presume se a occorrente necessidade logo se vê providenciada depois do empréstimo recebido pelo filho, Hermosilh. L. 3. Gloss. 7. Tit. 1. Part. 5. a pag. 48.

N. 37. Quanto ao 2.º caso figurado no dito §. 3.º no *¶. e se o dito filho*: Este caso he claro: E só são duvidosas as palavras = *até onde chegar o seu peculio*: Pois se o filho negocia sem mandado, ou contra sentimento do pai, ou elle lhe assignou algum peculio *profecticio* para negociar a seu arbitrio; e então he clara a Lei para se executar este peculio: E se nenhum lhe assignou, e o filho negociava sem mandado do pai, estamos no caso da L. 2. ff., e da L. 2. Cod. *Quod cum eo qui in aliena potestate*; ou no que figura Stryk. ns. mod. Liv. 15. Tit. 1. §. 6. no fim.

Analyse do §. 4. da dita Ordenação.

N. 38. A primeira parte deste §. se illustra com as Doutrinas de Muler ad Struv. Exercit. 20. thes. 57. pag. 1340 ibi =
 ” 1.º Si filius studiorum causa ad Libros emendos honoraria pro Collegis pendenda, sumptus pro victu,
 ” et amictu, aut pensionem pro musæo solvendã, etc.
 ” mutuam contraxerit, tenetur pater eam pecuniam
 ” refundere. 2.º Tenetur pater solvere mutuam a

” filio familias contractum etiamsi filius pecuniam in
 ” usus studiorum non convertat; modo creditor bona
 ” fide causam, quæ tam adfuerit necessariam crediderit: 3.º Si filius familias pecuniam mutuam ab initio accepit, nulla apposita causa, postea eam in studia impendit, tenetur pater: 4.º Cautus debet esse creditor, atque respicere, ne probabilem modum in mutuando excedat, cum, quoad excessum repetitionem non habeat; sed saltem eam quantum dare, quam pater solebat subministrare, vel pietas ejus non recusaret: 5.º Quando pater, blanda quadam indulgentia, filio interdum nimis largiter sumptus etiam ultra patrimonii vires, ad studia suppeditare solet; si creditor eandem summam mutatus sit, quam pater filio aliquoties ibidem vel alibi commoranti solitus est mittere; ipsum S. Ctum opponi non potest: 6.º Si creditor tantum credit, quantum vel ipse pater suppeditare pro facultatibus debuisset, si tenax, vel avatus sit; adhuc pater de eo debito solvendo efficaciter conveniri potest: 7.º Quando pater providit filio in Academia viventi de rebus necessariis, et creditor hoc sciens nihilominus ipsi mutuatus est locum adhuc habet S. Ctum Macedonianum. 8.º Si Ephoro filii cui pater pecuniam sumendi potestatem fecerat, credita sit pecunia, isque eam luxu prodegerit, æquior est sententia dolum Ephori in re mandata magis patri proponenti, quam creditori bona fide cum illo contrahenti nocere debere. . . . Dissentit Anton. Matæus etc.” Concorda substancialmente em todas estas conclusões Bagn. Cap. 39. a n. 41. com Hermosilh., Iranz. de Protest., e outros.

Na duvida o dinheiro emprestado ao Estudante se presume consumido nos Estudos, e não

prodigalisado, V. Menoch. de Præsumpt. Liv. 3. Præs. 68. : Quid se o filho frequentava o estudo contra vontade do pai ; se tem lugar esta Lei? V. Bagn. a n. 50.

N. 39. A segunda parte do dito §. 4. illustra se tambem com a doutrina de Muler ad Struv. sub thes. 57. pag. 1337 col. 2. ibi = " Si filius familias miles
 " sit quando mutuuum suscipit ; tunc non solum præ-
 " sumptio juris est et dejure (aliter et in contrarium
 " Hermostih. Liv. 4. gloss. 11. n. 1. Tit. 1. Part. 5.)
 " ad sumptus in bello id suscipere ; sed etiam in belli
 " favore sancitum est , ut solvatur , quo facilius
 " milites mutuuum belli tempore inveniant.... Nota
 " 1.º Ita Jure Romano constitutum est , quo milites
 " belli tempore facilius mutuuum invenirent , et ita
 " æquissime introduci potuit propter severam illam
 " disciplinam militarem. qua nulli in Castris Liber Lu-
 " xus , et Convictus urbanus erat permissus , nec , ex
 " veteri disciplina , Castris , nisi comea u impetrato
 " abesse licuit. Cum vero hodie in nostra milita dis-
 " ciplina hæc plane exoleverit ; merito dubites , an
 " ex usu publico sit , ut hodiernis nostris militibus
 " idem indifferenter obtineat , et Senat. Cto hæc ipsa
 " credita non tangantur. Ut tamen sit , in praxi ad
 " huc Constitutionem L. ult. Cod. hoc tit. observari ,
 " testantur præjudicia apud Richter.... etc. " Conf.
 Lim. ad Ord. hoc §. a n. 7.

Nota : O mais que faltar para illustração da Ord. Liv. 4. Tit. 50. §. 2. 3. e 4. pôde ver-se em Lima ibidem , Stryk. , Voet. , Coccey , Boehmer. , e os mais que escrevêrão ao Tit. ff. Ad S. Cum Macedonianum , e os mais que remissivamente cum'ou o Repertor. debaixo da palavra = *Emprestimo quem o fizer ao filho familias , etc.*

Quanto á 4.ª Proposição.

N. 40. Do exposto na 3.ª se vem no conhecimento dos casos em que competem ou não essas acções = *De In rem verso* = *Quod jussu* = *Institoria* = e *de Peculio* = contra o pai. Quando o pai he obrigado pelo delicto do filho *peculio tenus quatenus ex maleficio peculium est auctum* fica demonstrado no n. 4. : Quando pela acção *Institoria* ; fica demonstrado no n. 34. : Quando pela acção *De In rem verso* n. 36. : Quando pela acção *Quod jussu* n. 35. : O mais pôde supprir-se com a lição dos DD. ás Pandectas Liv. 15. Tit. 1. 2. 3. e 4.

TIT. IV. §. 15. RUBR.

Matris potestas.

Sobre a 1.ª conclusão deste §. direi nas Notas ao Liv. 4. Tit. 9. §. 18 : Sobre a 2.ª ao Liv. 3. Tit. 5. §. 38. : Sobre a 3.ª direi neste Liv. 2. ao Tit. 6. §. 15. : Sobre a 4.ª direi ao Liv. 3. Tit. 5. §. 55. : Sobre a 5.ª direi neste Liv. 2. ao Tit. 11. §. 11. , e tambem á 6.ª direi ao Tit. 6. deste mesmo Livro.

LIV. II. TIT. V. RUBR. GERAL.

Quibus modis jus patrie potestatis adquiritur, et quibus solvetur.

Exposição methodica dos §§.

2. 3. 4. 5. 6. 7. 8.

I. PARTE.

Quanto aos Esponsaes e sua Execução.

N. 1. **S**ÃO os Esponsaes os preliminares do matrimonio futuro; e por isso o Direito Civil na L. 1. ff. de Sponsal. os define = *Sponsalia sunt mentio, et repromissio futurarum nuptiarum* = e o Direito Canon. no Can 3 Caus. 5. Q. 30. = *Sponsalia sunt futurarum nuptiarum promissio* = E os Canonistas = *Sponsalia sunt futuri matrimonii mutua deliberata promissio signo sensibili expressa inter personas de jure habiles*, Luc. Ferrar. vbo *Sponsalia* n. 3. Contrahem-se por palavras denotantes de tempo futuro, como = *Ego te ducam vel accipiam in meam uxorem, et Ego te in meum maritum* = ou semelhantes, apud Boehmer. ad Pand. Exerc. 69. in pr. §. 7., Luc. Ferrar. snpra n. 36. aonde refere diversas formulas de palavras.

Nota: Entre os Esponsaes, e o Matrimonio ha no Direito Civil as 31 differenças, que recapitulou Boehmer. ad Pand. Exerc. 69. = *De diverso sponsaliorum, et matrimonii jure* = Cap. 1.: E no Direito Canonico as 26 differenças, que expoz o mesmo Boehmer. Cap. 2., para regular os diversos effeitos, que resultão dos Esponsaes e dos Matrimonios: Confira-se o Adicionador de Muscerul. de Sponsal. Nota 6.

N. 2. Tractarei pois 1.º das pessoas que podem contrahir Esponsaes: 2.º com quaes solemnidades neste Reino: 3.º da sua execução, fórma, e effeitos da acção para pedir o seu adimplemento: 4.º das defezas adequadas para evitar a obrigação: 5.º das penas estipuladas, e comminadas ao Refractorio, ou (quando não estipuladas) como devão arbitrar-se os interesses ao Esposo innocente: Tudo era assumpto para hum largo Tractado; mas compendiarei quanto possível me for o mais pratico, e o mais util; e fazendo remissões ao já escripto em outras minhas Obras.

§. 1. Pessoas.

N. 3. São nullos os Esponsaes contrahidos por menores de sete annos, Cap. un. de *Despons. Impub.* in 6., Cap. ubi caus. 30. Q. 2.: Mas os maiores de sete annos, sem differença de machos ou fêmeas, podem contrahir Esponsaes, Cap. 4. 5. e 13. de *Despons. Impub.* in 6., Cap. un. caus. 30. Q. 2. L. 14. ff. de Sponsal.; com tanto que os não revoguem logo que passão da pupillar idade, e entrão na puberdade; bem que logo os devem reclamar, Cap. 7. e 8. de *Desponsat. Impub.*, Luc. Ferrar. vbo *Sponsalia* a n. 16. Limitando-se-lhes o tempo da reclamação a

tres dias depois que finda a idade pupillar, Ferrar. supra n. 19, Bersan. de Pupill. Cap. 2. Q. 19. n. 9.

N. 4. Os pais podem contrahir Esponsaes por seus filhos *puberés*, ou *impuberés*; e os filhos ficam obrigados, ou se expressamente consentem, ou se tacitamente, estando presentes, e não os contradizendo: Também podem os pais contrahir Esponsaes por filhos absentes, com tanto que depois os filhos, vindo a ser scientes, os ratifiquem expressa ou tacitamente, d' outro modo são nullos, e não obrigação os filhos, Cap. Si infantes unic. §. Porro de Desponsat. Impuber. in 6.º

Nota. Duvido muito da pratica desta Jurisprudencia Canonica pelo que respeita aos Esponsaes contrahidos pelos pais em nome dos filhos presentes ou absentes, attenta a fórma prescripta na L. de 6 de Outubro de 1784. §. primeiro, aonde requer que a Escriptura seja assignada pelos *Contrahentes*, e pelos pais; e que não produzão effeito algum quaesquer promessas esponsalicias, que não forem contrahidas por esta fórma. No Cap. 23. de Sponsal. se permite, que o mudo possa contrahir Esponsaes obligatorios, *cum quod verbis non potest, signis valeat declarare*; Conf. Cap. *Tuæ* 25. eod. tit. Porem hum mudo não pôde com palavras satisfazer á precisa fórma dellas que requer o §. Terceiro da dita Lei.

§. 2. Solemnidades.

N. 5. Primeira. *Esriptura pública lavrada por Tabellião*. Este he o primeiro requisito da dita Lei

de 6 de Outubro de 1784. Suppõem huma Escriptura pública, que seja valida em si mesma, Bagn. Cap. 3. n. 8. aonde diz que "*Ordinatio mentionem faciens de Scriptura publica, intelligi debet de Scriptura valida et quoties in Lege fit mentio de Scriptura intelligitur de valida, et probanti.*" E para ser valida qualquer Escriptura publica, he necessario seja formalizada com todas as solemnidades, que requer a nossa Legislação, largamente expostas por Bagn. Cap. 3.; e por Moraes de Execut. Liv. 4. Cap. 1. Só esta solemnidade se limita no §. 2. da mesma Lei, quando não ha Tabellião mais que em distancia de duas leguas do lugar da habitação dos Contractantes; caso em que permite os Esponsaes por escripto com quatro testemunhas na preseuça dos pais, Tutores, e Curadores, com tanto que seja accionado o escripto dentro de hum anno, ou reduzido a Escriptura publica, etc.

N. 6. Segunda. "Far-se-ha (diz a mesma Lei) §. 3.) na Escriptura menção expressa dos pais dos
 » Contractantes, do lugar, onde nascêrão, e forão
 » baptisados, da idade, que tem, da Freguezia onde
 » de morão, e que por sua espontanea e livre vontade,
 » de, sem a menor coacção, fizerão, e acceptarão
 » suas mutuas e reciprocas promessas. Se forem parentes,
 » rentes, se dirá o genero, e qualidade de parentes.
 » co, que ha entre elles, e o gráo em que se achão,
 » declarando-se, que se obrigação *debaixo da Condição de lhes ser concedida Dispensa Legittima.*"

N. 7. Todas estas circunstancias requer a Lei *pro forma*, e o simultaneo concurso de todas "*Forma*" autem data a Lege est servanda . . . quia forma data "*a Lege est certa et substantialis*" . . . Et est de genere
 Part. II. Y

» indivisibilium.... Quando Legis forma non serva-
 » tur, est nullum quidquid aliter fiat... Licet in mi-
 » nimo non servetur.... Sive Lex habeat decretum
 » irritans, sive non, et non procedat ulterius annul-
 » lando... etiam in favorabilibus.... Et non excusat
 » a tali nullitate ætas rusticitas, sexus, neque similis
 » causa... Nec æquipollens, etc. ” Peg. tom. 11. ad
 Ord. Cap. 2. tot., conf. Portug. de Donat. Liv. 3.
 Cap. 16. a n. 58, Signanter Voet. ad Pandect. Liv.
 23. Tit. 1. n. 11. ex L. 5. Cod. de Legib.

N. 8. Não contem nesta parte a Lei huma só pa-
 lavra, que não seja mysteriosa: Requer 1.º as *expres-*
sões dos pais dos Contrahentes, etc.; ou para evitar
 alguma supposição de diversa pessoa; ou para mais
 facilmente se poder depois descobrir qual foi o que
 se ingertio com nome supposto a figurar em lugar de
 outra pessoa: Não se satisfêz aqui a Legisladora, co-
 mo na Ord. Liv. 1. Tit. 78. §. 6., que o Tabellião
 dê fe conhecer os Contrahentes; requer de mais a mais
 aquellas declarações, e quanto a mim, o fim não pô-
 de entender-se, que fosse outro senão occorrer com
 tal providencia a alguma falsidade; como em seme-
 lhantes casos se tem praticado, suppondo-se e fingin-
 do-se huma pessoa a contratar em nome d'outra, tes-
 tib. Rainald. Crimin. Liv. 2. Cap. 18. §. 35. a n. 15,
 Fabr. in Cod. Liv. 9. Tit. 16. Defin. un., Guazin.
 Defens. 28. Cap. 18. n. 6, Gomez in L. 83. Taur.
 n. 11, Rub. de Testament. Cap. 44. a n. 44.

N. 9. Requer 2.º a expressão que por sua espon-
 tanea e livre vontade *sem a menor coacção* fizerão e
 accetarão suas mutuas e reciprocas promessas, etc.
 E isto para com as palavras *sem a menor coacção* fa-
 zer ver que são nullos os Esponsaes coactos, como

na realidade o são; e para suffocar a opinião dos
 Theologos, e Canonistas, que para serem nullos os
 Esponsaes se não satisfazião com que haja qualquer
 medo ou coacção leve, e fazião preciso hum medo grave,
 tal qual he necessario para annullar o matrimo-
 nio: Veja-se com os mais Ferraris vbo *Sponsalia* a n.
 30, vbo *Metus* a n. 20, et vbo *Impedimenta ma-*
trimonii art. 1. n. 105, Boehmer. ad Pand. Exerc.
 93. Cap. 3. §. 8., Rieger. P. 4. §. 11.

Nota: Pot mais que se exprimão essas pa-
 lavras *por sua espontanea vontade*, etc. não pri-
 vão os Esposos de poderem depois provar a
 coacção ou medo antecedente, cuja causa durava
 ao tempo da Escriptura, em que condescendêrão
 nessa clausula: Altimar. tom. 3. Q. 14. n. 198,
 Noguerol. all. 29. n. 65, Menoch. Liv. 3. Præs.
 126. n. 30, Actolin. Controv. 1. n. 100 *De Ex-*
ceptione metus injusti, V. Boehmer. ad Pand.
 Exerc. 93: E como se prova Altimar supra Be-
 gnud. vbo *Metus* a n. 32. *ubi signanter*.

N. 10. Requer 3.º que sejam *mutuas e recipro-*
cas as promessas: Na promessa e repromessa con-
 siste a essencia dos Esponsaes (n. 1.): E á vista desta
 Lei cessa o muro que discorrêrão os Canonistas so-
 bre palavras, signaes, ou factos pelos quaes se podião
 induzir Esponsaes; ut videre est apud Luc. Ferrar.
 vbo *Sponsalia* a n. 40. ad n. 46. com os mais DD.
 que cita Eybel. tom. 4. Liv. 2. Cap. 13. §. 344.
 Nota (c), Rieger. P. 4. §. 9.

N. 11. Requer 4.º que se forem parentes se dirá
 o genero, e qualidade do parentesco que ha entre el-
 les, e o grão em que se achão, declarando-se, que se

obrigação *debaixo da condição de lhes ser concedida a Dispensa Legitima, etc.* E isto para reprovar a opinião do nosso Themud. Decis. 66. et Decis. 77. seguida em alguns Bispos; que sustentava validos os Esponsaes entre Impedidos com Impedimentos Canonicos, sem a condição expressa *Si Papa Dispenset*: E para adoptar, e mandar seguir a contraria opinião, que não só invalida taes Esponsaes sem essa expressa condição, mas obrida a Dispensa, ainda são revogáveis por algum dos Esposos, em quanto não ratificação expressa ou tacitamente os antecedentes Esponsaes, Rot. post Muscetul. de Sponsal. pag. 177. et 178, Piton. Discept. Eccles. 52. a n. 32, Card. de Luc. de Matrim. Disc. 7. n. 4, Berard. tom. 3. Jur. Eccles. Dissert. 2. Q. 3. pag. 54 (Edição de Veneza), Ricc. in Prax. Eccles. Decis. 248, optime Begnudell. vbo *Matrimonium* n. 48. et 84, Adde Luc. Ferrar. vbo *Sponsalia* n. 62. no fim, aonde refere duas declarações da Congregação dos Interpretes do Concilio Tridentino.

Nota: Supposto a nossa Lei determina, que os Esponsaes entre os Parentes se celebrem com a condição *Si Papa Dispenset*; nem por isso os faz irretractaveis, como nullos na sua raiz, ou em quanto se não obtem a Dispensa; ou, depois de obrida ella, em quanto se não notificação de algum modo expressa ou tacitamente; segundo a dita opinião (que a Lei teve em vista); pois que as razões dessa opinião assim o convenem demonstrativamente: Se bem que Rieger. P. 4. §. 15. parece sustenta irrevogáveis os Esponsaes celebrados entre Consanguineos com aquella condição expressa, e o segue Eybel. tom. 4. §. 346. no fim da Nota: E seguida esta opinião

são irretractaveis os Esponsaes contrahidos entre Consanguineos debaixo de tal condição: Mas a primeira opinião he a mais solida e seguida, e decidida pela Congregação dos Interpretes do Concilio.

N. 12. Terceira. Sendo menores os que contrahem os Esponsaes, não os poderão contrahir, sem consentimento dos Pais, Tutores, ou Curadores, e *prestando estes seu consentimento, delle se fará expressa menção na Escriptura.* Parece que a Lei requer o consentimento *in ipsissimo actu*; e que não basta antecedente, ou subsequente, porque quando o consentimento d'algum se requer para auctorisar o acto, deve intervir no mesmo acto, Moraes de Executo. Liv. 5. Cap. 5. sub n. 16. §. *Limitatur tamen, et §. Item Tutoris.*

N. 13. Porem nada ha que obste a que os Esponsaes se possam contrahir por Procurador; com tanto que 1.º seja instruido com especialissimo mandato: 2.º não revogado (ainda que em ausencia, e sem se intimar a revogação ao Procurador) antes de contrahidos os Esponsaes: 3.º não substabelecido em outro Procurador, Rieger. P. 4. §. 8., Eybel. tom. 4. §. 345., Cod. Freder. P. 1. Liv. 2. Tit. 2. §. 16., Gravyn. Inst. Canon. Liv. 2. Tit. 10; E se os Esponsaes se podem contrahir por Procurador; não menos podem os Pais, Tutores, e Curadores prestar por Procurador seus consentimentos, copiando-se nas Escripturas as Procurações, e prestando-se nellas os consentimentos pelos Procuradores em nome dos Constituintes. Com isto se satisfaz a Lei, que não requer a fisica presença dos Pais e Tutores, e que pela propria boca prestem o consentimento no acto da Escri-

ptura dos Esponsaes; mas só quer que desse consentimento *se faça expressa menção na Escriptura*; e basta que se faça por mandato, e pelo Procurador, que na verdade (aonde não ha prohibição de celebrae algum acto por Procurador) he Vigario representante do Constituinte, he hum órgão da sua voz, etc., ut *optime Golín. de Procurat. P. 1. Cap. 1.*

Nota: Adverte o Cod. Freder. supra §. 24. que se hum filho apresentar huma Procuração falsa, as suas promessas serão nullas; mas elle ficará responsavel á Parte innocente pela injúria, e indemnisação: O mesmo procede se o filho se asseverou maior de 25 annos; pois sendo demandado pela execução dos Esponsaes não póde allegar a propria torpeza e delicto: O Pai sim para impedir as nupcias, fazendo annullar os taes Esponsaes; mas o filho em todo o tempo fica responsavel á Esposa illudida, tanto pela pena convencionalada, como pelo interesse, Zecch. de Sponsalib. Academicor. (post Tractat. Muscetul. de Sponsalib.) n. 27. et 54.

N. 14. Este consentimento que a Lei requer (n. 12.) he indispensavel intervenha nos Esponsaes dos filhos menores ainda que 1.º já estejam constituídos em alguma dignidade politica, ou militar; ou ainda que vivão com economia separada, Voet. ad Pand. Liv. 23. Tit. 2. sub n. 11. in fin., Cod. Freder. P. 1. Liv. 2. Tit. 2. sub n. 18: Ainda que 2.º os pais tenham passado a segundas nupcias, porque nem por isso perdêrão o direito reverencial, Voet. ad Pand. Liv. 23. Tit. 2. n. 14, Theolog. Lugdunens. tom. 5. de Matrimon. Diss. 1. Art. 2. Prop. 6.: Ainda que 3.º o pai tracte os filhos com rigor e severidade, Voet. su-

pra: Ainda que 4.º o pai seja furioso; porque então deve o filho implorar o consentimento do Curador delle, e do Magistrado Muler ad Struv. Exerc. 29. thes. 24: Ainda que 5.º o pai seja prodigo, em quanto não está julgado tal, Mul. supra; e não depois de o estar, Voet. supra, mas em tal caso deve supplicar o consentimento da mãe, ou dos avós, Cod. Freder. P. 1. Liv. 2. Tit. 2. §. 26. no fim: Ainda que 6.º seja morto o pai; porque então deve intervir o consentimento da mãe, mas não o do padrasto, ou madrasta, a menos que não sejam seus Tutores, Voet. n. 13. et 15. O mais he 7.º, que debaixo da palavra *Pais*, a este respeito, mortos os pais, se comprehendem os avós, Voet. n. 15, Cod. Freder. supra §. 18. Em fim 8.º o consentimento de todos os referidos se requer intervenha, ainda que elles estejam constituídos em summa indigencia, Cod. Freder. supra §. 18. 9.º ainda que os filhos sejam *Naturaes*, Assent. de 9 de Abril de 1772. *Y. Tudo o que fica* (aonde se amplia ainda que sejam maiores de 25 annos.)

N. 15. Subsidiariamente em falta de pais, mãis, e avós, requer a nossa Lei o consentimento dos Tutores, ou Curadores: Assim tambem nas mais Nações Cod. Freder. supra §. 27., Mul. ad Struv. Exerc. 29. thes. 23, Voet. n. 16: Mas supprindo neste caso o menos expresso nesta Lei, com a Ord. Liv. 1. Tit. 88. a §. 19., deve tambem intervir auctoridade do Juiz dos Orfãos; maiormente advertindo-se, que não he menos importante este negocio de hum orfão, que o da alienação de hum seu predio de raiz; e não deve o Juiz ser facil em prestar auctoridade unida á dos Tutores para taes Esponsaes, sem huma exacta averiguação da decencia, e conveniencia do futuro matrimonio; porque he para o orfão huma grave e perpe-

(176)

tua carga, Can. 7. caus. 32. Q. 7; causa muito ardua, Cap. fin. de Procurat. in 6.º etc.

Nota : Aqui he aonde os Juizes devem ser Argos ; porque he aonde os Tutores podem fazer negociações as mais sordidas. Póde ser que elles obstem com pretextos frivolos ás nupcias, offerecidas ao orfão por mais convenientes que sejam, com as vistas, ou nas suas heranças, ou em os cazarem com proprios filhos. Póde ser que os Tutores prestem consentimentos por donativos ou dinheiros, que recebem, como adverte aos Magistrados Voet. n. 21, abusando da Ord. Liv. 1. Tit. 88. §. 20. e 21., e recebendo com torpeza esses dinheiros, Perez in Cod. Liv. 5. Tit. 1. in fin.

N. 16. Resta ainda esta duvida : Se deve concorrer o simultaneo consentimento d'ambos os pais ? A Theologia Lugdunens. tom. 5. de matrim. Diss. 1. art. 6. Prop. 6. requer o concurso d'ambos, e parece que tambem o requer a nossa Lei : Concorda o Adicionado de Muscetul. de Sponsal. Nota 21. Se porem discordão, e o dissenso he da parte da mulher, prevalece o voto do marido, Voet. supra n. 13, Furgol. *Traité des Testamens* Cap. 8. Sect. 2. n. 67, Stryk. us. mod. Liv. 23. Tit. 1. §. 15. no fim, Cod. Civ. dos Francezes art. 148, a menos que o voto do marido não seja irracional, Muscetul. de Sponsal. Nota 21 e pag. 44 n. 126. O que o Juiz do territorio deve decidir nos termos da Ord. Liv. 3. Tit. 47. §. 5. et Liv. 4. Tit. 48. §. 2. bem applicavel, e praticavel em tal caso.

N. 17. Não he porem necessario que na Escri-

ptura dos Esponsaes intervenha o consentimento dos pais : 1.º quando os filhos legitimos são já maiores de 25 annos, como determina o §. 6. da nossa Lei, *com tanto que primeiro cumprão os religiosos officios, que ella determina* : O que assim não procede nos filhos *naturaes* ; pois quanto a estes, e aos que delles procedem, em qualquer idade, que tenham, devem pedir o consentimento dos pais, e ainda dos irmãos, como determinou o Assento de 9 de Abril de 1772 : E ainda que a nossa Lei de 6 de Outubro de 1784. foi posterior ao dito Assento ; com tudo este considerou a respeito dos *naturaes* huma mais especial, e diversa razão, que em toda a idade os constitue naquella obrigação : E por tanto parece-me que conciliada assim esta Lei, e o Assento confirmado por outra de 176 ; vem o caso especial do Assento, ainda que anterior, a ficar como limitação da Lei geral de 1784 ; Moraes de Execut. Liv. 4. Cap. 1. n. 3, Boehm. ad jus ff. Liv. 1. Tit. 1. §. 6. n. 4.

N. 18. Não he necessario 2.º o consentimento dos pais, quando estes são absentes em parte incerta ; mas se o menor tem mãe, ou avós, deve intervir o consentimento destes, assim como se o pai não existisse, Cod. Freder. P. 1. Liv. 2. Tit. 2. §. 26. Não he necessario 3.º quando os filhos, ainda que menores, já forão casados ; porque não reñcidem no Patrio poder, Voet. ad Pand. Liv. 23. Tit. 2. n. 27. Se porem a filha casada, e que fica viuva na menor idade reñcide no Patrio poder, saltem para este fim, faz duvida a Ord. Liv. 5. Tit. 23. §. 3. estando ella em poder do pai, ou do avô da parte do pai. Tu cogita, et vide Peg. tom. 7. ad Ord. Liv. 1. Tit. 87. §. 6. n. 190, et Stryk. us. mod. Liv. 23. Tit. 1. §. 15.

Part. II.

Z

Esta Obra estava ha muitos annos perdida, composta desde o de 1805 : Só me veio á mão ha poucos dias : Depois della, escrevendo o meu Tractado das *Acções Summarias*, ahí tractei 1.º da Acção Summária de Assignação de dez dias para demandar o implemento dos Esponsaes : 2.º como nessa acção se devão arbitrar os interesses convençionados, ou não convençionados, em favor do Esposo innocente, contra o Esposo refractario, etc. : 3.º em huma especial Dissertação, que será a 14.ª entre as que formão o Supplemento áquelle Tractado, discorri sobre o consentimento dos pais necessario para as nupcias dos filhos mineyres; sobre o recurso ao Magistrado no caso do injusto dissenso dos Pais, etc, etc. : E por não multiplicar o mesmo em diversas obras (como Barbosa, Luca, Boehm., Hein., e outros) omitti na presente o mesmo, que pouco mais ou menos havia escripto nestas Notas, e lá havia escripto no dito Tractado, e Dissertação, que presentemente sairão do Prêlo : A elles me remetto para supprir o que aqui recortei pela dita razão.

LIV. II. TIT. V. §. 6. RUBR.

Regis Consensus in nuptiis quando necessarius?

Convenho que a pena cominada na Ord. Liv. 1. Tit. 95. aos Magistrados que sem Regia Licença casão com pessoas sujeitas á sua jurisdicção. se não incorre pelos Esponsaes, mas só pelas effectivas Nupcias de presente, como se nota na dita Ord. ibi = *por palavras de presente, etc.* Portug. de Donat. Liv. 3. Cap 31. n. 97, Boehm. ad Pand. Exercit. 69. Cap. 1. § 8. Porem em quanto Mello na Nota a este §. diz, que esta Ord., que teve por unica fonte as Leis Romanas, não deve ter uso, assim como o não tem a sua fonte; he digno de censura, e não menos em quanto diz “ *Judices temporales jure posse mulieres provinciales ducere, modo vis absit, et concussio, et ita hodie præfata Ordinatio intelligenda videtur.* ”

Pois que, e por huma parte as razões, porque as Leis Romanas a este respeito tem cessado nas Nações, razões que podem ver-se em Groenevegenio ao Titulo Cod. Liv. 5. Tit. 7., e em Boehm. supra sub §. 8., não tem cessado no nosso Reino, nem nelle cessão: E por tanto menos bem se argumenta com o não uso destas Leis Romanas em algumas Nações, aonde o uso dellas cessou por diversas razões. Por outra parte o nosso Portug. de Donat. supra n. 95. supprê neste Reino o uso da dita Ord., e eu o tenho

visto praticado. Em Castella, Reino o mais visinho, aonde ha Leis semelhantes á nossa, vemos em Matheus de Re criminal. controv. 69. punidos muitos Magistrados, que com transgressão das mesmas Leis, casarão com mulheres sujeitas á sua Jurisdição, sem Regia Lcença: Tambem estas penas estão em uso em Napoles, Sicilia, e Milão, Arias de Mez. Liv. 3. var. Cap. 36 n 26.

Por outra parte não basta que cesse a razão de huma Lei em algum caso particular para cessar a sua disposição, quando não cessa universalmente; e assim não basta que o Magistrado para evadir a pena, prove que não interveio violencia, nem concussão. Maiormente quando a prohibição das Leis Romanas, e da nossa não he só a presumpção do terror e concussão; mas as razões são outras mais que referem o citado Portug. n. 95. et 96., Groeneveg. supra n. 2, Boehm. supra sub §. 8., Matheu supra a n. 8: E por tanto, ainda que cesse a razão fundada no presumido terror, subsistem as mais, que não são de menor pezo. Seria preciso que tambem cessasse a Ord. Liv. 4. Tit. 15. e Liv. 2. Tit. 26. huma vez que o Magistrado mostrasse que sem intervir terror ou concussão, comprou bens de raiz ao sujeito á sua Jurisdição: E quem tal ditta sem absurdo, vendo o Comentario de Silva á mesma Ord., e o mesmo Mello Liv. 4. Tit. 3. sub §. 14.; e Liv. 1. Tit. 8. §. 23.?

Nota: Nos Romanos não havia Magistrados das proprias patrias; bem como em outras Nações levantadas nas ruinas daquelle Imperio pelas razões politicas, que admiravelmente se podem ver em Bobadilh. Liv. 1. Cap. 12. a n. 23. Por estas razões mesmas he que, extinctos na maior parte das Terras os Juizes Ordinarios, se deter-

minarão por ElRei o Senhor D. Manoel os Juizes de Fóra, porque não sendo nacionaes administrão Justiça com desembaraço de parentes, amigos etc., são mais temidos e respeitados etc. Peg. tom. 5. ad Ord. pag. 5. n. 26. 27. e 28: Ora sendo esta a razão porque a Ord. Liv. 1. Tit. 95. prohibe cazarem os Magistrados Forenses com mulheres subditas á sua Jurisdição para não ficarem, como nacionaes da mesma terra, alliançados com muitos parentes; não cessa esta razão, ainda que cesse a da presumida concussão: E por tanto não devem cazar livremente affiançados na doutrina de Mello, porque se expõem á pena da Lei, havendo quem a accuse; e muito mais quando nenhum que eu saiba, tem cazado no Lugar da sua Jurisdição sem impetrar Licença Regia, das quaes Licenças se acharão mil exemplos nos Livros dos Registos. Em fim: Se a mesma Ord. manda que tudo o que os raes Magistrados fizerem nos seus Cargos depois do cazamento celebrado seja nenhum, e de nenhum effeito; como pôde cessar esta nullidade, ainda que cesse a presumpção da concussão? Aqui notamos que esta não foi a unica razão da Lei, mas que o forão juntamente as outras mais das Leis Romanas.

TIT. V. §. 9. RUBR.

Ritus Nuptiarum.

Quem for tão curioso, e não quizer ignorar os ritos que praticavão os Romanos nas nupcias; as festividades, as solemnidades, etc. consulte Brisson. de Rit. nuptiar., et Select. antiq. Liv. 1. Cap. 18., Sigon. de Antiq. jur. Civ. Roman. Liv. 1. Cap. 9., Rovard. ad Leg. duodec. Tabul. Cap. 21. et Liv. 4. var. Cap. 16., e Berard. Jus Eccles. tom. 3. Dissert. 5. de *Forma et solemnitatibus conjugii contrahendi*. Os ritos entre nós são bem sabidos e prescriptos nas Constituições e Synodas dos Bispados: E quanto as dispensas dos Proclamas: Que os Bispos não devem facilmente dispensallos, declamão os DD, com os quaes Muscetul. de Sponsal. Dub. 3. a n. 81. et 113. Veja-se Van-Esp. de Jur. Eccles. P. 2. Sect. 1. Tit. 12. Cap. 13. a n. 16, aonde tambem declama contra o pernicioso abuso dos Bispos em dispensar os Proclamas aos ricos, sem causas urgentes e justificadas, etc. Conf. Rieg. P. 4. §. 57. et 58.

TIT. V. §. 10. RUBR.

N'atrimonium Clandestinum.

Devemos considerar este matrimonio com diversos pontos de vista; ou quando clandestino nullo, ou quando valido. E ou quanto á pena cominada nas Leis, que aqui refere Mello, ou quanto ao favor Civil da prole antes, ou depois nascida para recahir ou não

debaixo do poder patrio; (o que he mais pertencente a materia que se tracta debaixo da rubrica deste Titulo.)

N 1. Eu deixo a Historia dos matrimonios clandestinos antes do Concilio, e de referir os Canones a este respeito. Depois do Tridentino, ha matrimonios clandestinos *validos*, e matrimonios clandestinos que se julgão *nullos*: São validos quando ainda que se omitão os banhos, denunciações, ou proclamas, se contraem perante o Parocho de hum dos contrahentes, e duas testemunhas, ou na Igreja, ou fóra della; ou o Parocho e testemunhas estejão voluntarios ou involuntarios; com tanto que 1.º seja simultanea a presença do Parocho e testemunhas: 2.º que todos ouçam, e entendão as palavras dos contrahentes: 3.º estas sejião formaes, e aptas para se contrahir hum matrimonio de presente: Pelo contrario são nullos os clandestinos, quando (ainda precedendo os tres proclamas); ou se contraem perante Parocho que não seja hum dos proprios d'algum dos contrahentes, ou quando perante Parocho proprio. Se elle e as testemunhas não concorrêrão no acto simultaneamente, ou se concorrendo, não ouviu o Parocho as palavras dos contrahentes, ou se as ouviu elle, não as ouvirão as testemunhas, Bened. XIV. de Synod. Diocesan. Liv. 13. Cap. 23, Rieg. P. 4. a 59, Eybel. tom. 4. Liv. 2. Cap. 13. pag. 100 et 101.

Nota: A falta de proclamas (ainda quando não dispensados), não annulla o matrimonio; porque são só huma solemnidade accidental, e não substancial (ainda que a falta delles he punivel); se concorrem os mais requisitos do Concilio, como celebrar-se perante o proprio Paro-

cho, e testemunhas, Rieg. supra §. 51. 52. 59, Eybel supra pag. 101 Col. 1. *Non autem si Denuntiationes absque dispensatione negligantur, etc.* Barbos. Vol. 2. n. 14. optime Van-Espen. de Jur. Eccles. P. 2. Sect. 1. Tit. 12. Cap. 3. n. 14. et 15., Jul. Capon. Inst. Canob. Liv. 2. Tit. 14. pag. 357. Qual seja para este fim o Parocho proprio, expoz largamente o mesmo Benedicto Insitit. Eccles. 33., Jul. Capon. supra pag. 359, Ferrar. vbo *Matrimonium* art. 1. n. 48, Berard. tom. 3. Diss. 5. pag. 156.

N. 2. Ora : Quanto ás penas criminaes : A Lei de 13 de Novembro de 1651, castiga indistincta e geralmente todo o clandestino, sem distincção do válido, ou nullo; impondo varias penas contra os que o contrahirem, os que nelle concorriem e intervierem, ou forem testemunhas, permitindo a qualquer do povo a accusação, fazendo de devassa o caso, etc. etc. Porem a mesma Lei, só castiga o matrimonio que a Igreja declarar clandestino, e depois de declarado o tal matrimonio por clandestino no Juizo Ecclesiastico. E como no Juizo Ecclesiastico nunca jamais se quiz passar Certidão, de que algum matrimonio se julgou clandestino, e só com a tal Certidão se póde bazear e fundamentar o procedimento criminal; por isso nunca se executão, nem podem executar legalmente sem a tal Certidão as penas criminaes comminadas nestas Leis; nem o Desembargo do Paço manda proceder, sem que se junte essa Certidão.

Nota : Alguns arrancão por entreprezas os Processos dos Cartorios dos Escrivães do Juizo Ecclesiastico, e apresentando-os a hum juiz Secular, se passa delles hum Certidão, e com ella

então aos Juizos Seculares a execução da Lei: Se bem que, assim como os Parochos são obrigados a exhibir aos Juizes Seculares os Livros dos Assentos dos Baptismos, para á face delles se vér se os criminosos accusados são maiores, ou menores de 25 annos, e se lhes impôr maior ou menor pena, Calder. addit. ad Decis. 16. tom. 1. n. 48, Carol. Anton. de Roza in prax. Crimin. Cap. 10. n. 41. Da mesma fórma o Juizo Ecclesiastico não poderá negar, se se lhe requer, huma tal Certidão da Sentença que julgou o clandestino; e quando a negue se poderá interpor hum recurso á Coroa; porque o escrupulo da consequente irregularidade ou falta de *lentidade*, está removido por hum Decreto da Sagrada Congregação, que transcreveo o citado Caldera.

N. 3. E quanto aos effeitos civis : Pelo que respeita á questão *Se os que cazão clandestinamente communicão seus bens?* Tractarei della ao Tit. 8.º deste Livro : Se pelo tal matrimonio se legitimão os filhos antes nascidos, ou são legitimos os que nascem na constancia desse matrimonio? (Questão propria deste lugar para consequentemente se decidir, se taes filhos estão debaixo do patrio poder.) He questão assás difficil, vista a variedade de opiniões, como vou a expor.

N. 4. Faz grande duvida a Ord. Liv. 2. Tit. 35. §. 12., em quanro só legitíma "per subsequens matrimonium a prole" sendo o casamento feito em face de Igreja, ou fóra della por licença do Prelado. Coincide a Ord. Liv. 4. Tit. 46. §. 1 ibi = á porta da Igreja, ou por licença do Prelado fóra della = Part. II. Aa

e Liv. 5. Tit. 25. §. 8. *ibi = se provar, que forão d' porta da Igreja perante o Cura =* e Tit. 38. §. 4. Porém advertindo-se que a Ord. Liv. 2. Tit. 35. foi compilada da Manoelina, Tit. 17. §. 9. O Liv. 4. Tit. 46. da Manoelina Liv. 2. Tit. 47. §. 1. O Liv. 5. Tit. 25. do Tit. 15., o Tit. 38. do Tit. 16. Advertindo se, que a Manoelina foi publicada antes da publicação do Concilio (o que os Compiladores Filippistas não advertirão nesta Compilação, como bem ponderou Solan. Cog. 48.), não nos tirão a duvida o §. 12. da Ord. Liv. 2. Tit. 35., e ainda ficamos na incerteza, se lá nesse tempo (em que se praticavão as Denúncias, e se observava o Cap. 3. de Clandest. desponsat.) a Lei se satisfez para a Legitimação da prole com hum clandestino valido, sem denúncias, á face do Parocho proprio; e huma vez que perante elle o contrahissem, sem precederem denúncias, que recomendava o dito Cap. 3. de Clandest. desponsat. (e que se praticavão desde o Seculo XIII. Gibert. Corp. Jur. Canon. tom. 3. pag. 216. Reg. 7.)

N. 5. Os DD. que escreverão depois do Concilio se dividem nesta questão em opiniões: Não duvidão, que se não legitima a prole por hum matrimonio clandestino contrahido, *ainda validamente* entre impedidos com Impedimento Canonico: Não duvidão, que se não legitima por hum matrimonio clandestino nullo, ou celebrado perante Parocho alheio, porque como nullo não produz effeito algum. Só duvidão, absolutamente, se a prole se legitima pelo matrimonio clandestino valido, a que não precederão denúncias? Os DD. de huma e outra opinião, e disputando-a largamente, refere Hontalb. de Purativ. Spuriar. P. 2. §. 5., e segue com todas as forças de argumentos, e com muitos DD. a n. 18. "Matrimo-

"nium, licet validum, clandestinum ex defectu de-
"nuniationum, non facere legitimas proles ex eo or-
"tas, nec per subsequens legitimare naturales per-
"prius susceptas a conjugibus illius."

N. 6. Da mesma opinião são Fagnano, Barbosa, e outros muitos que coacervou Jul. Capon. tom. 4. Discept. 266 Cap. 1. Pela contraria refere muitos o mesmo Hontalb. a n. 13: Outros o nosso Guerr. Tr. 2. Liv. 1. Cap. 4 n. 8, aonde parece seguilla; esta mesma com Fajard. de Legitimation. a n. 192. segue Aquil. ad Rox. P. 1. Cap. 4. a n. 19. *Ÿ. Contrarium tamen*: Confira-se o mesmo Guerr. Tr. 2. Liv. 1. Cap. 2. n. 24. et 25. Cresp. de Valdaur. obs. 23. a n. 106, Bottillier de Success. Cap. 1. theorem. 5. a n. 37. et 41, Wiestner Inst. Canon. Liv. 4. Tit. 17. n. 35.

Nota: Confesso, que as razões da primeira opinião largamente estofadas por Hontalba são fortissimas: Confesso, e ninguém pôde negar, plausiveis as respostas com que elle satisfaz as da 2.^a opinião: Porém, quanto a mim, esta he a mais justa, e a mais conforme á nossa Lei; porque assentando-se como principio certo, que as denúncias são hum requisito accidental, cuja falta não annulla o matrimonio conforme os melhores Canonistas (Nota ao N. 1.), e que a sua omissão só he punivel, e faz illicito, mas não nullo o matrimonio, em que alias concorrem os requisitos para ser valido, ainda que clandestino (N. 1.): Segue-se, que sendo valido, ainda que punivel, o matrimonio clandestino, deve produzir todos os effeitos de matrimonio valido quaes os da legitimação da prole antecedente e subse-

quente (fallo no caso de não haver impedimento do matrimonio): Isto he o mais conforme á nossa Lei, que se satisfaz para a Legitimação da prole, que o matrimonio seja contrahido *validamente perante o proprio Parocho*, sem a Lei cogitar de ser punivel pela falta de denunciações, ou nullo por falta dellas; quando antes da Ord. Monoelina já estavão recommendadas no Cap. 3. de Clandestin. Desponsat.

TIT. V. §. II. RUBR.

Puerorum, Senum, et viduarum nuptiæ.

N. 1. QUANTO ao matrimonio dos Impuberes; basta-me lembrar a Bulla de Benedicto XIV., que principia *Magnæ* no tom. 2. Const. 51., da qual Ferraris vbo *Matrimonium* art. 2. a n. 98. succou estas conclusões praticas (que aqui ommitto Mello:)

» Ad validitatem contractus matrimonii rationis
 » usus requiritur de Jure Naturali, et Divino. Potentia actualis ad copulam requiretur de Jure positivo
 » Canonico, super quo Solus Pontifex dispensare potest: Quando autem malitia supplet ætatem, idque
 » Ecclesiastico Judici, etiam Ordinario comprobatur est, Canones permittunt matrimonium contrahi. Dispensatio super ætate cum iis, quæ copulæ
 » nondum idonei sunt, sed tamen rationis usum habent, à Sede Apostolica privative concedi potest.
 » Quando autem malitia supplet ætatem, ex Legum
 » et Canonum dispositione licitum est matrimonium
 » contrahere; super vero hoc, an malitia suppleat

» ætatem, tam a Judice Ordinario, quam ab Apostolica Sede pronuntiari potest, et consequenter factas ad contrahendum concedi. Tamen pro majori
 » actus Solemnitate, et né de validitate contractus
 » matrimonii propter minorem ætatem hæsitari contingat, Apostolicæ Dispensationis Litteræ impetrari
 » solent: Et traditur formula hujusmodi Litterarum
 » in d. Bulla etc.

N. 2. QUANTO aos matrimonios dos velhos, accrescento Stryk. us. mod. Liv. 23. Tit 2. §. 3. ibi =

» Porró nec senum matrimonia prohibita esse,
 » patet ex L. 27. Cod. Rit. nupt., ubi contra Legem
 » Juliam et Papiam masculis, et fæminis sexagenariis,
 » vel quinquagenariis Imperator matrimonium permittit, quamvis non negandum sit plura incommo-
 » da, ex senum conjugis oriri, quæ refert Tiraq. de
 » LL. Connub. gloss. 1. p. 6. a n. 7. Et hoc intuitu
 » quidem dissuaderi solent; interim tamen admittuntur;
 » si desistere nolint contrahentes. Merito tamen
 » essent reprobanda, et Lege publica interdicens
 » matrimonia Juvenum cum vetula, quippe quæ honestatem
 » publicam re vera lædunt, quæ tamen in
 » ineundis nuptiis quoque esset attendenda L. 42. ff.
 » Rit. nupt. Constat enim hujusmodi matrimonia
 » non ex affectione conjugali iniri, sed solius plerumque
 » que lucri causa, unde tamen tristissimi solent sequi
 » eventus. Ut enim non attingam, non raro insidius
 » variis hujusmodi matrimonia esse exposita, satis
 » certe liquet, non solere illa adulteris esse immunita,
 » ad minimum tamen præsentissimum adulterii
 » periculum in Juvene adesse, quod omnino Lege
 » publica precavendum esset.”

N. 3. QUANTO aos matrimonios das viuvas: Razões

políticas dos Romanos, que refere Rieg. P. 4. § 232. erão a causa da prohibição das segundas nupcias: Eroneas doutrinas occasionarão a prohibição dos antigos Canones: A doutrina do Apostolo, de Agostinho de Jeronymo profligou o erro; e as penas canonicas se abolirão, restando só dellas huns poucos vestigios, bem como as Leis Civis laxarão toda a liberdade, Rieg. supra a §. 232 ad 237. * Removem as Leis Patrias da Turella as Mães Binubas, de quo dicam ad Tit. 11. Lib.: São os Pais e Mães Binubos privados da successão dos filhos do primeiro matrimonio, de quo dicam ad Lib. Tit. 8. § 1. et 16. Taes são os restos das antigas penas. As mais se abolirão na Ord. Liv. 4. Tit. 106.

* Sobre este objecto tenho huma Dissertação, que algum dia verá a luz.

TIT. V. §. 12. RUBR.

Polygamia simultanea prohibita.

REpugna á Polygamia o Direito Natural, Hein. Elem. Jur. Natur. Liv. 2. a §. 37. aonde confuta as razões contrarias: Por quaes fosse permittida nos Patriarchas do Povo Israelitico, e no Gentilismo? Vej. Fragos. P. 3. Liv. 10 Disp. 22. §. 4. a n. 84. digno de ser visto; e não menos Stryk. vol. 14. Diss. De *Natura matrimonii* a §. 32. et 35.

Sobre a certeza que deve haver da morte do primeiro conjuge, para sem temor deste crime, se poder passar a segundas nupcias; comprova-se o que diz Mello na Nota deste §; não só com o determinado

nas Constituições dos Bispos, especialmente na do Porto Liv. 1. Tit. 10. Const. 5. §. 3., aonde marginalmente se citão muitos Textos, e DD., mas com a especial doutrina de Rieg. p. 4. §. 238 na Nota ibi = *Certitudo erga de morte conjugis requiritur.*
 „ *Sed certum probationis genus nullibi exprimitur,*
 „ *hinc iudicis arbitrio relinquitur, ut hic ex ad*
 „ *latis testimonii aliisque circumstantiis iudicet,*
 „ *num certitudo sufficiens habeatur. Secundum pra-*
 „ *xin Curiae Romanae transitus nunquam permitti-*
 „ *tur, nisi constet de morte conjugis vel per au-*
 „ *thenticum testimonium, seu fidem, e. g. praefecti*
 „ *noso comiti aut alterius loci, in quo forte decesse-*
 „ *rit, sive rectoris Ecclesiae, in qua sepultus fue-*
 „ *rit, sive etiam per juratum testimonium duorum*
 „ *testium deponentium de visu obitus, aut etiam*
 „ *unius tantum, omni tamen exceptione majoris.* =
 Conf. Van. Esp. de Jur. Eccles. p. 2. Sect. 1. tit. 15. Cap. 3. §. 7. Jul. Capon. Inst. Canon. Liv. 2. Cap. 12. pag. 349.

TIT. V. §. 13. RUBR.

Matrimonio putativo patria potestas acquiritur.

N. 1. „ **P**Utativum matrimonium dicitur,
 „ quod verè et solemniter celebratum est, ex impe-
 „ dimento tamen aliquo non subsistit, quod ambo
 „ Conjuges vel eorum alter probabilius ignorabant. „
 Peg. tom. 7. ad Ord. Liv. 1. Tit. 87. §. 6. n. 101.
 Olea de Cession. jur. tit. 4. q. 8. n. 9. E conforme
 Beybel Tom. 4. Liv. 2. Cap. 13. §. 367. Not. (b).

Matrimonium putativum dicitur quod contractum
 „ 1.º, a personis quidem, quæ conjungi non pos-
 „ sunt: 2.º, alterutrius bona fide (ex tempore Con-
 „ ceptionis æstimanda) seu ex errore facti, imò
 „ etiam juris, præsertim. Si accesserit factum Ju-
 „ dicis: 3.º, solemnè Ecclesiæ ritu et præmissis de-
 „ nuntiationibus. „ Conf. Castilh. Liv. 2. Cap.
 11. n. 8. Hontalb. de Putativ. Spuriæ. p. 2. §. 14.
 n. 4. Koch. de Success. ab intest. Civ. §. 26.

N. 2. He pois necessario 1.º que para o matri-
 monio putativo ter o effeito de legitimar a prole, se-
 ja contrahido *publicamente* em face de Igreja com de-
 nunciações, e mais solemnidades requeridas no Con-
 cilio, porque se pelo contrario for de algum modo
 clandestino, e contrahido entre pessoas aliàs ligadas
 com impedimento Canonico, não produz o effeito de
 legitimar a prole na constancia delle gerada, e nasci-
 da, Hontalb. de Putativ. Spuriæ. p. 2. §. 12. an. 70.
 Barboz. not. 2. an. 13. Peg. Tom. 2. ad Ord. Cap.
 175. n. 5., et n. 6. et 7., aonde com Sanches, e ou-
 tros dá as genuinas razões, Cresp. de Valdaur. obs.
 23. ann. 114. Wiestner Inst. Canon. Liv. 4. Tit. 17.
 ann. 10.

N. 3. He necessario 2.º, que seja contrahido as-
 sim solemnemente, mas com boa fé, e esta causada
 por erro de facto, ou ainda de Direito, Guerreir. Tr.
 2. Liv. 1. Cap. 2. n. 9. E supposto alguns exclusão
 o erro de Direito, com tudo outros firmão que “ *Ignorantia juris erga impedimentum non obstat legi-
 „ timitati prolium.* „ Hontalb. de Putat. Spuriæ. Cap.
 5. Miscell. quærit. 7. n. 32. Cresp. de Valduur. obs.
 23. Sub. n. 114. Heybel. S.º *Quod venit intelligen-
 dum de ignorantia juris non improbabili; nam secus
 erit si erretur ad id in jure quod putetur posse du-
 ci simul duas uxores; vel si putetur à Conjugibus*

posse clandestinè nubi, et sine Parocho, et testibus. . .
quia talis ignorantia est crassa, etc. Hontalb. su-
 pra n. 47. E a não ser huma ignorancia tal, e tão
 crassa, ella, e a de facto se presume nos que assim
 contrahem hum matrimonio *publicamente* com prece-
 dentes denunciações, e mais solemnidades, Castilh. Liv.
 2. Controv. Cap. 11. n. 7. Cresp. de Valdaur. obs.
 23. n. 114. no fim et 115. optimè Nogueroi. alleg.
 23. a n. 115. Barboz. vot. 2. an. 13. et 34. *omniò
 videndus; tetigit, Guerreir. supra n. 11. 12.*

N. 4. Esta boa fé dos Conjuges à *fortiori* se pre-
 sume quando com as previas denunciações concorrem
 outras circunstancias, que a fação conjecturar, Bar-
 boz. et Nogueroi. supra. Ainda mesmo que o Ordi-
 nario dispense os Proclamas, *etiam nulla aut injus-
 ta subsistente causa*, Guerreir. de matr. Cap. 71. n.
 10. Nogueroi. all. 23. n. 112. Barboz. vot. 2. n. 17.

N. 5. Não he necessario que concorra a boa fé
 de ambos, mas basta que intervenha de hum só dos
 Conjuges para produzir o matrimonio putativo, e ef-
 feito de ser legitima a prole, Guerreir. Tr. 2. Liv. 1.
 Cap. 2. n. 10.; tanto para succeder ao Conjuge de
 boa, como ao de má fé, Guerreiro n. 13. Castilh.
 Lv. 2. Cap. 11. n. 2. et 4. Hontalb. de Putativ. Spu-
 riet. P. 2. §. 5. n. 95. Koch. de Success. ab intest.
 Civ. §. 26. Hert. de matrim. putativ. §. 23.

Nota: Duidão os DD. se o Pai que con-
 trahio com má fe adquire o direito do patrio po-
 der, e o da successão do filho nascido nesse ma-
 trimonio? Muitos attribuem ao filho o direito de
 succeder ao tal Pai, que era de má fé; mas não
 o concedem reciprocamente para o Pai succeder
 ao filho: outros pelo contrario fazem igualmente
 reciprocos os direitos ainda mesmo quanto ao
 Part. II. Bb

Pai de má fé. Huma, e outra opinião referem Aquil. ad Rox. P. 1. Cap. 6. n. 80. et 81. Guerreir. supra n. 14. Olea de Cess. jur. Tit. 4. q. 7. n. 12. Porém Aquila com Gutierrez Cevall. e Fajard. segue por mais provavel a segunda opinião.

N. 6. Concorrendo pois os referidos requisitos (a n. 1.^o) he a prole nascida na constancia do tal matrimonio como legitima, e habil para todas as successões de bens Livres, Prazos, e Morgados, ainda quando são chamados filhos de legitimo matrimonio, Guerreir. supra a n. 20. Olea de Cess. jur. Tit. 4. q. 8. a n. 10. Peg. Tom. 7. ad Ord. Liv. 1. Tit. 87. §. 6. n. 102. E isto ainda que os filhos sejam nascidos depois de contestada a lide sobre a nullidade do matrimonio; e ainda mesmo depois da sentença, que o julgue nullo, pendente porém a Appellação interposta da mesma sentença, Olea de Cess. jur. Tit. 4. q. 8. n. 13. Barboz. vot. 2. n. 25. et 26. Fajard. de legitimat. per subseq. n. 175. Guerreir. supra n. 17., 18., 19.

N. 7. O exposto procede quanto aos filhos nascidos na constancia do matrimonio putativo: Se porém o matrimonio *putativè* valido legitima a prole antes nascida? He questão assás controversa. Huns seguem a negativa, como são Covarruv, Peregrin, Sarmiento, Fachin, Paschal, e outros referidos por Aquil. ad Rox. P. 1. Cap. 4. n. 7. Furgol Trait. des Testaments Cap. 6. Sect. 2. n. 184. citando outros. Pelo contrario, seguem a affirmativa muitos referidos pelo mesmo Aquil. n. 10., e entre elles Olea de Cess. jur. Tit. 4. q. 8. n. 14. Fajard. supra n. 165. Noguierol alleg. 23. an. 124, que responde ás objecções da opinião contraria: Stryk de Success. ab intest. Diss. 1. Cap. 2. §. 64.

N. 8. Porém o mesmo Aquila ad Rox. P. 1. Cap. 4. a n. 12. distingue com outros DD. tres casos: 1.^o, quando os filhos nascidos antes do tal matrimonio erão na realidade esurios, e putativamente naturaes, por estar então occulto o impedimento. E quanto a estes assenta que se não legitimão pelo matrimonio subsequente putativo, vindo em algum tempo a descobrir-se o impedimento, e a julgar-se a nullidade: e que só ficão legitimados os nascidos na duração do mesmo matrimonio. Neste sentido he que procede a primeira opinião: 2.^o, quando os filhos antes nascidos erão verdadeiramente naturaes, por não haver ainda nesse tempo impedimento, e so sobrevir depois da geração delles, ignorado por ambos, ou hum dos Conjuges: e então assenta que se legitimão pelo seguinte matrimonio contrahido pública, solemnemente, e com boa fé. E neste sentido he que procede a segunda opinião: 3.^o, quando o matrimonio contrahido com impedimento, ainda que ignorado pelos Conjuges ou algum delles, foi clandestino; e então não se legitimão pelo seguinte matrimonio concordado no terceiro caso, Castill. Liv. 2. Cap. 11. n. 8. (conf. n. 3.)

Nota: Os principaes effeitos do matrimonio *putativè* valido são em favor da prole; porém para outros fins não produz os effeitos do matrimonio verdadeiro, e valido. Veção-se Hontalb. de Putat. Spuriet. P. 4. §. 1. a n. 61. Gecub. ad Consuetud. Messan. Cap. 16. gloss. 2. Arias de Mez. Liv. 3. var. Cap. 21. e 22., e os mais a que se remette Olea de Cess. jur. Tit. 4. q. 8. a n. 15., os quaes referem varias differenças do verdadeiro, e putativo matrimonio para diversos fins, que não são a legitimidade da pro-

le, e de que aqui seria muito extensa a narração.

TIT. 5. §. 14. §. 15. §. 16.

Legitimatío per subsequens matrimonium Jure Civili, Canonico, et Patrio.

N. 1. **A** Historia da legitimação *per subsequens matrimonium* entre os Romanos (deixando outros DD.) se póde ver em Berard. Jus Eccles. Tom. 3. Dissert. 6. q. 2. ad Tit. Qui filii sint legit: e em Rieg. p. 4. a §. 196. Com effeito só se legitimavão per subsequens os nascidos naturaes de concubinas, com as quaes pelo mesmo Direito podia haver matrimonio; e não os nascidos de incesto, adulterio, etc.; nem ainda os de estupro, que o mesmo Direito reputava esurios. Só a estes esurios, e pelos fins que conjectura Berardo se ampliou o favor do Cap. Tanta 6. Qui fil. sint legitim. Ora o mesmo Mell. Liv. 1. Tit. 5. §. 48. e a Not., e Lv. 5. Tit. 10. §. 5. na Nota, demonstra que até o anno de 1769 nunca o concubinato foi prohibido, e punido pela nossa Legislação. E por tanto foi menos advertido Mello, quando no fim da Nota ao §. 14. deste Tit. escreveu = *Sequitur legitimationem, qualem jus Civile agnovit, nullius hodiè usus esse: nam legibus nostris nulla conjunctio extra matrimonium licita est, et permissa. Itaque filii ex eadem nati cum ex prohibitiva et damnata conjunctioe habiti sint; non possunt hoc jure per subsequens matrimonium legitimari.* = Confunde o peccaminoso, e illicito com

o tolerado. Tanto se toleravão (*teste eod. Mello*) os concubinatos neste Reino, como nos Romanos no tempo dos Imperadores Christãos. Isto era *tolerancia* para obviar maiores males, e não era licito, supposto que não punivel. Hoje sim, hum arraigado concubinato he punivel pelo Alv. de 26 de Setembro de 1769, mas os filhos desse concubinato ficão entre nós tão naturaes como erão nos Romanos, e sem qualidade de esurios, porque successiveis os filhos de Peão aos Pais, Ord. Liv. 4. Tit. 92: e os de Nobres habeis, para succeder *ex testamento*. Logo nada ha de differença entre os nossos Naturaes, sejam ou não de concubinas, e os das do Direito Romano quanto á legitimação *per subsequens matrimonium* (aonde não havia impedimento legal). O Direito Romano ainda tem uso nos naturaes de humia unica concubina; e nos Naturaes geralmente pela nossa Legislação.

N. 2. O Direito Canonico no Cap. *Tanta* Qui fil. sint Legit. não he tão geral a legitimar *per subsequens* toda a especie de filhos naturaes, incestuosos, adulterinos, etc. como quiz persuadir Boehmer. Jus Can. Protèstant. ad Tit. Qui fil. sint legitim. a §. 17. referido por Rieg. P. 4. §. 197. e seguido aqui por Mello. O Papa Benedicto XIV. na Carta ao Arcebispo da Hespaniola, que principia = *Reddite nobis* = no Tom. 1. do seu Bullario, Const. 113. se oppoz a essa opinião de *Boehmero*, e aos olhos de todos os Sabios a convenceo. Em fim o douto Canonista Berardo (que Mello cita, e he contra producen-tem) tom. 3. Diss. 6. q. 2. pag. 174. no fim, e 175. (Edição de Veneza) tão longe está, que antes pelo contrario discorre, que o favor, que o Direito Romano negava aos nascidos de *estupro*, se concedeo unicamente a elles, (ou se ampliou) no Direito Canonico, avançando Berardo esta conclusão contraria

„ *Hinc insuper intelligo, quare nihil detractum fue-*
 „ *rit veteri jurisprudentiæ in filiis, vel ex adulte-*
 „ *rio, vel ex incestu natis; ut inde inter parentes*
 „ *Conjugium justum, etiam dispensatione accedente*
 „ *contractum fuisset :: Tantum exceptio recepta*
 „ *fuit in filiis ex stupro procreatis, qui exemplo*
 „ *filiorum naturalium ex concubina natorum, sub-*
 „ *sequentibus justis nuptiis, legitimi redditi sunt.*
 „ Cap. 1. et 6. Qui fit sint legitimi. etc.

N. 3. A nossa Ord. Liv. 2. Tit. 35. §. 12. nas palavras = *Com tanto que esse filho fosse tal, que com direito podesse ser legitimado por seguinte matrimonio.* = He verdade que *rem dilucidæ, ut par est, non decidit.* Porém basta que o decida, como decide, com relação ao Direito. Se entendemos do *Civil* junto com a supposição da Ord. Liv. 4. Tit. 92. e 93. só se legitimão per subsequens os naturaes, ou sejam de huma concubina, ou de solteira seu concubinato; e não os incestuosos, e esurios quaesquer que sejam. Se entendemos que faz relação ao Canonico, não achamos tal generalidade no Cap. *Tanta*, nem em outro algum, antes encontramos huma mais genuina interpretação de Berardo (n. 2.), e huma authentica de Benedicto XIV., que analyzingo aquelles Textos com as suas Integras convenço Boehmero, que os ampliava a todo o esurio, e incestuoso, e firmou os principios = *“ Per subsequens matrimonium non legitimatur proles, quando copula habitata est inter impeditos et proles nata est, eo impedimento perseverante. Si verò constet prolem natam esse sublato impedimento, dubitetur verò, num conceptus sit eodem impedimento perseverante; tunc in favorem prolis judicium ferendum est. ”*

Nota: Se entendemos que a nossa Ord. se remette ao Direito Civil, com a alteração delle na Ord. Liv. 4. Tit. 92., *clara res est*; que pelo seguinte matrimonio só se legitima a prole natural, e não a esuria (qual entre nós não he a nascida de estupro, ou de mulher não concubina. Peg. de Spur. gloss. 3. n. 36; Guerreir. Tr. 2. Liv. 1. Cap. 6. n. 120. Valasc. Consc. 147. Phæb. Dec. 76. ann. 11.) E se entendemos que se remette ao Direito Canonico; he mais seguro seguir huma interpretação authentica do Papa Benedicto XIV., e a de hum Canonista tão sabio, e orthodoxo como Berardo, do que seguir a opinião de hum (ainda que sabio) Protestante Boehmero, em que Riegger se não firmou na Nota ao §. 197.; porque no fim refere aquella Decisão de Benedicto, como contraria. Sendo certo que qualquer Doutor sempre he visto seguir a opinião que refere em ultimo lugar, quando não a reprova.

N. 4. Convencidos os systemas geraes de Melló nestes §§. 14., 15. e 16., devemos em particular apurar as especies diversas, que occorrem no Foro. Huma he: se a prole incestuosa havida antes do matrimonio entre Consanguineos ou Afins nos grãos prohibidos, se legitima per subsequens matrimonium celebrado com Dispensa; e por força da costumada clausula sempre expressa nas Bullas = *Prolem susceptam, si qua sit, et suscipiendam exindè legitimam decernimus?* = Esta Questão tratai larga, e fundamentalmente na minha Dissertação. * E por fim depois de varios fundamentos assentei na opinião mais favoravel á prole antes nascida para por effeito da dita clausula ficar legitimada per subsequens matrimo-

niam quoad spiritualia, et temporalia. Seguindo (não pelas razões, que elles expõem, mas por outras) a Stryk. us. mod. Liv. 1. Tit. 6. §. 13. Rigant. ad Reg. 50. Cancellar. an. 120. Furgol. Trait. des Testamens, Cap. 6. Sect. 2. n. 179. Diniz Le Brun. des Successions Liv. 1. Cap. 2. Sect. 1. Dist. 1. n. 12. e 13., e outros.

* Esta Dissertação he a primeira da Collecção dellas anonymas (ainda que minhas) impressa em Lisboa no anno de 1808 na Officina de Manoel Pedro de Lacerda.

N. 5. Outra especie he: se o filho adulterino, que o homem casado houve de outra mulher, se legitima pelo seguinte matrimonio entre o adúltero, e a mesma mulher, casando com ella morta a primeira? Nesta especie favorecem a legitimação pelo subsequente matrimonio (maximè quando com o adúltero não concorreo promessa do futuro matrimonio com maquinação da morte da primeira mulher) Stryk. us. mod. Liv. 1. Tit. 6. §. 12. Ekard. Hermeneut. Jur. Canon. §. 329. Boehmer. ad Pand. Exerc. 20. a §. 18. et 21. Seguio esta opinião o Cod. Freder. P. 1. Liv. 1. Tit. 9. Art. 1. §. 8. n. 5. com outros Koch. de Success. ab intestat. Civil. §. 28.

N. 6. Em contrario está com outros Francezes Furgol. Trait. des Testamens, Cap. 6. Sect. 2. n. 181. et 182. forcejando com bellas razões contra o filho adulterino antes nascido. Esta, e nesta propria especie he a opinião, que sustentou contra Boehmero Benedicto XIV. na já citada Carta (n. 3.). Nesta opinião coincidem Berardo no lugar já citado n. 2. Peg. tom. 2. ad Ord. Cap. 172. n. 2. Guerreir. Tr. 2. Liv. 1. Cap. 4. n. 76. Barboz. in Cap. Tanta. Qui

fil. sint legit. n. 37. et 43. Fragoz. de Regim. Reipubl. P. 3. Liv. 8. disp. 17. §. 1. n. 15. *Contrarium.* Esta mesma opinião seguio modernamente o Cod. Civ. dos Francezes Art. 331.

Nota: Com esta segunda opinião parece ser mais conforme a nossa Lei maximè attento o exposto na Nota ao n. 3. Porque se recorremos ao Direito Civil, por elle se não legitimavão os adulterinos per *subsequens matrimonium*, Eybel Tom. 4. §. 367. Let. (c) Heinee. Elem. Jur. Civ. ad Instit. §. 167. Se recorremos ao Direito Canonico (Não pôde deixar de ser hum destes o Direito a que se refere a nossa Ord. Liv. 2. Tit. 35. §. 12.) vemos expresso o Cap. *Tanta* qui fil. sint legit. na sua literal disposição; e vemos a Interpretação authentica de Benedicto XIV. Só sim se o segundo matrimonio se contrahir com Dispensa, por ter intervindo o Impedimento = *Criminis* = então, inserindo-se na Bulla a clausula = *Prolem susceptam*, etc., poderá plausivelmante defender-se a Legitimação per *subsequens* pelas razões que expuz na citada Dissertação. Mas isto pelo effeito da dita clausula, a qual, quando nas Bullas se expressa presuppõem que aliás sem ella se não legitimão os filhos por comprehensão do dito Cap. *Tanta*.

N. 7. Que os legitimados per *subsequens matrimonium* (quando por elle são legitimaveis) ficão como legitimados habilitados para todas as successões, etc. Veja-se Guerr. Tr. 2. Liv. 1. Cap. 4. tot. com os mais que cita: e além delles Voet. ad Pand. Liv. 2. tit. 7. a n. 6. Stryk de Success. ab intest. Diss. Part. II. Cc

I. Cap. 2. a §. 60. Scmalzgrueb. ad Tit. Qui fil. sint legitim.

TKT. 5. §. 17. 18. 19.

Legitimatio per Rescriptum Principis Jure Romano Canonico, et Patrio.

N. 1. **D**Ebaixo da fé de Rieg. P. 4. §. 200., e de Eybel. Tom. 4. §. 368. Let. (4.) disse Mell. no §. 17., e sua Nota o que aqui vemos. Os Leitores decidirão se he mais acreditavel o nosso Portug. de Donat. Liv. 2. Cap. 16. a n. 6., quando disse.

„ *Juxta primæva jura omnes indifferenter nasce-*
 „ *bantur ex commixtione maris, et femina, Auth.*
 „ *Quib. mod. natur. eff. sui §. = Natura siqui-*
 „ *dem = ... Postea vero jure Civili constituta, fuit*
 „ *differentia inter legitimos, et illegitimos; ita ut*
 „ *legitimus, et naturalis sit tantum filius, qui ex*
 „ *legitimis nuptiis procreatus fuit Illegitimus*
 „ *autem dicitur nris ille, qui non ex justis nuptiis*
 „ *verè vel putative natus est. . . Sed quia, ut su-*
 „ *pra dictum est, bella, lites, et libidines, concu-*
 „ *piscentiæque causam dederunt ad aliud. schema*
 „ *ut dicitur in d. §. = Natura = necessarium vi-*
 „ *ssum fuit Imperatoribus legitimatorem introduce-*
 „ *re, ut illegitime natus. primis natalibus restitue-*
 „ *retur et legitimatus ea capere posset, quæ leges*
 „ *Civiles illegitimis interdicebant. Ad hoc enim le-*
 „ *gitimatio intraducta fuit, ut filii naturales seu*
 „ *spuriæ filiorum jura, et agnationem recuperarent*
 „ *in parentum solatium filios legitimos non baben-*

„ *tium. Et ut in successione legitimatio causam*
 „ *reduceret ad primæva jura, ressecando juris Ci-*
 „ *vilis impedimentum; quia legitimatio est remo-*
 „ *tio impedimenti juris Civili per quod nuptiæ,*
 „ *et patria potestas introductæ sunt Et est quæ-*
 „ *dam restitutio priorum natalium. Et insuper est*
 „ *quodam privilegium concessum illegitimo, et sic*
 „ *quædam lex privata. „ Tal foi o invento, tal a*
 causa da legitimação per *Rescriptum Principis* pelo Direito Romano.

N. 2. Que o Papa não tem poder directo de legitimar os espunios *quoad temporalia*, se reconhece claramente no Cap. 13. Qui fil. sint legit; e he commum dos DD. Portug. de Donat. Liv. 2. Cap. 16. n. 27. Alguns lhe quizerão attribuir hum Poder *Indirecto*; mas essa distincção do Poder *Directo*, e *Indirecto* he hoje reprovada, como largamente demonstro na dita Dissertação especial. Adde Stryk vol. 11. Disp. 5. cp. 4. a n. 37.

N. 3. Na Nota ao §. 19. nos instrue Mello com hum grande apparatus de factos historicos da veneravel antiguidade; referindo exemplos illustres de legitimações, que os antigos Senhores Reis concedião. Reservou Mello para os Praticos a exposição : 1.º, das differenças entre as nossas legitimações, e as do Direito Romano : 2.º, Com quaes circumstancias se pôde conceder o Tribunal Palatino : 3.º, qual deve ser a narrativa das supplicas dos impetrantes para serem validas as taes legitimações, e se evitar a sua nulidade pelo fundamento de ob ou subrepticias : 4.º, quaes os effeitos juridicos destas legitimações segundo o costume do nosso Reino : 5.º como, e dentro de quanto tempo possam impugnar-se pelos herdeiros *ab intestato* as legitimações, que laborarem em algum defeito. E como a materia he das mais praticas no

Foro, e das mais frequentes, não será inutil huma compendiaria exposição de tudo o referido.

SECÇÃO I.

Diferenças entre as nossas Legitimações, e as do Direito Romano.

N. 4. **A** Legitimação *per Rescriptum Principis* conforme o Direito Romano restituia os filhos ao primeiro estado da natureza, e removido o obsaculo das Leis Civis, que os incapacitavão para as successões, ficavão como legitimos, e como que se fossem nascidos de legitimo matrimonio, *ut lato calamo*, Peg. de mayor. Cap. 20. an. 262.

N. 5. Pelo contrario sempre, e desde que ha Escriptores Juristas neste Reino, foi systema malheravel entre elles que as nossas Legitimações não são taes como as do Direito Romano, mas só humas simples *Dispensações* para os filhos succederem ab intestato, e não que os Pais lhe quizerem doar ou deixar, mas não contra a vontade dos Pais, Gam. Dec. 11, et 383. Cabed. Dec. 69. P. 2. Cald. in L. Si curatorem Ubo Suic Curatore n. 51. Phæb. Dec 93. n. 23. et 28., et Decis. 97. n. 28. Costa, Valasco, Carvalho, Barboza, Almeida, Oliva, Fragozo, e os mais que refere Peg. Tom. 2. ad Ord. Liv. 1. Tit. 3. §. 1. Cap. 1. an. 10. et de Mayorat. Cap. 20. n. 11. 59, et sub n. 113. pag. 651. col. 1. in fin. et n 145., 151, 160, 177, et optimè n. 229. 244. *noviter* França ad Mendez. P. 2. Liv. 1. Cap. 2. §. 1. n. 5, aonde refere outros Reïnícolas Portug. Liv. 2. Cap. 16.

n 14., e Pinheiro de Testam disp 5 Sect 3. §. 12. n. 355., e sob e todos o Addicionador de Phæb. Dec. 176. §. 10., e a Resolução de 16 de Dezembro de 1798 (eu a transcrevi nas Adições ao meu Trat. dos Morgados pag. 447.)

N. 6. Supposta esta differença essencial entre as legitimações conforme o Direito Romano, e as nossas *Dispensações*, são consequentes as differenças espectaes ou os resultados, e diversos effeitos de humas, e outras.

1.º, Os legitimados conforme o Direito Romano, sendo preteridos, podião contratabular os Testamentos dos Pais, mas não os legitimados, conforme o estilo do nosso Reino: 2.º, o legitimado conforme o Direito Romano succedia com os legitimos, quando o Pai na Supplica assim o pedia, relatando que tinha filhos legitimos. *At verò* conforme o estilo do nosso Reino, nas nossas Legitimações (alás *Dispensaveis*) sempre se salva o prejuizo dos herdeiros legitimos, pelos quaes se entendem os descendentes, e ascendentes, mas não os collateraes: 3.º, o legitimado, segundo o Direito Romano, succede *ab intestato* ao Avó; mas segundo o nosso Direito Consuetudinario não deixa de ser duvidoso: ce bem que essa dúvida só entra quando o Avó faleceo sem outros descendentes legitimos, e tem promovido o Pai do neto legitimado: 4.º, o legitimado, conforme o Direito Romano fica successivel, e reciprocamente aos consanguineos. Pelo contrario a Legitimação no nosso Reino he restricta para succeder ab intestato a seu Pai *simente*: 5.º, o legitimado conforme o Direito Romano passa para o poder do Pai. Não o legitimado segundo o nosso costume e por isso este (a) tudo o qua adquire he para si, pôde testar como Pai de familias se n consentimento de seu Pai. Não se

conta (b) no numero dos cinco filhos para a excusação da Tutella ou outro encargo público, etc. : e pôde (c) ser gravado pelo Pai com o onus que quizer impôr nos bens que lhe deixa. Sobre isto (d) *quid quid sit de jure communi*. Os legitimados, segundo o nosso costume, não fazem revogar a Doação antecedente nos termos da Lei. Si unquam Cod. de revocand. donat., e da Ord. liv. 4. Tit. 65. in pr. Antes (e) pelo contrario, sobrevivendo filhos legitimados, fica sem effeito a legitimação antecedente, e imprudicial aos legitimados (*quid quid sit de jure communi*). Todas estas differenças se podem ver comprovadas por Peg. ad Ord. Liv. 1. Tit. 3. §. 1. por Guerreir. Tr. 2. Liv. 1. Cap. 5. a n. 4. Portug. de Donat. liv. 2. Cap. 16. a n. 14. França ad Mendez P. 2. Liv. 1. Cap. 2. §. 1. a n. 6., os quaes referem os mais Reinicolos. Confirma-se tambem os Additamentos de Phæb. Decis. 176.

SECCÃO II.

Em quaes circumstancias pôde o Tribunal Palatino conceder estas Legitimações?

N. 7. „ *AD validitatem legitimationis* (diz Portug. de Donat. Liv. 2. Cap. 16. n. 24.) *desiderantur simul Impetrantis voluntas, et legitimantis potestas, quia legitimatio est donum patris, et actus Principis.* „ E por tanto (por huma parte) sendo necessaria a preambula vontade do Pai, pergunta Peg. Tom. 2. ad Ord. Liv. 1. Tit. 3. §. 1. n. 79. „ *Quomodo constare possit de voluntate patris volentis*

„ *filium legitimare post mortem suam?* „ E responde dizendo. „ *Sufficere probare, vel per testamentum, vel Scripturam, vel per testes, per conjecturas, per signa, seu per alium quemcumque modum à jure approbatum .. Accedit, nam circa probationem hujusmodi patris voluntatis, de qua agimus, cum nulla reperiatur Lex, quæ determi- net certam, et specificam formam illam probandi, standum est regulis ordinarius juris communis, secundum quod in omni materia, in qua per Legem constitutum non fuerit, quod requiratur Scriptura, vel qualibet alia certa, et determinata probatio, sufficit illa quæ resultat ex numero duorum, vel trium testium, vel etiam illa, quæ provenit ex conjecturis, signis vel presumptionibus arbitrio judicis regulandis (et n. 80.) Quod intelliges procedere non de quacumque voluntate patris simplici, sed de dispositiva tantum; ita ut non sufficiat constare patrem propositum, et animum habuisse filium legitimari à Principe, sed illud disposuisse propositum voluntatis tantummodo non efficit votum absque deliberatione Satis sit, quod pater dixerit suam intentionem esse, quod filius legitimer post mortem suam, etc. Conf. Phæb. Decis. 170. n. 3. Valasc. Conf. 158. n. 10., os quaes ultimos são tambem dignos de serem vistos. Veja-se tambem Guerreir. Tr. 2. Liv. 1. Cap. 5. n. 23. e 24., tetigit Portug. de Donat. Liv. 2. Cap. 16. n. 40. et 43.*

Nota : Neste Reino costumão os Pais fazer Escriptura ou Testamento, em que reconhecem serem seus filhos os que pertendem sejam legitimados: declarão as pessoas de quem os houverão; as qualidades, e vicios da espuriedade; co-

mo se o filho he adulterino , sacrilego , incestuoso , e todos os vicios que concorrêrão , e na mesma Escritura se supplica á Magestade (ou no Testamento) que haja por bem legitimar , e dispensar esse filho para ser seu herdeito conforme o costume do Reino , etc. Tambem em Testamento se pôde instituir herdeiro o espurio com a condição = *Si a Principe legitimetur.* = E isto basta para se provar a vontade do Pai , e se poder impetrar a legitimação para succeder na sua herança , Peg. de Spur. Cap. 21. Tenho visto conceder Legitimações aos Filhos , e em huma preambula justificação da vontade dispositiva dos Pais por Testemunhas inquiridas judicialmente. Tambem já vi concedida huma ex vi de huma Petição , que o Pai por letra propria havia feito ao Rei para lhe legitimar huma filha , subscripta por elle a Petição , e se mostrou que huma morte repentina do Pai foi a causa de elle não proseguir o requerimento á Magestade.

N. 8. Por outra parte : não precedendo vontade do Pai , disputão os DD. : Se o Rei de poder absoluto pôde legitimar os espurios em prejuizo dos herdeiros *ab intestato* , ou dos substitutos ? Questão , que largamente disputa Portug. de Donat. Liv. 2. Cap. 16. an. 40. , e outros que cita Guerreir. Tr. 2. Liv. 1. Cap. 5. a n. 30. O certo he que este poder nunca se pôde exercitar pelo Tribunal Palatino ; porque neste Reino se lhe não subintende concedido na Ord. Liv. 1. Tit. 3. §. 1. Portug. supra a n. 46. O certo he que o Rei não costuma sem preambula vontade do Pai conceder taes Legitimações em prejuizo dos herdeiros *ab intestato* ou substitutos , (mas só quanto ás honras dos Pais) a menos que não intervenha hu-

ma justa ou pública causa , como remuneração de vantajosos serviços do espurio , etc. Veja-se o mesmo Portug. n. 50. Hum exemplo illustre se vê em Peg. de Mayorat. Tom. 3. Cap. 21. pag. 46. Assim o declarou a Resolução de 16 de Dezembro de 1798 em Consulta do Desembargo do Paço em favor de D. Leonor Mayor Lobo da Gama. Veirão-se as Addições ao meu Tratado de Morgados pag. 477.

SECÇÃO III.

Qual deve ser a narrativa das supplicas dos Impetrantes para evitarem as nullidades pelo fundamento de ob ou subreção?

N. 9. **N**A supplica para a Legitimação , ou seja impetrada pelo pai , ou pelo filho em vida , ou depois da morte do pai , devem narrar-se todas as qualidades que fazem mais peccaminoso o coito ; como se o filho he concebido em adulterio , incesto. sacrilegio , ou em outro coito semelhante , e reprovado , e quando concorrem muitos vicios ou qualidades aggravantes do peccado todos se devem exprimir. De outra fórma he nulla a graça , por mais que se ache roborada com as clausulas = *De certa sciencia* = *Poder pleno* , etc. Veirão-se Peg. Tom. 2. ad Ord. Liv. 1. Tit. 3. §. 1. n. 57. et 58. Valasc. Cons. 158. et 80. Guerreir. Tr. 2. Liv. 1. Cap. 5. a n. 71. Valenzuel. Cons. 159. o Adicionador de Phæb. Decis. 176. ff. 14. Quæritur = Fragoz. de Regim. Reipubl. P. 1. Liv. 3. Disp. 6. §. 5. a n. 59. Portug. de Donat. Liv. 2. Cap. 16. sub n. 52. Rovit. Cons. 59. et ibi Altimar.

N. 16. Também muitos DD. fazem preciso que na supplica se declare o nome da mãe desse filho :
 „ *Idque optima ratione fieri requiritur ; quando*
 „ *quidem praclusa esset via agnatis , quia vellet*
 „ *probare matrem illius illegitimè nati talem ex-*
 „ *tituisse , cùm quæ nefarius et abominabilis fuis-*
 „ *set concubitus , et ejus proles legitimari nulla*
 „ *ratione deberet , etc. ,* Itã cum plurib. Aquila ad
 Rox. P. 2. Cap. 4. n. 69. *„ Ea autem non obtine-*
 „ *bunt (declara o mesmo Aquila n. 71.) quando ob-*
 „ *justam causam honestatis mulieris ea demonstra-*
 „ *ri non possit , sed tunc testes de habilitate depo-*
 „ *nere debent positive , et aliquando vidi nomen mu-*
 „ *lieris extra acta cùm declarationibus deponi in*
 „ *archivo ; sic enim , et mulieris honestati consul-*
 „ *tum est , et satis legi factum est. =* Porém não
 ha muito que vi julgada huma legitimação por falta
 de expressão do nome da mãe do legitimado.

Nota: Neste Reino todas as Cartas de Legitimação se passam conforme hum antigo Formulário pelas mesmas palavras (á excepção unica do relatório da supplica) , e com as mesmas clausulas ; hu as legitimações sejam de filhos naturais , quando os pais são nobres ; ou sejam de filhos spurios , Ord. Liv. 3. Tit. 85. §. 2. Só ha diversidade nas Assignaturas dos Desembargadores do Paço , porque as Cartas de Legitimação dos filhos adúlteros , sacrilegos , e incestuosos , têm de assignatura 3200 reis , e dos filhos puramente naturais 1600 reis , pela Lei de 7 de Janeiro de 1750. Supposto isto , segue se praticamente 1.º , serem ociosas as presupposições de diversas formulas em que se concedão as legitimações para variar o Difeito ; visto que todas as nossas Cartas se passam por hum Formulário , e

a dita Ord. Liv. 3. Tit. 85. §. 2. ; e toda outra clausula innovada he reprovada pela já citada Resolução : Segue-se 2.º , que como a dita Lei de 1750 permite legitimarem-se os adúlteros , sacrilegos , e incestuosos ; pede qualquer (a meu ver) impetrar huma legitimação , supprimando o nome da Mãe , relatando que deixa de se declarar por decencia , e não infamar huma mulher , que está em reputação de honesta , mas pedindo-se huma legitimação em todo o vicio de spuriedade , que possa dispensar-se ; e concedida assim a dispensa , fica valida a menos que depois se não descubra huma torpeza no cônjuge tão horrenda , que não seria verosimil dispensar-se se se exprimisse ao Soberano , Guerreiro Tr. 2. Liv. 1. Cap. 5. n. 74. et 75. 76. Segue-se 3.º , não ser nulla a legitimação quando se supprimio alguma qualidade , que não faz mudar a especie da illegitimidade , e he só como hum accidente : por exemplo , que o spurio , e sacrilego filho de Sacerdote foi gerado de huma sua filha spiritual ; basta dizer que era sacrilego , ainda que se não diga ser filho de Brado ; que de huma solteira , sem que seja necessario exprimir que era virgem , viuva , ou nobre , etc. , porque tudo se incluye nos vicios dispensaveis , e tudo são qualidades accidentaes , Guerr. S. a n. 8. Fragoz. P. 1. Liv. 3. Disp. 6. n. 76. Veirão-se porém os DD. citados no n. 9. E o mais seguro , para occorrer a duvidas , he narrar todas as circumstancias , ainda accidentaes , que aggravão ou não aggravão o peccado de que nasceu o filho legitimado.

N. 11. Succedendo porém , ou deixarem de se narrar todos os vicios de spuriedade , ou descobrirem-se depois alguns antes ignorados , pôde impetrar-

se segunda, e mais ampla legitimação. Em todos esses vícios, que se não narrarão na supplica para a primeira, Cabed. Dec. 69. n. 23. Peg. Tom. 2. ad Ord. Liv. 1. Tit. 3. §. 1. Cap. 30. Assim felizmente o tenho praticado, e obtido, ainda mesmo depois dependentes já as lides sobre a validade das primeiras legitimações, Conf. Guerreir. Tr. 2. Liv. 1. Cap. 5. n. 108.

S E C Ç Ã O IV.

Quaes são os juridicos effeitos das legitimações conforme o estilo do nosso Reino.

N. 12. **Q**uaes sejam estes effeitos fica em parte demonstrado no n. 6.^o, aonde expuz as differenças das nossas legitimações, e das do Direito Romano. Sobre isto 1.^o, o legitimado succede nas honras, e nobrezas do pai só com a limitação de não poder usar de *Dom*, Guerr. Tr. 2. Liv. 1. Cap. 5. n. 96.: 2.^o, succede ao pai *ex testamento*, ou *ab intestato*; quidquid dicat Mell. Liv. 3. Tit. 8. §. 14. quanto a successão *ab intestato*. Pois que nas mesmas Cartas se habilitão os filhos para succeder *ab intestato a seu pai sómente*. Peg. Tom. 2. ad Ord. pag. 11. n. 16. Isto mesmo dizem Cabed. P. 2. Decis. 69. n. 3. Gam. decis. 11. n. 2. Phæb. Dec. 97. n. 28. (que Mello cita *contra producentem*) De fórma que só não excluem os filhos *legitimos*, * cujo direito se salva das Cartas de Legitimação; mas *ab intestato* sempre excluem os collateraes na successão dos bens livres, e allodiaes. Peg. de Maior. Cap. 21. a n. 47. Arouc. alleg. 40. n. 35. et 36. Idem Gam. Decis. 278. a n. 3. Peg. Tom. 2. ad Ord. Liv. 1.

Tit. 3. §. 1. Cap. 10. n. 69.: 3.^o, os Pais tendo filhos legitimados podem deixar ao legitimado a Terça, de que aliás podião livremente dispor, Guerreir. Tr. 2. Liv. 1. Cap. 5. n. 11. et 12.: 4.^o, succedem *ab intestato* nos Prazos, Ord. Liv. 4. Tit. 36. §. 4. in fin., ainda que Ecclesiasticos, Guerr. Tr. 2. Liv. 1. Cap. 5. n. 87.

* Não ha muito vi julgado, que a clausula = *Não he minha tenção*, etc. comprehende como herdeiros *legitimos* os parentes collateraes dos *Nobres ex Ord.* L. 4. T. 92. §. 1.

N. 13. Não succedem porém em bens da Coroa, nem no Direito de Padroado de *per se* considerado, quando não annexo á universalidade de bens; nem em Morgados, que não fossem instituidos pelo pai; nem em bens de Fideicomisso familiar, etc. Sobre o que se veção Guerreiro, Tr. 2. Liv. 1. Cap. 5. a n. 13. et] a n. 88. Addit ad Phæb. Dec. 176. a n. 19. * E quanto aos Morgados direi mais largamente ao Liv. 3. Tit. 9. ao §. 21.

* Vide o meu Tr. de Morgados Cap. 11. a §. 62.

S E C Ç Ã O V.

Como, e dentro de quanto tempo possam impugnar-se pelos herdeiros ab intestato as legitimações, que laborarem em algum defeito.

N. 14. **O**s herdeiros *ab intestato* podem com obesubrepção arguir nullas as Cartas de Legitima-

ção, Peg. Tom. 2. ad Ord. Liv. 1. Tit. 3. §. 1. Cap. 32.: mas não qualquer outro terceiro, que não seja interessado na successão *ab intestato*, Peg. supra n. 233. Cyriac. Contr. 236. n. 33. Por exemplo: 1.º, podem allegar que o pretendido legitimado não era realmente filho do legitimante, Portug. de Donat. Liv. 2. Cap. 16. n. 52., Peg. Tom. 2. ad Ord. pag. 35. n. 79. o Addit. de Phæb. Decis. 176. n. 15. Guerreir. Tr. 2. Liv. 1. Cap. 5. a n. 100. Bem que a nomeação, e reconhecimento do pai, a instituição do filho legitimado, deixando o herdeiro, o constituem na quasi posse em quanto se não prova o contrario, Guerreir. supra a n. 102. consonat Ord. Liv. 2. Tit. 35. §. 12.

Nota: Quando se impetra legitimação ao Desembargo do Paço, costuma mandar informar sobre o facto da filiação ouvidos os consanguíneos *ab intestato*. Estes pela maior parte a negão, e sempre se concede a Carta de Legitimação. Mas como esta assentou em huma informação *summaria* do Ministro informante, nunca priva os herdeiros *ab intestato* do direito de arguir *ordinariamente* a causa falsa da legitimação; mostrando que o legitimado não era realmente filho do pai legitimante, mas de outro; e que o legitimado estradamente persuadido de ser seu filho; porque v. g. a mãe nesse tempo se tratava com outros, etc. Pois que todas as semelhantes Cartas assim passadas por meio de informações *summarias*, não privão aos interessados dos meios ordinarios, Peg. Tom. 7. ad Ord. pag. 643. col. 2. et Tom. 10. ad Ord. pag. 59, 60, et 61.

N. 15. Por exemplo: 2.º, sendo o filho legitimado havido de alguma mulher casada, ainda que o pai

adultero o reconheça filho, e como tal o legitime, e se obtenha a legitimação, pôde arguir-se obesubrepticia, supprimindo-se que a adúltera nesse tempo da concepção do tal filho convivia com o marido. Revit. Liv. 3. Cons. 59.

N. 16. Por exemplo: 3.º, se na supplica para a legitimação se supprimirão alguns vícios de spurtedade, que devião exprimir se (n. 9. et 10.) Por exemplo: 4.º, se a Provisão, ou Carta de Legitimação se não vê passada com as commuas solemnidades, que recapitulou, Peg. Tom. 10. ad Ord. Cap. 12.: 5.º, se estando pendente já a disputa sobre a nullidade da primeira legitimação, se impetra segunda (como pôde impetrar-se, ut n. 11.) sem se mencionar na supplica essa litis pendencia, Peg. tom. 2. ad Ord. pag. 92. n. 230., e geralmente o mesmo Peg. Tom. 12. ad Ord. pag. 98. n. 78. (de quo vere Valasc. cons. 11.)

N. 17. Quando pois algum, que seja herdeiro *ab intestato*, ou seja assistido de Direito para arguir a nullidade da legitimação, deve propor sua acção dentro de dez annos contados depois de deferida a successão, Cyriac. Contr. 208. n. 15. Peg. Tom. 2. ad Ord. pag. 93. n. 234. Porque com effeito o filho espurio com qualquer titulo colorado prescreve por dez annos a herança paterna, Peg. de Spur. Cap. 8. n. 4. vê Valasc. Cons. 19. E deve provar a ob subrepcção concluentemente; porque em dúbida deve propender o arbitrio judicial pela parte da validade da legitimação, Peg. d. Tom. 2. pag. 93. n. 231. et 232., ainda que o contrario diz Guerreiro Tr. 2. Liv. 1. Cap. 5. n. 79.

O mais que occorrer pôde ver-se nos DD., que deixo citados, e especialissimamente em Peg. ad Ord. Liv. 1. Tit. 3. §. 1., aonde exhauro tudo quanto pôde duvidar-se nesta matéria.

TIT. V. §. 20. RUBR.

Aliæ legitimaciones.

COm a Ord. Liv. 2. Tit. 35. §. 12. no principio são parallelas a Ord. Liv. 2. Tit. 56. no pr., e Liv. 3. Tit. 9. §. 2., e Liv. 3. Tit. 85. §. 2., que supõem o uso das *adopções* neste Reino. Além dos exemplos, que aqui refere Mello, attesta Valasc. de Partit. Cap. 12. n. 45., que víra praticada huma em seu tempo, e confirmada pelo Rei: huma do anno de 1304 refere Fr. Joaq. no Elucid. verb. *Adoutar*, dizendo serem antigamente muito frequentes neste Reino as *Adopções*. Agora na França as admite o Cod. Civ. Art. 343.

TIT. V. §. 22. RUBR.

Solvitur (patria potestas) morte patris , et nuptiis filiorum.

NA opinião do nosso Portug. de Donat. Liv. 3. Cap. 23. a n. 49. se extingue o patrio poder pelo degredo perpetuo do Pai, equiparado á morte civil, mas não pelo degredo temporal. Pelo cativo do pai suspende-se o patrio poder; mas elle o recupera logo que remido do cativo, e restituído á liberdade, Peg. de Compet. Cap. 98. §. 2. n. 10. et a n. 33. Thomas. ad Instit. Liv. 1. Tit. 12. pag. 62. Ainda que os pais sejam furiosos ou prodigos, nem por isso cessa o seu patrio poder com todos os effeitos, Arouc. in L. 20. Dig. de Stat. hom. an. 30. et in L. 8. a n. 10.

ff. de His qui sunt sui, etc. Stryk. us. mod. Liv. 1. Tit. 6. §. 3. Peg. de Competent. Cap. 98. §. 1. n. 78., *quidquid dicat* Groenewegen. ad L. 8. ff. de His, qui sunt sui, etc.

Tambem pelo matrimonio do filho se extingue o patrio poder, ainda mesmo que o matrimonio seja *putativo*, como contra Fragozo refere julgado Peg. ad Ord. Liv. 1. Tit. 87. §. 6. n. 103: ainda mesmo que o matrimonio seja contrahido contra vontade do pai, Peg. supra n. 100: mas não quando o matrimonio he nullo, Peg. supra proximè: Quid verò; se a filha fica viuva na minoridade? Vê Peg. S. n. 190, et ad omnia videndus Guerreir. Tr. 3. Liv. 2. Cap. 1. a d. 50. ad n. 55.

TIT. V. §. 23. et 24. RUBR.

Emmancipatione judiciali; que ab etatis venia distinguenda.

N. 1. **C**ONVENHO com Mello neste lugar, que no Direito Romano houve tres especies de emmancipações: *Antiga*, que se fazia pelo modo que expõem Heinec. Antiq. Roman. ad Instit. Liv. 1. Tit. 12. §. 6. até o §. 12. et Elem. Jur. civil. secund. ordin. Instit. §. 195. Thomas. in Not. ad Instit. Liv. 1. Tit. 12. pag. 63. Boehm. ad Pand. Exerc. 21. a §. 2. ad 12. *Anastasiana* na fórma que explicão a L. penult. Cod. de Emmancip. Libetor. Heinec. Loc. citat. Boehm. a §. 13. et 14., Stryk. us. modern. Pand. Liv. 1. Tit. 7. §. 17., emmancipação esta que dependia de Rescripto, e confirmação de Principe. E finalmente a *Justiniana*, que como de jurisdicção voluntaria se

Part. II. Ee

podia fazer *coram quocumque Magistratu* independente de confirmação do Príncipe na forma da L. fin. Cód. de Emancip. Liberor. de quo DD. supr. Confer. Pereir. in Elucidar. n. 382. Peg. Tom. 2. ad Ord. pag. 114.

N. 2. Em quanto porém Mello diz que só a emancipação *Justiniana* provão os nossos costumes, e que ella pôde fazer-se *coram quocumque Magistratu*, independente de Rescripto do Príncipe, entendendo assim a Ord. Liv. 1. Tit. 3. §. 7. , se equivocou Mello. Pelo contrario a emancipação *Anastasiana* he a que se pratica no nosso Reino *com mistura da Justiniana*. Eis-aqui a pratica observada: Comparecem o pai, e o filho diante do seu Juiz Ordinario do proprio domicilio: exprimem-lhe hum, 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 de filho confirmação pelo Desembargo do Paço. Ita Guerr Tr. 3. Liv. 2. Cap. 6 n. 12. Fragoz. de Regim. Reipubl. p. 3. Liv. 12. disp. 3. §. 1. n. 85. Peg. Tom. 7. ad Ord. Liv. 1. Tit. 87. §. 6. n. 97. E eu assim o tenho sempre visto praticar: *Immo* muitas vezes a *Anastasiana* simplesmente, porque só com huma Escripura feita pelo pai, e filho perante qualquer Tabellião, pela qual o pai declare que emancipa o filho se obtem Carta do Tribunal Palatino, Solán. cogit. 67. n. 23. Pon. Cap. 11. n. 58. Esta mesma pratica atresta Cabed. p. 2. dec. 72. n. 1. et 2., que bem se comprova com a Ord. Liv. 2. Tit. 35. §. 40. E bem mostra ser recebida neste Reino a emancipação *Anastasiana*, e não a *Justiniana*. Assim o entende Peg. Tom. 2. ad Ord. Liv. 1. Tit. 3. §. 7. n. 5. in fm.

Nota: Na mesma equivocação havia cahido

Arouca na L. 8. ff. de His qui sunt sui vel alieno jur. em quanto quiz confundir as emmancipações com os supplementos de idade, e que as ditas Ord. Liv. 1. Tit. 3. §. 7., e Liv. 2. Tit. 45. §. 40. só fallão do supplemento de idade, que outras Ordenações chamão *emmancipação*, querendo persuadir que as *emmancipações propriamente taes* não dependem de Regia confirmação, etc. Pois que este erro não só cede á pratica contraria, o melhor interprete das Leis: mas toda esta dúvida acabou de remover-se com a L. de 7 de Janeiro de 1750; que augmentando as Assignaturas dos Desembargadores do Paço, fez differença das *emmancipações*, e dos *supplementos de idade*, suppondo serem cousas diversas, e todas da privativa inspecção do mesmo Tribunal. De fórma que dos *supprimentos de idade* constitue a Assignatura de 400 réis, e das *emmancipações* 300 réis, demonstração incontestavel de que são diversas dos *supplementos de idade* as *emmancipações* para convencer Arouca. Demonstração incontestavel para convencer Mello, e Arouca em quanto dizem praticada neste Reino só a emmancipação *Justinianea*, quando esta ultima Lei (alem da referida praxe) mostra dever praticar-se a *Anastasiana*. Em consequencia toda a emmancipação do Pai em favor do filho, que assim não for confirmada he nulla *ex ommissa forma Legis*. A mesma diversidade já notárão o antigo Cabed. p. 2. dec. 72., e optimamente Portug. de Donat. Liv. 2. Cap. 19. a n. 57., Reinos. obs. 30. n. 13., Solan. Cogit. 67. n. 23. E finalmente no mesmo Solan. n. 2. vemos huma Provisão de *emmancipação* pelo Desembargo do Paço no anno de 1729 em favor de hum filho familias a que o pai prestou o seu

consentimento por huma Escritura pública independente de outra solemnidade. Em Pon. Cap. 11. n. 58. vemos outro exemplo.

N. 3. Tambem em quanto Mello neste §. 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 emancip. Liberor., que não quer que tenha o emmancipado essa idade. Esta Lei se vê seguida no anno de 1731 no Arest. 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 pode conseguir a emancipação. Sendo bem notavel que nesse caso hum pai emmancipou 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 no novo Codig. Civil dos Francezes Art. 478. e seguintes, aonde basta a idade de 15 annos nos que tem pai, e 18 nos orfãos.

Nota: Essa emmancipação *Justiniana* só se pratica nos que ficão orfãos do pai, e debaixo da Tutella, e administração sujeitos a jurisdicção do Juiz dos Orfãos. A pratica desta emmancipação a expressou Guerreiro Tr. 5. de Process. Civil. Cap. 21. com Peg. ad Ord. Liv. 1. Tit. 87. §. 45. n. 45. 49. e 50. scilicet. Tanto que o menor passa de 25 annos, assim o propõem ao Juiz dos Orfãos junta certidão de idade; allega, e justifica a sua capacidade para bem reger seus bens; e o Juiz por Sentença o julga emmancipado, e lhos manda entregar tomadas as contas a seus Tutores, etc. Ha huma essencial differença entre esta emmancipação, e a do filho fami-

lias, que tem o pai vivo. Este filho pelas Leis civis está sujeito ao patrio poder, inhabil para testar ainda que o pai consinta. He pois necessario que com o consentimento do pai concorra a autoridade Regia, que dispense as Leis, que o sujeitão ao patrio poder, e seus effectos. *At vero* o orfão de pai he *sui juris* logo que o pai morre; elle póde testar passando de 12 e 14 annos; e a referida emmancipação não he mais que huma declaração de que chegou á idade em que cessa a Tutella; e que não tem demencia, ou inhabilidade, que o impossibilite 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 emmancipação *Justiniana*, que Mello disse ser *unicamente* praticada neste Reino; quando só se pratica quanto aos orfãos, e a *Anastasiana* quanto aos filhos que tem pai, Conf. Pon. Cap. 11. a n. 4.

N. 4. Ainda que Guerreiro Tr. 3. Liv. 2. Cap. 6. n. 14., e Fragoz. p. 3. Liv. 2. disp. 3. §. 1. sub n. 88. não permitem que o pai possa emmancipar o filho por Procurador, o contrario, e mais justamente seguem Gollino de Procurator. p. 2. Cap. 1. a n. 12., Arouc. na L. 1. n. 2., e na L. 24. sub n. 2. ff. de Adoptionib.

N. 5. O filho absolutamente póde ser emmancipado pelo pai, com tanto que depois o filho ratifique, e accéite a emmancipação, Fragoz. supr. n. 97., Guerr. n. 24.; porque accéitar a emmancipação he arbitraria ao filho, e não póde ser constrangido a emmancipar-se, a menos que não tenha commettido causa, pela qual possa ser desherdado, Fragos. supr. n. 87., Arouc. na L. 8. ff. de his qui sunt sui a n. 9.

N. 6. He esta emmancipação hum acto legitimo , que não admite condição , nem divisão , de fôrma que não póde o pai emmancipar hum filho nem *ad tempus* , nem em parte , nem para certos fins , e ainda menos só para o fim de poder testar , Furgol no *Traite des Testam.* Cap. 4. Secç. 2. a n. 15. , Fragos. S. n. 86. , Arouc. na L. 34 ff. de Adoption. n. 4. no fim , e na L. 8. ff. de his qui sunt sui . . . sub n. 30. , Stryk de Cautel. Testament. Cap. 3. §. 41. Ord. L. 4. Tit. 81. §. 3.

N. 7. Os effeitos desta emmancipação , sendo valida , são 1.º , ficar o filho livre do patrio poder ; em consequencia 2.º , o pai obrigado restituir-lhe os adventicios , Ord. L. 1. Tit. 88. §. 6. , e L. 4. Tit. 97. §. 19. 3.º , poder testar cessando a seu respeito a Ord. L. 4. Tit. 81. §. 3. 4.º , poder sem dúvida celebrar como pai todo o contrato que não seja compra , ou troca desigual prohibidas na Ord. L. 4. Tit. 12. 5.º , não poder o filho renunciar jámais a emmancipação para reincidir no patrio poder , Fragos. P. 3. Liv. 2. disp. 3. §. 3. n. 100. Arouc. na L. 11. ff. de his qui sunt sui n. 14. : 6.º , ser irrevogavel pelo pai a emmancipação , a menos que o filho se não transtorne ingrato , Furgol Tom. 4. Cap. 11. Secç. 1. n. 54. , Arouc. supr n. 12. , Stryk vol. 6. disp. 17. Cap. 2. §. 8. Pon. Cap. 2. n. 22. 7.º , que testando , e morrendo o filho emmancipado , não póde o pai depois da sua morte arguir nullidade ou defeito da emmancipação , Arouc. na L. 25. ff. de Adoptionib.

N. 8. He frequente , e eu o tenho visto muitas vezes , que hum pai gravado com dividas , e que goza o uso-fructo de avultados bens adventicios do filho o emmancipa para fraudar aos credores. Em tal caso estes podem arguir fraudulenta , esimulada a emmancipação em ordem a se pagarem de suas dividas pelo uso-fructo dos adventicios. Assim se vê largamente

demonstrado por Cyriaco Controv. 319., e por Giurb., que recopilou Arouca na L. 8. ff. de his qui sunt sui n. 32., nos quaes se achavão as conjecturas proprias desta fraude. **Best** que o **mesmo** Cyriaco salva ao filho cuja emmancipação se convence fraudulenta, a primeira preferencia para ser alimentado, pelos redditos dos seus bens adventicios em concurso dos credores do Pai. No que tambem concordão Altian. Tom. 8. pag. 66. Guerreiro Tr. 3. Liv. 2. Cap. 2. n. 89., o Addicionador de Oliveira de Muner. Provis. Cap. 3. n. 21., aonde o refere julgado Urceolo Consult. 14. De Luc. ad Gracian. Cap. 366., ainda que o contrario defende Arias de Meza Liv. 3. varian. Cap. 37. n. 4.

TIT. V. §. 25. RUBR.

Quando filium emmancipare pater cogendus.

DE Thomasio nas Notas á Instit. Liv. 1. Tit. 12. pag. 64 talvez que mutuou Mello os versos que transcreveo debaixo deste §. 25., ommittindo a citação dos Textos com que Thomas. provou cada huma das suas palavras. Arouca na L. 31. ff. de Adoptionib. refere 10 aliás 9 casos, em que o pai por Direito he obrigado a emmancipar o filho. Destos comprovão alguns Fragoz. p. 3.^o Liv. 2. disp. 3. §. 1. a n. 89., Guerreiro Tr. 3. Liv. 2. Cap. 6. a n. 6. Conf. Petz Cap. 2. a n. 10.

TIT. V. §. 26. RUBR.

Finitur patris potestas separatione.

N. 1. **N**este (Reino *si dicendum quod res est*) nem se deve admittir a *emmancipação tacita*, ou *prescripta*, que segundo o Direito Romano na L. 1. Cod. de Patr. potest. admittem com varias distincções os DD. como Arouc. na L. 3. ff. de His. qui. sunt sui a n. 4. Fragoz. de Reg. Reip. p. 3. Liv. 2. disp. 3. §. 1. n. 94. et 95., Harpprectr. vol. 1. disp. 3. de *separatione liberorum ab economia paterna*, Thes. 7. et 15., ainda que Boehm. ad Pand. Exerc. 21. Cap. 2. §. 16. mostra, e convence erronea a deducção, que os DD. fazem de algumas Leis Romanas para estabelecer huma *emmancipação tacita* ou *prescripta* por 10 ou 20 annos. Nem se deve admittir aquella que por menos tempo, e ainda só por hum anno, ou menos tempo introduzirão os costumes de algumas Nações logo que o filho se separava da economia paterna, pondo casa particular, etc. consentindo o pai: *emmancipação consuetudinaria* de que tratao largamente o cit. Harpprectr. e Boehm. supr. Cap. 22. Stryk. us. mod. Liv. 1. Tit. 7. §. 18. e seguintes, Vin. ad §. 10. Instit. Quib. mod. jus patr. potest. solv. Voer. ad Pand. Liv. 1. Tit. 7. n. 12., Groeneweg. ad L. 3. Cod. de Emmancip. Liberor. E *emmancipação consuetudinaria* dessas Nações, que Mello neste §. quer se pratique no nosso Reino, só porque elle assim o diz, e assim lhe parece.

N. 2. A razão nova em que me fundo para não admittir neste Reino nem as *emmancipações tacitas*, que os DD. deduzem do Direito Romano, ou *prescriptas*, nem essas *consuetudinarias* de outras Na-

ções, he porque as nossas Leis Nacionaes adoptarão o Direito Romano novissimo (e ainda o ampliarão) quanto aos poderes dos pais nas Pessoas, e nos bens adventicios dos filhos *em quanto elles não são casados ou emmancipados*. Assim vemos a Ord. L. 1. Tit. 86. §. 6. dizendo = *Deixará os bens em poder do pai, porque elle por Direito he seu legitimo administrador; porém he obrigado conservar os bens a seus filhos quanto á propriedade, e sómente pôde gastar as rendas, e novidades dos ditos bens em quanto tiver seus filhos em poder, e he obrigado entregar-lhos quando forem emmancipados, ou casarem.* = Assim vemos a Ord. Liv. 4. Tit. 97. §. 19. dizendo = *Haverá o filho a propriedade em quanto o pai os usos-fructos em quanto o filho estiver em seu poder. Et tanto que for emmancipado, ou casado logo lhe serão entregues para delles haver o senhorio cumprido, etc.* = Vemos o mesmo Livro Tit. 98, que suppondo a regra só expõem as limitações = *Em que casos não podem haver o pai o uso-fructo das 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 mineyrennes do consentimento dos pais como hum effeito do patrio poder. Finalmente a Ord. Liv. 4. Tit. 54. §. 2. in fin. só assigna 3 casos, em que os filhos sahem do patrio poder, scilicet *morte, casamento, ou emmancipação.*

N. 3. Por outra parte as citadas Leis do Reino só livrão ao filho do poder patrio por meio do *casamento*, ou *emmancipação* (ainda que não excluem os mais casos de Direito Romano de quib. Arouc. Silva a n. 23.) Na palavra = *emmancipação* = sup-

põem huma *valida*, e *solemnizada* conforme as Leis do Reino. Ora já vimos no §. 1. e 2. que a nossa Legislação, e o costume do Reino adoptarão a *emancipação Anastasiana*; e que nenhuma emmancipação de filho familias o 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 em que o filho seja emmancipado. É ainda he mais notavel a Ord. L. 4. Tit. 50. no §. 3., que *chama filho familias o que negocia separado*, sem mandado de pai, depois de ter dito no §. 2. que só livra do patrio poder a *morte*, a *emmancipação*, e o *casamento*.

N. 4. Destes principios se segue 1.º, que dependendo neste Reino a emmancipação da solemnidade de Provisão expedida pelo Desembargo do Paço passada pela Chancellaria, registada, etc. na fórma da Ord. L. 2. Tit. 38., e seguintes, se não apparece tal emmancipação no Registro daquelle Tribunal, he evidente prova de que não houve tal solemnidade, e tal emmancipação, ou que se a houve se não confirmou, Card. de Luc. de Benef. disc. 91. n. 17., Parex. de Instrum. edit. Tit. 7. Resol. 10. a n. 12. E não póde neste caso o tempo presumir a dita solemnidade necessaria, Valeron. de Transact. Tit. 4. q. 2. n. 77., Noguierol alleg. 38. n. 44., Castilh. Liv. 7. Conrr. Cap. 20. a n. 30. Logo longe de nós a *emmancipação presumida*. Assim nas Nações em que se pratica a *Anastasiana*, e depende a emmancipação do Principe, Harpprectr. disp. 3. n. 194. et 195.

N. 5. Segue-se 2.º, que se o pai *conniventibus oculis* deixa habitar o filho separado, sem lhe entregar effectivamente todos os bens adventicios do filho, 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* emmancipado. Quando em contrario, em quanto o pai retem o uso-fructo conserva hum attributo do patrio poder; e já vimos N. 6. que não póde haver emmancipação expressa parcial. Logo tambem não tacita, porque *taciti et expressi idem est judicium*. " *Emancipatio autem tacita, quam DD. fingunt, est ignis frigidus.* ", Thomas. Not. de us. hod. Liv. 1. Tit. 7. in fin. *maxime* neste Reino.

N. 6. Segue-se 3.º, que ainda que o filho não tenha bens alguns adventicios de que o pai retenha o uso-fructo na separação do filho, nunca este se póde dizer emmancipado *por via de prescripção*. Porque ou o filho tem justa causa, e alguma das expostas por Arouc. na L. 3. ff. de His qui sunt sui vel alien. jur. n. 3. para não viver com o pai, e para lhe rebater sua acção de reivindicção, ou nao: *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: *Si secundum*; como he arbitrario, e facultativo ao pai reivindicar quando quizer o filho, ainda menos se póde dar prescripção contra o pai, sem intervirem as circunstancias necessarias para haver prescripção nos actos dependentes do livre arbitrio, e facultade de outro. E ainda menos obstando as nossas Leis a toda a emmancipação tacita, e presumida. E viria com o troco de huma só palavra = *presumpção* = *prescripção* = a obter se por hum meio o que por outro se denega, sendo a causa, e o effeito os mesmos. Expressa, e terminantemente assim o decidio o Cod. Frederico P. 1. Liv. 1. Tit. 9. art. 2. sub §. 31.

N. 7. Segue-se 4.º, que havendo entre nós tantas, e tão expressas Leis patrias, não nos podem ser subsidiarios, nem modelo de imitação esses costumes de outras Nações, pois que só nos são subsidiarios em

falta de Leis Patrias, e costumes da Nação, unico caso em que se admite a Lei de 18 de Agosto de 1769 §. 9.

N. 8. Segue-se 5.º, que á vista do exposto cessão as doutrinas d'Arouca na L. 8. ff. de his qui sunt sui n. 16. et 17. em quanto nos deixou os modos de provar a emmancipação perdida: porque ou se hade provar pelo Registro da Chancellaria, ou se hade reformar pela fórma que manda a Ord. L. 3. Tit. 60.

N. 9. Eu só admittiria huma prescripção do patrio poder (e de nenhum modo presumpção de emmancipação) no caso em que o pai dimittisse positivamente ao filho os seus bens adventicios com dimissão 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 emmancipação solemne habilitaria o filho para testar; porque a tanto repugna a nossa Legislação, e mesmo a Romana. Boehm. ad Pand. Exercit. 21. Cap. 2. §. 16.

N. 10. Quando porém apezar deste meu novo discurso a N. 2.º haja quem ainda tenha aferro ao Direito Romano, e á turba dos DD. que (com erro demonstrado por Boehm. Exerc. 21. Cap. 2. 16.) deduzem a conclusão absoluta que a emmancipação se presume, ou prescreve por 10º ou 20 annos, devo advertir que neste supposto, e para haver essa presumpção ou prescripção, he necessario que o filho se trate por livre, e *sui juris* com sciencia, e paciencia do pai, com negocio, e economia separada, e com independencia do pai, contratando, etc., não bastando actos indifferentes: e ainda com a distincção de que para subsistirem os seus contractos, e se não valer do S. C. Macedoniano, basta esta posse de liberdade por 10 annos; porém para testar validamente he ne-

cessario que tenham passado 20 annos de economia separada, e sem que o pai lhe tenha feito em contrario protesto algum da conservação do seu poder patrio. Assim o expõem, e distingue com muitos DD. Arouc. na L. 3. ff. de his qui sunt sui n. 4. et 5. Confirão-se os mais DD. citados no n. 1.

N. 11. Adverte judiciosamente Dunod no Tractado das Prescripções P. 2. Cap. 8. prop. fin, que o filho que assim se porta, como livre, não pôde valer-se do S. C. Macedoniano, nem ainda quanto as dividas que contrahio nos primeiros annos antes de passados os 10, e que os primeiros credores d'elle tem a primeira preferencia. Adverte mais quanto ao pai "*que elle pôde durante os 10 annos prevalecer-se do seu poder para fazer cessar os actos feitos pelo filho sem sua authoridade. Mas passado esse tempo o pai não pôde mais, nem contestar mesmo o que elle tivesse feito durante os 10 annos entre seu filho, e elle, porque se julga neste caso ter tido intenção desde o principio de emmancipar seu filho; e a emmancipação, que se adquire pelo lapso dos dez annos, tem hum effeito retrotractivo.*" Confer. Gracian. for. Cap. 820. tot.

N. 12. 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 cegamente do pouco que a este respeito disse Mello: Primeiramente não deve chamar *emmancipação* a dimissão do patrio poder, e a liberdade que o filho adquire pela economia separada, porque não he isto propriamente *emmancipação*, nem tem analogia alguma com a dos Romanos, como largamente demonstra Boehm. Exerc. 21. Cap. 2. per tot. Nem foi conhecida pelo Direito Romano, Harppretr. disp. 3. thes. 7.

N. 13. Em 2.º lugar, quem venerar o systema

de Mello, deve advertir que “ *Nulli alii juri, quam*
 „ *Consuetudinario sive moribus modernis suos hæc*
 „ *separatio natales debet.* „ Harpprectr. Silva n. 36.
 com Brunneman., Stryk, Lauterb., e outros. Ahi re-
 fere as Nações, em que se pratica esta separação de
 filhos com efeitos como de emmancipação. Porém na
 thes. 9. a n. 41. infere, que como este costume he
exorbitante de Direito Romano, só he praticavel nas
 Nações em que elle se prova introduzido. E quem o
 vio jámais praticado neste Reino?

N. 14. Em 3.º lugar: Que ainda no tempo ne-
 cessario para a separação produzir esse effeito, varião
 os costumes das Nações. Em humas surte effeito a
 separação logo que o filho se separa (intervindo os
 necessarios requisitos); em outras só passado anno,
 e dia, Harpprect. Silva n. 34. 73. 74. 75., Stryk. us.
 mod. Liv. 1. Tit. 7. §. 18., Idem Harpprect. thes.
 26. n. 153. E eu perguntarei aos sequazes de Mel-
 lo, qual destes costumes devemos nós abraçar, e se-
 guir?

N. 15. Em 4.º lugar: Em humas Nações he ne-
 cessario o consentimento do pai nessa separação do
 filho expresso ou tacito, mas bem demonstrado. Em
 outras não he necessario, sendo livre ao filho sepa-
 rar-se quando quizer da economia paterna, Harpprec-
 ct. Silva thes. 16. 17. 18., maxime casando o Pai
 segunda vez, sendo severo etc DD. apud Harpprect.
 d. thes. 17. Compõem esta contradicção Stryk. us.
 mod. liv. 1. Tit. 7. §. 20. fazendo geralmente in-
 dispensavel o consentimento do pai, assim como as
 Leis, (e mesmo as nossas o requerem para a sepa-
 ração por meio do casamento). Accrescentando Stryk.
 que “ *Si tamen Pater in separationem consentire*
 „ *volit, res ad judicem referenda, ut ille arbitre-*
 „ *tur an pater justas contradicendi causas habeat;*
 „ *an non; et ita vel pro separatione pronuntiet, vel*

„ *filium ad ulteriora obsequia adigat: Et hoc ad ar-*
 „ *bitrium judicis.* „ Conter Harpprect. thes. 50. di-
 zendô que o pai se pôde com justa causa oppôr nessas
 Nações á separação do filho. Pergunto pois qual dos
 costumes varios dessas Nações devemos seguir? O que
 faz a separação do filho dependente do consentimen-
 to paterno, ou o que permite ao filho a separação
 independente d'elle?

N. 16. Em quinto lugar: Em humas Nações pô-
 de o filho fazer esta separação logo que passar á pu-
 berdade; e outras só aos 21 annos; em outras só de-
 pois de 25 annos. Veja se esta variedade no citado
 Harpprect. thes. 20. desde o n. 108. até o n. 124.,
 e n. 152., Conf. Stryk. Silva. §. 19.; E qual destas
 Nações devemos imitar no nosso Reino?

N. 17. Em 6.º lugar: He necessario que o filho
 totalmente se separe da habitação, e da convivencia
 com o pai na mesma casa, e á mesma meza, Harp-
 prect. thes. 22. cum seq.; e nem por isso que o filho
 seja soldado; nem por isso que vá habitar nas casas,
 que algum parente lhe deixa, e que cuide, e admi-
 nistra 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 ou se proponha a negociar;
 basta para haver tal separação com effeitos de em-
 mancipação, Harpprect. Silva, Stryk. Silva §. 19.
 Cod. Freder. p. 1. Liv. 1. Tit. 9. art. 2. §. 28. He
 sim precisa huma separação total da casa, família, e
 meza do pai; hum estabelecimento de casa propria
 com animo, e intenção de perpetuidade; com estabe-
 lecimento de trafico, ou negociação propria, econo-
 mia, e familia particular, Harpprect. thes. 28. cum
 seqq., Stryk. supr.; e isto além dos mais requisitos.
 Em fim he necessario, segundo os costumes da Alema-
 nha, que com a separação do filho concorra assignar-

lhe o pai bens , ou dimitir-lhe a legitima materna. Thomas Not. ad Instit. Liv. 1. Tit. 12. pag. 66. et 67.

Nota: O mesmo Harpprect. 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 uso-fructo dos seus bens advencios: elle pôde restar como Cidadão Romano: elle não pôde mais valer-se do S. C. Macedoniano: elle fica habil para contratar com o pai, receber d'elle doação etc.: elle pôde demandar o pai em Juizo: elle adquire só para si: elle pôde ja contrahir Matrimonio sem consentimento do pai. O pai não o pôde ja castigar, nem reivindicar: o pai não fica obrigado as despezas dos seus crimes, etc. etc.

N. 18. O mais seguro quanto a mim, ou seja *in consulendo*, ou seja *in judicando*, he seguirmos o nosso Direito Patrio, na fórma que fica exposto nos N.ºs 1. 2. e 3. ab. notada a *emancipação tacita*, ou *prescripta* do Direito Romano, e desprezados os costumes das Nações. Devemos seguir a nossa Jurisprudencia fixa, e prosteigar humas Jurisprudencias tão vagas, 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. tirão da citada L. 1. Cod. de Patr. potest. he errada, como se pôde ver no cit. Harpprect. thes. 7., e em Boehm. Exerc. 21. Cap. 2. E quanto aos costumes das Nações, sendo elles tão varios, e tão diversos dos do nosso Reino; sendo oppositos mesmo ao costume deste Reino, como se podem seguir sem erro? Por outra parte agora me lembra a Ord. L. 3,

Tit. 9. §. 3., que aos maiores de 25 annos habilita para estarem em juizo com os pais, sobre bens *Castrenses ou quasi* (em que o filho tem dominio sem differença de emmancipado); e não tendo aquella idade, só tendo supplemento Real (vulgarmente emmancipado). Logo impraticaveis neste Reino os costumes de algumas Nações, que hão por emmancipados os filhos tanto que passam 15 annos, pois esta Ord. só os habilita para estar em Juizo sobre *bens Castrenses ou quasi*, em que não he necessaria *emmancipação*, e não nos mais casos em que a supõem necessaria.

TIT. V. §. 27. RUBR.

Ex filii dignitate.

NA Nota a este §. seguio Mello a Thomaz. a Instit. Liv. 1. Tit. 12. no fim, quasi por formaes palavras. Dos mesmos costumes na sua Nação testifica Voet. ad Pand. Liv. 1. Tit. 7. n. 10. Porém em toda a nossa Legislação não encontramos outros modos, pelos quaes o filho fique livre do patrio poder, senão ou por emmancipação solemne, ou por casamento, Ord. Liv. 1. Tit. 88. §. 6. Liv. 4. Tit. 50. §. 2. Tit. 97. §. 19. Os nossos Egidio, e Pereira dec. 105. n. 4., e com elles Portugal Liv. 3. Cap. 23. n. 47. no fim, e Peg. Tom. 7. a Ord. Liv. 1. Tit. 87. §. 6. n. 90., sim dizem que a Ord. não exclue outros casos semelhantes. Mas quaes serão elles! Quanto a mim não podem ser outros senão os referidos acima debaixo do §. 22. deste Titulo; porque outros não admite o Direito Romano subsidiario, nem no corpo das nossas Leis se encontra.

N. 19. Ainda assim a este respeito o uso das Nações
Part. II. Gg

ções não he universal, como supõe Mello. O Código da Prussia P. 1. Liv. 1. Tit. 9. Art. 2. §. 30. diz pelo contrario “ *O filho não he livre do poder patrio,* „ *quando elle obtem hum cargo, ou dignidade impor-* „ *tante, etc. Na Saboya nem ainda a Dignidade Sen-* „ *atoria livra do patrio poder,* Fabr. in Cod. Liv. 8. Tit. 33. Def. 3.

N. 20. E sendo impraticavel neste Reino a emancipação tacita (§. 26. a n. 1.^o), devemos assentar com Stryk. us. mod. Liv. 1. Tit. 7. §. 24. que „ *Quaecumque dignitas Jure Romano non eximit* „ *filium à nexibus paternis, illa nec hodie eum li-* „ *berat.* „ Ora, por Direito Romano só libertavão do patrio poder as Dignidades relatadas na L. ult. Cod. de Decurion. por força da Novell. 81. Cap. 1., 2., 3., como dizem Struv. Exerc. 3. thes. 67. Fragoz. P. 3. Liv. 2. disp. 3. §. 3. n. 103. E a do *Patriciado*, tx. in §. *Filius familias*, Inst. Quib. mod. jus patri. potest. solvit. a que hoje corresponde a Dignidade de *Conselheiro do Principe*, Stryk. supra, Mul. ad Struv. Exerc. 3. thes. 67. Amaya na L. 66. Cod. de Decur. Liv. 10. a n. 47. videndus.

Nota: O nosso Thom. Valasc. alleg. 29. a n. 82., e depois d'elle Fragozo supra a n. 103. se propozeraõ equiparar as Dignidades dos Romanos com as do Reino de Hespanha, e de algum modo com as do nosso Reino; ainda que Mello arbitrariamente diz na Nota a este §. que „ *nostræ Civitatis Constitutioni inepte applicantur.* „ Como que não podesse fazer-se hum justo parallelo dessas Dignidades com as do nosso Reino. Veja-se o que notei ao Liv. 1. Tit. 2. §. 14.

N. 21. Em consequencia: Nem pelo Direito Ro-

mano nem pelo Consuetudinario deste Reino são livres do poder patrio; 1.^o, os Ecclesiasticos *quoad temporalia* ainda que tenham Ordens Sacras, Valasc. Cons. 108. n. 30. Fragoz. supra n. 99. Cald. in L. Si curatorem Vbo Læsis n. 130. Y. = *tamen* = Guerreiro Tr. 2. Liv. 5. Cap. 5. n. 28. Thom. Valasc. supra n. 70., Arouc. na L. 3. ff. de His qui sunt sui n. 13., nem na Alemanha Stryk. us. mod. Liv. 1. Tit. 7. §. 24. Nem 2.^o, os Freires professos nas tres Ordens Militares, em tanto que tendo vivos seus pais não podem testar de bens adventicios, como refere julgado Valasc. Cons. 108. Fragoz. supra n. 114., Arouc. n. 11. Thom. Valasc. n. 111. Nem 3.^o, o grão de Doutor, e menos o de Bacharel, Stryk. supra, Mul. ad Struv. Exerc. 23. thes. 67., Arouc. n. 14. Thom. Valasc. n. 78. Nem 4.^o, a milicia, como se deduz da Ord. Liv. 3. Tit. 9. §. 3., Liv. 4. Tit. 83. §. 1. Arouc. supra n. 10. Thom. Valasc. n. 77. Alvar. Valasc. Cons. 108. n. 22. Nem finalmente qualquer outro officio, ou Dignidade, que não seja entre nós semelhante aos exceptuados no Direito Romano na L. fin. Cod. de Decurion. Sobre cuja intelligencia se veja Amaya no seu Commentario, aonde expoz magistralmente todas essas Dignidades dos Romanos, e os seus respectivos empregos, ministerios, honras, preeminencias, etc.

Nota: Recebido, e praticado sempre neste Reino a este respeito o Direito Romano; sendo com elle conformes as nossas Ordenações que deixo citadas; não conhecendo, nem approvando a nossa Legislação outros modos de dissolver o poder patrio mais que o casamento, e emancipação; não podendo jámais presumir-se pela economia separada, etc. injustamente, a meu ver, reprehende Mello a Thom. Valasco, e aos mais

Reinícolas; e contra o espirito da nossa Legislação, e Direito Consuetudinario, por proprio arbitrio livra do poder patrio todo o constituido em qualquer Dignidade, ou officio civil, ou militar, indistincta, e absolutamente, etc.

TIT. VI. RUBR.

De jure liberorum, et agnatorum.

§. I. RUBR.

Liberorum differentia.

Segundo a exposição de Gabr. Valeot. de Nothi Spur. que fil., e de Bento Pereira no Elucidario a n. 372., a palavra = *filho* = na geral accepção se divide em *legitimo*, e *illegitimo*: o legitimo se subdivide em *legitimo natural*, qual o nascido de justas nupcias, ou legitimado per subsequens, ou de matrimonio putativo; em *legitimo não natural*, qual o adoptado, e arrogado, e em *legitimo spiritual*, qual he o afillado do Baptismo, ou Confirmação; o Diocesano do Bispo; o Paroquiano do Paroco. *Oillegitimo*, ou he *natural* sómente, qual o nascido de homem, e mulher solteiros sem impedimento Canonico para poderem juntar-se em matrimonio; ou he *natural spurio*, qual o sacrilego, adulterino, e incestuoso. Nestas duas classes de *illegitimos*, que ainda que pelas Leis Civis comprehendem os filhos de pai incesto, e de meretrizes, mais propriamente são os *incestuosos*, *adulterinos*, e *sacrilegos*. Os *Mauzeres* voz Hebraica; *id est ex non legitima uxore, sed ex scorto nati*; tambem entrão na classe de *spurios*. Os *Nothos*

sobre os quaes, e a accepção desta palavra, e se são, e se se entende dos *naturaes* ou dos *spurios*, e quaes se são, varião as intelligencias dos DD. apud Paleorh. supra Cap. 17., e Bento Pereira, Silva n. 374 *Vulgo concebidos*, e *quesitos*, quaes os que não podem mostrar Pai; ou se o mostram he daquelles, que não são licitos segundo as Leis, e se consumarão entre os *spurios* = *Nascidos ex complexu nefario*, quaes se denominão tambem os adulterinos, incestuosos, sacrilegos, e outros: *Posthumos* os nascidos depois da morte dos pais. No n. 378. explica o mesmo Pereira, quaes em summa se comprehendem = *Naturalium appellatione* = *Spuriorum appellatione* = *Bastardorum appellatione*.

Nota: Supposto que he regra geral estabelecida por muitos DD., que em dúvida antes se deve presumir *natural*, e não *spurio* qualquer filho, Guerreiro Tr. 2. Liv. 1. Cap. 3. n. 52. Phæb. Decis. 68 n. 10. Babóz. vot. 68. n. 65., e melhor no vot. 114. n. 24. Sustentando outros que em dúvida se presume *spurio*, Aquil. ad Rox. P. 2. Cap. 4. n. 67. Barboz. vot. 68. n. 64. Com tudo esta he a commua distincção: ou o filho natural está na posse da herança, e he demandado para a dimittir, allegando o agente que elle he spurio, e incapaz da successão; e então a presumpção de ser natural lhe assiste; e quem o accusa spurio o deve provar: ou o que se diz natural he o agente, e se prôpõe como tal, e successivel reivindicar a herança possuida por terceiro; e então não lhe basta a presumpção de ser natural, mas deve provar que na realidade o he. Assim distinguem Aquil. ad Rox. supra a n. 66. Barboz. vot. 98. n. 67. Peg. de Mayor. Cap. 9. a n. 467. Cresp. de Valdaur. obs. 23. q. 5. tot. Confirma-se com

o simile , e com os principios apud Bagn. Cap. 9. a n. 153.

TIT. VI. §. 2. RUBR.

Qui filii sint legitimi.

N. 1. **P** Ara qualquer se reputar, e julgar filho legitimo he necessario que seja nascido de justas nupcias : e por tanto he preciso 1.º, que se prove o matrimonio : 2.º, que fosse legitimo, ou para produzir prole legitima, ou para legitimar a antes nascida : 3.º, que essa presumpção de ser o filho do marido se não illida com provas contrarias : 4.º, que seja nascido em tempo competente para se julgar que o he de ambos esses conjuges. Tratarei pois em particular de cada hum desses requisitos.

N. 2. Quanto ao primeiro : Sim parece que a Ord. L. 4. Tit. 46. §. 1. e 2., e Liv. 5. Tit. 19. §. 2., e Tit. 25. §. 8., e Tit. 38. §. 4. admittem prova do matrimonio por testemunhas, por cohabitação na mesma casa em fama de casados, ainda que se não provem as palavras com que de presente se contrahio o matrimonio, etc. Porém deve advertir-se que a dita Ord. L. 4. Tit. 46. foi compillada da Manoelina, Liv. 2. Tit. 47. §. 1. e 2.; o Liv. 5.º Tit. 19. tambem da Manoelina no mesmo livro, e Tit.; e o Tit. 25. da Filippina foi compillada do Tit. 15. do Liv. 5. da Manoelina. Esta foi publicada muito antes do Concilio de Trento, tempo, em que os matrimonios clandestinos, ainda que prohibidos, erão validos, Solano cog. 48. a n. 10.; e tempo em que erão prova veis pelos modos que referem as citadas Ordenações,

e mesmo por presumpções, como se póde ver em Begnudel. verb. = *Matrimonium* = a n. 184. Marcard. de Probat. conclus. 1019. e seguintes.

N. 3. Ora entre os mais requisitos, que o Concilio Tridentino Sess. 24. de Reform. Cap. 1. introduzio de novo, hum foi que os Parocos deverião ter hum livro, em que assentassem, como em matricula, as pessoas que contrahissem os matrimonios, o lugar, o tempo, e nomes das testemunhas, Barboz. de Paroch. Cap. 7. a n. 6. Foi o Concilio recebido, e mandado executar neste Reino em todas as suas determinações pela Lei na Ord. Liv. 2. Tit. 1. coll. 1. n. 1., e pela outra de 13. de Novembro de 1651, que especialmente se oppoz a punir os matrimonios clandestinos contrahidos contra a fórma estabelecida no Concilio.

N. 4. A vista do exposto he bem manifesto 1.º, o quanto forão pouco advertidos os Filippistas, quando na Compillação Filippina publicada depois do Concilio, admittirão humas provas do matrimonio clandestino, que elle reprovava, e que a Ord. Manoelina só admittia antes do mesmo Concilio, e não admittiria depois delle: bem como com o mesmo erro compillarão na Filippina a Manoelina, Liv. 5. Tit. 32., a qual depois do mesmo Concilio não podia jámais dar-se, caso, em que podesse praticar-se, como bem convence Solano cogit. 48. tot. : sendo este hum dos bem notaveis erros dos Filippistas.

N. 5. He bem manifesto 2.º, que hoje depois do Concilio, e Leis, que o mandarão observar em todas as suas determinações, não he jámais provavel o matrimonio por esses outros modos, pelos quaes antes do Concilio de Trento era provavel, mas sómente o póde ser com Certidão extrahida do livro do Paroco, a menos que não conste, ou que o tal livro se perdeo, ou que o Paroco foi omisso em escrever o as-

sento do matrimonio , como bem advertem Cyriac. Controv. 272. tot. Begnudel. Vbo = *Matrimonium* = sub n. 185., Conf. Card. de Luc. ad Concil. disc. 26. n. 8.: e isto como por huma reforma nos termos da Ord. Liv. 3. Tit. 60. §. 6. , ou como por supplemento de huma ommissão do Paroco.

Nota : Hoje por estilo dos Bispados , ou quando se perde o livro dos assentos dos casamentos , ou quando os Parocos são ommissos em fazer o assento de algum matrimonio , se costuma reformar no Juizo Ecclesiastico com testemunhas , que presenciassem o matrimonio solemnemente contrahido. Eu não duvido que hum matrimonio antigo de cujo tempo já não hajão testemunhas vivas se possa provar , não apparecendo os livros , pelos modos que refere Escobar de Puritat. P. 1. q. 15. §. 3. n. 69., et q. 17. §. 4. a n. 29. Porém tratando se de hum matrimonio celebrado ha poucos annos , eu não admittiria outra prova que não fosse huma certidão do Paroco , e só testemunhas no caso de se verificar a perda do livro , ou a ommissão do Paroco : e sem este requisito não admittiria a prova do matrimonio para o fim da successão , Peg. Tom. 11. ad Ord. Cap. 175. n. 55., et de Maiorat. Cap. 9. a n. 564., aonde pelo menos requer que o filho prove o matrimonio por testemunhas , que o vissem contrahir em face de Igreja perante o Paroco , e por palavras de presente.

N. 6. Quanto ao 2.º requisito : Para ser hoje legitimo o matrimonio he necessario que seja contrahido na fórma do Tridentino , Sess. 24. de Reform. Matrim. Quando pelo Matrimonio *putativo* seja legitima a prole , fica demonstrado ao Tit. 5. §. 13.:

E quando pelo subsecente matrimonio fica legitimada a prole antes nascida , fica demonstrado nas Notas ao Tit. 5. §. 14. 15. e 16.

N. 7. Quanto ao 3.º requisito : Os filhos nascidos na constancia do matrimonio tem a seu favor toda a presumpção de legitimos , ainda mesmo que conste que a mãe no tempo da sua concepção adulterava , ainda mesmo que tenham alguma semelhança com o adultero ; e ainda mesmo que este os tratasse . e alimentasse como seus , ut optime Barbos. vot. 22. a n. 1., Rovit. Liv. 3. Consil. 59. Arouc. na L. 6. ff. de his qui sunt sui a n. 12., Peg. de Maior. Cap. 9. a n. 569., Altim. Tom. 8. q. 1. pag. 15. coll. 1. et 2., et pag. 16. coll. 2.

N. 8. Porém esta presumpção do Direito , que tanto favorece a legitimidade dos filhos , e do matrimonio mesmo , ella cessa : 1.º , quando consta que no tempo da concepção de algum filho estava o marido preso , ou ausente em partes remotas , sem nesse tempo ser possível ter accessão a sua mulher : 2.º , quando se mostra ser o marido impotente no tempo da concepção desse filho : ou 3.º , quando com enfermidade tal , que o impossibilitasse para o accessão , e para a geração , Peg. de Maior. Cap. 9. a n. 578., Barbos. vot. 22. a n. 6.

Nota . Como depois da morte do marido , que muitos annos viveo em consorcio com a mulher , se possa provar ter elle sido impotente , por meio dos necessarios exames , que requerem os Medicos , Baumer Chyrurgia forense P. 5. Cap. 9., Sykora conspectus Medicin. Legal. P. 3. Cap. 11., Plenk. pag. , he , quanto a mim , hum impossivel. Quanto á velhice : que nos velhos de 70. annos possa haver potencia generativa o fir-

Part. II. Hh

mão Barboz. supr. n. 38., Paul. Zach. qq. Medic. Legal. Liv. 1. Tit. 1. q. 9. a n. 50.

N. 9. Cessa tambem a mesma presumpção da legitimidade do filho quando ambos os pais juntamente affirmão não ser elle de legitimo matrimonio, et maxime quando esta sua asserção he adinculada de verdadeira; bem que o filho assim negado póde provar o contrario, Peg. de Maior. Cap. 9. a n. 572. Não he porém acreditavel por si só a confissão da mãe, em quanto diz que tal filho não he havido de seu marido, mas adulterino, Angelis de Confession. Liv. 3. q. 5. n. 1. Mas a asserção de Pai no ultimo fim da vida, declarando que tal filho não he seu, não deixa de merecer alguma attenção, Angel. supr. n. 2.

N. 10. Quanto ao 4.º requisito: quando se devão julgar legitimos, e attribuir-se aos pais os filhos nascidos ao 5. 6. 7. 8. 10. 11. 12. e 13. mezes? *Varii varie diserunt.* Vejam-se Samuel de Coccey Jus Controv. Liv. 1. Tit. 6. q. 3., Stryk. us. mod. Liv. 1. Tit. 5. §. 14., Paul. Zach. qq. Medic. Legal. Liv. 1. Tit. 2., Baumer Medicin. For. P. 2. Cap. 3., Sikor. respect. Medicin. Legal. P. 2. Cap. 4., Plenk. Chyrurg. forens. a pag. Cæranz. de Partu Cap. 8., Arouc. na L. septimo mense de statu homin. Stryk. de Success. ab intestat. Dissert. 1. Cap. 2. a §. 16., Roxas de Incompatibilit. P. 2. Cap. 4., Altum. Tom. 8. q. 1. a n. 36., Portug. Liv. 3. Cap. 18. a n. 25., Guerreiro, Tr. 2. Liv. 1. Cap. 2. a n. 36.

N. 11. O tempo, que a Natureza prefino regularmente a todo o parto he o de 9 luas do dia da concepção. Esta he a geral presumpção fundada na Natureza mesma, Gobio Consult. 12. n. 13., Altum. supr. n. 38., Peg. de Maior. Cap. 9. pag. 171. coll. 2. Todos os mais partos são extraordinarios, e raros. Devemos pois fazer differença entre os filhos nascidos

ao 3. 4. 5. 6. 7. ou 8. mez, contados do dia em que se celebrou o matrimonio, e entre os que nascem ao 10. 11. 12. e 13. mez depois da prisão, ou ausencia do marido, ou depois da morte d'elle.

N. 12. No 1.º caso devemos distinguir: ou os pais reconhecêrão, educárão, e tratárão por seu o filho nascido ao 3. 4. 5. 6. 7. ou 8. mez depois do seu matrimonio, conservando se o filho na casa, e na posse de filho até a morte de pai; e então facilmente se suppõe concebido de antecedente coito entre os pais, e por isso reconhecido por elles; e em consequencia legitimo, como nascido na constancia do matrimonio, tempo mais util que se attende parà a sua legitimidade, e esta presumpção lhe assiste por mais que outros irmãos o neguem filho, Coccey Jus Controv. Liv. 1. Tit. 6. q. 8.; Gomes in L. 13. Tauri n. 4. in fin., Sperell. dec. 175. n. 34., Altum. Tom. 8. pag. 15. coll. 2. in princ. Concorda o Cod. Civil dos Francezes Art. 214.

N. 13. Ou o pai sempre negou ser seu esse filho nascido ao 3. 4. 5. ou 6. mez depois do matrimonio, e então resistindo ao filho a presumpção da Natureza, e a negação de pai, incumbe-lhe a prova do antecedente concubinato de pai com a mãe, e que esta não era infamada com outro homem, nem podia ter a outro facil accessó, ou para se dizer filho gerado já depois do matrimonio, e nascido ao 5. ou 6. mez, póde recorrer ás conjecturas dos partos immaturos, como ter nascido muito pequenino com imperfeições de cabellos, unhas, etc., ou ter a mãe alguma causa accidental, que lhe occasionasse o prematuro parto, ou outros signaes dos que expõem Zacchia, Baumer, Sikora, e Plenk. citados, e outros mais que tratárão a Medicina Medico-Legal. Os nascidos ao 7. mez tem a seu favor, independente de outra prova, a L. 12. ff. de Stat. homin.

N. 14. No 2.º caso varião os DD., como se vê nos citados Coccey q. 6., e Caranz. Cap. 13., e seguintes. Pelo nascido ao 10. mez estão Caranz. dno Cap. 13., e os mais que segue Arouc. á dita L. 12. n. 3., Stryk de Success. ab intest. Dissert. 1. Cap. 2. §. 17. Pelo nascido no 11. mez temos neste Reino as Decisões de Gama 325., e de Phæb. 51., e a doutrina de Stryk. supr. Outros pelo contrario Coccey supr. Nada de certo só sim que “ *In partu seriori* „ *judicando viduæ qualitas non negligenda, an sci-* „ *licet bonæ famæ sit, et honeste vixerit, et nulla* „ *in ea sinistra conversationis suspicio cadat* „ *Caute tamen hic procedendum ne malitiæ aperta-* „ *tur fenestra.* „ Stryk. supra. Em consequencia: pelo nascido no tempo regular está a presumpção do Direito com o da Natureza. Contra os nascidos passados os termos regulares está a presumpção em quanto se não allide com provas da honestidade da Mãe: assim judiciosamente conclue Coccey Jus Controv Liv. 1. Tit. 6. q. 4. no fim ibi = *Hinc facile concilian-* „ *tur variæ sententiæ, et Imperatorum Decreta . . .* „ *Intra terminos hos partus edito, non opus est cau-* „ *sæ cognitione, sed habetur pro legitimo: extra eos* „ *verò dubius erit partus suspectusque, et aded co-* „ *guscenda sic femina in Romæ 11. mense peperis-* „ *se refert Gell. N. A. L. 3. Cap. 16. quem D. Ha-* „ *drianus legitimum prænantiauit, sed causa cogni-* „ *ta, quod femina fuerit bonis, atque honestis mo-* „ *ribus, et non ambigua pudicitia, etc. Conf. Arouc.* in dita L. 12. n. 6.

Nota: O Cod. Civ. dos Francezes, Art. 315. firmou esta regra = *A legitimidade do filho nascido 300 dias depois da dissolução do matrimonio poderá ser contestada.* = E assim a legitimidade dos nascidos aos 10 mezes. Veja-se so-

bre tudo o exposto desde o n. 1. o Cod. Frederic. P. 1. Liv. 2. Tit. 5. tot.

N. 15. Quid se a viuva poucos dias, ou mezes depois da morte do primeiro marido casa com segundo, a qual dos dois se deva attribuir o feto? Vide Stryk. supr. §. 18., Coccey q. 5., Roxas de Incompatibil. p. 2. Cap. 4. tot., Altim. tom. 8. q. 1. sub n. 38., Peg. de Maior. Cap. 9. a n. 575., Guerreiro Tr. 2. Liv. 1. Cap. 2. a n. 44.

TIT. VI. §. 3. RUBR.

Legitimorum jura.

Diz Mello na nota a este §., que nelle recopilou, mas não se propoz expor os peculiares direitos dos filhos Legitimos, reservando para os proprios, e competentes lugares a exposição dos mesmos Direitos. Eu pois digo, e prometto o mesmo se Deos me der vida, e saude.

TIT. VI. §. 4. RUBR.

Bastardi qui dicuntur.

Conf. Barboz. Appellativ. 31. Pereir. in Elucidar. n. 778. in fin. Stryk. vol. 11. Dip. 5. Cap. 1. n. 3.

TIT. VI. §. 5. RUBR.

De Regum Bastardis.

HUm grande apparatus de exemplos illustres, em que filhos de Reis, e mesmo por honra se intitulavão *Bastardos*, nos offerece Stryk. vol. II. Disp. 5. = *De Liberis Naturalibus Regum et Principum* =; demonstrando juntamente que estes *Bastardos* dos Reis não dependem de rescripto de legitimação, mas basta o reconhecimento dos pais, ou irmãos para ficarem legitimados, etc.

TIT. VI. §. 6. RUBR.

Et aliorum.

COm effeito: Que os *Bastardos* gozão da nobreza dos pais, o segue contra os mesmos Portugal, Carvalho, e Reinoso, Peg. no Tratado de *Spuriis* Cap. 26. a n. 9., e diz o citado Stryk. Cap. 2. a n. 51., que por costume quasi geral das Nações os naturaes de pessoas illustres gozão da sua nobreza, e privilegios, como em Saboia, na Toscana, e toda a Italia, no Delfinado, e toda a França, etc. Por outra parte que os illegitimos não devem ser notados com alguma macula, ou infamia o prova admiravelmente o mesmo Stryk. Cap. 2. a n. 7.; e he notavel a auctoridade de S. João Chrysostomo no Can. 4. Dist. 56., e a L. 3. §. 2., e a L. 6. ff. de *Decurionib*, e o Cap. 5. na Dist. 56. Confirma-se o mesmo Stryk. vol. 6. Disp. 5. de = *Questione status* = Cap. 3.

a n. 110., Peg. de Spur. Cap. 26. n. 9. optimè Pa-leoth. de Noth. et spur. Cap. 55. et seqq.

Quanto ao uso das armas com quebra, não só se pratica neste Reino. mas em outras Nações, como testifica Hoping. de *Jure Insign.* Cap. 7. §. 3. n. 142.; e que cousa seja *Barra*, que na nossa Ordenação Liv. 5. Tit. 92. §. 4. no fim se diz *quebra da Bastardia*, o explica com vario DD. o mesmo Stryk. Cap. 3. n. 159. et 60.

TIT. VI. §. 7. RUBR.

Filius a matre quoque nobilitatur.

Confira-se Carvalho de Testam. p. 1.^a n. 246., aonde declara que só perde a nobreza hũa mãe nobre, que se entrega á vida meretricia por lucro, como as mais meretrizes, mas não quando por desordenada luxuria, sem lucro meretricio, se prostitue, Phæb. dec. 55. n. 9. E consequentemente se a mãe não perde a nobreza luxuriando por estimulo carnal com varios homens, tambem seu filho *natural* não deixa por isso de ser nobre. E supposto Moraes de Execut. Liv. 4. Cap. 8. sub n. 40. requer que para o filho natural gozar da nobreza da mãe seja tambem nobre o pai, tal distincção não soffre a generalidade da Ord. Liv. 5. Tit. 92. §. 4. et 5. Só se dissermos que não he perfeita a nobreza, que se não deriva *ex utroque parente*, Maced. in Apologet. p. 2. n. 12.

TIT. VI. §. 8. RUBR.

De Infantibus expositis.

Confirão-se Stryk. vol. II. Disp. 5. Cap. I. a n. 44., aonde refere illustres exemplos dos expostos que foram Pontifices, e homens grandes, Peg. de compet. Cap. 9. a n. 4., aonde mostra que são habéis para serem Arcebispos, Bispos, e obterem todas as Dignidades, Benefícios, e Offícios. Confira-se também Guerreiro, Tr. I. Liv. I. Cap. 7., e Caranza de Partu Cap. 4. a pag. 314., e não ficará que desejar, Paleot. de Not. et spur. Cap. 63.

TIT. VI. §. 9. e 10. RUBR.

De legitimis, seu Adoptivis. De legitimatis.

Destes já fica tratado ao Tit. V. §. 17. 18. 19. e 20.

TIT. VI. §. 11. 12. RUBR.

Debentur filiis alimenta. A quo filius alendus constante matrimonio?

N. I., **H**E regra, e preceito geral (diz o Assento de 9 de Abril de 1792) de todos os Direitos Natural, Divino, e Humano, que cada hum se deve sustentar, e alimentar a si mesmo. Da qual regra em primeiro lugar são exceptuados os filhos,

„ e toda a ordem dos descendentes; porque como os
 „ pais lhe derão o ser, e a vida, dicta a razão natural que sejam obrigados a conservar-lha, contribuindo-lhes primeiro que todos com os alimentos necessários para esse fim., Conf. Puffend. de J. Nat. et G. Liv. 4. Cap. II. §. 4. Stryk. de Act. Sect. I. memb. 2. §. 3.

N. 2. Esta obrigação quanto aos filhos do matrimonio he commua a ambos os pais em quanto vivos; como bem prova com a Ord. Liv. 4. Tit. 99. Mello híc; e claramente o suppõe o dito Assento. Quando os pais são casados, conforme o costume do Reino com comunicação universal de todos os bens, nenhuma dúvida occorre em ser commua de ambos os pais a obrigação, bem como nas Nações; em que ha semelhante costume, dizem Groeneweg. de LL. abrogat. in L. 14. ff. de Agnos. Liber. Voet. ad Pand. Liv. 25. Tit. 3. n. 6. Stryk. us. mod. Liv. 5. Tit. 3. §. Cessando neste Reino, e neste caso a questão: *Se a obrigação da mãe he só subsidiaria em falta das facultades do pai.* Como adverte Peg. Tom. 7. ad Ord. Liv. I. Tit. 87. §. II. n. 6.

N. 3. Não posso porém acquiescer á opinião de Mello em quanto firma em ambos os pais aquella obrigação, ou casem conforme o costume do Reino, ou por dote, e arras. A 2.^a parte precisa desta distincção: ou a mulher, ou alguem por ella constitue todos os seus bens em dote ao marido; e então como elle pelos fructos he obrigado a sustentar os encargos do matrimonio, em que se comprehendem os alimentos dos filhos, ficão esses alimentados pelos fructos, que são communs, e cumpre o marido hum dos encargos do dote. Se porém a mulher ou seus parentes lhe assignão hum dote certo, e os mais bens da mulher ficão *parafernaes*; e então ou a mulher concede a administração, e fruição delles ao marido, e fi-

camos no mesmo ; ou a mulher se reserva a administração , e fruição dos bens *parafernaes* ; e então a primaria obrigação fica do marido já pelos fructos dos seus bens , já pelos do dote ; e só a mulher fica subsidiariamente obrigada , quando não possão suprir a tudo as facultades do marido. Assim o senhe Stryk. suprâ nos casos , em que o matrimonio he contrahido sem communicação universal de bens. Neste sentido entendo a Ord. Liv. 4. Tit. 99. , e que só falla no que he mais frequente , como são os matrimonios por carta d'amerade : só assim se pôde conciliar com a Ord. Liv. 1. Tit. 88. §. II. , que declara ser subsidiaria a obrigação da mãe , quando não houve matrimonio , e consequentemente não houve communicação de bens. Logo o mesmo procede ua mãe que casa por contracto , dote , e arras ; porque a sua obrigação de alimentar os filhos pelos bens *parafernaes* , só deve ser subsidiaria aonde não ha tal communicação universal de bens : de fórma que só da communicação de bens ou fructos he que pôde proceder ficar commua , directa ou indirectamente a obrigação de ambos os pais.

N. 4. Amplia-se pelo mesmo Assento esta obrigação dos pais " ou os filhos não tenham ainda chegado á idade de poderem adquirir por si o necessário para a sua sustentação ; ou sim tenham já della passado ; mas ou por defeito da natureza , ou por algum outro principio sejam tão inertes que se não possão alimentar a si mesmos. , Porém (e praticamente fallando) quando os filhos por esta causa de ineptidão , pobreza , e incapacidade de se alimentarem a si proprios , pedem em Juizo alimentos , devem provar a mesma impotencia como fundamento da sua intenção , Paul. Mel. ad Castilh. de Aliment. Cap. 1. n. 10. ; e ainda que Michal. de Fratrib. p. 3. Cap. 32. os exonera dessa prova , com tudo quando a po-

breza he fundamento da intenção do agente ; não basta a natural presumpção de que nascemos nus , e pobres , mas he preciso que a mesma pobreza effectivamente se prove , como fundamento da intenção do agente , Conciol. alleg. 6. a n. 23. , Guerra ad Ord. pag. 296. E entretanto que se não prova pelo filho a pobreza , e a ineptidão de se alimentar , prevalece contra elle a regra geral do mesmo Assento , que cada hum se deve sustentar , e alimentar a si mesmo.

N. 5. Amplia-se no Assento a mesma obrigação " Ou os filhos se conservem ainda debaixo do patrio poder , ou se achem já emmancipados. Porque o acto civil da emmancipação não deve privallos do Direito , que a mesma natureza lhes dá para serem soccorridos pelos pais nas extremidades das suas indigencias. , Tal he a ampliação do Assento. Porém supponhamos casada huma filha sem dote com hum marido rico : qual dos dois deve alimentalla , se o pai se o marido ? Respondo 1.º que se a filha quando já maior de 25 annos casou sem consentimento do pai , e sem incorrer já na pena da Lei ; ou quando menor obtve supplemento judicial , pôde demandar o pai por dote , ou alimentos , como direi ao Tit. 9. §. 5. , aonde exporei a regra com suas limitações ; e por ora basta-me referir Coler. de Aliment. Liv. 1. Cap. 2. a n. 29. , aonde prova que a filha casada sem dote pôde demandar seu pai por alimentos por ser della primaria a obrigação. Luc. Ferrar. Vbo. *Alimenta*. n. 34. O mesmo quanto ao filho , que casa com mulher pouco dotada , Coler. supr. Codig. Frederic. p. 1.º Liv. 2. Tit. 6. §. 7. optimè Ferrar. suprâ a n. 31. Respondo 2.º , que nos casos da impossibilidade do pai , ou nos em que elle não he obrigado dotar a filha , recae no marido a obrigação de alimentar a mulher , Codig. Frederic. supr. §. 14.

Fragoz. p. 3. Liv. 3. dip. 6. §. 1. n. 13. Luc. Ferrar. *suprà* a n. 69.

N. 6. Amplia tambem o mesmo Assento esta obrigação " Ou os ditos filhos não tenham ainda recebido as suas legítimas, ou as hajão já recebido, e dissipado; porque a si devem os pais imputar a intempestiva entrega, que dellas lhe fizerão. Esta ampliação he essencialmente fundada nas doutrinas de Cabed. p. 1. dec. 148., Maced. dec. 35. a n. 7., Peg. de Spuriis Cap. 5. n. 10., Struv. et Mul. Exerc. 30. thes. 76. Voet Liv. 25. Tit. 3. n. 3. optime Luc. Ferrar. Vbo *Alimenta* n. 91. Fontan. de pact. claus. 5. glos. 1. p. 1. n. 78. Fragoz. p. 3. Liv. 1. disp. 2. §. 1. n. III.

N. 7. Porém a hum filho assim prodigo, e dissipador não se devem já assignar segunda vez alimentos tão láutos como que primeira vez se lhe assignarão, mas com muita parcimonia, Cabed. *supr.* n. 2., aonde assim o refere julgado, Molin. de Primog. Liv. 2. Cap. 16. n. 28., aonde seus Adicionadores com muitos DD. dizem que se o filho culpavelmente dissipou o que se lhe assignou em alimentos, só se lhe devem prestar segúndos, como por modo de esmola. Se porém a perda for casual, e culpavel, se lhe devem arbitrar como que fosse a primeira vez que se lhe assignassem. O mesmo segue Mul. *ad Struv.* *supr.* Em Maced. já citado vemos julgado que sem embargo de hum irmão ter perdido os alimentos consignados em huma negociação arriscada, sim se lhe arbitrarão segunda vez, mas já com diminuição da 5.^a parte. E quanto mais se os primeira vez assignados forão dolosa, e prodigamente dissipados pelo filho?

Neste sentido se deve entender o Assento conforme as doutrinas, que os Senadores tiverão em vista, e com que se conformarão. E na ver-

dade, se he imputavel ao pai a culpa da intempestiva entrega das legítimas para outra vez dever alimentar o filho prodigo (mas parcamente, o que o Assento não declara); tambem ao filho he imputavel a culpa da sua dissipação, e prodigalidade: e assim fica a culpa de ambos punida; a do pai dando segúndos alimentos, ainda que mais parcos, a do filho recebendo-os mais moderados. Esta mesma distincção tão racional faz Stryk. vol. 5. disp. 4. Cap. 2. n. 34. Outra não pôde ser a juridica intelligencia do Assento nesta ampliação. Confira-se Coler. de Aliment. Liv. 1. Cap. 2. a n. 22.

N. 8. Nesta disposição do Assento se comprehendendo por identidade de razão (e debaixo da referida distincção) o caso que figura Cabed. dec. 148. n. 3. "*Si filius a principio habuit unde se alere posset, et culpa sua omnia amisit; et in hoc casu majori ratione, cum pater nunquam ei alimentu prestiterit quia habebat unde se alere posset; etc.*" O mesmo procede ainda quando o filho consumisse os alimentos consignados por transacção jarada, Solan. *cogit.* 9. a n. 190. Ficando á vista deste Assento sem uso neste Reino as contrarias doutrinas do Codigo Frederico p. 1.^a Liv. 2. Tit. 6. §. 11. n. 3. de Surd. de Aliment. Tit. 7. q. 5.^a, de Struv. Exerc. 30. thes. 76., e outros.

Nota: Ainda que o pai offereça antecipadamente ao filho a sua legítima, e elle não queira acceptalla, não se escusa o pai de lhe contribuir alimentos, Portug. de Donat. Liv. 1. Prælud. 2. §. 5. n. 13. Porque conforme a melhor opinião não he o filho obrigado a acceptar a legítima que o pai em vida lhe offerece, Guerr. tr. 2. Liv.

2. Cap. 5. n. 44., Harppret. disp. 60. a n. 377. *quidquid dicant alii apud* Torr. de Pact. futur. success. Liv. 3. Cap. 4. n. 11. Como deve regular-se o prudente arbitrio dos alimentos, e o que nelles deva comprehender-se? (que Mello tocou levemente na Nota a este §. 11.), tratarei na Nota ao §. 23. e 24. Outras ampliações (além das referidas expressas no Assento) ainda que o filho esteja excommungado, heretico, bannido, frade, expulso, etc. podem ver-se em Ferrar. Vbo *Alimenta* a n. 35. Coler. de Alim. Liv. 1. Cap. 2. Peg. de Spur. Cap. 1.

TIT. VI. §. 13. RUBR.

Et aquo, matrimonio morte soluto, (alimentando sint)?

N. 1. **Q**uando os filhos ficão orfãos por morte dos pais, então manda a Ord. Liv. 1. Tit. 88. §. 10., que tudo o preciso, além do leite, seja fornecido as mães á custa dos bens desses orfãos, como vestidos de linho, lã, cama, medicinas, etc. Peg. ad eand. Ord. n. 25. Passada a criação dos annos de leite, e depois dos sete de idade, manda a mesma Ord. §. 15., que “ *Se alguns orfãos forem filhos de pessoas, que não devão ser dados por soldada, o Juiz lles ordenará o que necessario lhes for para seu mantimento, vestido, calçado, e toda o mais, em cada hum anno. E mandará escrever no inventario para se levar em conta a seu Tutor, ou curador. E mandará ensinar a ler, e escrever aqelles, que forem para isso, etc.* Quaes circunstancias deva respectar o Juiz para bem regular

este arbitramento do alimento, vestido, etc. do orfão pelos seus proprios redditos? o expõe com toda a miudeza Peg. ao dito §. 15., e Guerreiro tr. 3. Liv. 5. Cap. 15.

N. 2. *Quid verò*: Se a mãe, ou qualquer outro Tutor fez despezas com o orfão sem primeiro requerer ao Magistrado aquelle arbitramento, se poderá repetillas dos redditos do orfão, ou compensallas com os redditos, que dos bens delle percebessem? Affirmao Peg. suprã n. 21., e Guerreiro a n. 5. Com tanto que essas despezas não excedão os redditos do pupillo; (o que antes havia dito o mesmo Peg. ao §. 13. n. 34.); e com tanto que essa despeza allegada pelo Tutor não seja exorbitante por hum bem regulado arbitrio com respeito ás qualidades do pupillo, e redditos do seu patrimonio.

N. 3. Hum tio nobre, e ainda que rico, sendo devedor aos orfãos sobrinhos, e fazendo com elles despezas em alimentos, e nos estudos, se presume que as fez com animo de as compensar, visto que não era obrigado alimentar os sobrinhos. Veja-se Guerreiro, for. q. 17. O mesmo quanto á mãe Tutora por Provisão: veja-se o mesmo Guerreiro q. 18., concluindo no n. 33. e 34. ut ibi = “ *Quando sumus in matre debitrice et administratrice bonorum filiorum, quia tunc ex bonis illorum alimenta facere judicanda est, non solum quando sunt a judice taxata alimenta, sed etiam quando non sunt taxata, quia tunc arbitrio boni viri sunt taxanda, et solvenda, etiam ultra vires reddituum filiorum ex ipsa substantia bonorum, quando filii ejus conditionis sunt, quod nec servare, nec men- dicare cogi possunt.*”, Confirma-se o mesmo Guerreiro, tr. 3. Liv. 5. Cap. 16. n. 10.

TIT. VI. §. 14. RUBR.

Et divortio.

N. 1. **S**upposto pelo Direito Civil na Novella 117. Cap. 7. no caso de divorcio recahia a obrigação de alimentar os filhos sobre aquelle dos conjuges que foi culpavel, e deo causa ao divorcio, conservando-se os filhos no poder do conjuge innocente, ou seja o marido ou a mulher, Fragoz. p. 3. Liv. 1. disp. 2. §. 2. n. 123. no fim, com tudo Mello aqui com Valasc. cons. 92. indistinctamente segue que nesse caso recahe toda a obrigação no pai sendo solvavel, por mais que a Mãi seja rica, e ella mesma dêsse a causa ao divorcio; e isto ou seja porque a culpa, e injuria da mãi não livra o pai da sua primaria obrigação; ou seja porque a legra geral que o constitue nella se não vê limitada neste caso pelas nossas Leis, e costumes. E na verdade parece que assim o determina a Ord. Liv. 4. tit. 99. *¶. E apartado* =, se não a entendermos que se limita até os tres annos; incumbindo nelles á mai o leite, e ao pai os enfaxes; e dahi em diante he caso omissso.

N. 2. Porém tanto pelo Direito Canonico como pelo uso das Nações “ *Si matrimonium divortio dis-*
 „ *solutum sit, non solus nocentis, sed utriusque*
 „ *impensis Liberi ex eo matrimonio nati ali debent,*
 „ *aut saltem pro rata facultatum, que conjugi cui-*
 „ *que suppetunt, quod Judex arbitrabitur; licet*
 „ *jure civili nocens solus videatur hac alendi neces-*
 „ *sitate fuisse gravatus.* „ Voet. ad Pand. Liv. 25.
 Tit. 3 n. 6. Groeneweg. in Authentic. *Si pater Cod.*
Divortio facti etc. E semelhantemente quando sem culpa de algum dos conjuges se separa o matrimonio,

aliàs contrahido com boa fé, descobrindo-se depois algum impedimento que antes era occulto, Fragoz. supr. *¶. Caterum.* E em poder de qual dos conjuges, no caso de divorcio, devem ficar para serem educados os filhos, he arbitrario ao julgador, Groeneweg. supr. n. 1., L. unica, Cod. *Divortio facti ¶. Competens judex.* = Voet. ad Pand. Liv. 25. t. 3. n. 20. Sund. Decis. Trisic. Liv. 2. tit. 8. Def. 1.

TIT. VI. §. 5. RUBR.

Mater in subsidium alere tenetur.

AS conclusões que Mello firma neste §., e sua nota são certas tanto por direito patrio (huma dellas) como pelo civil. Porém que só a mãi seja obrigada em falta do pai, e dos ascendentes da linha paterna, duvido muito, porque a nossa Ord. pela gradação que faz no Liv. 1. tit. 88. §. 10. e 11., e Liv. 4. tit. 99., em falta do pai, obriga primeiro a mãi, e só em falta dos bens desta, manda o dito §. 11. sejam requeridos os parentes. A mesma immediata obrigação das mãis se nota no Cap. 7. da Novell. 117. Et ita Voet. ad Pand. Liv. 25. tit. 3. n. 6. Cod. Freder. p. 1. Liv. 2. tit. 6. a §. 1.

Nota: He verdade que a proposição de Mello, (*scilicet* que a mãi só he obrigada em falta dos avós paternos) tambem a firmão Surd, de Alim. tit. 1. q. 103. Stryk. us. mod. Liv. 25. tit. 3. §. 35. Mul. ad Struv. Exerc. 30. thes. 75. Pontan. de Alum. Cap. 8. n. 4., optimè Coler. de Aliment. Liv. 1. Cap. 8. n. 12. Luc. Ferrar. Vbo *Alimenta* n. 19. et 20. et *Part. II.*

Vbo *Filius* n. 131. et 132. et Vbo *Parentes* n. 8. Com tudo, eu não me posso apartar da gradação da Lei, da qual Peg. dito §. 11. n. 7. tira esta consequencia = *Ergo in subsidium mater tenetur... Et de verbo = Suis parentes = Veluti avus, et avia, qui post matrem vocantur ad educationem etiam filiorum legitimorum*, etc. Gobat. in Experient. tract. 10. n. 782. atesta que este he o uso moderno ser a mãe a primeira obrigada aos alimentos em falta, ou na pobreza do pai. Coincide com bellas razões Fragoz. p. 3. Liv. 1. disp. 2. §. 2. n. 124. Agora advirto que assim está declarado, e decidido no dito Assento de 9. de Abril de 1772. *¶. em primeiro lugar.*

TIT. VI. §. 16. RUBR.

Et lacte filios emutrire tribus primis annis.

A Mãe he obrigada nos primeiros tres annos a alimentar a seus proprios peitos o filho, ou seja legitimo, natural, ou espurio; ou seja fidalga, nobre, ou plebea. Esta obrigação lhe impõe o Direito Natural, o Divino, a torrente dos Santos Padres, como se pôde ver em Caranza de Partu Cap. 3. §. 4. a n. 25., e a Lei Civil na Ord. Liv. 1. tit. 88. §. 10. E só desta obrigação civil, e do peccado gravissimo são escusaveis as mãs: 1.º quando por imbecillidade, ou enfermidade não podem lactar seus filhos: 2.º quando ellas carecem de leite: 3.º, quando julgado o divorcio do marido querem entrar, e entrão em Recolhimento de Religiosas: 4.º, quando sendo naturaes os filhos, e estando as mãs em reputação de honestas, os expõe, ou dão a criar: 3.º, quando são tão

pobres que não tem com que possam alimentar-se. Em todos estes casos carrega sobre o pai a obrigação de pagar a huma ama, que crie o seu filho, Vejo-se Guerreiro, tr. 3. Liv. 5. Cap. 2., Mul. ad Struv. Exerc. 30. thes. 75., Peg. tom. 7. ad Ord. Liv. 1. tit. 87. §. 10. a n. 19., Caranz. supr. Cap. 3. §. 4. digno de ser visto para desabuso dos costumes do seculo, Stryk. de Action. Sect. 1. membr. 2. §. 8., e melhor Benedict. de Synod. Diocesan. Liv. 11. Cap. 7. n. 9. 10.

TIT. VI. §. 17. RUBR.

Spurii a Patre quoque alendi, et in subsidium a Matre.

N. 1. **O** Direito, e acção dos filhos (diz o mesmo Assento), e de todos os descendentes mais proximos para obrigarem aos pais, e na falta delles os outros ascendentes, para que os alimentem lhes compete, ou os filhos sejam legitimos, naturaes, ou espurios, porque até os espurios devem ser alimentados pelos pais, pois assim o dispõe a Ord. Liv. 4. tit. 99. §. 1., Sendo reprovada neste Reino, bem como em todas as mais Nações, a Authentica *Ex complexu* Cod. de Incest. Nupt., e a Authentica *quibus modis naturales effie. sui*, seguida a equidade de Direito Canonico, como ex professo demonstrou Peg. de spurii Cap. 1. a n. 9.

N. 2. Esta obrigação natural comprehende os filhos sacrilegos dos Clerigos, e Beneficiados para deverem ser alimentados ainda mesmo pelas rendas dos Beneficios, Guerreiro tr. 2. Liv. 1. Cap. 6. n. 137. et 138., Peg. ad Ord. Liv. 1. tit. 87. §. 11. n. 33. et

de *spuriis* Cap. 1. n. 17. et 18.; a menos que o filho do Clerigo não seja rico, Peg. supr. n. 19. Amplia-se esta obrigação aos herdeiros do pai; aos herdeiros dos herdeiros d'elle; aos Donatarios universaes dos seus bens; ao Fisco Real, quando todos os bens do pai do espurio se confisção; Peg. supr. á n. 21., Guerreiro supr. n. 135. 136., et tr. 1. Liv. 1. Cap. 8. n. 121., et Cap. 9. a n. 5^o.

N. 3. Sobre a congruidade dos alimentos devidos aos espurios he assás questionado, se se lhes devem só alimentos *naturaes*, e quanto exige a indigencia da Natureza, ou *civis* conforme a decencia do estado, e qualidade da sua pessoa, e dos pais (cuja nobreza já vimos lhes he transcendente), e conforme as opulencias, e riquezas dos mesmos pais? *Varii varie dixerunt*. Eu distingo. ou os pais tem outros filhos legittimos, ou os não têm: se tem outros filhos legittimos, estes gozão da primeira preferencia para serem alimentados; e só depois de providenciados competentemente, ainda que com alguma parcimonia, então póde applicar-se algum resto aos naturaes, ou espurios, sem que estes devão concorrer em igualdade de alimentos com os legittimos; Rota in novissimo collect. ad Castilh. de aliment. dec. 12. n. 7., Peg. de spur. Cap. 1. sub n. 26., Gracian. for. Cap. 552. n. 55., Bagn. Cap. 9. n. 120. De Luc. ad Franch. dec. 645. n. 9.

N. 4. Se o pai não tem filhos legittimos, mas só espurios: Neste caso segue a mais commua opinião que os alimentos se lhes devem *civis*, como alem dos DD. citados por Mello, com outros muiros Bagn. Cap. 9. n. 118. Guerreiro tr. 2. Liv. 1. Cap. 6. n. 149., e com 24. DD. Peg. de *spuriis* Cap. 4. n. 2., *Neque enim* (adverte Bagn. n. 119.) *aequitati ca-*
nonica, quae parentes ad liberos spurios alendos ad-
stringit, satisfactum esse videtur, si filio spurio

illustri seu nobili, vel in dignitate constituto;
illud tantum pro alimentis praestaretur, quo natura contenta est, sed alimenta attenta etiam
qualitate, ac dignitate Patris praestanda sunt;
circa quod Judicis arbitrium versabitur; non enim tam ampla alimenta filio spurio, sicut filio legitimo ejusdem dignitatis et qualitatis praestanda sunt. Covarruv ... Surdo ... Molin... Velasco... Gracian... Carl. Anton. De Luc. etc. O que bem se conforma com as doutrinas de Mello nesse §.

TIT. VI. §. 18. RUBR.

Quando ea possit alimenta repetere.

N. 1. **T**udo quanto Mello compendiou neste §. depende de maior exposição que por brevidade ommitto, remetendo-me a Guerreiro tr. 3. Liv. 5. Cap. 16. per tot. Só sim não ommitto dizer com o mesmo Guerreiro n. 47. que a mãe, a que por Provisão foi commettida a Tutella de seus filhos com o onus de os alimentar com o necessario aonde não chegarem os rendimentos delles, não póde depois repetir delles o que gastou do seu proprio, alem dos rendimentos dos mesmos filhos. Assim o refere julgado Guerreiro, e he huma notavel limitação da regra geral, que neste §. firma Mello; limitação que muitas vezes occorre no foro, outas se podem ver no mesmo Guerreiro. E alem dos DD. que cita Guerreiro, consulte-se Coler. de Aliment Liv. 3. Cap. 5.

N. 2. Figure-se ou hum filho familias sem bens alguns, ou hum pobre em quanto a mãe criou o filho natural. He bem certo como determinado na Ord. Liv.

1. tit. 88. §. 11. ; e Liv. 4. tit. 99. §. 2. que *não tenda os pais de que forneção para a criação dos filhos até os 7 annos, se devem criar á custa das mãis em quanto ellas o bem podem fazer.* Criou a mãe pobre ou rica o filho durante os 7 annos, sendo em todo este tempo pobre o pai. Supponha-se que depois de assim criado o filho veio o pai a ser rico, e solvavel. Pergunta-se se neste caso póde a mãe repetir do pai a criação que fez com o filho até os 7 annos, e em tempo que o pai era pobre?

N. 3. Parece que não: pois que a Lei desobriga ao pai pobre de concorrer para a criação do filho, e encarrega della a mãe em quanto bem o póde fazer. Acha-se o filho criado pela mãe, e o exito mostrou que ella bem o póde fazer. Ora a mesma Ord. Liv. 4. tit. 99. §. 1. no fim, *sim confere á mãi acção de repetir do pai as despesas da criação, pois que ella as fez em tempo que elle tinha essa obrigação.* Se pois o pai quando pobre a não tinha; se então recachia pela Lei na mãe; se o exito mostrou que ella póde criar o filho, L. 137. §. 2. ff. de verb. obl. *¶ quia in eo*, etc. Segue-se *à contrario sensu legis*, que não póde repetir a criação que fez em tempo que o pai era pobre, e que não tinha tal obrigação, e que por isso mesmo recachio na mãe, que a experiencia mostrou poder criar o filho. O argumento *à contrario sensu* da Lei he attendivel, *imò pro lege habetur*, Cordeir. dub. 2. n. 13. et dub. 14. n. 5. Com effeito, se attendemos Coler. de Aliment. Liv. 3. Cap. 5. n. 18. elle diz "*Mater dives, si filium alat pa-*", *tre inope existente, repetitionem non habebit, cum*", *hoc casu ad ipsam alendi onus propriè spectat*, etc. Por outra parte: em quanto o pai era pobre não era obrigado pela Lei, nem contrahio obrigação alguma de alimentar o filho nesses annos: e se he certo o axioma = *Actio semel extincta non reviviscit* = Barboz.

Liv. 1. Cap. 31. axiom. 4. Gama dec. 162. n. 4. Logo ainda menos póde reviviscer contra o pai depois de elle ser opulento, huma acção que nunca existio contra elle no tempo da criação do filho. Por outra parte esta repetição tem fundamento na L. 34. ff. de Negot. gest., e na L. 5. §. 14. ff. de Agnoscend. et alend. liber. Estas Leis que concedem repetição dos alimentos prestados por quem os não devia prestar contra aquelle que os devia prestar, presuppõe neste huma obrigação. Logo se o pai pobre nenhuma tinha ao tempo da criação do filho, cessa contra elle essa acção *Negotiorum gestorum*, porque a mãe lhe não fez negócio util desobrigando-o do que elle fosse obrigado; antes a mãe cumprio o dever que em tal caso lhe incumbia, e por mais que fosse pobre, huma vez que ella criou o filho, mostrou que o póde fazer, e cumprio com a Lei que a obrigava em quanto *ella o bem podesse fazer*, e porque o fez se evidencia que bem o póde fazer. "*Quia in eo, quod tempore atque*", *facto finitum est, nullus est conjecturae locus.*", L. 137. §. 2. ff. de verb. oblig. A esta hypothese, e a este sentido se devem referir os dois Arestos apud Barboz. ad Ord. Liv. 4. tit. 99. n. 26. que segue Thentud. p. 1. Dec. 36. n. 12. para os salvarmos de contrarios á Lei, e os supprimos conformes a ella neste caso.

Nota: Alguns DD. como Stryk. us. mod. Liv. 25. tit. 3. §. 3. et de Action. Sect. 1. membr. 2. §. 6. Mul. ad Struv. Exerc. 30. thes. 79. Let. (a) et Let. (d) e Fabr. in Cod. Liv. 4. tit. 9. Def. 3., neste caso por pura equidade obrigão o pai do filho familias stuprador fornecer as despesas da criação do neto; mas este systema encontra-se com o da nossa Legislação, que em falta, e na pobreza do pai obriga immediatamen-

te a mãe (ut supra §. 5.) *Tu cogita*. Só sim se a mãe pede emprestimos para crear o filho, e ainda os deve quando demanda o pai já rico, poderá entrar huma razão de equidade ad instar do caso, que refere Solan. cog. 9. n. 61. et seqq., ainda que tal acção mais propriamente compete ao credor, Solan. 62.

TIT. VI. §. 19. e 20 RUBR.

Et non debentur (alimenta) Filiis maioribus divitibus. Neque ingratis.

N. 1. **N** Estes dois §§. só lembrou Mello duas limitações da geral regra : huma quando os filhos se podem alimentar a si mesmos, ou de bens que tenham, ou de alguma occupação propria da sua condição. outra quando os filhos commettem algumas das causas, pelas quaes possam ser desherdados, quaes as expressas na Ord. Liv. 4. tit. 88., caso, em que só os faz indignos de alimentos *civis*, mas não dos *naturacs*. Porém o referido Assento contem alem destas mais tres limitações da regra, que ommittio Mello, as quaes pela ordem do mesmo Assento passo a expôr, e interpretar.

1.^a *Limitação do Assento: e exposição, e interpretação della.*

N. 2. **C** Essa porém (diz o mesmo Assento), e não tem lugar o mesmo direito, e acção dos filhos, e dos outros descendentes: 1.^o no caso, em que os pais, ou quaesquer outros ascendentes não

tem com que se alimentem a si, ou apenas tem o preciso, e indispensavelmente necessario para a propria sustentação. Por formaes palavras o Cod. Freder. p. 1. Liv. 2. tit. 6. §. 11. n. 2.

Ponderado o misterioso destas ultimas palavras, não póde o pai affectar fidalguias, luxos do seculo, despezas com tantos criados, bestas, etc. para se exonerar de alimentar o filho; porque o Assento só o excusa quando apenas tem o preciso, e indispensavelmente necessario para a propria subsistencia, e não lhe permite conservação do fausto, e luxo com resulta de privação dos alimentos do filho. De fórma que, como declara Coler. de Aliment. Liv. 1. Cap. 2. a n. 85. (que parece ter em vista este Assento) *“ Si Pater tanta paupertate prematur, ut vix se ipsum exhibere possit . . . relinquitur ipsi ne egeat . . . atque ita sumenda est hinc declaratio hujus limitationis, eam nempe procedere in alimentis ad Patris necessitatem tantum, non etiam ad dignitatem et splendorem pertinentibus, etc.*

N. 3. Bem entendido que o pai não he obrigado vender a propriedade de seus bens para se alimentar a si, e aos filhos, e só deve ser obrigado alimentallos pelos redditos, deduzido primeiro o necessario para o pai com a parcimonia que fica exposta, Bagn. Cap. 9. n. 123., Gomes in L. 9. Taur. n. 40. Salgad. in Labyrinth. p. 1.^a Cap. 24. n. 16. et 18. Garcia de expens. Cap. 4. n. 18., Coler. de Aliment. Liv. 2. Cap. 2. n. 35., Peg. de Spur. Cap. 4. n. 2. E por outra parte para se regular este arbitrio se hade dar desconto ás dividas que deve o pai, Salgad. supr. n. 118., Surd. de Aliment. tit. 9. q. 5. n. 26.

N. 4. Hum bello exemplo vemos em Franc. ad Mend. Arert. 85. n. 13. ibi = *“ E como dos Autos se mostre não estar o embargado (pai) em tanta pobreza, que não possa prestar alguns alimentos* Part. II. LI

„ ao embargante seu filho, que se acha em total in-
 „ digencia. Por tanto reformada a Sentença embar-
 „ gada confirmão as primeiras que o condemnão a
 „ prestar-lhos; com declaração que attendendo á
 „ difficuldade de lhe contribuir com dinheiro todos
 „ os mezes, reduzem os alimentos a dois moios de
 „ trigo, e seis cantaros de azeite com que lhe con-
 „ tribuirá no principio de cada anno, etc.„ Em cu-
 ja hypothese o pai era hum velho nobre, e honrado,
 que se via executado por dividas, e obrigado trabalhar
 por suas mãos na sua quinta; e por isso he que dos
 rendimentos em fructos em especie se julgááo os ali-
 mentos.

N. 5. Se porém o pai he morto, e cessa a pri-
 maria applicação que para elle devem ter os reditos
 dos seus bens, já o caso varia de face: e então ou fi-
 ca herdeiro hum estranho, neste caso se devem arbi-
 trar ao *espurio* ou *natural* huns alimentos vitalicios
 competentes, applicando-se, sendo para elles neces-
 sarios, todos os reditos da herança, sem mais se ha-
 ver contemplação aos alimentos do herdeiro estranho,
 porque os necessarios ao *natural* ou *espurio* o prefe-
 rem. Ou morto o pai ficão outros filhos legitimos
 herdeiros necessarios; e então nestes concorrem já
 duas obrigações, huma de herdeiros do pai, outra de
 irmãos; e por tanto olhando-se todos os bens destes,
 alem dos herdados do pai commum, e separados para
 elles huns racionáveis alimentos, o resto (ainda que
 não com tanta amplitude como aos legitimos) se de-
 ve arbitrar para os naturaes, ou espurios não herdeiros,
 em termos que estes siquem providenciados; mas
 os legitimos sempre com mais vantajosos alimentos.
 Veja-se Egidio na Lei *ex hoc jure* Cap. unico de Jur.
 Natural n. 32.

N. 6. A maior dúvida consiste: se sendo o pai
 casado por carta de ametade, e espurios, ou naturaes

os filhos, que lhe demandáo alimentos, se deva com-
 putar para ser applicavel esta limitação, tambem ame-
 zado do rendimento, que pela communicação legal
 compete á mulher que não he mãe de taes filhos?
 Affirma que sim, e com bellas razões Voet. ad Pand.
 Liv. 23. tit. 2. n. 82.

2.^a Limitação do Assento: *exposição, e interpreta-
 ção della.*

N. 7. “ **N**O caso em que os filhos se podem
 „ alimentar a si mesmos, ou de alguns bens que t-
 „ nhão, ou de alguma occupação propria da sua con-
 „ dição que possão ter. „ Concorda o Cod. Freder.
 p. 1. Liv. 2. tit. 6. §. 11. n. 1. et 5. Esta limitação
 divide-se em duas partes. Quanto á 1.^a, Voet ad Pand.
 Liv. 25. tit. 3. n. 15. demonstra que se algum tercei-
 ro deixou os bens ao filho, e o uso-fructo ao pai com
 a obrigação de o alimentar; e se este uso-fructo he
 insufficiente, póde empregar nos seus alimentos todo
 o outro que tiver nos mais bens adventicios do filho.
 O mais he: se hum estranho deixou bens ao filho com
 condição de os fructos delles se converterem em capi-
 tal; sem embargo dessa disposição do testador póde
 o pai deixar de converter em capital esses reditos, e
 applicallos em alimentos do filho para se exonerar da
 propria obrigação.

N. 8. Se o filho he emmancipado, natural, ou es-
 purio, e tem bens proprios, he sim o pai exonerado
 de o alimentar conforme a generalidade deste Assento;
 porém só póde ser applicavel quando 1.^o, por os
 redditos se possa alimentar o filho, porque aliás não
 he obrigado vender a propriedade, Coler. de Aliment.
 Liv. 1. Cap. 2. n. 78., Mul. ad Struv. Exerc. 30.
 thes. 76., Solan. cogit. 9. n. 83., Surd. de Alim.

tit. 7. q. 6. a n. 2. E quando 2.º, esses redditos se-
 jão sufficientes ao filho, porque se o não forem, de-
 ve o pai complementar-lhe o que falta, Surd. supr. a
 n. 16., Solan. n. 83., Bagn. Cap. 9. n. 135. Só se
 duvida se tendo o alimentario hum grande palacio, ou
 outra peça de avultado valor, e pouco, ou nenhum
 rendimento, deva vendello para o empregar em fun-
 dos rendosos, e alliviar o pai em todo ou em parte
 da obrigação dos alimentos? Veja-se o mesmo Solan.
 a n. 84.

Se o pai for tão pobre que não tenha o neces-
 sario para se alimentar a si, e ainda menos ao
 filio, póde para este fim vender os bens adven-
 ticios d'elle, mas justificada a causa, e com au-
 thoridade de Magistrado, Voet ad Pand. Liv.
 25. tit. 3. n. 16. Confirma-se a Nota ao Tit. 4.
 §. 12. n. 5.

N. 9. E pelo que respeita á segunda parte desta
 limitação: concordão sim os DD. que "*dicitur ha-*
 "*berē unde se alere ille qui manuum mercede sibi*
 "*victum querere potest.* Solan. supr. n. 80., Con-
 fer. Peg. tom. 7. ad Ord. pag. 237. n. 23. et in Tra-
 ctat. de Spur. pag. 121. n. 24. Ou "*Si mercatu-*
 "*ram, aut aliam negotiationem exercere assueve-*
 "*rit, aut opificium, et artem quandam didicerit,*
 "*eaque corporis valetudine, et viribus sit, ut ope-*
 "*ris illis sufficiat, alimentacionis beneficium ei de-*
 "*negatur. Quod si laborare nolit, esuriat, nam*
 "*jura nostra pigris negligentibus non subveniunt.*"
 Mul. supr. Peg. n. 24. Bem como tambem se não
 devem alimentos "*Illis, qui corpore valido, et ejus*
 "*etatis et conditionis sunt, ut, licet artificio nul-*
 "*lo sint instructi, aliis tamen serviendo et ancillon-*
 "*do victum sibi procurare valeant.... Nobili loco*

," *nato, siqua sit ratio, aut vitæ genus, quo semet*
 "*ipse sine pudore alere possit, ut milita, famulatu,*
 "*seu commitatus Principis, et similia, ille autem*
 "*otiose se gerere malit, recte alimenta denegan-*
 "*tur.*" Mul. ad Struv. supr.

N. 10. Esta he a regra: porém, e por huma
 parte só procede, e deve declarar-se "*Si filius bo-*
 "*neste talem artem exercere potest, si enim fami-*
 "*liæ propter nobilitatem et splendorem ejusmodi*
 "*arti incumbere probrosum sit, nihilominus filius*
 "*alendus est a Patre. Neque tamen hoc tam late*
 "*accipiendum est, ut promiscue procedat in quovis*
 "*nobilitatem prætendente; sed tantum in eo, cujus*
 "*prosapia præcipuo, et insigni quodam splendore*
 "*fulget, et cæteras familias antecit.*" Ita Coler.
 de Aliment. Liv. 1. Cap. 2. n. 82. 83. 84., Mul.
 supr. §. "*Talis sit persona.*" Solan. cogit. 9. n. 81.,
 Michal. de Fratr. p. 3. Cap. 32. a n. 6.

N. 11. Por outra parte: com muitos DD. prova,
 e refere julgado Peg. tom. 7. ad Ord. Liv. 1. tit.
 87. §. 11. a n. 25. "*Ipsammet industriam, ut fi-*
 "*lius ab alimentis excludatur, non esse multum*
 "*attendendam propter fragilitatem humanæ poten-*
 "*tiæ, et miseriæ, sed principaliter attendendam,*
 "*an bona et redditus habeat.... Et non sufficit,*
 "*quod juvenis aut robustus de facto aliqua efficere*
 "*possit, nisi commode, decenter, et absque dedeco-*
 "*re exercere valeat.... neque etiam tenetur labo-*
 "*rare cum periculo vitæ, nec querere victum, ma-*
 "*xime si est infirmus.... neque etiam prætextu mi-*
 "*litiæ. Et ita judicatum fuit, etc.* Confirma-se
 Coler. de Aliment. Liv. 1. Cap. 2. n. 81., Bagn.
 Cap. 9. a n. 132., Peg. de Spur. pag. 112., Michal.
 de Fratr. p. 3. Cap. 32. n. 9. Em Solan cogit. 9. n.
 82. vemos julgados alimentos a hum Bacharel desti-
 tuido de livros, e de partes, Bagn. supr. n. 134.,
 P.g. supr. pag. 111. et 112.

O certo he que a possibilidade de qualquer se alimentar a si por serviço, milicia, etc.; só pôde ser huma causa para o desconto no arbitrio dos alimentos, mas não para por esse pretexto dever o filho ser totalmente privado delles; porque nem sempre pôde trabalhar, e está exposto ás misérias da natureza humana; e quando as experimente, ellas não soffrem as moras de huma demanda. Pelo que a huns taes só se lhe deve julgar hum tanto como *subsídio*, e *supplemento* para essas contingentes necessidades, ou para supprir o que pelo trabalho ainda lhe faltaç, Surd. de Aliment. tit. 7. q. 9. n. 19., Bagn. cap. 9. n. 135., Solan. cogit. 9. sub n. 82., aonde commette tudo isto ao prudente arbitrio do julgador. Com effeito com estas equidades, racionios, e descontos se tem praticado nas Relações esta limitação: de fórma que pedindo alimentos algum filho robusto, e que pôde trabalhar em qualquer emprego, sempre se lhe julga alguma quantidade com respeito áquellas contingencias, e a não poder na urgencia dellas recorrer a Juizo a pedir alimentos, servindo a robustez, e aptidão para trabalhar, e lucrar, só para se lhe não arbitrarem totaes alimentos, como se fosse sempre enfermo, etc.

3.^a *Limitação do Assento. exposição, e interpretação della.*

N. 12. “ **N**O caso de terem (os filhos) commettido contra os pais alguma ingratição, pela qual possão ser desberdados por elles. Porque em consequencia do poder de desberdallos, podem também os pais privallos de alimentos. ” Concorda o Cod. Frederic. p. 11. Liv. 2. tit. 6. §. 1. n. 4. Po-

rem eis aqui ao proposito o discurso de Stryk. de Action. for. Sect. 1. membr. 2. §. 16.

” *Verum ad hoc primò observamus: pendente lite super ingratitude filium provisionaliter alendum esse. Sicuti id quoque procedere dixi pendente lite super testamento, quo filius est exheredatus L. 27. §. 3. ff. de Inoff. testam. (Conf. Valasc. Cons. 1. n. 10.) Deindè observandum, non omnem illam causam sufficere ad tollendum debitum naturale inter parentes et liberos, quæ ad ex heredationem sufficiens visa: sed inter alimentata naturalia, et civilia distinguendum. hæc quæ pro statu, et conditione parentum æstimanda, meritò denegantur ingratu; illa verò quæ ad necessitatem vitæque conservationem pertinent, et ita ipso jure naturæ jubente, debentur, per ingratitude non tolluntur, A olim. de Just. et Jur. tr. 2. disp. 168. n. 14. et disp. 176. n. 43.; nisi quia filius ipsum naturale vinculum inter se et patrem destructum iuit; exempl. gr.; si vitæ paternæ insidias struxit; si eo fine detulerit, ut ad mortem rapiatur, de quo L. 5. §. 11. ff. de Agnosc. Liber. Aliàs filius delinquens filius manet, nec ipsa quoque pænæ gravitas naturale debitum tollere potest, L. 17. §. 1. ff. de Pæn. Com esta modificação concordão ao proposito, Muler ad Struv. Exerc. 30. thes. 76. no fim, com Pereira, Caldas, Phæb., Barboza, e outros Guerreiro tr. 2. liv. 2. cap. 1. n. 80. Fragoz. p. 3. liv. 1. disp. 2. §. 1. n. 113. et 114., e o nosso Mello na Nota a este §. 20. Ora o Assento, que adoptou a regra deve entender-se com esta modificação, e distincção tão justa, e tão conforme á razão.*

N. 13. O pai que com este pretexto de ingratição denega ao filho alimentos *civis* deve provalla, Surd. de Aliment. tit. 7. q. 1. n. 21. 26. 27., bem

como o doador, que por tal causa se propõe revogar a doação, Surd. n. 25.; e bem como o herdeiro deve provar a causa de desherdação do filho expressa no testamento, Neto de ultim. voluntatib. liv. 4. tit. 5. n. 11. E se o filho ingrato se congrassou com o pai, e elle lhe remittio as offensas expressa, ou tacitamente por algum dos modos que expõe Barri de Success. liv. 10. tit. 4. a n. 23., Stryk. de Success. ab intest. Dissert. 12. cap. 3. §. 36. et 37., Guerreir. tr. 2. liv. 2. cap. 1. a n. 85., nestes casos, assim como o filho não pôde jámais ser desherdado pelas causas preteritas remittidas, tambem não pôde ser pelas mesmas jámais privado de alimentos *civis*, Surd. de aliment. tit. 7. q. 1., limitado só o caso de quo infra n. 24. in fine.

4.^a Limitação do Assento: exposição, e interpretação della.

N. 14. “**N**O caso em que os filhos sem causa, alguma justa se tenham apartado da casa dos pais, e lhes faltem com a satisfação dos obsequios, e constituem huma pensão necessaria, e impreterivel pelos que recebem alimentos. ” Conformão-se as doutrinas dos DD., com os quaes Silva Ord. liv. 4. tit. 28. in princ. n. 5. Solan. cog. 9. n. 97. Em differença dos alimentos devidos *ex dispositione hominis*, que, a não haver expressa condição contraria, se podem exigir, e receber fóra da casa do que deve prestallos, Solan. supr. a n. 89. Restão porém duas duvidas para a intelligencia desta limitação: 1.^a, qual seja a justa causa, pela qual o filho possa exigir, e receber os alimentos fóra da casa do pai? 2.^a, que obsequios ou serviços he obrigado prestar ao pai, quando recebe alimentos em sua casa? Tratarei separadamente de cada huma.

N. 15. Quanto á 1.^a, quando os alimentos são deixados a alguma pessoa com a condição de ella os perceber em casa do herdeiro, expõem os DD. muitas causas, pelas quaes, ou qualquer dellas, pôde o alimentario pedir os alimentos fóra da casa do herdeiro, causas que se podem ver em Surd. de Alim. tit. 4. q. 15., Portug. de Donat. liv. 1. pælund. 2. §. 2. a n. 117. Castilh. liv. 4. cap. 60. a n. 27., Antonel. de Loc. Legal. liv. 2. cap. 19. q. 3. Paul. Melio ad Castilh. de Alim. dec. 3.; Lucio Ferrar. verbo = *Alimenta* = a n. 102., e no meu Tract. dos Direitos relativos a casas a §. 411.

N. 16. E quanto aos filhos de que tratamos: elles tem justas causas para se apartarem das casas dos pais, pedirem, e receberem fóra dellas os alimentos. “ *Si recedant ob novercas, vel ob inimicitias cum alio fratre; aut propter litem cum patre, vel ob culpam ejusdem patris, qui sit forte nimis servus, meretrices, aut collusores male morigeratos in domo habeat, filiumve ipsum a domo, vel mensa egerit.* ”, Arouc. in L. 3. ff. de his qui sunt sui n. 3. Confer. Altim. ad Rovit. liv. 3. observ. 21. n. 28. ibi. = *Conclusio limitatur ut pater teneatur filium seorsim ab ipsius domo habitantem alere; cum filius simul cum patre habitare ex justa causa non vult; veluti si inter ipsum et parentem his aliqua orta sit . . . vel si pater esset homo terribilis, iracundus, et infectus, nam ad evitandam ejus sævitiam potest extra domum patris habitare, et ibi alimenta petere . . . vel si fuerit filius a domo patris expulsus . . . vel si pater secundas contrahat nuptias; nam presumpsum odium novercæ cum privigno non tenetur cum ea morari; nec requiritur alia probatio, cum juris sit præsumptio.*

N. 17. Deve porém sobre estas causas advertir-se
Part. II. Mm

1.º, que a demanda que o filho move ao pai a pedir-lhe alimentos, não he por si só causa sufficiente para receber os alimentos *extra domum*; e só sendo a demanda sobre diverso objecto; porque aliás seria facil a qualquer alimentario evadir a obrigação, que lhe impõe o Assento de habitar como alimentante, e obsequiallo, se a demanda em que lhe pede alimentos fosse causa justa para os receber *extra domum*, Castilh. tom 4.º controv. cap. 60. n. 24., Rot. in Collect. ad Paul. Mell. ad Castilh. de Aliment. dec. 23. n. 8. 9. 10. ibi. ≅ *Cum explorati juris sit*
 „ *patrem regulariter non teneri ad præstanda filius*
 „ *alimenta extra domum . . . Ita quidem, ut non*
 „ *nisi ex causis gravibus, ac legitimis tendentibus,*
 „ *vel ad evitanda pericula vel necessitatis, sive bo-*
 „ *nestatis speciem præ se ferentibus, quarum ta-*
 „ *men nulla in præsentì hypothèsi concurrere vide-*
 „ *tur, ut ad præstanda extra domum alimenta,*
 „ *obstringi possit . . . Cæteròquin ad hunc effectum*
 „ *remanente sola causa præsentis litis, cum alioquin*
 „ *litium suscitatio, utpote dependens a voluntate,*
 „ *et libito alimentariis, posset ipse semper tutum*
 „ *parare præsidium ad effectum cogendi alteram*
 „ *partem ad subministranda alimenta extra domum,*
 „ *ut ad rem advertit Riminald. Jun. Cons. 132. n.*
 „ 15. Torr. var. jur. qq. tom. 1. tit. 4. q. 4. n. 6.,
 „ Addent. ad Rot. dec. 636. n. 176. part. 4. tom. 3.
 „ recent. „

Nota: Ou o pai logo que o filho o demanda por alimentos fóra de sua casa se offerece prestar-lhos nella, ou não? *Si prius*; ou o filho acceta, e cessa a dúvida, ou não acceta, e então cessa no pai a obrigação de lhos prestar *extra domum*; a menos que o filho não verifique outra justa causa, que não seja essa demanda: *Si*

secundum; e se o pai não offerece logo prestar em sua casa alimentos ao filho, he certo que o não quer nella, e he como que se o expulsasse della; e ficão applicaveis as doutrinas transcriptas n. 16. Se se defende com impossibilidade de o alimentar em casa ou fóra della, e he convencido a final, e condemnado a que o alimente, então recebendo-o em casa, satisfaz, e cumpre o julgado; e não o recebendo em casa, deve então contribuir-lhe fóra della os alimentos julgados. Veja-se Castilh. liv. 4.º controv. cap. 60. sub n. 28., e sub n. 31.

N. 18. Deve advertir-se 2.º, que (á excepção do pai casar segunda vez, caso em que se presume, sem outra prova, odio da madrasta) em todo o caso 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, Castilh. liv. 4.º contr. cap. 60. n. 30., Allim. ad Rov. liv. 3.º observ. 21. sub n. 28., Antonell. de loc. legal. liv. 2.º cap. 19. q. 3. n. 30. O mesmo Castilho sub n. 29. deixa a causa, e a sua prova ao prudente arbitrio do julgador com os DD. que refere: mas adverte Silva, e Araujo post Tract. de Perfect. Advoc. cons. 4.º que toda a presumpção forceja em favor do pai para se não presumir deshumano, nem cruel com o filho; e que esta presumpção só póde illudir-se com provas urgentes demonstrativas da sua deshumanidade, e crueldade em casa para com o filho, que fóra della pede os alimentos.

N. 19. Quanto á segunda dúvida. supposta a differença entre as obras, e serviços *obsequiales*, e *artificiales*, duvida-se, se o filho alimentando em casa do pai deve prestar-lhe huns, e outros serviços? Variaõ

as opiniões, como se pôde ver em Bossio de *Aliment.* cap. 11. §. 9. a n. 752., Silva ad Ord. liv. 4. tit. 28. n. 9. Harpprect. disp. 1. = *De operis liberorum quas suis parentibus debent ac præstant* = a n. 199. E quaes sejam os serviços *officiaes*, e os *arteficiaes*, ou *fabris* declarão Silva n. 8.; Harpprect. supr., Solan. cog. 9. a n. 91.

N. 20. Porém o nosso Assento tendo em vista aquella diversidade de serviços, parece que só obriga o filho percebendo alimentos em casa do pai, a *satisfação dos obsequios*, isto he dos serviços *officiaes*, e *obsequiaes*, e não ao serviços *fabris*, e *arteficiaes*. Remove, quanto a mim, toda a dúvida a Ord. Liv. 4. tit. 97. §. 16. et 17. Pois se esta Ordenação faz proprio dos filhos, como *Peculio Adventicio*, tudo quanto elles adquirem por seu trabalho, e industria, ainda que os filhos se governem, e alimentem com os bens dos pais, se com os bens delles o não ganhão, sendo só *profecticio* o que ganhão com os bens do pai, alimentando-se juntamente á custa delle: segue-se que neste Reino não he o filho, que percebe alimentos em casa do pai obrigado a prestar-lhe outros serviços que não sejam os *officiaes*, e *obsequiaes*: podendo lucrar para si em officio, ou arteficio ao mesmo tempo que o pai o alimente em casa: e cessa neste Reino essa variedade de opiniões, como bem discorre Solan. cog. 9. a n. 108. Se bem que, ainda seguida essa contraria opinião, ella não obriga ao filho a serviços que lhe sejam vergonhosos, Silva n. 6., nem prestar-lhe obras servis, nem quando enfermo, Coler. de Aliment. liv. 2. cap. 6. n. 5., Solan. cogit. 9. a n. 104. Harpprect. a n. 117.

5.^a Limitação do Assento. exposição, e interpretação della.

N. 21. **N**O caso em que os filhos se tenham casado.... Tudo o que fica assentado neste 5.^o caso procede a respeito dos filhos, e filhas de legitimo matrimonio. Os *illegitimos* porém, e os que destes procedem assim varões, como femeas, se se casarem; sem consentimento dos pais em qualquer idade que tenham, ou o fação com pessoa indigna, ou condigna, ou ainda com mais digna, sempre incorrerão na pena de desherdação, senão taes (id est filhos de Peão) que ella possa ter nelles lugar; e em todos os casos perderão por esse mesmo feito o direito, e acção que truerem para alimentos, etc.

N. 22. A mesma pena comminou a Lei de 19 de Junho de 1775, posterior ao Assento, e com huma generalidade indistincta, comprehensiva de filhos, e filhas maiores, e menores. Mas a Lei de 6 de Outubro de 1784, posterior a tudo, só fez preciso o consentimento dos pais, Tutores, e Curadores para as nupcias dos filhos, sem distincção do sexo, nem da idade: e passando elles de 25 annos só os obriga no §. 6. a prestarem aos pais hum obsequio, e respeito independente do seu consentimento. Consequentemente por esta ultima Lei ficou cessando a generalidade da de 19 de Junho de 1775, e a distincção do nosso Assento, confirmado pelo Alvará de 29 de Agosto de 1776. E huma vez que os filhos menores no dissenso dos pais para os casamentos recorrão na fórma desta Lei, e da outra de 29 de Novembro de 1775 aos Magistrados, e obtenhão supplemento do consentimento paterno, ficão habilitados para pedir alimentos ou dotes, Voet. ad Pand. liv. 23. tit. 3. n. 16.

N. 23. Não só incorrem as filhas a pena de desher

herdação, e consequentemente ficão inhabilitadas para pedir alimentos *civis*, casando antes dos 25 annos sem consentimento dos pais, mas incorrem na mesma pena ainda que não casem, só porque se deshonestem antes de completa aquella idade, e isto pela Ord. Liv. 4. tit. 88. A dita Lei de 19 de Junho commina a pena de desherdação, e privação de alimentos as filhas indistinctamente em qualquer idade que se deixem corromper. O §. 9. da Lei de 6 de Outubro incapacitou as estupradas maiores de 17 annos para querellarem, mandando ficassem sem vigor as penas estabelecidas na Ord. Liv. 5. tit. 23, e na dita L. de 19 de Junho pelo que pertence ao caso do estupro voluntario. Nesta collisão póde duvidar-se, se pela pena de não poderem as corruptas maiores de 17 annos querellar por estupro voluntario, ficou cessando a outra pena de desherdação, e privação de alimentos imposta na Lei de 19 de Junho, pois que a de 6 de Outubro manda que esta fique sem vigor pelo que pertence ao caso do estupro voluntario, e por outra parte não se vê revogada a geral Ord. Liv. 4. tit. 88. O meu provavel sentimento, e conciliação he 1.º, que esta Ord. ainda subsiste na sua generalidade quanto ás filhas, que se deixão corromper antes dos 25 annos para poderem ser desherdadas 2.º, que a Lei de 19 de Junho depois da de 6 de Outubro só cessa pelo que pertence ao estupro voluntario, na intelligencia de o não poderem accusar as estupradas em qualquer idade depois dos 17 annos; mas não na intelligencia de que sendo menores de 25 annos, e deixando-se corromper, não possam ser desherdadas pelos pais conforme a dita Ord. E em consequencia 3.º, privadas tambem de alimentos *civis* por identidade de razão do nosso Assento, huma vez que se deshonestem antes dos 25 annos; pois por essa causa ainda podem ser desherdadas.

N. 24. Ainda occorre outra maior dúvida, qual he: se huma filha, que se deixa corromper antes dos 25 annos casa depois desta idade com o estuprador, se evita a pena de desherdação, e da privação dos alimentos? Pelo casamento não sendo já maior de 25 annos quando casa. Pelo antecedente estupro em que havia consentido, sim; porque a Ord. Liv. 4. tit. 88. diz, que *pelo mesmo feito* será desherdada. Casar ou não com pessoa digna passados os 25 annos já não he argumento *pro*, nem *contra a pena*, *ipsa jure*, incurra; só porque antes dos 25 annos se deixou corromper. Mas se se adverte que esta pena he imposta pela injúria, que a filha commette aos pais; se se adverte que o subseqüente casamento com o estuprador (aliás licito passados os 25 annos) apaga, lava, e tira toda a mancha do estupro antecedente, como que se tal estupro não tivesse havido, ut *optime*, Peg. de Major. cap. 10. n. 500 et 501. Parece que a filha estuprada antes dos 25 annos, e que depois delles casa com o estuprado, purga a macula do estupro; faz cessar a injúria dos pais, evita a desherdação, e não he privada de alimentos. Assim parece; porém em contrario esta a doutrina de Stryk. de Success. ab intest. dissert. 12. cap. 2. §. 37. provando que huma tal causa de desherdação que consiste em injúria offensiva dos pais, não se evita com o arrependimento; ou melhor vida do filho que os injuriou. Esta pena estava *ipso facto*, iucursa pela nossa Lei, e nem ainda huma reconciliação subseqüente com o pai he forçoso para fazer cessar a desherdação da Lei, porque introduzida tambem em favor dos irmãos, que a Lei considera injuriados, Neto de Testam. liv. 6. tit. 13. n. 10. et 16., Pinheir. de Tert. disp. 5. Sect. 3. §. 9. n. 303.

Eu applicando este caso por identidade de ra-

ção o §. 3. da Ord. Liv. 4. tit. 88. Se huma filha antes dos 25 annos se deshonestasse com hum homem bem digno della, e depois dos 25 annos viesse a casar com elle, daria força retractiva deste matrimonio ao tempo da primeira copula para já então presumir entre elles hum affecto marital, ex Portug. liv. 2. cap. 16; e à *fortiori* abolida a precedente macula. E assim como entra o favor do dito §. 3. casando a filha antes dos 25 annos com homem digno sem autoridade do pai, semelhantemente deshonestando-se nesse tempo com homem digno, que depois vem a casar com ella. *Tu cogita, et meliora sequere.*

TIT. VI. §. 21. e 22. RUBR.

Actio ad liberos agnoscendos: et quos agnoscere pater teneatur?

N. 1. **S**E o pai nega ser seu o filho nascido em figura de matrimonio, compete ao filho contra o pai esta acção, já para o reconhecer seu, já para o alimentar: e provado o matrimonio, e o nascimento do filho na constancia d'elle, fica provada a acção para aquelles fins, a menos que essa presumpção em favor do matrimonio, e do filho se não illuda por algum dos modos, que ficão expostos neste Tit. 6. ao §. 2. desde o n. 7.; e para os casos, em que proceda ou cesse esta acção contra o pai, que se diz legitimo, recommendo muito (alem do que ahí expuz) a lição do Cod. Frederic. p. 1. Liv. 2. tit. 5., digno na verdade de ser preferido a qualquer outra lição de DD. Confira-se Stryk. de Action. Sect. 1. membr. 2.

§. 18. e seguintes, Voet. Struv., e os mais DD. ao Tit. II. de Agnoscend. vel aliend. liber.

N. 2. Não só compete esta acção ao filho legitimo contra o pai para que o reconheça, e lhe preste alimentos, mas tambem para que se julgue, e declare seu futuro herdeiro, e filho para todos os effectos juridicos, Stryk. dito §. 18. Parece que a acção do filho para o fim da futura successão he preposterada, e antecipada, e como tal improcedente; porque pôde succeder que o filho morra antes do asserto pai; e sobre hum direito de futuro contingente, que pôde ou não succeder, não pôde haver sentença definitiva de presente, conforme os applicaveis principios que referem Bagn. cap. 67. a n. 47. Pereir. Dec. 129. n. 1. Akimar. ad Rovit. liv. 2. obs. 95. n. 3. Porém huma vez que o pai negue ser seu o filho, já lhe fundamenta de presente o direito para propôr a sua acção em ordem a se julgar seu herdeiro no futuro, e depois da morte do pai. Vejão-se os citados Altamar a n. 5., Portug. de Donat. liv. 1. prælud. 2. §. 2. a n. 34, Bagn. suprà a n. 72. et 73., et n. 97. et 98., et n. 102., et 103.

N. 3. A mesma acção compete ao filho natural do peão, e que lhe he successivel na fórma da Ord. liv. 4. tit. 92., se o pai effectivamente o nega e isto tanto para que o reconheça seu, e o alimente, quanto para se declarar por sentença seu futuro herdeiro, em ordem a estar habilitado por sentença, quando pela morte do pai se abrir a porta á sua successão, evitando-se por esse tempo huma acção ordinaria, e dilatada com seus herdeiros *ab intestato*.

N. 4. Para que o pai por meio desta acção possa ser obrigado, e condemnado reconhecer seu o filho natural, ou para o dever alimentar, ou para se julgar, e declarar seu herdeiro, e successor depois da sua morte, he necessario provar-se a filiação. Ha essen-

Part. II. Na

cial differença 1.º, entre o caso, em que se trata da prova da filiação natural para o fim de obter o filho alimentos *provisionaes*, ou as *expensas litis*. 2.º, entre o caso em que se trata da prova da filiação para o fim de obter alimentos *vitalicios*, e *perpetuos*: 3.º, entre o caso, em que se trata da prova da filiação para o fim da successão na herança do pai natural.

N. 5. No primeiro caso para se decretarem ao filho alimentos *provisionaes* ou as *expensas litis* (que he o mesmo), bastão provas leves da quasi posse da filiação. Vejo-se Solan. cog. 9. a n. 242. Voet. ad Pand. liv. 25. tit. 3. n. 13. Michal. de Fratr. p. 3. cap. 32. a n. 18. Card. de Luc. de Judic. disc. 14. Peg. de Maior. tom. 4. §. 13. Sabell. §. *Alimenta* a n. 10. Stryk. vol. 1. Disp. 19. = *de Decreto Interimistico* =, et de *Actionib.* Sect. 1. membr. 2. §. 13. et 14., e o nosso Mello neste Tit. na Not. ao §. 32. Molin. de Primog. Liv. 2. cap. 16. a n. 39.

N. 6. No segundo caso, quando se trata da filiação para se julgarem alimentos *ordinarios*, *perpetuos*, e *vitalicios*, he necessaria huma prova mais demonstrativa, e concludente da filiação, Solan. supra, optimè Castilh. liv. 8. de Aliment. cap. 4. n. 10.

N. 7. No terceiro caso, e quando se trata da propriedade da filiação para o fim da successão, ou para a penção de herança, então he necessaria huma prova da filiação mais concludente em termos que constitua huma certeza moral. De fórma que muitos DD. neste caso fazem preciso que no tempo da concepção do filho estivesse a concubina tão apertada, e zelosamente guardada, que não fosse fácil poder ter accésso a outro homem. E não se verificando isto, assentão que não bastão confissões, e reconhecimentos do pai, porque podem attribuir-se a illusões, ou seducções da concubina, ou complacencias com a von-

tade della; nem bastão outras das commuas, e geraes conjecturas da filiação. Assim se vê largamente demonstrado na Decisão 16 entre as novissimamente recolhidas á obra de Castilho de Alimentis, no Card. de Luc. in Mantiss. liv. 15. Disc. 6. em Angelis de Confess. liv. 2. q. 7. a n. 97. Altimar. tom. 8. pag. 15. col. 1. in fin. Paleot. de Noth. et Spur. cap. 26. a n. 5. Arias de Mez. liv. 3. var. cap. 39. a n. 11. Sem que para se julgar a filiação no petitorio de herança, bastem as conjecturas, aliás sufficientes, quando se trata da prestação de alimentos, como distinguirão os Senadores apud Peg. de Maior. tom. 2. cap. 9. a pag. 149. et 154. Confira-se o mesmo Peg. n. 469. et a n. 534.

Nota: Em Peg. 5. for. cap. 80. a n. 94., e em Michalor. de Fratrib. Dec. 37. se vê julgada a propriedade da filiação sem esse stricto rigor de ser a concubina apertada, e zelosamente guardada sem possível accésso a outro homem no tempo da concepção; e só porque lá se verificou o concubinato nesse tempo, não ser a concubina infamada com outro; concorrem reconhecimentos do pai, prestação de alguns alimentos, fama da filiação sem se lhe dar outro pai, e a semelhança ou fisionomia, etc. As conjecturas da filiação se podem ver em Peg. de Maior. cap. 9. a n. 472. Castilh. liv. 5. cap. 104. Barboz. vot. 22. Nuguer. all. 25. Valasc. cons. 176. Sabell. §. = *Filiatio* = Angel. de Conf. liv. 2. q. 7., e outros a cada passo, Guerreiro tr. 2. liv. 1. cap. 3. a n. 94. O certo he que a materia he arbitraria quanto ás provas ao julgador conforme as circumstancias occorrentes, e conforme o peso das conjecturas, que se verificarem, mas sem pre debaixo das distincções que ficão expostas desde o n. 4.

N. 4. Juntamente diz Mello neste Tit. na Nota ao §. 23, que a sentença proferida na causa *summatoria* sobre os alimentos *provisionaes*, não produz cousa julgada sobre a propriedade da filiação, nem ainda para a causa sobre os alimentos ordinarios. Assim com effeito o comprovão melhor Arouc. na L. 25 de Stat. homin. n. 5. *¶. Secus si summariè* = Stryk. vol. 1. Disp. 19. de *Decret. Interimistico* = Cap. 3. a n. 68. Castilh. infra a n. 21. Id Stryk cap. 4. a n. 47. Idem Arouc. in L. 10. ff. de *His qui sunt sui* a n. 1. Bem como qualquer sentença obtida em juizo summario não produz excepção *rei judicate* no juizo plenario, a menos que no summario se não disputasse plenamente a materia questionada, Peg. tom. 7. ad Ord. pag. 643. col. 2. Valeron. de *Transact* tit. 2. q. 5. a n. 18. Silv. ad Ord. liv. 3. tit. 50. in pr. n. 21. et 22. Se porém a sentença, que julgou provada a filiação na demanda ordinaria sobre os alimentos perpetuos prejudica, ou aproveita, quando se trata da *petição de herança*. Veja-se Castilh. liv. 5. cap. 104. a n. 21., aonde largamente disputa esta questão.

Tit. 6. §. 23. 24. *Actio de litis expensis*. Veja-se o meu Tract. das Acções Summarias a §. escripto depois desta obra; e por isso ommitto o que aqui havia escripto a este respeito aos §§. 23. e 24.

TIT. VI. §. 25. RUBR.

Parentibus, et collateralibus alimenta debentur.

Quanto aos pais.

N. 1. **T**endo os filhos, e outros descendentes recebido de todos elles os inextimaveis benefi-

„ *cios do ser, e da vida, pede a gratidão que os*
 „ *mesmos filhos, e outros descendentes lhes retribuão*
 „ *com o soccorro dos alimentos, no caso em que os*
 „ *ditos pais, e mais ascendentes se veção reduzidos*
 „ *a tão extrema miseria que não tenham de que vi-*
 „ *vão. Aqual gratidão posto que considerada por si*
 „ *só, e nos puros termos do Direito Natural, não*
 „ *produza obrigação perfeita, e de rigorosa justi-*
 „ *ça, com tudo pela força, e vigor que uniforme-*
 „ *mente lhe derão as Leis civis, produz acção legi-*
 „ *tima, e efficaz em Direito para obrigar os filhos,*
 „ *e outros descendentes a alimentarem os pais, e*
 „ *aos seus ascendentes.* „ Assento de 9 de Abril de
 1772 confirmado pelo Alvará de 29 de Agosto de
 1776.

N. 2. Este Assento em quanto inculca a obrigação natural dos descendentes, tem por fonte a doutrina dos Filozofos, e cultores do Direito Natural, que se podem ver em Mul. ad Struv. Exercit. 30. thes. 78. Coler. de Alim. liv. 1. cap. 5. a n. 9., Hein. Elem. Jur. Natur. liv. 2. §. 74., Fornei Extract. de Wolph. liv. 7. cap. 4. §. 56. Em quanto inculca as Leis civis que fizerão *perfeito* este officio, que segundo o Direito Natural era *imperfeito*, e não produzia acção, teve por fonte a L. fin. §. *Ipsum autem* Cod. de Bon. quæ Liber., a L. *Filii* Cod. de Patt. potest. a L. 1. e 2. Cod. de Alend. Liber., a L. *Siquis a Liber*. ff. de Liber. agnoscend. Conspira o Direito Canonico no Can. *Cælorum* Dist. 86 E o Direito Divino no Cap. 28. dos Proverb. Conf. Surd. de Alim. tit. 1. q. 17., Harpprect. disp. 1. de oper. liberor. thes. 8., *optime et pro omnibus* Samuel Stryk. vol. 2. disp. 3. = *De Jur. reverentali*. Membr 1. a n. 28.

N. 3. „ Este direito, e acção (continua o mesmo Assento) dos pais, e de toda a serie dos ascendentes para serem alimentados pelos filhos, e

„ *pela ordem dos descendentes, deve receber todas as ampliações, e limitações declaradas na precedente, te excepção que a ella forem applicaveis.* „ Com especialidade tem os filhos obrigação de alimentar os pais ainda que 1.º, os pais tivessem dissipado os proprios bens, e os dos filhos: Ainda que 2.º, os pais sejam banidos ou excommungados: Ainda que 3.º, sejam naturaes, e os filhos tambem naturaes ou esurios: Ainda que 4.º, hum pai peça alimentos a huma filha rica: Ainda que 5.º, os filhos sejam já emmancipados: Ainda que 6.º, sejam mortos os filhos, e os pais demandem os herdeiros delles como tudo comprovão Coler. de Alim. liv. 1. cap. 5. a n. 13. et 49., Surd. de Alim. tit. 1. q. 17. 18. 19. 20., Surd. de Alim. tit. 1. q. 17. 18. 19. 20., Mul. da Struy. Exerc. 30. thes. 78., Stryk. supr. a n. 31.

N. 4. A mesma obrigação tem os filhos de alimentar suas mãis ainda que 1.º, ellas passem a segundas nupcias sendo pobres; ainda que 2.º, os filhos sejam naturaes, ou esurios, ainda que 3.º, os filhos sejam mortos, e as mãis demandem os herdeiros delles, Surd. supr. q. 22., Coler. cap. 7. Bagn. cap. 13. n. 56. et 57.

N. 5. Cessa porém nos filhos esta obrigação 1.º, se os pais tem bens de que possam sustentar-se, ou arteficio tendo ainda robustez para o exercitar, Coler. liv. 1. cap. 15. n. 50.: 2.º, na opinião do mesmo Coler. n. 51. se o pai foi indolente em cumprir o dever de mandar ensinar o filho em alguma Arte honesta: 3.º, quando o pai commetteo algum delicto, pelo qual nos termos da Ord. liv. 4. ut. 89. o filho o poderia desherdar, Coler. supr. n. 53. 4.º, se o filho apenas tem de que possa subsistir, Coler. n. 53., et ad omnia Stryk. supr.: 5.º, quando o pai he inimigo da Patria, Coler. n. 54. Limitações que devem

receber as declarações que expuz ao §. 19. e 20., quando tratei dos filhos a respeito dos pais.

Hum pai pobre, que tem muitos filhos ricos não pôde exigir de hum só os competentes alimentos, mas deve exigillos de todos, e de cada hum *pro rata*, Coler. supr. n. 56., bem que quando muitos são obrigados a alimentar huma pessoa, pôde o alimentario requerer se encabece em hum a obrigação de lhe contribuir por inteiro, e que este repita dos mais as suas quotas partes, Moraes de Exec. liv. 6. cap. 1. n. 60., Peg. tom. 7. ad Ord. liv. 1. tit. 87. §. 11. n. 13., Guerreiro tr. 1. liv. 2. cap. 12. a n. 57.

N. 6. Tudo o exposto se confirma em parte com o Cod. Freder. p. 1. liv. 2. ut. 6. §. 12. *ibi = Os filhos são tambem reciprocamente obrigados de alimentar seus pais, e ascendentes quando elles vem a cabir em pobreza: dever que elles serão obrigados tributar-lhe ainda quando elles tivessem sido mal tratados, ou que os pais tivessem estragado os proprios bens; ou tivessem mesmo dissipado huma parte dos bens de seus filhos, ou tivessem sido banidos do paiz por crime Mas esta obrigação cessará se elles são proscriptos, se elles tem commettido hum crime digno de morte, ou se elles tem apostatado da Religião,* etc. Ajuntes-se Formei supra §. 56. *ibi = Os filhos são obrigados alimentar seus pais quando elles são pobres, a menos que os filhos não estejam na mesma pobreza, ou que não tenham de que possam prover as necessidades de seus proprios filhos. Se os pais tem o necessario, mas lhes faltão as commodidades, e os agrados da vida, os filhos são obrigados de lhes fornecer proporcionalmente ás suas facultades.*

Quanto aos Irmãos.

N. 7. „ São os irmãos (diz o Assento de 9 de
 „ Abril de 1772) obrigados a alimentarem os ir-
 „ mãos pelo direito do sangue de todos, e quaesquer
 „ bens que elles possuão, ou os ditos bens lhe pro-
 „ viessem de ascendentes, ou de estranho, ou fossem
 „ por elles adquiridos. Com declaração porém que
 „ esta obrigação dos irmãos cessará em todos os ca-
 „ sos a ella applicaveis em que cessa a dos pais, e
 „ da ordem dos ascendentes para os alimentos dos fi-
 „ lhos, e mais descendentes. E muito especialmente
 „ nos casos em que os irmãos que pedem os alimen-
 „ tos se tenham sem justa causa apartado das casas
 „ dos irmãos a que os pedem, ou se tenham casado
 „ sem licença dos pais. O que procederá inviolavel-
 „ mente a respeito dos irmãos legitimos. Os illegi-
 „ timos porém que depois de falecidos os pais se
 „ casarem, serão obrigados a requerer o consenti-
 „ mento dos irmãos, e principalmente do que for
 „ successor da casa dos pais; e casando-se sem elle,
 „ perderão por esse mesmo facto toda a acção que
 „ poderião ter para obrigar a alimentos os irmãos
 „ a que não pedirão o seu consentimento para se ca-
 „ sarem.

N. 8. Este Assento nesta determinação he em par-
 te fundado, como elle diz no §. antecedente na Gloss.
 recebida nas Nações; se bem que muitos DD derivão
 esta obrigação dos irmãos por argumento da Lei 73.
 §. 1. ff. de Jur. Dorium, da L. 20. ff. solut. Matrimo-
 ni. , da L. 12. §. 3. ff. de Administr. Tutor. , e
 da L. 1. §. 2. ff. Tut. et rat. distrah. E em parte
 parece fundado no espirito da nossa Legislação, que
 depois se veio a exhibir nas Leis de 19 de Junho, e
 29 de Novembro de 1775. Sim parece claro; mas

interpretando-se conforme os direitos que teve em vis-
 ta, precisa de illustrações, que passo a expôr glosan-
 do as suas palavras.

N. 9. São os irmãos obrigados a alimentarem os
 irmãos, etc. Esta obrigação comprehende 1.º, os
 germanos, e legitimos, 2.º, os consanguineos, e ute-
 rinos unilateraes; 3.º, as irmãs opolentas; 4.º, os
 irmãos naturaes; 5.º, os espurios, e incestuosos,
 Stryk. vol. 1. disp. 20. = De potioribus fratrum
 juribus = Cap. 4. a. n. 22., Mul. ad Struv. Exerc.
 30. thes. 78. = Coler de Alim. liv. 1. cap. 9., Mi-
 chal de Fratr. p. 3. cap 32., Surd. tit. 1. q. 25.,
 Maced. dec. 35., Guerr. tr. 3. liv. 5. cap. 15. a. n.
 17. O mais he 6.º, que se amplia a obrigação de ir-
 mão a alimentar tambem a mulher de irmão pobre,
 Coler. supr. n. 19., bem como o marido pobre, que
 não póde bem sustentar a mulher, com o direito desta
 póde exigir do cunhado alimentos, Surd. tit. 1. q.
 25. n. 8. Altum. tom. 8 pag. 67. coll. 1.º Peg. de
 Maior. tom. 4. §. 11. sub n. 6. et 7. cum. seqq.,
 Guerreiro supr. n. 20.

N. 10. De todas, e quaesquer bens que elles pos-
 suão, etc. Amplia-se esta obrigação aos irmãos que
 tem Benefícios Ecclesiasticos; porque mesmo do ren-
 dimento delles são obrigados alimentar todas aquellas
 qualidades de irmãos que forem pobres, Coler. supr.
 n. 15., Surd. a n. 11., Mul. §. Clericus, Michal.
 n. 13. et 14., Codig. Freder. p. 1. liv. 2. tit. 6. §.
 18., Altum. supr. §. Frater Clericus, Garcia de Ex-
 pens. cap. 3. n. 36.

N. 11. Com declaração porém que esta obriga-
 ção dos irmãos cessará em todos os casos a ella ap-
 plicaveis, em que cessa a dos pais, etc. Ora 1.º, a
 obrigação dos pais he ampla a toda a especie de ali-
 mentos, ainda mesmo para os estudos dos filhos. Mas
 o mesmo Assento reconhece que a obrigação dos ir-
 Part. II. Oo

mãos he só fundada em ha n direito de sangue, e não no natural como he a dos pais; e com effeito que a obrigação do irmao não he tão estricta como a do pai dizem Muced. dec. 35. n. 7., Coler. de Alim. liv. 1. cap. 9. n. 21.

N. 12. Em consequencia o irmão não he obrigado a mais que á nutritura, e ao vestido, mas não he obrigado fornecer ao irmão alimentos, e despesas para os estudos, Cod. Freder. supra §. 18., Stryk. de Act. Sect. 1. Membr. 2. §. 22., Coler. liv. 1. cap. 9. n. 26., Michal. de Fratr. p. 1. cap. 25. n. 31. et 2. p. cap. 12. n. 17., Mul. ad Sruv. Silva §. sumptib. studior. = Altim. tom. 8. pag. 68. coll. 1. §. *Frater licet teneatur*, etc., idem Stryk. de Succes. ab intest. dissert. 11. cap. 3. §. 12., Voet ad Pand. lib. 37. tit. 6. sub n. 23.

Se o irmão depois da morte dos pais ficando em commucação com os irmãos prosegue os estudos, todas as despesas que elles faz lhe devem ser imputadas na sua parte, Voet. supr. Vnio de Colfat. cap. 13. n. 3., Stryk. de *Succes. ab intest.* dissert. 11. cap. 3. sub §. 12.

N. 13. Também 2.º, o mesmo Assento constitue os pais na obrigação de alimentar os filhos, ainda quando elles tenham recebido antecipadamente, e dissipado a legitima (ut hoc tit. 6. §. 12. n. 6. et 7.); porém os irmãos, em que se não dá, como nos pais, a obrigação natural, e so são obrigados pelo direito de sangue, não o são a alimentar hum irmão de humma conducta irregular, Cod. Freder. Silva, ou que tiver dissipado seus bens, Surd. de Alim. tit. 7. q. 15. n. 11., Coler. liv. 1. cap. 9. n. 25., Altim. tom. 8. pag. 68. §. *Si frater bona dilapidavit*, etc. *maximè*, quando os não dilapidou no furor da juvenituda-

de, mas por vicio do animo, Michal. p. 3. cap. 32. n. 25. Mas, e pelo contrario em Maced. dec. 35. se vê julgado condemnar-se hum irmão prestar a outro segundos alimentos depois de ter perdido por casualidade os primeiros que lhe havia assignado: se bem que os segundos se lhe julgáão com rebate da *quinta parte* comparativamente aos primeiros. Também em Peg. de Maior. tom. 4. §. 13. sub n. 26. e 27. se julgou ser hum irmão obrigado alimentar outro *ainda que tenha dissipado os seus bens*, mas mais parcamente, porque não os dissipou com dolo positivo de fraudar o irmão, e por estar emendado dos seus vicios. O mesmo segue Guerreiro tr. 3. liv. 5. cap. 15. n. 22. E esta segunda opinião he a que se deve praticar, porque mais racional, e seguida no estilo de julgar.

N. 14. Cessa 3.º, no par a obrigação de prestar alimentos civis ao filho ingrato (confer. supr §. 20. n. 12.) Porém ainda que hum pai desherde hum filho, e ainda que prohiba aos outros que o alimentem, sempre sobre elles recabe a obrigação pelo diverso direito, Mul. ad Sruv. supr. §. *Hec fratrum obligatio* = Coler. liv. 1. cap. 9. n. 9. Michal. supr. n. 22., Surd. de Alim. tit. 1. q. 25. n. 7., Guerreiro Silva n. 21., Altim. tom. 8. pag. 68. coll. 1. Se porém o irmão he ingrato, e commette ao outro as causas de ingratição expressas na Ord Liv. 4. tit. 90. §. 2., e tit. 88., fica indigno de pedir alimentos ao irmão, Coler. liv. 1. cap. 9. a n. 21., Surd. tit. 7. q. 15., Altim. supr. pag. 68. coll. 1. Michal. n. 28. E com razão, porque o irmão não he obrigado por Direito Natural como o pai, mas só por direi o de sangue, e cessão para se julgarem alimentos civis ao irmão ingrato, e ainda mesmo os *naturaes*, as razões que ficão expostas no n. 12. ao §. 20. desteTitulo, e procede quanto aos irmãos ingratos a genera-

lidade do Assento sem a distincção dos alimentos *civís* ou *naturacs*.

N. 15. Cessa 4.º, no pai a obrigação de alimentar o filho quando nada lhe resta dos seus moderados alimentos, (confer §. 20. a n. 2.) Esta limitação he applicavel ao irmão, que apenas tem o necessario para a sua subsistencia, Coler. liv. 1. cap. 9. n. 20., Michal. supr. n. 30., Surd. tit. 7. q. 15. n. 30. Porém tendo-se visto acima N. 11. e 12 que a obrigação dos irmãos he menor que a dos pais, e que só se limita a hum subsidio necessario, como declara Stryk. de Act. Sect. 1. Membr. 2. §. 22. ibi = „ *Justa*
 „ *interpretatione necessitas alendi ad Fratres ex-*
 „ *tensa sed ita demum, ut in subsidium fiat. Non*
 „ *tamen Frater Fratri ad alia obligabitur alimenta*
 „ *quam tantum ad necessaria, Frater enim ut ex*
 „ *dignitate alterius Fratris vivat, nulla ratio exi-*
 „ *git*, etc. Segue-se que não he o irmão tão obrigado a coangustar o seu tratamento, tanto como o pai, para alimentar o irmão, e que cessão a respeito deste as rigorosas doutrinas acima expostas N. 3. e 4 ao §. 20., que obrgão o pai a coactar o seu luxo para alimentar o filho, porque o pai he obrigado por todos os direitos, e o irmão só pelo do sangue, com a obrigação menor que a do pai.

N. 16. Cessa como já vimos §. 20. a n. 7. no pai a obrigação de alimentar os filhos no caso em que estes se possam alimentar a si mesmos, ou de alguns bens que tenham, ou de alguma occupação propria da sua condição que possam ter. Esta limitação he justamente applicavel ao irmão, que demanda alimentos a outro, Surd. tit. 7. q. 15., Michal. de Fratr. p. 3. cap. 32. a n. 6 et 23., Coler. liv. 1. cap. 9. n. 21. Porém com as modificações que ficão expostas no §. 20. desde o n. 7. até o 11.

N. 17. Tambem ja vimos ao §. 20. n. 14., e se-

guintes poder o pai negar ao filho, que sem justa causa se aparta da sua casa. Tambem o Assento os denega ao irmão que se tenha sem justa causa apartado da casa do irmão a que os pede. Aqui he applicavel tudo o que expuz ao §. 20. desde o n. 14. até o n. 20. Sendo *à fortiori* o irmão que percebe alimentos em casa do outro, só obrigado aos officios, e *obsequiaes*, e não aos *arteficiaes*.

N. 18. Assim como o Assento privou de alimentos os filhos legitimos, e illegitimos, que casão sem authoridade dos pais, tambem nesta parte privão de alimentos aos irmãos illegitimos, e de ambos os sexos, que casão sem consentimento do irmão successor da casa dos pais. Faz dúvida a Lei de 6 de Outubro de 1784, que limitou indistinctamente até a idade de 25 annos a necessidade de consentimento dos pais para as nupcias dos filhos. E parece cessou o Assento na parte em que obrigava aos illegitimos pedir esse consentimento aos pais, e irmãos *em toda, e qualquer idade*. Porém eu noto no mesmo Assento huma especial razão a respeito dos illegitimos, qual he, que *quanto mais favorecidos são em se reconhecêrem, e tratarem como fillos, e irmãos, tanto mais devem bonrallos em tudo, e por tudo*; e faltando á obrigação deste preceito, devem incorrer em penas mais graves do que os filhos legitimos que a elle faltão e por tanto parece que a Lei de 6 de Outubro no §. 6 só dispensou desse dever os filhos *legitimos* maiores de 25 annos, de que fallava, e não os *illegitimos*, em que se davão as diversas razões consideradas no Assento, confirmado no Alvará de 29 de Agosto de 1776, conciliando se assim este com aquella Lei compativelmente. Consequentemem e fica privado de alimentos o filho *illegitimo* reconhecido, e alimentado pelo irmão em qualquer idade que case, ou sem consentimento d'elle, ou sem recurso ao Magistrado, que haja de supprillo no caso do injusto dissenso.

N. 19. Cessa finalmente (alem dos casos figurados no Assento) a obrigação de alimentar os irmãos quando estes tem mãe viva com faculdades para os poderem alimentar, porque em falta de pai recae na mãe solvavel essa obrigação, e a do irmão só he subsidiaria depois da mãe, Michal. de Fratr. p. 3. cap. 32 n. 26. et 27. Sabel. §. Frater n. 12., Guerr. tr. 1. liv. 4. cap. 7. n. 69., Ahim. tom. 8. pag. 68 coll. 1. E se a mãe tem bens de que possa fornecer ao filho alguns alimentos, mas não todos os precisos, então he o irmão obrigado suplementar a falta que a mãe não pôde encher; e assim deve o filho, e irmão pobre receber de cada hum a sua parte, Guerrero tr. 1. liv. 4. cap. 7. a n. 73.

Supposto alguns com Guerreiro Silva n. 70 incumbem ao irmão successor do morgado proveniente dos avós a primaria obrigação annua da mãe de alimentar o irmão pobre, com tudo parece que essa opinião cessa depois que o nosso Assento nos declarou „ *que os morgados instituidos por avós, e ascendentes, attendida tão sômente a sua natureza, não trazem commigo annexa a pensão, e encargo algum de sustento, tentarem os que os possuem, parente algum, seu collateral.* „ E assim, sendo a mãe opulenta, sobre ella recae a primaria obrigação, e no irmão só a subsidiaria.

N. 20. Semelhantemente tambem o irmão que se propõe demandar o irmão por alimentos ordinarios, ou quando pede legitima, ou quando propõe a querrela *inofficiosi Testamenti* pôde demandallo por alimentos *provisionaes*, e *expensas litis*, com tanto que prove 1.º a quasi posse da filiação, e da fraternidade: 2.º, o bom direito na causa principal: 3.º, a

essa pobreza, e indigencia: 4.º, a opulencia do irmão, Stryk. vol. 1. disp. 19. cap. 2. a n. 122., Michal. p. 3. cap. 32. a n. 18., Peg. de Maior. tom. 4. §. 13. a n. 4. Em todos os casos que hum irmão he obrigado prestar alimentos a outro, prestando-lhos não pôde repetillos. Tambem não por via de regia quando lhos presta sem obrigação precisa, porque se presumem dados; a menos que 1.º, não fosse seu Tutor, ou Administrador: 2.º, se protestasse repetillos: 3.º, se fossem despesas muitas avultadas superiores aos alimentos: 4.º, se fossem despesas feitas não com a pessoa, mas com os bens do irmão: 5.º, se o irmão que dispendeo com o outro era igualmente pobre, etc. Vejam se Michal. de Fratr. p. 3. cap. 32. a n. 32., Sord. de Aliment. tit. 6. q. 12., Coler. liv. 3. cap. 5. a n. 34., Guerr. tr. 3. liv. 5. cap. 16. tot.

N. 21. Finalmente esta obrigação de irmão rico se estende ainda alem da morte do irmão pobre, porque morrendo este, he aquelle como por huma especie de alimento da alma obrigado ás despesas do seu funeral, Coler. de Alim. liv. 2. cap. 1. a n. 12., Mul. ad Struv. Exerc. 15. thes. 87., Stryk. us mod. liv. 11. tit. 7. §. 41., 42., 43.

TIT. VI. §. 16. RUBR.

Agnatorum jura.

A palavra *familia* he collectiva, que comprehende pessoas agnados, e cognados de diversos graos, como largamente se pôde ver em Fusar. de subst. quest. 351, e Pereira no Elucidario a n. 353., Barbos. appellativ. 94. Os direitos reciprocos de que gozão homozos, e

honorosos são infinitos. Dos que se referem neste §. tratarei nos competentes lugares. Só sim

Confira-se o Cod. Freder. p. 1. liv. 1. tit. 7. desde o §. 2. até o 7., aonde define que huma familia he huma sociedade domestica estabelecida pela Natureza. Esta palavra *familia*, em hum sentido especial, comprehende o pai, a mãe, e os filhos, e tomada em hum sentido geral, comprehende todos os parentes. Porque supposto morto o pai cada filho estabelece huma particular familia, como todos os que descendem de hum tronco são do mesmo sangue, ficão como membros de huma mesma familia. Por consequencia todos os que nascem em huma familia tem tambem pela Natureza mesma o direito da familia, pelo qual adquirem certas prerogativas. O estado da familia pois he huma condição, ou qualidade de pessoas que os faz respeitar como membros de huma familia, e os faz participantes dos direitos, e prerogativas, proprios, e unidos a esta familia. A'quelles a que são devidos estes direitos podem reivindicallos, ou defendellos pelas acções ordinarias, e *prejudiciaes*. O Estado da familia se perde ou pela prescripção, ou quando qualquer Lei desnaturaliza algum individuo da familia a que pertence, como neste Reino temos visto alguns exemplos.

Confira-se Coccey Jurisprud. Nat. et Roman. nov. Syst. §. 138, e seguintes, que inteiramente concorda com o cit. Código, e declara no §. 170 que, *Ex hoc statu familiae varia jura oriuntur. Nam 1.º omnia privilegia, quae familiae adherent, etiam ad agnatos pertinent, adeoque idem nomen gerunt, eisdem insignibus utuntur, etc. 2.º Injuriae familiae illatae, vindicare possunt. * Defendere membra familiae debent, quae ipsa se defendere nequeunt, quae est ratio tutelae legitimae, etc.*

* Conf. Valeron. de Transact. tit. 4. q. 7. n. 21. ubi quod „ *pro cognati injuria, quae familiaris sit, et totam familiam denigret, poterit non injuriatus agere; non ad privatum modum, vel ad poenam ei applicandam, sed ut familiae illatum dedecus vindicet, honoris, quae restitutionem consequatur.... Et si is, cui injuria illata est, fecerit remissionem, alii tamen de familia, qui dicuntur eadem injuria offensi, agere nihilominus poterunt.* „

Semelhantemente a qualquer individuo de huma familia compete acção contra o de diversa, que usurpa os appellidos, insignias, e armas da sua. Veja-se Peg. 5. for. cap. 116. tot.

Dos direitos das successões reciprocas tratarei em competente lugar. O que se comprehende na nomenclatura de *familiares* para diversos effeitos juridicos. Veja-se o meu Tract. dos Direitos relativos a Casas a §. 21. ad 29.

LIV. 2. TIT. 7. RUBR.

De Mariti in uxorem potestate.

§. 1. et 2.

Potestas in uxores: In quo consistat?

N. 1. SE este poder tem fundamento no Direito Natural, ou no Divino positivo, e a razão d'elle, veja se Stryk. vol. 8. Disp. 31. cap. 1., e vol. 2. disp. 2. cap. 2. a n. 26., e Disp. 3. memb. 4. a n. 36., e no uso moderno das Pandect. liv. 23. tit. 2. §. 35. et volum. 3. Disp. 6. cap. 2. a n. 6. et vol. 2. disp. 4. cap. 2. §. 14. Que tem fundamento nos Direitos Divino, Natural, e uso de todas as Nações, e ainda mesmo pelo Direito Civil Romano, e melhor pelo Canonico, o provão admitavelmente Hein. Elem. Jur. Nat. liv. 2. a §. 45., e melhor Samuel de Coccei Juri. Natur. et Roman. Nov. System. a §. 148., que parece seguiu o Cod. Freder. p. 1. liv. 1. tit. 8. dignos de serem vistos. Tempos houve, em que o marido exercitava com o adjunto dos parentes o Juizo *vita et necis* com a mulher criminosa, Coccei supr., Hein. §. 46. Porém hoje só deste direito resta no marido o poder de castigar por correccção moderada sua mulher, como se póde ver nos citados DD. Do mesmo direito se achão vestígios nos antigos Foraes deste Reino debaixo do titulo = *Pena de arma e sangue* = aonde se suppõe permitido aos maridos castigar impunemente suas mulheres, ainda mesmo fazendo-lhes ferimentos, como tenho visto em muitos antigos Foraes, que talvez serião a fonte da Ord. liv. 5. tit. 36. §. 1.

N. 2. Daquelle antigo imperio, e poder do marido na pessoa da mulher, alem daquelle poder de a castigar, e corrigir, ainda são vestígios, e restos outros direitos praticos, quaes são: 1.º, não poder a mulher pela sujeição, e reverencia que deve ao marido propor contra elle acção famosa, ou de injuria ainda que elle a castigue levemente, nem accusar criminalmente o adultério do marido, Stryk. vol. 2. disp. 3. membr. 4. a n. 36. Phæb. p. 2. Ar. 155. Id' Stryk. vol. 2. disp. 4. cap. 2. §. 14.

N. 3. 2.º, não poder a mulher testificar contra o marido, nem ser a isso obrigada em causa criminal, ou civil ardua, Stryk. supr. membr. 5. a n. 28., á excepção dos crimes de Lesa Magestade Divina, ou humana, Stryk. supr. n. 38., Veja-se Silv. ad Ord. liv. 3. tit. 55. §. 11. n. 12. (Se bem que Stryk. reprova a declaração dos DD. apud Silva n. 13.) quanto ás mulheres. Adde eund. Stryk. vol. 2. disp. 4. cap. 2. §. 14.

N. 4. 3.º, não he o marido obrigado satisfazer á mulher a indemnização dos bens dotaes, Stryk. supr. membr. 8. n. 13 de quo vide Brunneman. ad tit. Cod. Ne fidejus. dot. dent. Cod. Civ. dos Francezes Arr. 1550; menos quando o marido caminha a pobreza. Veja se o meu Tratado das Execuções a §. 287.

N. 5. 4.º, tambem por effeito da reverencia que a mulher deve ao marido quando casão por contracto, não póde executallo pelo dote, ou parafernaes, no caso do divorcio *ultra quam facere possit*, Stryk. supr. vol. 2. disp. 3. membr. 2. n. 15. Id' Stryk. us. mod. liv. 42. tit. 3. sub §. 20, Moraes liv. 6. cap. 12, n. 61.

N. 6. 5.º, Por outro effeito do direito reverencial que a mulher deve tributar ao marido, quando entre elles possa dar-se alguma acção, não póde a mulher demandallo em Juizo sem venia, Stryk. supr. membr.

3. n. 37, (*quod in medio relinquit* Id' Stryk.) Adde eund. Stryk. vol. 2. disp. 4. cap. 2. §. 14.

N. 7. 6.º, he a mulher obrigada prestar ao marido (quando casão conforme o Direito commum) todos os serviços *obsequiaes*; e se tambem os *servis*, e *artificiaes*. Veja se Latè Stryk. us. mod. liv. 2. 3. tit. 2. à § 51., aonde juntamente declara, quaes são as obras *obsequiaes*, e *artificiaes*. Id' Stryk. vol. 8. Disp. 32 de *operis uxorum* cap. 3. et 4.

N. 8. 7.º, he a mulher, como sujeita a seu marido, obrigada não só denominallo senhor, como Sara a Abrahão, e a de que falla a L. 57. ff. de Donat. int. vir., Stryk. us. mod. supra §. 48. Mas segullo quando elle muda de domicilio com as declarações com que modificão esta obrigação, Stryk. supra § 49. ex Cod. Freder. p. 1. liv. 1. tit. 8. §. 3. E quando valle o pacto nupcial, em que o marido se obriga viver com sua mulher em certo lugar? Quando cessa no marido a obrigação deste pacto? Vê Portug. de Donat. liv. 1. prælud. 2 §. 2. a n. 96. Britt. post Tract. de locat. q. 1. a n. 20. et q. Cancer 3. var. cap. 7 a n. 1. ad 10. Sanchez de matrim. liv. 1. Disp. 40. Guerreiro tr. 2. liv. 6. cap. 8. a n. 73; e sobre todos o meu Tract. *dos Direitos relativos a casas* à § 409.

N. 9. Se porém o marido abusa do poder, e castiga severamente a mulher, ella pôde queixar-se ao Magistrado para que o castigue, Novell. 117. cap. 14. Stryk. us. mod. liv. 23 tit. 2. §. 46 in fin., et vol. 8. Disp. 32. cap. 1. § 18. et vol. 3. Disp. 6. cap. 2. n. 9 no fim. Ou pôde querellar do marido se lhe fizer ferimentos graves. Phæb. p. 2. Ar. 155. Repertor. sub vbo = *Marido pôde castigar sua mulher* = E fazendo o marido á mulher ferimentos, que sejam caso de devassa nos termos da Ord. liv. 1. tit. 65. §. 31., pôde o Juiz ex officio proceder a devassa, Peg-

tom. 5. ad Ord. liv. 1. tit. 65 §. 31 n. 63 com Cald. na L. un. Cod. Ex delict. defunct. p. 2. n. 59. E ainda que parece obsta a Ord. liv. 5. tit. 36. §. 1., com tudo esta deve entender-se, ou de hum ferimento leve, ou atemperada. Cá a esses antigos tempos, em que os animos dos Portuguezes erão mais ferozes, ou abrogada pela Policia, que não deve tolerar taes deshumanidades dos maridos para com suas mulheres, pelas razões, que bem pondera Stryk. vol. 3. Disp. 6. *De Alapa*, cap. 2. a n. 7. E ainda mesmo porque he indecoroso ao marido castigar ignominiosamente *saltem inter honestiores personas* a sua mulher, Heinec. Elem. Jur. Nat. liv. 2. §. 46. na Nota: *Videndus*, Henriq. Coccei vol. 2. Disp. 7. cap. 3. §. 2. ubi optime.

Dar bofetada he entre nós caso de devassa: *Quid ergo* se o marido der na mulher alguma bofetada, se poderá o Juiz ex officio devassar? Distingo com a Novell. 117. cap. 8. junto o cap. 14., e com a doutrina de Stryk. *Suprà proximè* cap. 2. a n. 9., que se o marido dá bofetada na mulher por alguma das causas expressas na dita Novella, que lhe fundamentão divorciar-se della, he excusavel; aliás se sem causa: *Eum consule*.

N. 10. Por outra parte: A mulher gravemente maltratada pelo marido pôde requerer por causa de sevicias divorcio pelo Juizo Ecclesiastico: E quaes sevicias sejam necessarias para fundamentar o divorcio, vejão-se Ferraris vbo *divortium* a n. 27. Agostinho Barbosa. vot. 9 optimè Begnudell. vbo *divortium* a n. 5. Sanchez de matrim. liv. 10. disp. 18. Sabell. §. *Matrimonium*; sub n. 19. Rot. post Zacch. QQ. *Medicoleg. Decis. 94.* Card. de Luc. de matrim. Dis-

curs. 17, e os Decretalistas ao cap. Literas de restit. spoliator. Conf. Guerreir. tr. 2. liv. 6. cap. 8. a n. 70, e melhor Hemiq. Coccey vol. 2. Disp. 7 cap. 3.

A pratica de requerer a separação por causa das sevicias se podem ver em Costa ad Caminh. Annot. 68. Faz a mulher requerimento ao Vigario Geral, em que allega as sevicias, e crueldades do marido; requer justificação summaria dellas, e deposito até a final decisão da causa os direitos sobre o divorcio. He admittida, justifica summariamente sem citação do marido; e á vista da justificação decreta se o deposito em casa honesta, e segura, ou Convento: o que he justamente fundado nas doutrinas de Henriq. Coccey vol. 2. Disp. 68. §. 21. Begnudell. vbo *Divortium* n. 6. Cyriac. contr. 172 de Luc. de matrim. Disc. 11. a n. 3. et disc. 17 n. 5. Id^o Coccey vol. 2. Disp. 7. cap. 3. §. 3. optime Tondut. qq. Beneficial. p. 1. cap. 55. n. 12.

Decretado, e executado o sequestro, se arbi- trão alimentos, e *litis expensas* á mulher durante a causa ordinaria do divorcio, Themud. p. 1. dec. 38 n. 7, Solan. cog. 21 n. 2; Stryk. disp. 19. cap. 2. a n. 108, Corthead. Dec. 147 n. 30 Valasc. Cons. 1 a n. 4. Este arbitramen- to dos alimentos, ainda que Costa supr. quer se requiera no Juizo Ecclesiastico; e Mello liv. 1 tit. 5 §. 45 faz privativo o Juizo Secular: eu com Vanesp. de Jur. Eccles. p. 2. Sect. 1.^a tit. 15 cap. 2 n. 26 faço cumulativa a jurisdicção; e tanto se podem pedir neste caso incidentalmente no Juizo Ecclesiastico conforme a pratica *de qua Costa supra*, como no Secular com Certidão da pendencia da causa do divorcio no Juizo Eccle-

siastico: Conf. Benedict. de Synod. Diocesan. liv. 9 cap. 9 n. 4 et 5, e o meu Tract. das Ac- ções Summarias a §. (que agora está no Prelo).

Se huma mulher por propria authoridade se divorcia do marido, recorre ao Juizo Ecclesias- tico pedir sequestro da sua pessoa, *mas não ar- bitrio de alimentos*, se propõe a causa do divor- cio, e a final succumbe nella, não tem os credos- res, que lhe fizerão empréstimos para alimentos e para a demanda, acção alguma neste caso con- tra o marido, para delle repetirem os empresti- mos, que fizerão á mulher para esses fins. Co- mo largamente demonstra, e refere julgado So- lan. cap. 21, e bem se confirma com as doutri- nas de Stryk. vol. 1 disp. 19 cap. 2 a n. 107. Coler. de Aliment. liv. 1. cap. 10. n. 18. Rebuf. de Sent. prov. art. 3. n. 26. Depois prosegue-se acção ordinaria sobre o divorcio na fórma que ensina o citado Costa. E se o divorcio se julga só temporal por alguns annos, não ha partilha de bens, e fica o marido obrigado a alimentar a mulher assim separada, como administrador de todo o casal. Se porém o divorcio se julga per- petuo, póde então haver partilha por inventario, Guerreiro tr. 2 liv. 3 cap. 4. n. 29, et 30, et liv. 6 cap. 8 n. 40. E ainda que Guerreiro com Themudo, e Cabedo diz que o invento, e par- tilhas se podem pedir em hum ou outro Juizo Ecclesiastico, ou Secular, eu nesta parte sigo o citado Mello com Van-Esp. supr. sub n. 27, e que o inventario, e partilhas se devem fazer no Juizo Secular optime Corthead. dec. 174 a n. 30 et 31. Carol. Fevret. de Abus. liv. 3. cap. 5.

TIT. VII. §. 3. RUBR.

Ejusdem (mariti potestatis) effectus non nulli.

N. 1. Sobre as palavras = *Quum marito in uxoris corpus, etc.* Veja-se o que fica exposto ao §. precedente. Sobre *sed etiam privato carcere, etc.* Direi ao Liv. 5. tit. 4. §. 11. Sobre as outras = *De adulterio accusare, etc.* Direi ao liv. 5. tit. 10. §. 2. até 8. Sobre as outras = *Uxor non solum de bonis, communibus, sed de propriis etiam mariti bonis, sustentari decenter debet.* „ Esta he a regra que bem comprovão Coler. de Aliment. liv. 1. cap. 10 a n. 1. Fragoz. p. 3. liv. 3. disp. 4. §. 1. *ubi latissime.*

N. 2. Esta regra amplia-se 1.º, que o marido he obrigado alimentar a mulher que recebeo sem dote, e que aliás não tem bens alguns. 2.º, a pouco dorada, e cujos fructos do dote não bastão para seus alimentos: 3.º, a mulher que fugio por culpa do marido, ou expellida por elle, ou por qualquei justa causa, v. g. pelas crueis deshumanidades do marido: (a) (Conf. Rebuff. de Sentent. Provision Art. 3 gloss. 1 n. 17.): 4.º, ainda quando o marido desampara a mulher separando-se della. 5.º, ainda quando a accusa de adulterio (Conf. Stryk. vol. 1 disp. 19. cap. 2. n. 121.): 6.º, ainda quando a mulher pobre tenha renunciado os alimentos, etc. Veirão-se sobre estas applicações, e casos em que ellas são applicaveis, Coler. supra a n. 4 ad 51. Fragoz. supra, Surd. de Alim. tit. 7 q. 16, e seguintes.

N. 3. Limita-se porém esta obrigação: 1.º, Se se não paga ao marido o dote prometido: 2.º, se a mulher he rica: 3.º, se a mulher por propria autho-

ridade se divorcea sem culpa alguma do marido, mas por mera petulancia, força de genio, ou consciencia do crime, Conf. Stryk. n. 109 et 113 optime Rebuff. de Sentent. Provisional. Art. 3. gloss. 1 n. 26: 4.º, depois de ser convencida de adúltera, e condemnada: 5.º, se o marido se reduzir a pobreza, etc. Veja-se Coler. supra a n. 53. Surd. et Fragoz. supra. A respeito da obrigação do marido para fazer o enterro, e funeral da mulher pobre, L. 16 ff. de Relig. et sumpt. fin. Guerreir. tr. 1. liv. 4. cap. 7 n. 35.

N. 4. Sobre as palavras = *Et quod denique uxor in judicio, etc.*, e sobre a Nota a este §. direi ao §. 19 do Tit. 8. seguinte.

TIT. VII. §. 4. RUBR.

Administratio mariti restricta.

Direi ao Tit. 8. seguinte ao §. 18.

TIT. VII. §. 5. RUBR. §. 7. RUBR.

De Reginae marito: de Regis uxore.

Confirão-se para illustração do que aqui diz Mello, Cyriac. Contr. 401. Vella Dissert. 4, Otea de cess. jur. tit. 3 q. 3. n. 33: exemplos illustres em Hein. Elem. jur. Nat. liv. 2. Not. ao §. 47, Stryk. vol. 3. Disp. 6 cap. 2 sub n. 6. Becman. Meditat. Polit. Dissert. 6 §. 3.

TIT. VII. §. 6. RUBR.

Uxoris in maritum jura.

N. 1. **A** Mulher (diz o Cod. Freder. p 1 liv. 1. tit. 8. §. 4.) „ *tem o poder do corpo de seu marido, que não pôde refutar-lhe o debito conjugal, quando elle não he impedido por doença, ou outros accidentes.* „ S. Paul. ad Corinth. liv. 1. cap. 7 a n. 3. Quaes sejam as causas racionaveis que excuseem os conjuges deste dever? Vejão-se em Luc. Ferrar. vbo = *Debitum conjugale* = , e melhor Paul. Zacch. QQ. Medicolegal. liv. 7. tit. 3 q. 1. ubi = *Quando, quantum, quomodo debitum conjugale sit reddendum?* et q. 2. = *De his, quæ virum à restitutione debiti excusare possunt ex parte sui* = : q. 3.^a, *De his, quæ uxorem à debito reddendo excusant ex parte sui* = q. 4. = *De his, quæ alterum vel utrumque conjugem prohibent debitum exigere* = et q. 5. = *De his, quæ conjuges à redditione debiti excusant, ex parte alterius.* =

N. 2. Sim he certo que „ *Fori conjugalis fides maritus æque servare teneatur.* = Mas „ *nec adulterii (ob reverentiam) accusare potest uxor maritum*, L. 1. et ibi Brunnem. Cod. ad Leg. Jul. de Adult. ... *Scilicet criminaliter; secus autem civiliter, ubi agere potest de adulterio mariti.* .. *Sic etiam uxor poterit excipere de adulterio mariti. Si scilicet hic agat ad separationem thori, et perditionem dotis ob adulterium uxoris.* Cap. 6. de Adult., *Secus si criminaliter*, L. 2 §. 5. ff. de Adulter., *in tantum, ut illo casu recipere cogatur maritus uxorem si probet hæc, virum esse fornicarium*, Cap. 4 et 5 de Divort., Cap. 6 de

„ *Adult. Paria enim delicta mutua compensatione tolluntur*, Cap. 7 eod. L. viro 39 ff. Ad Leg. Jul. de Adulter., *quoad jus scilicet privatorum, non autem quoad vindictam publicam. Et per iniquum est virum ab uxore exigere pudicitiam quam ipse non habet*, L. 13. §. 5. ff. de Adult. *cum intacti esse debeamus, si intactam queramus uxorem*, Cap. 2 3 4 Caus. 32 q. 6 etc. Ita Stryk. vol. 2. Disp. 3 Membr. 4. a n. 40 ad 44 Conf. eund. Mell. liv. 5. tit. 10. §. 2. Not. optime Addit. ad Luc. Ferrar. vbo *Adulterium*, Art. 3 a n. 18 Fragoz. p. 3 liv. 2. disp. 5 §. 5 n. 82 et n. 96, et disp. 6 §. 2 n. 41, et a n. 46 cum seqq.

N. 3. Ad verba = *De illius dignitate participat, illius forum, et domicilium sequitur, et eisdem ferme honoris titulis et privilegiis utitur.* = Confirção-se Cocley *Just. Natur. et Romana Nov. System.* §. 164, Heinec. *Elem. Jur. Natur.* §. 48, e mais largamente o nosso Guerreiro, tr. 2. liv. 6 cap. 1 desde o n. 71 até o n. 85 digno de ser visto. Peres in Cod. Tit. *de Dignitat.* a n. 50 Stryk. vol. 2 disp. 4 cap. 2 §. 16.

N. 4. Ad verba = *Beneficio restitutionis gaudet, ex persona Mariti* = Confirção-se Gama dec. 162, Phæb. dec. 61, Barbos. na L. 1 p. 3 n. 63 e 64 ff. Solut. Matrimôn. Cald. na L. Si curatorem verbo = *Adversarii dolo* n. 32 et 33, Moraes de Execut. liv. 2 cap. 20 n. 82, e Peg. tom. 15 ad Ord. liv. 2 tit. 42 a n. 30 E com elles se entenda, e declare a conclusão geral que aqui firma o nosso Mello.

N. 5. Ad verba = *Perfectum cum marito convictum habet, et societatem*, etc. = dicam ad Tit. 8 = Ad verba = *Possessionem retinet eo mortuo* = dicam ad Tit. 8 §. 15 et 16 h. t. Ad verba = *Et tandem ad instar illius cognatus habetur*, etc. = dicam ad lib. 3 Tit. 8 §. 18.

A questão : *An mulier , quæ primo nupsit viro nobili , si eo mortuo nubat cum alio non tam nobili , possit se nominari de Dom^o* Veja-se em Phæb. dec. 17, vide Pereira, e Oliveira Privileg. da Nobreza, e Fidalguia p. 1 cap. 13 pag. 126, Arouca Annot. ad liv. 1 tit. 9 de *Senatoribus* l. 8 n. 64 pag. 381, e nos mais Reinicolas, que refere o seu Addicionador. A outra questão: *An maritis viduis mulierum, quæ fuerunt ducissæ, vel comitissæ, debeatur eadem honorificentia, quæ eis præstatur constante matrimonio: et quid de juris rigore, quidve consuetudo introduxerit? Et an mulieribus viduis ducum, vel comitum, quæ secundas nuptias cum viris inferioris conditionis contraxerunt, debitus sit idem honor, qui eis de jure præstatur, viventibus primis maritis? ubi varia jura expenduntur, et explicantur.* = Veja-se nas adições de Olea de Cess. jur. tit. 3 q. 3 Resol. 9, e Portug. de Donat. liv. 2 cap. 7 a n. 34.

LIVRO II. TIT. VIII. RUBR.

De Communione bonorum inter Conjuges.

§. 1, 2, 3, RUBR.

Bonorum Communio: jure Romano locum non habet: ex jure nostro resultat.

N. 1. **O** Fundamento desta communião, não tendo no direito Civil ou Canonico, foi sem dúvida o antigo costume deste Reino, como se nota na Ord. liv. 4 tit. 47 in princ. ibi = *Casão pelo custo-*

me do Reino = tit. 60 in fin. ibi = *Casarão fóra do costume do Reino* = tit. 65 in princip. ibi = *Fosse os bens entre elles communicados segundo o costume do Reino* = tit. 48 in princ. ibi = *Segundo o costume do Reino.* =

N. 2. Na Italia, nas Cidades do Peruzio. e em Bolonha he tambem antiquissimo hum tal costume, Garcia de Conjug. acquæst. n. 2. Em quasi toda a Alemanha já antes dos tempos, em que escreveo Taccito de Morib. German., era tambem antigo o mesmo costume, como na Saxonia, Suecia, Lobeca, Lomburg, e outras muitas Provincias, que referem Bohem. tom. 4 Exerc. 70 a §. 4, Stryk. vol. 8 disp. 29 cap. 2 a §. 16, e nessas Nações he incerta a origem de tal costume, como adverte Voet. ad Pand. liv. 23 tit. 2 n. 65.

N. 3. He bem conjecturavel que quando esses Povos do Norte ganháram a Lusitania sobre os Romanos, ao mesmo tempo que legisláram, Estatutos da Universidade liv. 2. tit. 3 cap. 9 §. 3, deixáram neste Reino esse seu costume entre os Lusitanos; e ainda que variou no tempo dos Wesigothos, cuja legislação era na maior parte semelhante á Romana, sempre com tudo libertada a Lusitania, se ficou conservando o mesmo costume enunciado na Ord. Affonsina liv. 4 tit. 12, e depois conservado na Manoelina, e em fim na citada Filippina.

N. 4. Este costume pois assim original, e semelhante ao daquellas antigas Nações, passou a ser estabelecido, e confirmado por Lei, não só nellas, ex DD. citat. n. 2; mas nesta: Porque a Ord. liv. 4 tit. 47 já lhe dá authoridade da Lei, ut ibi = *Casão pelo costume, e Lei do Reino.* = Determinando por isso legislativamente o Tit. 46 que = *Todos os casamentos feitos em nossos Reinos, e Senhorios se entendem serem feitos por Carta de ametade; salvo*

quando entre as Partes outra cousa for acordada. = Da mesma fôrma que em Castella (aonde não ha tal communião universal) principiando por *Costume* a communicacão dos *acquæstos conjugaes*, pas-sou este costume a ser authorizado por Leis, Garcia de Conjug acquæst. a n. 11.

N. 5. Póde sem dúbida esta communião universal pactear-se entre marido, e mulher expressamente, como se nota na Ord. liv. 4 tit. 95 §. 3 ibi = *Salvo em aquelles bens em que por bem, e por virtude do contracto devem ser meeiros o marido, e a mulher*, etc. = Porém se, quando não ha pacto *expresso*, se subentende que entre elles o ha *tacito* conformando-se com o dito costume? Se a Lei manda nesse presuposto de haver *pacto tacito* que authoriza; ou independente d'elle, por determinacão *legislativa*? Varião os DD. Voet liv. 23 tit. 2 sub n. 85 diz, que a communião universal se firma em hum *pacto tacito* dos contrahentes de se conformarem com o costume, e com a Lei que o authoriza. Outros desta opinião refere Fragoz p. 1.^a liv. 5 disp. 15 ex §. 1 sub n. 9, Valasc. Cap. 5 n. 3 Boehm ad Pand. Exerc. 70 § 15. Porém o mesmo Boehm. no §. 16 diz: „ *Falsum est, ejus fundamentum in tacito consensu quod rendum esse, et sic contractum societatis inter conjuges intum fuisse. Ipsi connubio hunc assignarunt et attribuerunt maiores effectum, ut ex eo inter conjuges communicatio bonorum ipso jure nasceretur*, etc. Se bem que o nosso Caldas na L. si curatorem verbo = *Sua facilitate* = n. 7 defende admiravelmente que esta communicacão universal procede do *pacto tacito authorizado pela Lei*, e entre outras razões, *porque póde renunciar-se por pacto contrario*, etc. (mas he porque a Lei permite esta renuncia.)

N. 6. O certo he que a nossa Lei diz se em taes

casamentos feitos por *Carta de ametade*, ut liv. 4 tit. 46 ibi = *Casados por Carta de ametade segundo o costume do Reino* = tit. 95 §. 3 ibi = *Casamento feito por Carta de ametade* = tit. 97 §. 24 tit. 96 §. 24. Esta palavra = *Carta* = na sua geral accepção se entende pelo papel, em que alguma cousa se escreve, Vicat. verbo = *Charta* = *Cartas de partilha*, Ord. liv. 4 tit. 96 §. 22, *Cartas das sentenças*, Ord. liv. 3 tit. 66 §. 10, *Carta de Camara*, Ord. liv. 3 tit. 1 §. 19 etc. Repertorio verbo = *Carta*.

N. 7. Como pois dos casamentos sendo solemnes se fazem Assentos como *Cartas*, e aos clandestinos de que se não escrevem pelos Parocos os Assentos, não dá a Ord. liv. 4 tit. 46 §. 1 este favor da communicacão. Por isto he que a Lei quando não ha outro pacto expresso infere da *Carta de casamento* o tacito, e os diz casados por *Carta de ametade*, não porque sobre isto fação *Carta escrita*, mas porque casando solememente casão por *Carta*, e sem outro pacto a respeito da communicacão, ficão casando por *Carta de ametade segundo o costume do Reino*, ut liv. 4 tit. 48, e pelo *costume*, e *Lei do Reino*; ut tit. 47 in princ.

N. 8. Este costume com a Lei, que o authoriza he tão justo, e racional, ainda mesmo para ser feliz, e tranquillo o consorcio conjugal, como bem exagerão Boehm. ad Pand. Exercit. 70 §. 3, Valasc. de Part. cap. 5 n. 2, e melhor Stryk vol. 8 disp. 29 cap. 2 § 19. E não pensarão bem os politicos a que se refere Mello na Nota a este §. 3 em quanto filosofarão que esta communião universal he contraria á utilidade do commercio, e que seria do bem público que não tivesse lugar entre os Negociantes: quando pelo contrario os DD. referidos por Boehm. dizem ser interessante aos commerciantes, porque „ *Ex- teros allicitunt, ubi tutiorem mercaturam ex com-*

„ *muni industria , periculo et commodo conjugum*
 „ *non frustra sperant , nec interventiones muliebres*
 „ *ratione bonorum suorum metuere coguntur.* „

Consecrarios do que fica exposto.

N. 9. He pois 1.º erro , e pedantismo fundamentarem alguns DD. esta communião no Direito Romano , e Canonico , quando ella não tem , nem pôde ter fundamento algum nesses direitos , como justamente diz o nosso Mello , e largamente demonstrão Stryk , us. mod. liv. 23 tit. 2 a §. 90 , Voet. ibidem n. 65. Idem Stryk. vol. 8 disp. 29 cp. 2 §. 17 et 18 et disp. 32 cap. 2 tot. , Boehm. supr. a §. 6 , Garcia de *conjug. acquest.* n. 31 , Valasc. cap. 5. a n. 5 , et Conf. 116 n. 1 et 8 , Solan cog. 1 n. 83.

N. 10. He 2.º hum erro consequente do primeiro decidir as questões pelas regras do Direito Romano , em que esta communião não tem fundamento. Devendo pelo contrario decidir-se pelos costumes da nossa , e das mais Nações , autorizados pelas Leis , e pela natureza , e razões dos mesmos costumes , Boehm. supr. §. 9 , tetigit Solan. supr. n. 83 in fin. E em que se assemelha , em que differe esta sociedade universal dos nossos conjuges. com , ou da sociedade universal *pacticia dos Romanos.* , pôde ver-se em Valasc. de Part. cap 5 a n. 9 , e em Voet. ad Pand. liv. 23 tit. 2 n. 92.

N. 11. He consequente 3.º , que na dúvida de ser o matrimonio contrahido segundo o costume do Reino , ou pelo contrario se deve presumir conforme o costume do Reino , Voet. ad Pand. liv. 23 tit. 3 n. 31 , Guerreiro , tr. 2 liv. 7 cap 15 a n. 2. E quando se subentenda contrahido conforme o costume do lugar em que habitão os contrahentes , ainda que os bens estejam em outro Reino , veja-se Guerreiro tr. 2

liv. 6 cap. 1 a n. 155 , Peg. 1 for. cap. 8 pag. 584 coll. 2 , Voet. supr. a n. 60.

N. 12. Segue-se 4.º , que supposta esta communião geral , a administração , e o poder do marido deriva do principio de *ser o chefe da familia* , Guerreiro tr. 2 liv. 6 cap. 1 n. 104 , e dos mais que expõe Stryk. vol. 8 disp. 32 cap. 2 : devendo este poder do marido regular-se pelas Leis da Nação , porque em humas tem os maridos mais amplos poderes que em outras sobre a economia , e administração dos bens communs , Voet liv. 23 tit. 2. a n. 60 , Stryk. us. mod. liv. 23 tit. 2 a §. 89.

TIT. VIII. §. 4 RUBR.

Ex vero Matrimonio et consummato.

N. 1. „ **Q**uando o marido , e mulher forem
 „ *casadas por palavras de presen-*
 „ *te á porta da Igreja , ou por licença do Prelado*
 „ *fôra della , havendo copula carnal , serão meeiros*
 „ *em seus bens , e fazenda. E posto que elles que-*
 „ *rão provar , e provem que forão recebidos por pa-*
 „ *lavras de presente , se não provarem que forão re-*
 „ *cebidos á porta da Igreja , ou fora della com li-*
 „ *cença do Prelado , não serão meeiros.* „ Eis-aqui
 o disposto na Ord. liv. 4 tit. 46 §. 1. Continua o §.
 2 , dizendo „ *Outro si serão meeiros provando que*
 „ *estiverão em casa tbeuda , e manteuda , ou em ca-*
 „ *sa de seu pai , ou em outra em pública voz , e fa-*
 „ *ma de marido , e mulher por tanto tempo que se-*
 „ *gundo direito baste para se presumir matrimonio*
 „ *entre elles ; posto que se não provem as palavras*
 „ *de presente.* „

Part. II.

Rr

N. 2. Porém deve advertir-se que esta Ord. foi compilada da Manoelina liv. 2 tit. 47 §. 1 e 2, no tempo da qual ainda não havia o Concílio de Trento, e se admittião provas presumptivas do matrimonio pelos modos que admittia o dito §. 2 da Manoelina, e depois admittio a Philippina como se pôde ver em Begnudel. verbo = *Matrimonium* = a n. 184, Mascard. de Prob. concl. 1019. Mas como hoje depois do recebimento do Concilio Tridentino já não pôde haver matrimônios presumidos, Aquil. ad Rox p. 8 cap. 2 n. 51, parece que não forão bem advertidos os Philippistas quando compiláão o §. 2 como já adverti no Tit. 5 §. 10 N. 4; e que hoje para o fim da communição dos bens não pôde admitir-se outra prova do matrimonio que não seja mostrando se por Certidão do Paroco, que o matrimonio foi contrahido validamente com as solemnidades do Concílio. Porque não se provando assim contrahido, não pôde dizer-se valido, e como nullo não pôde produzir effeiro; e fica nos termos de hum *concubinato*, que não basta para haver communição de bens a menos que não seja *pacticia*, Voet ad Pand. liv. 23 tit. 2 §. 29. Confirma se o que notei ao Tit. 6 §. 2 desde o n. 2 até o 5.

N. 3. Já vimos Tit. 5 §. 10 n. 1 que ha matrimônios clandestinos validos, quaes os que se contrahem perante o Paroco na fórma ali exposta, e que a Igreja julga validos. Estes sendo julgados validos pela Igreja, satisfazem á nossa Ord., porque são (e de outro modo serião nulos) contrahidos por palavras de presente perante o Paroco: e se hum matrimonio tal, e valido legitima a prole antes nascida, conforme a melhor opinião, Tit. 5 §. 10 n. 5 e 6, tambem deve produzir o effeito de que tratamos; porque fica matrimonio verdadeiro, e valido, ainda que illicito, e punivel.

N. 4. Na Nota a este §. 4, e das palavras da nossa Ord. = *havendo copula carnal* = deduz Mello estas consequencias: 1.º, „ *Non sufficere coitum* „ *illicitum ante matrimonium, consummatum quip-* „ *pe non dicitur, neque perfectum ex coitu antec-* „ *denti, sed ex secuto.* 2.º, „ *non communicari bona* „ *etiamsi uxor in domum mariti deducta sit, si* „ *conjuges communem lectum non habuerint, ipsa-* „ *que moriatur prius, quam a marito fuisset cogni-* „ *ta: idem* 3.º, „ *dicendum de matrimonio cum infi-* „ *ma contracto, quæ statim e vivis excessit: vel* „ *4.º, de ea uxore, quæ maritum semper fugit eique* „ *numquam sui copiam fecit, vel in thorum nuptia-* „ *lem non recepit: itaque lucra nuptialia non adque-* „ *runtur, nisi conjuges concubuerunt.* Sou obrigado tratar fundamentalmente estas illações, porque frequentes na pratica do foro. Desejava ter a Abrahão Weselio de Connub. Societ., * a que para a resolução destes casos se refere Voet. supra n. 94. Entretanto discorrerei com os nossos Reimcolas, e com as novas razões que me occorrem.

N. 5. Quanto á 1.ª illação: Pela opinião de Mello estão os Alemães, com os quaes Boehm. Exerc. 70 §. 23 et 34, e os nossos Cald. for. liv. 1 q. 17 n. 11, Repertorio debaixo da palavra = *Mulher he meeira em todos os bens* = Fragoz. p. 3 liv. 2 disp. 5 §. 4 sub n. 54, Pedro Barbos. segunda parte Rubr. ff. de solut. matr. n. 110, Manoel Barbos. a Ord. liv. 4 tit. 46 §. 1 n. 6. Entre outras razões; porque em quanto o matrimonio se não consumma com copula, está rato, cap 7 de Divort. cap. 6 qui filii sint legit, e só então passa a ser Sacramento perfeito depois de assim consummado, Can. 17 Caus. 27 q. 2 cap. 6 de Bigam. non ordinand. E assim segundo o Direito da Republica Lexodjense o affirma Carol. de Mean. in Jur. civit. Leodiens. p. 1 obs. 51 n. 7, e

no Belgio o sente Voet ad Pand. liv. 23 tit. 2 sub n. 89.

N. 6. Em contrario estão a Decisão 124 de Gama, e Guerreiro tr. 2. liv. 6 cap. 1 n. 99 et 100, attestando que contra essa primeira opinião está a praxe deste Reino, conforme a qual para se consummar o matrimonio basta a copula fornicaria antecedente, e que o caso de ser antecedente foi omisso na Lei: ella com effeito diz simplesmente = *havendo copula carnal* = e não distingue se he necessario seja subsequente, ou se basta que seja antecedente.-

N. 7. Qual destas opiniões seja mais racional, *hoc opus hic labor*. Eu noto 1.º, que quanto á legitimação da prole, basta o tal matrimonio ainda contrahido in articulo mortis, sem necessidade de copula subsequente que o consumma, Sabell. §. *matrimonium* n. 17, Guerreiro tr. 2 liv. 1 cap. 4 a n. 43, Stryk. de success. ab intest. dissert. I cap. 2 §. 62, Harpprect. ad §. fin. Instit. de Nupt. Ora a Ord. Manoel. liv. 2 tit. 47 §. 2, não faz differença entre o caso da successão, e da communicação dos bens, ut ibi = *Para a successão, e para ser meeira*. = Logo se o matrimonio a que precedeo copula tem por si só o effeito de legitimar a prole fornicaria, tambem para produzir o da communicação de bens.

N. 8. Noto 2.º, que o matrimonio subsequente entre os concubenarios he tão favorecido pelas nossas Leis na Ord. Liv. 5 tit. 17 §. 5 e tit. 27 §. 4, que por mais que a copula precedente fosse em si criminosa, as Leis pelo matrimonio lhe perdoão toda a pena. Ellas no caso, em que estamos não requerem expressamente que a copula deva ser subsequente: logo parece que basta a antecedente, attendido o favor dos matrimonios, que tanto moveo a piedade do Legislador.

N. 9. Noto 3.º, que o matrimonio rato já em si

mesmo he Sacramento, Van-Esp. de Jur. Eccles. p. 2. Sect. I tit. 12 cap. 4. A antecedente commixtão, ainda que illicita, havia constituido os dois *in carne una*; tanto que dessa copula resultão os impedimentos de afinidade. Logo não querendo esta Lei que a copula seja subsequente, sendo *Sacramento o matrimonio rato*, parece que a copula antecedente satisfaz a Lei.

N. 10. Noto 4.º, que assim como os consanguineos, que se copulão, e depois casão com dispensa se presume que o fizerão *com affecto marital*, e o matrimonio subsequente tem retrotracção ao tempo da copula, Portug. de Donat. liv. 2 cap. 16 n. 34, Castilh. liv. 5 cap. 105 n. 25, Lei cum quis Cod. de Natural. Liberi. *Ita similiter*, etc.

N. 11. Noto 5.º, que os antecedentemente concubenarios huma vez que depois casão, ainda em estado de impossibilidade de se communicarem seus corpos, intencionão (não protestando o contrario) communicar seus bens, só em consequencia do matrimonio, e *ex vi* da copula antecedente, cuja macula querem apagar com o mesmo matrimonio (que na verdade apagam Peg. de Maior. cap. 10 a n. 500). Por tanto sendo esta a commua intenção dos que casão em tal estado, não he crível que a Lei, que não castiga, antes favorece os matrimonios dos concubenarios, se opponha á mesma intenção de communicarem seus bens, nem que negue a este matrimonio o effeito dos consummados com copula subsequente. Tu cogita et meliora sequere. Et maxime seguida a opinião, Tir. 8 §. 3 n. 5, de que a communicação procede do *pacto tacito* dos que contrahem matrimonio, sub entendendo-se que se conformão com o costume do Reino, autorizado pela Lei, quando não estipulão expressamente o contrario.

N. 12. Quanto á segunda lllação = *Non com-*

„ *municari bona, etiam si uxor in domum mariti*
 „ *deducta sit; si conjuges communem lectum non*
 „ *habuerint, ipsaque moriatur prius, quam a ma-*
 „ *rito fuisset cognita* = Esta Illação, digo, se de-
 ve entender não havendo em contrario conjecturas de
 que os esposos consummáram o matrimonio. Porque
 „ *Matrimonium fuisse consummatum, probatur plu-*
 „ *ribus modis, primo per confessionem conjugum se-*
 „ *cundo per diuturnam cohabitationem, ex qua ori-*
 „ *tur præsumptiva copulae probatio, tertio per tes-*
 „ *tes de visu, qui viderint in lecto solum cum so-*
 „ *la, nudum cum nuda, vel virum cum fœmina,*
 „ *quarto per auditum proprium, ut quia dicant tes-*
 „ *tes audivisse rumorem tanquam hominis volentis*
 „ *cum fœmina commisceri, maxime concurrente fa-*
 „ *ma, ac aliis admniculis.* „ Itã Sabeil. §. *Matri-*
 „ *moniuu* n. 18. Confira-se ao proposito da nossa
 Lei Arouc. alleg. 78 per tot., aonde o refere julgado.

Só provando-se a impotencia do marido he
 que cessão as presumpções deduzidas da convi-
 vencia de ambos na mesma casa, não bastando
 a prova da enfermidade do marido, Arouc. supr.
 n. 25, nem a de ser septuagenario, Barboz. vot.
 22 n 38. E como se possa verificar essa impo-
 tencia, consultem-se Paul. Zacchia, Plenk.,
 Baumer, e outros, que tratão das questões Me-
 dico-Legaes.

N. 13. Quanto á terceira Illação = *Idem dicen-*
 „ *dum de matrimonio cum infirma contracto, quæ*
 „ *statim e vivis excessit.* = Esta illação deve en-
 tender-se se não precedeo copula; porque se precedeo,
 estamos na questão que fica disputada desde o n. 5
 até o 11. E não só obstão á doutrina de Mello as
 doutrinas de Gama, e Guerreiro, além das razões que

expuz; mas a doutrina de Groenneweg na L. 16 n.
 9 Col. de Donat. ante Nupt., e na L. 6. ff. de rit.
 Nupt. n. 2, aonde assim o refere tres vezes julgado
 no Supremo Tribunal da Hollanda.

N. 14. Quanto á quarta Illação, *De ea uxore,*
 „ *quæ maritum semper fugit, ei que nunquam sui*
 „ *copiam fecit, vel in thorum nuptialim recepit* „
 Esta Illação deve entender-se como com os dois Bar-
 boz. Fragoz., e Valasc. a expõem o Reportorio de-
 baixo da palavra = *Mulher he meeira em todos os*
bens = ut ibi = *Si tamen propter culpam uxoris*
non intervenerit copula, habebitur pro cognita ad
effectum communicationem bonorum in ejus præjudi-
cium. et si fuerit propter culpam mariti, non da-
bitur communicatio in ejus præjudicium, dabitur
tamen in utilitatem uxoris = Concorda Guerreiro
 tr. 2 liv. 6 cap. 1 n. 102, e Peg. 1 for. cap. 8 n.
 30 et 31.

N. 15. Quid verò, se o marido consumma por
 violencia o matrimonio, repugnando a esposa, que
 quer usar do bimestre? Assenta Fragoz. p. 3 liv. 2
 disp. 5. §. 4 n. 54 que esta copula violenta não con-
 summa o matrimonio, nem impede que a esposa o
 dissolva, entrando em Religião.

TIT. VIII. §. V. RUBR.

Non habet locum in putativæ.

N. 1. **S**E o matrimonio nullo putativamente va-
 lido pôte p oduzir o effeito da commun cação de bens
 entre os conjugs? Os nossos Rejuicias dividem se
 em opiniões. Pela affirmativa está em muitas decisões,
 Gam. dec. 89 176 207 e 220, com outra decisão

Peg. 1 for. cap. 8 n. 28. Esta opinião segue, e com-prova, alem do nosso Mello neste §., Barboz. na L. 23 §. fin. ff. de solut. matrim. n. 13. O outro Barboz. a Ord. liv. 4 tit. 46 §. 1 refere duas opiniões, e nenhuma segue, e Guerreiro tr. 2 liv. 6 cap. 1 n. 19 20 169 e 170 embrulha a ambas, e nada firma por certo. As razões de huma, e outra são urgentissimas, como se póde ver nos DD. citados.

N. 2. Porém como toda a opinião distinctiva se aproxima mais á verdade, eu seguindo os DD. das Nações em que ha semelhante costume, e advertindo ser este caso omisso na nossa Lei: distingo 1.º, com Voet ad Pand. liv. 23 tit. 2 sub n. 29 que „*Ma-*
 „ *trimonium putativum quod attinet . . . Vulgo*
 „ *traditum invenio tamdiu in conjuges putativos*
 „ *communione esse, quamdiu in errore hæredunt;*
 „ *scientia utriusque superveniente, in totum evanes-*
 „ *cere. altero tantum sciente, ac callide simulante,*
 „ *toties communionem esse quoties ea ignorantia pro-*
 „ *dest, non item si damnosa sit, id que in panam*
 „ *illius, qui impedimenti gnarus fuit?*

A primeira parte desta distincção he fundada em principios solidos. O matrimonio he a causa final; e tudo quanto os conjuges conferem para elle, ou qualquer outro lhes dá para o mesmo fim, annullado, e cessando este, reverte aos conjuges ou doadores, Barboz. vor. 54, Stryk. vol. 6 disp. 17 de Jur. putativ. cap. 2 §. 26 e 27. A intenção dos contrahentes não póde subentender-se outra, se previssem o futuro exito, Hontalb. de Putativ. spurietat. p. 4 §. 1 a n. 61. A segunda parte da distincção he igualmente jurídica: porque o conjugue sciente está em dolo, e crime de que não póde tirar lucro em fraude do ignorante, Stryk. supr. §. 27 et vol. 8 disp. 32

cap. 1 sub §. 9, Hontalb. supr. a n. 72 et 87, Olea de cess. jur. tit. 4. q. 8. n. 8.

N. 3. Distinguo 2.º, se os conjuges putativos, e de boa fé, descoberto o impedimento, se dispensão em quanto vivos, e continuão o matrimonio sem novo pacto, confirma-se de novo a comunicação dos bens. Mas como o matrimonio só fica a ser verdadeiro *ex nunc*, e não *ex tunc*, Barboz. vor. 16 a n. 68, porque a sentença declaratoria da nullidade do matrimonio *putativo* se retrotrahе ao dia, em que elle se contrahio *quoad matrimonii proprietatem*, quæ respicit *suum interesse intrinsecum* (quod quid sit quanto á posse que he a que faz successivel a prole) ut optime Hontalb. de Putativ. Spurietat. p. 1 a n. 27, et p. 4 §. 1 a n. 43. Segue-se 1.º, que só desde então se satisfaz á nossa Lei por meio de hum matrimonio verdadeiro, e só desde então se communicão os bens. Segue-se 2.º, que se dispensão, e ratificão o matrimonio *ex nunc*, podem de novo celebrar pacto contrario á communicação. Segue-se 3.º, que subsistem as vendas que qualquer dos conjuges tivesse feito de bens seus sem consentimento do outro. Segue-se 4.º, que se nunca se dispensão, e ficão perpetuamente separados, cada hum recupera os seus bens, Text. in cap. 2 de Donat. inter vir. et uxor. Boehm. supr. §. 34 no fim.

N. 4. Distinguo 3.º, como depois da morte dos conjuges póde acusar-se nullo o matrimonio para o fim da successão dos bens, Text. in cap. Lator qui fil. sint legit., Cortead. dec. 174 a n. 7, Themud. dec. 140 n. 5. Se então se julga a nullidade do matrimonio, e que elle foi contrahido em boa fé, a communicação dos bens se annulla na sua raiz com a mesma distincção já dita n. 2. Bem como a doação feita pelo conjugue *putativo* a outro não se confirma com a

morte, ainda que ambos estivessem em boa fé, Stryk. vol. 6 disp. 17 cap. 2 §. 27, Barbos. vot. 69 a n. 15, Hontalb. supr. p. 4 §. 1 a n. 67. E consequentemente também a morte não confirmou o *pacto tacito* da communhão.

Aindaque o matrimonio *putativo* surta os efeitos do verdadeiro para alguns fins, Tit. 5 §. 13, com tudo para outros não produz taes effectos, como nos casos que referem Geurb. ad consuetud. Messan. cap. 16 Gloss. 2, Barboz. na L. 23 §. fin. ff. de solut. matrim., Castilh. tom. 2 cap. 11 a n. 32. Geralmente tudo que he effecto da posse do matrimonio *putativo*, como a procreação, e legitimação da prole. Porém no que respeita á propriedade do matrimonio, á sua essencia intrinseca, e na propria accepção, não tem effectos de matrimonio verdadeiro, Hontalb. supr. p. 4. cap. 1 a n. 43 62 66 68 et 97. Por tanto a fundo parece mais fundamentada a segunda das opinões, N. 1, que segue Mello.

Mas eu seguira a primeira, já porque a vejo seguida *in judicando*, já porque o mesmo Mello admite communicação nos adquiridos constante o matrimonio *putativo*. no que concordão, Guerreiro tr. 2 liv. 7 cap. 14 alias cap. 8 a n. 14, Olea de cess. jur. tit. 4 q. 8. a n. 8, Garcia de conjug. acquæst. n. 159 Harprectr. Disp. 80 a n. 452. E parece que não ha razão de differença, ou já porque, se independente de figura de matrimonio, se póde entre quaesquer pessoas contrahir tacitamente huma sociedade universal *omnium bonorum* com communicação reciproca de bens, Michal. de Fratr. p. 2 cap. 2 a n. 15 et cap. 20 n. 1 et cap. 21 cum seqq. verificados os requisitos de quib. idem Michal. cap. 13,

conduz a Ord. liv. 4 tit. 44 n. pr. c. §. 1. Ea vejo que todos estes requisitos se verificação, e a *fortiori* nos conjuges putativos, que casão sem pacto opposto á communicação de bens. E senão como proprios conjuges, sempre como socios ficção contrahindo á sociedade *universal* com todos os seus effectos de communicação de bens, e de lucros.

TIT. VIII. §. 6 RUBR.

Communicantur bona acquisita, et acquirenda constante matrimonio.

N. 1. **N**este §. suppõe Mello a regra geral; da qual no §. 13 dá as limitações. Nesse §. pois não só especificou quaes são os bens, que se communicão entre estes conjuges, e não só estofatei, e exporei melhor essas limitações, mas addicionei outras que ommittio Mello.

N. 2. Não duvido com Mello que esta communhão procede, ou os conjuges sejam pobres, ou ricos, nobres, ou plebeos, iguaes, ou desiguaes em bens, Barboz. a Ord. liv. 4 tit. 46 §. 1 n. 8, Guerreiro tr. 2 liv. 6 cap. 1 a n. Em quanto porém Mello diz „ *Nihil interest conjuges maiores sint 25 annis, vel minores* „ não deve passar sem maior exame esta proposição assim absoluta.

N. 3. Pois que, quanto aos que casão sem licença do Tutor, e do Juiz dos orfãos, o nosso Manoel Barboz. á Ord. Liv. 4 tit. 46 §. 1 n. 8, citando o Jesuita Rebello, diz que communicão; porém não firma esta opinião, porque se remette a Caldas de Eampton, sendo que nas remissões á Ord. liv. 1 tit.

87 §. 27 o havia seguido. Guerreiro no tr. 2 liv. 6 cap. 1 n. 46 e 47 citando, como uniformes nessa opinião o mesmo Rebello, o mesmo Barboza, e o mesmo Caldas, segue a conclusão pela parte da comunicação, mas duvidando se remette a Peg. Alem destes Fragoz. p. 1 liv. 5 disp. 5 §. 1 n. 9 vai seguir o seu Con-Jesuita Rebello, ainda que tremulo, recomendando se veja Caldas. Finalmente Mello liv. 2. tit. 8 §. 6 muito affoitamente diz „ *Scire nihil in-
,, terest conjuges maiores sint 25 annis vel mino-
,, res*, etc. Nada de constante nos primeiros, e só temeridade no ultimo.

N. 4. Este caso he frequente, e por isso devo discutir qual das opiniões he solida. Com effeito o original Caldas a que todos, excepto Mello, se referem na L. *si curatorem* verbo *sua facilitate* a n. 6 ad 8, e no tr. de *Emption* cap. 13 n. 31 com razões superiores prova, que o menor que casa antes de 25 annos, tendo Tutor, sem authoridade d'elle, e do Juiz, não communica os bens, *maximè*, quando o menor he aliàs muito mais rico que o outro conjugue. Esta opinião segue Peg. no tom. 7 ad Ord. liv. 1 tit. 87 §. 19 n. 8, e a seguem todos os mais, que fazem renússão a Caldas, e alem delles Pon. cap. 4 n. 14.

N. 5. He esta opinião mais conforme á Ord. liv. 1 tit. 88 § 19 e 27, e aos principios geraes do Direito que expõem Caldas. Porque hum menor, que tem mais bens que o esposo, contrahindo o matrimonio, os aliena consequentemente, e os communica ao conjugue mais pobre, alienação prohibida ao menor. A suspensão mesma da entrega dos bens, que a Lei determina, parece que quiz suspender a comunicação. Outras razões expõem Caldas. A de Fragoz. supra. deduzida de Rebello, de que o menor pôde contrahir sociedade sem Tutor, e Curador, he razão errada, senão vejão-se os DD., com os quaes Michal.

de Fratr. p. 2 cap. 15 a n. 18. Referir Fragoz. a Barboza, como sequaz da sua opinião, he erro já demonstrado acima. Finalmente esta opinião se segue nas Nações, em que ha Leis como na nossa, Groeneweg. ad L. 8 Cod. de Nupt. n. 3 et 4.

N. 6. Consequentemente 1.^o, se o menor, conhecendo o erro, e lezão implorar restituição contra esta comunicação universal dentro do tempo, que as Leis lhe concedem, e mostrar a lezão, necessariamente deve ser restituído, não contra o matrimonio, mas contra o erro de não pactear sobre a comunicação de bens, pois lhe fica salvo depois de casado recorrer a este beneficio, Guerreiro tr. 3 liv. 5 cap. 9 a n. 12, confer Vella dissert. 5 et 6. 2.^o, se o menor assim lezo morre sem filhos antes de passar a idade, em que podesse subentender-se tacitamente ratificada a comunicação, que fez de seus bens, transmite este direito a seus herdeiros, ex L. 18 §. ult. ff. de Minorib. Olea de cess. Jur. tit. 3. q. 8 n. 44 *ubi plures*. 3.^o; só fica ratificado o *tacito pacto* da comunicação universal se o menor não o reclama, e o ratifica expressa, ou tacitamente nos tempos, que as Leis presinem, de quo Guerreiro tr. 3 liv. 7 cap. 2 a n. 99.

N. 7. O exposto procede mais sem dúbida se o menor rico he seduzido pela esposa, ou pelo Tutor; porque nesse caso em prejuizo d'elle illudido, ou enganado não ha tal comunicação, Voet. ad Pand. liv. 23 tit. 3 n. 20. A Ord. Liv. 1 tit. 88 §. 19 parece confirma esta conclusão nas palavras = *Sem induzimento de pessoa alguma* =. Pois se ainda quando o menor casa sem authoridade do Tutor, e do Juiz, e *sem induzimento de pessoa alguma*, a Lei lhe suspende a entrega dos bens até a idade dos 20 annos, e se o §. 28 lhe prohibe a alienação até a idade dos 25, *a fortiori* o providencia com o beneficio da restituição, quando he induzido, para poder

reclamar a communicacão universal de seus bens, que fez pelo pacto *tacito*, ut §. 3 n. 5., sem outro contracto impeditivo da mesma communicacão.

TIT. VIII. §. 7. RUBR.

Et eo (matrimonio) soluto.

N. 1. **N**este §. avança Mello contra Gama, e Covarruv. a proposição, que dura a communicacão dos adquiridos por qualquer dos conjuges, em quanto dura entre elles o vinculo do matrimonio; e isto ainda que vivão separados por divorcio, e sem a differença de ser algum dos conjuges culpavel no mesmo divorcio; porque, diz elle, a communicacão provem *ex legis potestate*. Porém Mello não seguiu Garcia de conjugal. *acquast.* a n. 161, Fragoz. de Regim. Reip. p. 3 liv. 2 disp. 5. § 4 n. 69, Gutiers Canonicar. cap. 24 a n. 19, Barboz. vot. 101 n. 45, Barboz. in Rubr. de solut. matrim. p. 2 a n. 49 et 56, Olea de cess. jur. tit. 4 q. 8 sub n. 17, os quaes todos, e outros que elles referem, assentão que pelo divorcio, e separacão cessa a communicacão (Principio que adoptou o Cod. dos Francezes art. 1441) *maxime* em odio daquelle que occasionou o divorcio para se lhe não communicarem os adquiridos pelo conjuge innocente, e *vice versa* communicar este nos adquiridos pelo culpado.

Se olhamos o Direito Romano na L. 1 §. 1 ff. unde vir et uxor, e a nossa Ord. Liv. 4 tit. 95, e Liv. 4 tit. 94, notamos que os effectos do matrimonio só durão em quanto dura a convi-

vencia do marido, e mulher. Se olhamos as Leis de Castella, que refere o citado Garcia n. 161, só se communicão os adquiridos *em quanto entre os conjuges dura a convivencia*. Se respeitamos as regras da sociedade, ella se dissolve, quando hum dos socios he rixoso, Ord. Liv. 4 tit. 44 §. 8; e o socio, que renuncia a companhia em prejuizo do outro (qual o conjuge que dá causa ao divorcio) lhe fica responsavel pelos lucros que aliás seriam communs. Por outra parte a razão de Mello não he adequada; porque já se mostrou neste Tit. §. 3 com a melhor, e mais fundamentada opinião que a nossa communicacão universal provem do pacto *tacito* autorizada pela Lei. E se provem de pacto tacito, he bem consequente não se communicarem adquiridos por hum dos conjuges, quando o outro se divorciou por culpa propria; e por tudo vem a ser mais justa a opinião contraria á de Mello. Contra a mesma opinião de Mello na sua generalidade estão tambem Gomes na L. 50 Tauri sub n. 72, e Groeneweg na Novell. 117 cap. 13 e 14, Voet. ad Pand. liv. 24 tit. 2 n. 18. E so póde salvar-se plausivelmente essa opinião de Mello quanto aos adquiridos depois do divorcio, em quanto não ha sentença que o julgue, e em quanto não ha inventario com effectiva partilha, porque só este, e esta extinguem a communicacão, Solam. cogit. 21 n. 6, Guerreiro tit. 2 liv. 6 cap. 1 n. 140 et 141, et cap. 2 n. 121, Phab. dec. 72 a n. 1, Moraes liv. 6 cap. 1 n. 36. Ou só póde salvar-se quando os conjuges se divorciãõ de common consentimento sem authoridade pública; porque não havendo pacto contrario, durão os effectos do matrimonio, Voet. supr. n. 19. E sobre tudo veja-se ex professo Harpprecht disp.

81 = *De communione lucrorum conjugalium inter conjuges separatos* = aonde essencialmente faz as mesmas differenças, digno de ser visto para se não seguir cegamente a opinião de Mello.

SECÇÃO I. ou supplemento a este §. 7.

Em quaes casos se extingue a comunicação legal com seus effeitos.

N. 2. Supprerei debaixo da Epigrafe deste §. 7 tudo o que nella se pôde comprehender, que omittio Mello, e que pôde occorrer na praxe. Extingue-se pois esta comunicação legal 1.º, quando hum dos conjuges commette crime de Lesa Magestade Divina, ou Humana, ou qualquer outro, pelo qual incorra na pena de confiscação de bens, como entre nós he expressa a Ord. Liv. 4 tit. 46 §. 3, e Liv. 5 tit. 6 §. 20. Na Prussia Cod. Freder. p. 1 liv. 2. tit. 4 Art. 8 §. 161. Na Alemanha Boehm. ad Pand. Exerc. 70 §. 36, bem como a sociedade universal *pacticia*, Boehm. supr., Portugal Liv. 3. cap. 26 n. 1 et 43, Guerreiro tr. 2 liv. 6 cap. 7.

Assim o suppõe o Regimento das Confiscações, mandando logo proceder a partilhas entre o marido, e mulher, pelas quaes se acaba a comunicação. E não diz bem Guerreiro supr. n. 37 contra Parada in prax. de legation n. 127 que só depois da sentença declaratoria do crime pôde o conjugue innocente pedir partilha, quando o Regimento determina o contrario.

N. 3. Com advertencia que se a final he o con-

fiscado condemnado como réo do delicto, essa sentença se retrotrahe ao dia do delicto, Guerreiro tr. 1 liv. 4 cap. 9 n. 78 80 82, e consequentemente ficou *ex tunc* dissoluta a sociedade conjugal. Se porém o confiscado he absoluto, e restituído aos seus bens, deve sub-distinguir-se, ou esta restituição he *ex Justitia*, ou *ex gratia*. Si *prius* recupera todos os primeiros direitos como que se nunca fosse criminado, Peg. tom. 1 ad Ord. pag. 97 a n. 13 Phæb. dec. 123. E em consequencia recupera a comunicação legal. Si *se-eundum*; essa restituição só opera como *ex nunc*, e não prejudica a terceiro, Peg. supra a n. 13 cum seqq. E em consequencia estando justamente extincta a sociedade conjugal pelo sequestro, e partilhas, só pode continuar de novo pelo *pacto tacito*, ou podem de novo pactear outra forma de sociedade conjugal. Com esta distincção, e subdistincção se deve entender a doutrina de Guerreiro tr. 2 liv. 6 cap. 7 a n. 47.

N. 4. Extingue-se 2.º, quando no Juizo Ecclesiastico se julga hum divorcio perpetuo por sentença, Guerreiro tr. 2 liv. 6 cap. 8 a n. 40; mas só depois de haver partilha de bens por inventario, como requerem os DD. citados na Nota ao n. 1. E ainda demais a mais requer Voet. ad Pand. liv. 24 tit. 2 n. 17 que depois da partilha haja huma inhição, para que hum conjugue não administre mais os bens do outro.

N. 5. Extingue-se 3.º, quando o matrimonio se annulla: 4.º, quando hum he desnaturalizado: 5.º, quando hum entra em Religião, e professa, consentindo o outro, Guerreiro tr. 2. liv. 6 cap. 8 n. 37 44, et a n. 79, e em fim pela morte natural, Guerreiro supr. cap. 9.

SECCÃO II.

Em quaes casos, depois de extincta com a morte a sociedade conjugal, dura ainda a communicacão dos adquiridos.

N. 6. **C**onclusão 1.^a: Tudo quanto hum dos conjuges absente adquire depois da morte do outro, e em quanto a ignora, ainda o adquire por sua agencia, sem producção dos bens communs, se communica, e entra na partilha com os herdeiros do conjuge defuncto. Valasc. Cons. 166. et de Parit. cap. 8 n. 54 et 55, Poa. cap. 4. n. 21, Arouc. alleg. 24. n. 25 et 26, Guerreiro tr. 2 liv. 6 cap. 1. n. 167 et 168.

N. 7. Conclusão 2.^a, „ *Si super lucrata post mortem dependent ex ante gesto negotio, eoque tempore coepto, quo conjuges erant in matrimonio, Et eo casu partire et communicare maritum teneri, absolute et indistincte resolvendum est* „
 „ *Quia tamen haec fuerunt acquisita, et augmenta bonorum eis ante gesto, quantumvis in mortis instanti fuerit dissoluta societas, et finitum jus communicandi; tamen ea, quae vivo adhuc conjuge inchoata sunt, debent heredibus et per heredes explicari, ad finemque produci, ut inde lucra provenientia communia fiant Hoc enim casu, quia maritus negotia gessit, quae habuerunt originem a communibus bonis, et communi pecunia, aequitas naturalis persuadet, ut lucrum inde productum debeat heredibus socii communicari, etc.* Ita Arouc. Alleg. 24 n. 2 4 et 10.

N. 8. Conclusão 3.^a, e consertario da segunda.
 „ *Si conjuges, vel alii socii conduxerunt commendaem fructus pro tempore trium, vel quatuor annorum, vel Ecclesiae redditus, aut decimas, et finito pri-*

„ *mo vel secundo anno unus ex conjugibus, aut unus ex sociis mortuus sit, tenetur haeres mortui cum superstite societatem continuare et ad finem perducere; tum quia societas non finitur quo ad negotia coepta in vita sociorum tum quia obligatio fuit coepta constante societate, et respectu illius, et consequenter damna, et lucra ad illam pertinent, et damna, ac lucra in conductione ad plures annos, nisi finitis annis scire non possunt, cum in uno ex illis lucrari possit, et in alio amitti, aut e contra, cum per illos annos sit exposita societas damno, et lucro, quod quidem dampnum, et lucrum, nisi finito negotio, deduci non potest, et obligatio est individua tanquam orta a contractu individuo.* „ Ita Guerreir. Tract. 2 liv. 6 cap. 9 a n. 42.

N. 9. Pelo contrario não procede esta resolução
 „ *Si ponatur cum bonis, et pecunia communi lucra fuisse percepta, et acquisita non ex ante gesto, sed novis contractibus, emptionibus, venditionibus, et similibus post conjugis mortem originem habentibus: et eo casu, si de fructibus nihil habeat maritus, quod reddere oporteat, vel habuerit, et jam reddiderit, de compendiis etiam nihil debet communicare, quia totum, quod acquisivit, proprium fecit per industriam, neque heredibus defunctae cum hereditate restituere tenetur, etc. etc.* Arouc. all. 24 n. 12 Conf. Guerreir. tr. 2. liv. 6 cap. 1 n. 162.

N. 10. Conclusão 4.^a: esta he a que propõe, e decide a Ord. liv. 4 tit. 96 §. 7, que exornão Barboza, e Valasco, com os quaes Guerreiro tr. 2 liv. 6 cap. 13 n. 55.

N. 11. Conclusão 5.^a: esta he a da Ord. liv. 4. tit. 96 §. 8 sobre cuja intelligencia se vejaõ Arouc. all. 24 a n. 19 Guerreiro tr. 2 liv. 6 cap. 1 a n. 164

et cap. 13 n. 56 et 57. Confira-se o Repertor. de-
baixo da palavra = *Partilha deve dar o marido,*
que ficar vivo. = Voet. ad Pand. liv. 24 tit. 3 §. 29
et 30.

Nota: Nada ha que obste a que os herdeiros
de hum dos conjuges tacitamente continuem a
sociedade com o sobrevivente, concorrendo os re-
quisitos, de quibus Guerreir. tr. 2 liv. 6 cap. 10
n. 37, mas com a differença, que nesta renova-
da sociedade só se communicão os adquiridos in-
dustriaes; e não já os bens adquiridos por heran-
ças, legados, doações, ou particulares negocia-
ções, como aliás se communicavão entre os con-
juges vivos, Voet. supra n. 29.

TIT. VIII. §. 8 et 9 RUBR.

*Nisi contrarium pactum sit, vel matrimonium
per dotem celebratum.*

N. 1. **A**S conclusões destes dois §§. são em-
si indubitáveis, quando ha hum matrimonio contra-
hido conforme o Direito commum por pactos expres-
samente oppostos á communicação universal; e por
escripturas solemnes. Mas de todas quantas questões
a este respeito occorrem na praxe, não dá Mello (nem
lhe he imputavel, que desse em hum compendio)
hum completa noção; e por tanto a elle me pro-
ponho.

N. 2. Por tres modos (ainda que Barboz. primei-
ra parte Liv. 1 ff. de sol. matrim. n. 32 diz que só
em dois) se contrahem neste Reino os matrimonios:
ou 1.º, conforme o costume de que temos tratado:

ou 2.º, por contituição de dote, e arras: ou 3.º. por
dote sem arras, com os pactos, e condições em que
os contrahentes se ajustão. Contrahido pelo segundo
ou terceiro modo se diz conforme o direito commum,
e não ha communicação universal, Pereir. dec. 53 n.
1, Peg. 1 for. cap. 7 pag. 579, et 3 for. cap. 36 a
n. 2, Almeid. de Num. quin. cap. 23 a n. 1 et 9.

N. 3. He porém necessario que estes pactos se
celebrem 1.º, por Escriptura *antes do matrimonio*,
não sendo os contrahentes das Pessoas exceptuadas na
Ord. Liv. 3 tit. 59 §. 11, Guerreiro tr. 2 liv. 7 cap.
17 à n. 1. He necessario 2.º, que a estipulação, e
contracto se faça *entre os esposos mesmas*, ou Procu-
radores seus munidos de especiaes mandatos: pois que
a Ord. Liv. 4 tit. 46 diz que os conjuges serão mee-
ros „ *Salvo se entre as partes* (isto he o marido, e
a mulher de que ahi trata) *outra cousa for acorda-
da, e contratada*; porque então se guardará o que
„ *entre elles for contratado* „ Guerreiro tr. 2 liv. 7
cap. 5 a n. 1.

N. 4. Daqui se segue 1.º, que não basta para fi-
car o matrimonio contrahido conforme o direito com-
mum dizerem os pais, ou outros Dotadores simples-
mente que fazem dote, não declarando que elle se re-
gule conforme o direito commum, Guerreiro tr. 2.
liv. 7 cap. 15. n. 19 et 20. Segue-se 2.º, que em
falta de expresso pacto entre os esposos impeditivo da
communicação, fica o matrimonio conforme o costum-
e do Reino, ainda que os pais, ou dotadores de-
clarem que se regule conforme o direito commum,
se os esposos não assignarão esse pacto, e Escrip-
tura, e ambos juntamente, Guerreiro tr. 2 liv. 7 cap.
15 a n. 23. Segue-se 3.º, que tambem fica contrahi-
do conforme o costume do Reino o matrimonio no
caso em que a esposa nem por si, nem por bastante
Procurador assigne os pactos dotaes, Phæb. dec. 169;

n. 3, Peg. tom. 7 ad Ord. liv. 1. tit. 87 §. 4 n. 116. Sed veja-se Guerreiro tr. 2 liv. 7. cap. 5. a n. 130.

Sendo os conjuges ou algum delles menores, não he necessario que para entre si esupularem os pactos *ante nuptiales* intervenha Decreto judicial, nem contra elles lhe compete restituição, Guerreiro, tr. 3. liv. 5 cap. 11 n. 237 Stryk. de Success. ab intest. dissert. 8 cap. 5 §. 13, Peg. tom. 7 ad Ord. liv. 1 tit. 87 §. 19 n. 12, et tom. 3. for. cap. 36 n. 4, aonde assim o refere julgado muitas vezes. Se bem que o mesmo Peg. tom. 7 ad Ord. liv. 1. tit. 87 §. 28 sub n. 10 mofa muito desses arestos, e parece-me que com alguma razão *ex dictis supra* ad §. 6 n. 16 e 7.

N. 5. Pelo contrario fica contrahido o matrimonio sem comunicação de bens, e conforme o direito commum ou 1.º „ *Quando actum est vel expresse, vel tacite, ut matrimonium non secundum leges, et consuetudinem Regni, sed secundum jus commune celebratum censeatur* „ Guerreir. tr. 2. liv. 7. cap. 15 n. 26. E isto ainda que a intenção dos contrahentes seja expressa, ou subentendida em instrumento em que aliás estipulassem algum pacto accidental que fosse nullo, Guerreiro supr. n. 29: ou geralmente 2.º „ *Quando in contractu nuptiali per conjuges futuros adjiciuntur pacta incompatibilia cum communicatioue bonorum, secundum consuetudinem Regni; quia tunc matrimonium censeatur celebratum secundum jus commune. Nam eo ipso quod conjuges futuri pacta incompatibilia cum tali consuetudine adjiciunt, ab illis recedere videntur*, Guerreiro supr. n. 31 et 32.

N. 6. Nada ha que obste poder pactear-se expres-

samente, que ainda havendo filhos de matrimonio possa a mulher levantar-se com o seu dote, e que não haja comunicação, Peg. 3 for. cap. 36 n. 5: nem que possa estipular-se, que morrendo primeiro a mulher levantem seus herdeiros o dote della, e morrendo primeiro o marido communique a mulher ametade dos bens delle, como no caso de Pereir. dec. 53. Nada ha que embarce que possa convençionar-se a communião em certos bens *circumscriptos a certo genere, lugar, ou qualidade*, ou que se possa communicar só humã certa parte, ou quota, como ametade, ou a terça dos bens, Pereir. dec. 53 n. 12, Voet. ad Pand. liv. 23 tit. 4 n. 27 Cod. Civ. dōs Franc. Art. 1497, e he bem expresso na nossa Ord. Liv. 4 tit. 95 §. 3.

N. 7. Mas se simplesmente se estipula que serão os bens dotaes, ou que se não communicarão caso não haja filhos do matrimonio se havendo-os que sobrevivão, ficão por interpretação *a contrario sensu* communicaveis os bens? *Varii varia dixerunt*, Maced. dec. 21 largamente defende, e refere julgado, que o argumento *a contrario sensu* não tem aqui lugar, e que ainda havendo filhos, sempre os bens ficão communião de dotaes, e incommunicaveis, Almeida na alleg. 4 em caso semelhante nega que nos pactos ante nuptiales se possa formar argumento *a contrario sensu*; e a Maced. e Almeida, seguiu Guerreiro tr. 2 liv. 7. cap. 15 n. 27 e 28.

N. 8. Porém contra essa opinião argumenta altamente Peg. 3 for. cap. 36 a n. 5, attestando que contra a mesma vira dois Arestos. A Peg. neste lugar segue Guerreiro liv. 7 cap. 5 n. 10 et 11, et cap. 15 n. 22. Toda a dúvida essencialmente se reduz á questão: se a interpretação *a contrario sensu*, e no caso omissio da existencia de filhos se deve conformar com o direito patrio, ou com o commum? Affirmando-

huns, e negando outros, conforme as diversas afecções a hum, ou outro direito. Quanto a mim, a segunda opinião he a que deve abraçar-se, porque mais bem fundada, e seguida na praxe, e que bem se confirma com as doutrinas de Voet. ad Pand. liv. 23 tit. 4 n. 71 ibi.

„ *Si quæ vero pactis dotalibus definita non sunt, regulariter pro omissis habentur, nec extendenda de casu ad casum, ... quibus consequens, omissa in pactis dotalibus intelligi relicta juris communis statutarii dispositioni* etc. E ao proposito sub n. 72 ibi „ *Et exclusa communione in casu deficientium liberorum, aut mariti præmorientis; a contrario communionem futuram, ubi liberis, vel marito superstitis, matrimonium diremptum fuerit*, etc. Confira-se o mesmo Voet. n. 46.

N. 9. Tambem „ *Quia Magnatum mos est nullo modo matrimonium contrahere nisi per dotem et arrhas: unde forsân dici potest, quod etiamsi a principio nihil expresserint, non idè locum fore consuetudini generali hujus Regni; quando quidem generali consuetudine derogatum videtur per specialem, qua utuntur omnes nobiles viri et magnates hujus Regni, et hæc inter illos observanda est.* „ Gam. Decis. 370 n. 1 Conf. in simili Egidi na L. Ex hoc jure p. 1 cap. 11 n. 89.

N. 10. Outra especie figura, e resolve Voet. ad Pand. liv. 23 tit. 4 n. 28 ut ibi = *Per conventio- nem expressam ut damnium et lucrum inter conjuges commune sit, tacite exclusa videtur ulterior honorum inter conjuges communio ex statuto descendens, licet nulla nominatim ejus exclusio facta sit.* „ Confira-se em outra especie o mesmo Voet. n. 46.

Nota: O mesmo Voet. n. 71 et 72 (que es-

creveo em Nação aonde ha costume como o deste Reino) nos dá na materia sugenta estas regras geraes: 1.^a, *Nihil obstat, cur ex conjecturis, et indicis verisimilibus, ac præsumptionibus mens, et intentio paciscentium in non expressis eruatur.* 2.^a, *Non dubium quin etiam argumento a contrario sensu ex pactis dotalibus expressis petito id fiat...* 3.^a, *Unde cum pactum esset, fore inter conjuges communionem acquæstuum, merito conclusum inde fuit, paciscentes ulteriorem de cætero voluisse excludere statutariam bonorum omnium communionem:* 4.^a, *Argumentum quoque de minori ad maius a pactorum dotalium interpretatione non videtur se movendum: unde siquis exclusam voluerit statutariam communionem in favorem cognatorum suorum, aut hæredum extraneorum, longe magis id in liberorum suorum favorem voluisse facere præsumendum est:* 5.^a, *Nec spernendum illud in pactis dotalibus, quod oppositorum cautum est, in altero quoque simili modo pro cauto habetur. Si ergo de lucri communione, vel exclusione quid pactum fuerit, de damno similiter id subaudiendum est: et si exclusa sit damni communio in certo casu, lucri quoque communis eodem in casu exclusa censi debet. Denique si pactum ut marito cedat omne lucrum constante matrimonio obtenturum, æris etiam alieni stante matrimonio contracti onus ipsi soli incumbere rationis est.* 6.^a, *Non etiam ineptum fuerit dotalium pactorum obscuriorum interpretationem petere ex tabulis antenuptialibus, quæ circa dotes aliis liberis matrimonium contrahentibus datas conceptæ sunt, præsertim ubi liberis cæteris equalis dos constituta est, nec specialis apparet ratio cur alia lege dote uni ex liberis data esset.* 7.^a, *Id quoque quod circa dotes principales cautum invenitur con-*
Part. II. VV

„ *ventione antenuptiali, in dubio etiam in dotis au-*
 „ *gmento atque accessionibus sub audiri suadet re-*
 „ *gula secundum quam accessorium sequitur suum*
 „ *principale, quoties non nominatim alia de augmen-*
 „ *to pacta concepta sunt. „*

TIT. VIII. §. 10. RUBR.

*Adquisita hoc casu non communicantur: bene
 tamen fructus.*

N. 1. Seguindo a Barboz. e a Pereir. dec. 53 defende Mello na Nota a este §. que quando contrahido o matrimonio por dote, e arras, ou sem arras, conforme o direito commum, se não convencionou expressamente que se communicarão os adquiridos do consorcio conjugal, nunca elles se communicão, ficão precipuos de cada hum dos conjuges os que cada hum adquire, e só se communicão os fructos delles. Pela mesma opinião podia Mello citar a Almeida. de Num. quinar. cap. 23 a n. 9 e alleg. 2, e aos mais que refere, e segue Guerreiro tr. 2. liv. 7 cap. 8 a n. 8 et cap. 16 a n. 51.

N. 2. Em contrario estão Gama dec. 314 Valasc. Conf. 103 a n. 7, Peg. 3 for. cap. 36 sub n. 8 defendendo que neste caso quanto á communicação dos adquiridos, ainda que fosse omisso no contracto, ficou á disposição do costume, e Lei do Reino, conforme ao qual fica communicavel entre os conjuges tudo quanto por pacto contrario se não exceptuou da communicação, ex Ord. Liv. 4. tit. 46. Esta segunda opinião he a que deve praticar-se 1.º, porque observada na pratica de julgar, como attesta Valasc. de Part. cap. 6 n. 37 in fin., e se vé julgado em Peg.

1 for. cap. 8 pag. 578 579 ad 585, e no tom. 3, for. cap. 36 a n. 8: 2.º, porque este caso omisso entre os contrahentes no contracto dotal se deve decidir não pela disposição do Direito Romano, como quizerão esses DD. da opinião contraria, mas pelos costumes e Leis deste Reino, como em outras Nações, aonde ha costume geral como neste Reino, advertem os DD. Neostad de Pact. antenuptialib., Weselio Connub. bonor. societ., e outros, com os quaes Voet. ad Pand. liv. 23 tit. 4 n. 70, e o nosso Guerreiro (a si mesmo contrario) tr. 2 liv. 7 cap. 15 n. 20: 3.º, porque este com effeito he o costume geral, convencionar-se a communicação dos adquiridos industriaes; costume que se pôde provar com innumeraveis Escripturas, que enchem os Cartorios. E por tanto em dúvida se presume que nas clausulas ommissas se conformarão os contrahentes com este costume, conforme a regra geral da Lei 34 ff. de Reg. Jur., e a especial de qua Gam. dec. 370 n. 1, Egidio na L. ex hoc jur. p. 1 cap. 11. n. 89.

N. 3. Por outra parte: se recorremos aos DD. das mais Nações, aonde ha hum costume como na nossa, e que só cessa em todo ou em parte, havendo pacto expresso em contrario, elles uniformemente assentão, que por mais que os pactos nupciaes se oppoñão á communião universal dos bens, e o caso dos adquiridos foi omisso no contracto, se subentende, como por hum pacto tacito, reservada a communião dos adquiridos, huma vez que esta communião se não renuncia expressamente, como com Grocius, Neostadio, Leeuwenio, Weselio, e outros Voet. ad Pand. liv. 23 tit. 4 n. 28 ibi = *Imo, si dotali pacto id „ actum sit ne statutaria bonorum communio per „ nuptias introducatur, nulla acquæstuum mentio „ ne habita, magis obtinuit, hoc ipso acquæstuum „ inter conjuges communionem tacita videri pactio-*

„ *ne reservatam*, etc. Harpprect. disp. 80 n. 580
 „ *ibi = Lucra, et acquisita veniunt communican-*
 „ *da, et medietas acquiritur uxori, nisi aliter sit*
 „ *conventum, et ipsa renuntiauerit lucris et debi-*
 „ *tis volens contentari cum dote et arris suis, quod*
 „ *advertant drites contrahentes matrimonium* etc.
 Et disp. 81 n. 54 *ibi = Si illis in locis, in quibus*
 „ *inter conjuges universalis, in specie unversorum*
 „ *bonorum, societas contrahitur, per pacta dotalia,*
 „ *quibus communioni bonorum renuntiat; tamen*
 „ *lucris et damni constante conjugio facti, communicatio*
 „ *haud exclusa censetur*, etc. Carolus de Mean. ad
 Jus Leodiniens. p 1 obs. 13. n. 4 et 5.

N. 4. Por outra parte: Huma vez que se admitta esta comunicação de adquiridos, diz Boehm. ad Pand. Exerc. 70 §. 3 „ *Promoveri amorem et industriam*
 „ *conjugalem, dum communia communi studio cu-*
 „ *rant ex spe communis lucris: multa praepediri jur-*
 „ *gia, quae ex discrimine mei, et tui inter conju-*
 „ *ges assidua, periculosa tamen et indecora. Tandem*
 „ *et mercimonis plurimum proficere, quae facilius*
 „ *ex communibus coluntur, discretionem autem bono-*
 „ *rum inter lites, et interventiones domesticas ma-*
 „ *gis impediuntur*, etc., Stryk. vol. 8 disp. 29 cap.
 2 §. 19, aonde diz que admittida esta comunicação de lucros constante o matrimonio „ *Impeditur cupi-*
 „ *ditas rem peculiarem habendi, et defraudandi,*
 „ *ac consequenter consulitur animorum conjunctio-*
 „ *ni. Cumque spe communis lucris et vir, et uxor*
 „ *communis studio negotia respiciant, promovetur*
 „ *industria et amor conjugalis relicto circa*
 „ *meum et tuum quotidiano inter conjuges discrim-*
 „ *ine, perfidiae causa inconnubio generatur*. Con-
 fer Valasc. de Part. cap. 5 n. 2. É será crível que este não fosse o sentimento commun dos esposos, quando não convençionárão a comunicação dos ad-

quiridos, serem elles communs para obterem os fins de hum feliz consorcio, e obviarem os males, e sinistras consequencias, que do contrario resultão, e bem ponderão os DD. citados ?

Na verdade: Admittida a opinião que sigo, evitão-se constante, ou soluto o matrimonio aquellas espinhosas, e vergonhosas questões a respeito dos bens, que a mulher adquirio constante o matrimonio; isto he, se presumem furta dos ao marido; se se presumem adquiridos por torpe lucro da mulher, que aliás não tem officio, ou arteficio; questões que nos termos da Lei *Quintus Mutius* 51 ff. de Donat. int. vir. et uxor, L. 6 Cod. eod. tit. tratão largamente, Stryk. us. mod. liv. 24 tit. 1 a §. 12, Barb et Tab. liv. 1. cap. 29 axiom. 8, Cyriac. controv. 40, Menoch. liv. 3 Præsump. 51, Bersan. de vid. cap. 2. q. 37, Guerr. tr. 2 liv. 7 cap. 8 a n. 51, Voer. ad Pand. liv. 24 tit. 1 a n. 16, Urceol. for. cap. 8 a n. 14. Fabr. in Cod. liv. 4 tit. 14 definit. 41: questões que eu nunca vi tratadas em largos annos de uso de foro, e que nunca houve occasião de se tratarem, porque sempre inalteravelmente se seguio a opinião, que sigo.

N. 5. Resta só satisfazer ao argumento que os contrarios Almeida, Pereira, e Guerreiro fazem com o §. 3 da Ord. liv. 4. tit. 95: este §. está collocado debaixo da rubrica = *Como a mulher fica em posse,* „ *e cabeça de casal por morte de seu marido* = , rubrica que conduz muito para a interpretação da Lei, Assento primeiro de 29 de Março de 1770 Ora aquelle §. 3 denegando aos que casão por contracto sem comunicação de bens, o favor, e privilegio, que o

Principio concede aos que casão por *Carta de metade*; exceptiva „ *naquelles bens, em que por virtude „ do contracto devem ser meeiros* „, isto he nos bens com que entrãõ para o casal, e sobre parte dos quaes convençãõ communicãõ excluindo-a nos outros (como póde ser, Voet. ad Pand. liv. 23 tit. 4 n. 27) : pois que lá tinha dito o Legislador no tit. 46 que se guardará o que entre elles for contratado, e o repete no tit. 96 §. 24. De fórma que nos bens, ou parte delles em que os que casão conforme o direito commum, convençãõ a communicãõ, he que falla o dito §. 3 para lhe conferir o privilegio de cabeça de casal; e não passou pela imaginaçãõ ao Legislador nesse §. 3 (aonde não era lugar proprio) que sem convençãõ expressa se não communicassem os futuros adquiridos dependentes de evento; nem desta Ord. se póde deduzir o argumento que della deduzem esses DD. antes o contrario se deduz do §. 1 aonde, conferindo á mulher esse beneficio nos bens incommunicaveis por natureza delles, lho confere quando comprados, ou bemfeitorizados contante o matrimonio, suppondo communicaveis o pteço das compras, e bemfeitorias como adquiridos, ainda que aliás os bens sejam incommunicaveis. Na verdade aqui se alveinãõ os DD. que desse §. 3 collocado debaixo de tal rubrica, e de huma determinaçãõ para diverso fim, deduzirão hum argumento forçado para prova da sua opiniãõ. Finalmente

N. 6. O moderno Codigo Civil dos Francezes no Art. 1400 determina que os matrimonios simplesmente contrahidos se subentendão conforme as Leis geraes da Nação. No Art. 1393 diz, que em falta de estipulações especiaes que deroguem, ou modifiquem o regimen da communhão se observem as regras estabelecidas desde o Art. 1399. E entre ellas huma he, que em falta de pacto expresso se communicãõ não

só os fructos, e rendimentos dos bens dos esposos, mas todos os bens de raiz que se adquirirem durante o matrimonio. Legislaçãõ que, *aptatis aptandis*, comprova a opiniãõ que acabo de defender.

Nada porém ha que obste a que por pacto antenupcial se renunciem os aquestos conjugaes, Harpprect. disp. 80 per tot.

Seguida pois como mais justa, e racional a opiniãõ que tenho defendido, resta examinar, e apurar 1.º, quaes adquiridos, e aquestos conjugaes se communicãõ entre os conjuges, que casão por contracto, conforme o Direito commum: 2.º, quaes se não communicãõ. E como esta materia he frequente na pratica, a tratarei com alguma extensãõ.

S E C Ç Ã O I.

Exposiçãõ, e dinumeraçãõ especifica de quaes sãõ os adquiridos, que se communicãõ, etc.

N. 7. **N** Enhum Doutor que eu saiba compendiou tanto, e methodicamente estes adquiridos como, depois de outros DD., Voet. ad Pand. liv. 23 tit. 4. a n. 32. Seguirei a sua ordem transcrevendo-o, e ao mesmo passo entre cancellos, e em notas conferirei os mais DD. que provãõ as suas conclusões, ou se a partição dellas. Diz pois N. 32 ut ibi = *Veniunt ergo in „ hanc communionem quaecumque industria, atque „ labore conjugum ex negotiatione officio, artificio „ (adde Guerr. tr. 2. liv. 7 cap 8 n. 22) professio- „ ne militia armata, vel togata, muneribus atque „ dignitatibus publicis quasita sunt.* * *Quacun-*

„ *que, cum nullus essent, a conjugē alterutro oca*
 „ *cupantur, veluti feræ captæ Gemmæ, Lapilli in*
 „ *luzore inventi, nec non thesauri quatenus eos pro*
 „ *premio inventionis jus, aut mores assignant. Sed*
 „ *et si scelere, vel furto, vel rapina, vel concus-*
 „ *sione quesita sunt, quando conjugibus turpia*
 „ *hujusmodi lucra non extorquentur (Vide Guerr.*
 tr. 2 liv. 7 cap. 8 n. 98 et 99, Garcia de Conjug. acquæst. n. 71.)

* Supposto Guerr. supr. n. 100 exceptua des-
 tes aquestos tudo o adquirido pelo *peculio Cas-*
trense ou *quasi*, alem de referir outros DD. em
 contrario, falla conforme huma Lei de Castella
 transcripa pelo citado Garcia n. 127, Reino aon-
 de ha Leis especiaes que regulão os adquiridos,
 e natureza delles, e Reino, aonde em falta de
 pacto não ha communicação universal, idem
 Garcia n. 11. Ora neste, segundo a opinião que
 sigo, celebrando-se o matrimonio por contracto,
 se communica tudo quanto se não exceptuou da
 communicação, porque fica sujeito ao costume,
 e Lei geral. E não se exceptuando o adquirido
 com estes *peculios*, fica communicavel. Pelo que
 justamente diz Valas. Conf. 103 n. 24 que neste
 Reino se não pôde fazer argumento para todas
 as especies de adquiridos com o que a respeito
 delles decidem as Leis de Hespanha.

N. 8. *Ad hæc (continúa Voet. n. 32) fructus*
 „ *naturales, industriales, civiles, velut pensiones,*
 „ *et usura rerum, et pecuniarum utrinque ab ini-*
 „ *tio illatarum, aut postea quasitarum, ex illis*
 „ *causis, ex quibus ipsæ res principales, stante ma-*
 „ *trimonio obvientes, communioni non cedunt, si-*
 „ *ve illæ simpliciter uni conjugum obvenerint, sive*

„ *eum onere fidei commissi, sive allodiales, sive feu-*
 „ *dales sint (Conf. Guerreir. supr. n. 22 Tondut.*
 „ *Civ. cap. 69 n. 11 et 12.) Quo et pertinet Silva*
 „ *cædua, census, aut canon annuus, mulctarum,*
 „ *pœnarumque compendia, aliquaque similia juris-*
 „ *ditionis occasione obvientia (Conf. Ord. liv. 1.*
 „ *tit. 74 a §. 15.) redditus vitalitii, non pro parte,*
 „ *sed ex asse metallorum, lapidum, cespitum ex*
 „ *conjugis unius fundo eductorum utilitas; aliaque*
 „ *his similia, quæ sub generali fructuum appella-*
 „ *tione comprehensa usufructuario acquiri latius*
 „ *dixi Tit. de usu fructo n. 12 et seqq. (Conf. ad*
 „ *omnia Cod. Civ. dos Francezes Art. 1401 et 1403)*
 „ *(Veja-se Castilho de usu fr., Gall. de Fruct., Barb.*
 „ *Appell. 103.) Et cum Guerreiro supra amplia ad*
 „ *Gregis fœtus, ad lanam, coria, etc., ut a n. 35 Gar-*
 „ *cia de Acquæst. n. 196; et alia de fructibus, veja-se*
 „ *apud eund. Guerreir. tr. 4. liv. 2 cap. 11.*

Communicação-se semelhantemente os fructos, e
 pensões provenientes de Doação Regia feita a
 hum dos esposos, não só os fructos de cousas
 naturalmente fructíferas, mas dos officios. As
 tenças vitalicias feitas pelo Rei a algum dos con-
 juges, ainda que o Titulo, e propriedade destas
 doações se não communique, Garcia de conjugal.
 acquæst. n. 134 et 174, Morqueh. de Divis. bo-
 nor. liv. 2 cap. 11 n. 17, e outras, com os quaes
 Olea de cess. jur. in addit. ad Tit. 6 q. 2. n. 14.

Communicação-se os fructos do Morgado, e Pra-
 zo que o pai ou mãe ao tempo do matrimonio
 possuia, e em fraude do conjugē renunciou no
 successor, cedendo-lhe o interusurio vitalicio,
 Guerreiro tr. 2 liv. 7 cap. 16 n. 69.

N. 9. „ *Quinimo* [continúa Voet. debaixo do
 Part. II. Xx

mesmo n. 32) *Si jus ususfructus alteri conjugum, vel ante nuptias, vel stante matrimonio acquisitum sit; fructus omnes durante matrimonio percepti ex illo ususfructus jure communioni cedere verius est; adeo ut soluto matrimonio nihil est fructibus interim perceptis jure præcipui conjugii fructuario superstiti recimendum aut restituendum sit, sed is teneatur solo utendi jure, quando a matrimonio soluto supervixerit, contentus esse, Garcia de Expens. et melioration. cap. 23 n. 5. Et quamvis inficias eundem haud sit, in easu quo alter conjugum initio matrimonii nudam rerum quarundem proprietatem habuit consolidatam constante matrimonio usumfructum communioni non cedere, sed soli accrescere domino proprietatis, ut post alios docet Zoes. ad Pand. tit. Pro soc. n. 12, Anton. Mathæus Param. 3 n. 26 (Veja-se infra sub n. et adde Pereira dec. 53 n. 7); non tamen eo minus fructus, qui stante matrimonio propter istam consolidationem percipiuntur, exemplo fructuum reliquorum ex re unus conjugis proventium communibus conjuges utriusque usibus applicandi sunt; cum hactenus nihil interesse videatur, utrum conjux alteruter stante matrimonio usumfructum formalem in rebus alienis acquirat an rerum suarum causalem ex jure consolidationis usumfructum nanciscatur. Cum enim soluto matrimonio jus ipsum utendi fruendi, seu percipiendi fructus ex re propria magis salvum sit quam quidem jus usus fructus a proprietate separati, quippe quod non aliter incolumem manet quam si ipse ususfructuarius, soluto matrimonio superstes sit, nec nullatenus ejus heredi prodest. Consequens est, ut, si fructus medii temporis ex usufructu formali percepti, secundum ante probatam communioni conjugali cede-*

re debeant; longe magis id de fructibus jure ususfructus causatis, stante matrimonio quaesitis asserendum sit, Mathæus dict. loc. Conf. Guerr. tr. 2 liv. 7 cap. 8 a n. 41 et 63.

N. 10. *Non etiam dubium, quin in hanc acquisitionem communicationem veniant res omnes sive mobiles, sive immobiles, quæ stante matrimonio communi conjugis utriusque nomine emptæ sunt. Sed et si maritus sibi soli res immobiles comparaverit, sibi soli curaverit solemniter mancipari; credendum tamen est, illum id jure maritalis potestatis fecisse, adeo quæ voluisse rem illam non sibi soli, sed et uxori quaestam, quemadmodum ex adverso se ipsum obligans, hoc ipso uxorem quoque ex eodem potestatis maritalis jure obligatam reddidit, Groenewegen. ad L. 5 e 6 Cod. Siquis alter. vel sibi post Lambert. Goois adpers. tract. 1 cap. 5 n. 2 (Guerr. tr. 2 liv. 7 cap. 8 a n. 24 et 29 et 30.) Nec interest utrum revocabile, an irrevocabile dominium maritus stante matrimonio acquisiverit. Quamvis enim autor. h. althæo visum fuerit rem stante matrimonio per maritum emtam non fieri inter conjuges communem ubi venditor redemptionis licentiam sibi pactus est, qua venditore prætum restituente res statim ei restitui debet; magis tamen est, ut rei ea lege emptæ dominium revocabile interim uxori acquiri dicamus, donec venditori re ipsa legem redemptionis exercere placuerit, remque avocare, præsertim cum incertum sit, an non in perpetuum res in dominio emptoris remansura sit, dum multis ex causis venditor potest nolle uti jure redemptionis ex pacto competente. Quinimo, si maritus filio prioris thori immobilia ex numis sibi et secundæ uxoris communibus emerit, vel redditum vitabitium nomini ejusdem, seu capitii*

„ *impositum comparaverit ; hæc quoque ad aquas-
tuam communione[m] pertinere.* ”

N. 11. Prosegue Voet. n. 35 „ *Quod si res em-
pta sit ex pecunia , quæ ab alterutro in subsi-
dium matrimonii collata est , hæc quoque commu-
nioni cedere , ac soluto matrimonio pecuniæ colla-
ta repetitionem habere locum , remque ipsam tan-
quam communem equaliter dividi oportere verius
est ; licet hoc actum fuisset pacto antenuptiali ut
numi dotales impenderentur in prædiorum emptio-
nem arg. L. 12 cod. de jur. dot. Nisi nominatim
maritus expresserit , se ex pecunia uxoris suæ
fundum uxori comparasse , ut negotium ejus ge-
reret , et pecuniam uxoris in rem commutaret ,
ac res sub intraret in vicem nummorum , arg.
L. 26 L. 27 ff. de jur. dot. Adde tit. de reivind.
n. 21 Wesch. d. tract. 2 cap. 2 n. 24 et 25 , Croe-
neweg. ad L. 54 ff. de jur. dot. Valasc. cons. 103.
n. 21. Idemque est , si maritus suum aut uxoris
fundum sive allodiale[m] , sive feudalem vendide-
rit , ac ex pretio ejus fundum alium allodiale[m]
comparaverit arg. L. 25 §. 1 ff. de heredit. pe-
tit. , Tiraquel. de Retract. gentil. §. 32 gloss.
unic. a n. 15 , Sande decis. Frisic. liv. 2 tit. 5
def. 3 , Zoez. ad Pand. tit. Pro soc. n. 11. etc.
(Licet aliud sentiant Lambert. Gorez . . . Anton.
Matheus . . .)*

Sobre a questão : Se os bens de hum dos con-
juges permutados por outros , ficão os recebidos
como subrogados em lugar dos que antes erão
do conjugue , e precipuamente seus ? Largamente
disserta o cit. Voet. sub n. 35 contra os DD.
que defendem a subrogação ; alem dos quaes
com Molina , Fotanel , e outros Guerr. tr. 2. liv.
7 cap. 8 u. 62 ; e vem a assentar com bellissi-

mas razões , que os bens , que se adquirem pela
permutação ficão communs , e partiveis , salvo
só ao conjugue de quem antes erão os permutados
o Direito para , dissoluto o matrimonio , repetir
a sua estimação dos bens , que sendo seus se per-
mutarão : e se os bens adquiridos pela permu-
tação são emphyteuticos , feudaes , e indivisiveis ,
então remetendo-se ao que disse no sit. de Rit.
nupt. n. 72 , vem a resolver que os emphyteuti-
cos , e feudaes indivisiveis ficão entie nós na fór-
ma da Ord. liv. 4 tit. 97 §. 24 precipuos ao
marido ; e se os bens permutados erão da mu-
lher , só lhe fica salva a estimação soluto matri-
monio. O Cod. Civil dos Francezes Art. 1407
diz ibi = *O imóvel adquirido durante o ma-
trimonio a titulo de troca contra o imóvel
pertencente a hum dos dois esposos , não entra
em communhão , e he subrogado no lugar , e
praça daquelle que tem sido alienado , salva
a recompensa se abã a tem havido de algum
excêssa.* ”

N. 12. „ *De cetero non interest* (prosegue Voet.
n. 37) *utrum res stante matrimonio per emptio-
nem , aut permutationem quæsitæ singularis sit ,
an verò universitas rerum hisce ex causis obve-
nerit , veluti si maritus hæreditatem alicujus
jam defuncti a vero hærede sibi venditam adeptus
sit. Quod adeo verum est , ut si illis casibus qui-
bus hæreditates in communione[m] acquæstuum non
veniunt , maritus ex testamento , vel ab intesta-
to pro parte hæres , cohæredum reliquorum partes
emerit , certa pecuniæ quantitate oblata eos di-
mittendo , ac unversum sibi retinendo hæredita-
tis jus ; partes reliquorum cohæredum non jure
successionis , sed particulari emptantis titulo quæ-*

„ *sita, acquæstibus adscribi debeant, atque ita*
 „ *utrique conjugii communes fieri.*

N. 13. „ *Quando debita contractu ab uno con-*
 „ *juge ante matrimonium, soluta sunt, matrimo-*
 „ *nio durante, et ne scitur unde, nec ex cujus bo-*
 „ *nis; et tunc reputantur inter lucra matrimonio*
 „ *constante, et adjudicatur uxori sua dimidia,*
 „ *quia habetur per adquiridos, et sic pro lucratis*
 „ *constante matrimonio, debita, quæ conjux ante*
 „ *matrimonium debebat, et solvit constante patri-*
 „ *monio. Et ita fuit judicatum, etc.* „ Valasc.
 cons. 103 n. 36, Senator apud Peg. tom. 7 ad Ord.
 liv. 1 tit. 87 §. 9 sub n. 100. Semelhantemente „ ad
 „ *lucra pertinent melioramenta facta in rebus con-*
 „ *jugalibus, Garcia de conjug. acquæst. n. 73, o*
 „ *que se prova por argumento da Ord. Liv. 4 tit. 95*
 „ *§. 1. e tit. 97. §. 23. Optime Tondut. civ. cap. 69*
 „ *n. 22 et 23, expondo a n. 24 como, e com que res-*
 „ *peptos se devão nestê proprio caso avaliar as bemfeit-*
 „ *orias.*

SECCÃO II.

Quæes adquiridos se não communicão entre estes
conjuges.

N. 14. **H**E hum principio geral que „ *Inter*
 „ *maritum, et uxorem illud communicari non debet,*
 „ *quod contigit ex causa præterita absque facto no-*
 „ *vo, Peg. tom. 7 ad Ord. liv. 1. tit. 87 §. 9 n.*
 „ *82, Tondut. Civil. cap. 66. a n. 1 et 22.*

N. 15. Daqui vem 1.º, que „ *Si feudum, vel*
 „ *emphyteuticam prædium, cujus dominium di-*
 „ *rectum marito vel uxori competebat, a vassallo,*
 „ *vel emphyteuta alienatum maritus, stante patri-*

„ *monio ex domini directi jure retraxerit, quasi-*
 „ *tum ex retractu utile dominium conjugibus haud*
 „ *commune erit, sed ei soli cedit qui directo antea*
 „ *gaudebat domini jure; non aliter quam si emphy-*
 „ *teusis aut feudum ex aliquâ justâ caducitatis*
 „ *causa domino directo apertum, atque ita cum do-*
 „ *minio directo consolidatum esset. Eo quod illa do-*
 „ *minii utilis adjectio accessio quædam domini di-*
 „ *recti est, ac ex eo unice causam habet, neque tum*
 „ *nova acquisitio est, quam potius effectus domini*
 „ *directi, ex lege feudâ, vel emphyteusi adjecta or-*
 „ *tum habens. Ut tamen alter conjux soluto patri-*
 „ *monio percipiat ex bonis communibus, quantum*
 „ *retrahens emptori, quam depulit refundere obstri-*
 „ *ctus fuit.* „ Assim com muitos DD. Voet. supr.
 n. 38. Adde Lagun. de fruct. 1.º p. cap. 20 n. 40
 Confer. Guerreiro tr. 2 liv. 7 cap. 8 a n. 60.

Semelhantemente não se communica o usufructo consolidado com a propriedade constante o matrimonio, porque não he *acquesto conjugal*, e tem origem no tempo preterito antes da contração do matrimonio, Tondut. civil. cap. 69 n. 4 et 5, e largamente Castilho de usufruct. cap. 76 tot., e só se communicão os fructos deste usufructo consolidado, ut supr. n. 9.

N. 16. Do mesmo principio 2.º, infere o mesmo Voet. n. 39 „ *Ea, quæ stante matrimonio re ipsa*
 „ *adquisita sunt, sed quorum causa adquirendi*
 „ *matrimonio antiquior est, sub quæstu non conti-*
 „ *nentur, nec conjugum communia fiunt, ut cunque*
 „ *quædam ob talem acquisitionem erogatio post nu-*
 „ *ptias contracta facta sit; quippe cujus erogatio-*
 „ *nis intuitu sola præceptio soluto matrimonio con-*
 „ *jugi alteri permittenda foret. Quæ ratione dubium*

„ non est , quin fundus ante nuptias ab alterutro
 „ conjuge emptus ; sed stante matrimonio traditus ,
 „ solus ementis proprius sit , licet pretium ex pe-
 „ cunia conjugum communi solutum proponas ; eo
 „ quod traditio tantum sequella est contractus em-
 „ ptionis , et emptori protinus a principio emptionis
 „ perfectæ momento actio personalis ad rem traden-
 „ dam quæsitæ fuit , cujus effectum penes eum so-
 „ lum esse oportere , cujus solutio ab initio fue-
 „ rat , rationis est Sive pretium statim , adeo-
 „ que ante nuptias contractas , solvendum fuerit ,
 „ sive solutio in diem talem destinata sit , qui in-
 „ cidit in tempus matrimonii constantes Cui
 „ consequens est , ut pretium stante matrimonio so-
 „ lutum non alio debeat jure censerî quam aliud
 „ quodvis conjugis alterius æs alienum matrimonio
 „ antiquius , sed post nuptias contractas de commu-
 „ nibus conjugum nummis depensum (Confer. N.º
 „ 13) et veja-se Guerreiro tr. 2 liv. 7 cap. 8 n. 27 ,
 „ Garcia de conjugal. acquæst. n. 61 , Pereir. dec. 53
 „ n. 7 „ Quinimo si non ex die , sed sub conditione
 „ rem ante nuptias ab alterutro conjuge emptam ,
 „ conditionem verò nuptiarum demum secutiis impletam
 „ concipias ; adhuc recte ementi soli talis rei asse-
 „ rueris dominium , ac exemeris acquæstum com-
 „ munioni ; cum est spes obligationis nata statim
 „ sit , sic ut etiam ad hæredes transmittatur
 „ Nec acquæstum communioni cedere debeat res
 „ per unum ex conjugibus ante nuptias emptæ ab
 „ eo , qui dominus non erat , si stante matrimonio
 „ usucapio completa sit Et eo quod hujusmodi
 „ acquisitionis causa , emptio nempe matrimonio
 „ vetustior sit „ Confer. Guerreiro tr. 2 liv. 7 cap.
 „ 8 n. 59 .

•Semelhantemente „ Debita exacta pendente

„ matrimonio dependentia ex contractibus ante ma-
 „ trimonium celebratis inter acquæstus pendente
 „ matrimonio factos numerari non possunt , cum
 „ originem ducant a causa antecedenti , Tondut
 „ Civil. cap. 69 n. 1 . Peg. tom. 7 ad Ord. liv. 1
 „ tit. 87 §. 9 n. 82 et 83 §. Accedit.
 „ N. 17. Segue se 3.º , que (Voet. supr. n. 40)
 „ Nec aliud statuendum , si res aliena stante ma-
 „ trimonio ei adjudicata sit , qui ante nuptias de ea
 „ tanquam sua litigare cœperat . Sed et , si stante
 „ demum matrimonio maritus de re certa , tanquam
 „ sua , vel uxoris suæ propria , litem movens victor
 „ evaserit ; ejus solus erit cujus nomine dominium
 „ assertum , ac vindicatum fuit . Non enim ex sen-
 „ tentia judicis recens talis rei acquisitio est , sed
 „ tantum eam retro conjugis alterutrius propriam
 „ fecisse judex suo declarat judicio „ (Conf. in
 „ simili Garcia de conjug. acquæst. n. 195 .)

„ N. 18. Segue-se 4.º , que (Voet. sub n. 41) „ Si
 „ maritus ante nuptias rem suam — sive mobilem ,
 „ sive immobilem simpliciter sine ulla redimendi
 „ conditione distraxisset , vel etiam stante matri-
 „ monio suam aut uxoris rem jure licito alienas-
 „ set , et ex deinceps stante adhuc matrimonio re-
 „ dempta , non in pristinam recíbit dominium
 „ sed conjugi utrique , tanquam acquæstus com-
 „ muni fiet . Diversum foret si maritus suam aut
 „ uxoris fundum ante nuptias cum pacto de retro-
 „ vendendo distractum stante matrimonio redemerit :
 „ tunc enim , quia factum redemptionis licen-
 „ tiam continens matrimonio vetustius est , redem-
 „ ptum ejus solus proprium censerî debet , cujus
 „ et ante fuit ; eo quod in pristinam eusam res
 „ redit , resoluta priore venditione . Quia bona re-
 „ dempta (diz Tondut. Civil. cap. 69 n. 18) sunt
 „ antiqua et patrimonialia : et per consequens ma-
 „ Part. II.

„ ritus non auxit patrimonium suum, nisi quoad
 „ pretium exarsatum, etc. et a n. 10.

N. 19. Segue-se 5.º, ex eodem Voet. sub n. 41
 que „ Idem dicendum, si ob lesionem enormem cir-
 „ ca rem ante nuptias a conjugē alterutro distra-
 „ ctam, emptor aut venditor lesus ex remedio L.
 „ 2.º Cod. de rescind. vendit. id impetraverit stante
 „ matrimonio, ut a venditione abeat, redditoque
 „ pretio ad venditorem res redeat, vel si ob præ-
 „ tium suotempore non solutum ex lege commissoria
 „ venditioni ante nuptias contractæ ad ven-
 „ ditorem revertatur; cum et hisce in casibus re-
 „ soluto contractu res inempta intelligatur, adeo-
 „ que in pristinam relabatur domini causam ma-
 „ trimonio antiquiorem.

N. 20. Segue-se 6.º, ex eod. Voet. sub n. 42 que
 „ Si maritus stante matrimonio suum vel uxoris
 „ fundum jure litito in feudum concesserit vel de-
 „ derit in emphyteusim; directum agri emphyteuti-
 „ cari dominium tanquam pars superstes domini
 „ anterioris pleni, pertinebit ad eum, cujus antea
 „ pleno jure proprius fuerat ager.

N. 21. Segue-se 7.º, ex eod. Voet. sub n. 42
 que „ Si maritus ante nuptias rem comparaverit,
 „ sed stante matrimonio ob enormem lesionem con-
 „ ventus ex L. 2.º Cod. de rescind. vendit. suppleve-
 „ rit id, quod justo pretio deest, res neque in to-
 „ tum, neque pro parte communis erit, tanquam
 „ acquæstus; sed tantum pretii supplementum so-
 „ luto matrimonio uxor ex acquæstibus ante divi-
 „ sionem deducere poterit, quia prior venditio non
 „ resoluta, sed non resolveretur neque dominium ab
 „ emptore avocaretur, supplementum pretii factum
 „ est, adeoque nulla reëns acquisitio, sed sola
 „ prioris acquisitionis confirmatio apparet Si-
 „ mili modo, si maritus ante nuptias fundum eme-

„ rit, sed addito pacto de retrovendendo; deinceps
 „ vero stante matrimonio id egerit cum venditore,
 „ ut is aliquo accepto remittat banc retrovendendi
 „ necessitatem; irrevocabile dominium ejusdem erit,
 „ cui ante revocabile fuerat ex empto quasitum.

Semelhantemena „ Facta transactione median-
 „ te pecunia, sola pecunia incidit in communionem,
 „ non autem bona transactione quasita; non enim
 „ omnis acquisitio communicatur inter virum et
 „ uxorem, sed solum ea que fit constante matrimo-
 „ nio, et non dependet a jure jam alteri ante ma-
 „ trimonium quasito. „ Tondur. Civil. cap. 69.
 n. 19.

N. 22. Segue-se 8.º, ex eod. Voet. n. 47 que
 „ Acquæstibus accenseri non oportere, adeoque nec
 „ communioni cedere, sed ad dotis augmentum per-
 „ tinere usuras, pensiones rerum utrinque illata-
 „ rum, quarum dies cesserat ante nuptias contra-
 „ ctas, aut denam soluto matrimonio cessurus est;
 „ sicut nec fructus, qui naturaliter, ex rebus illa-
 „ tis ante nuptias percepti sunt (Adde 3.º Cod. Ci-
 „ vil. cap. 69 a n. 1, Peg. tom. 7 ad Ord. liv. 1 tit.
 „ 87 §. 9.º n. 82 et n. 83 §. Accedit), vel soluto ma-
 „ trimonio percipiendi, in quantum fructus anni
 „ postremi pro rata temporis, quo steterit matri-
 „ monium dividendi sunt. Longe minus ipsa vent-
 „ unt rerum cujusque conjugis propriarum augmen-
 „ ta, sive illa externa sint veluti alluviones, insu-
 „ læ ante fundum natæ, aliaque similia; quippe
 „ que fundi ipsius naturam, dominiumque sequun-
 „ tur; sive interna, qualia prætorum incrementa.

N. 23. E quanto as heranças, legados, e doa-
 ções, que se fazem a simbos, ou a algum destes con-
 juges, constante o matrimonio; se se connumerão ou
 não entre os acquæstos conjugaes, varião os DD. O
 citado Voet. no n. 43 faz differença entre as heran-

ças, legados, ou doações, que provêm de pessoas estranhas, e entre os que provêm de consanguíneos de algum dos conjugés. No primeiro caso assenta que são aquestos communicaveis, porque se presume que hum estranho lhe deixou ou doou bens por obsequios, e serviços de ambos, ou de algum, e tudo o que tem esta causa original da sua aquisição, he aquesto conjugal, e communicavel. Pelo contrario no segundo caso, porque prevalece a presumpção da causa natural, e da razão do sangue: e por isso o que hum consanguíneo deixa, ou doa a outro, não he neste caso communicavel entre os conjugés. Declara porém o mesmo Voet. n. 45 esta sua distincção com muitos DD. ut ibi = *Sed et secundo non aliter obtinet distinctio superior, quam cum testantium aut donantium mens certa non est, utrum uni, an utriusque conjugii velint acquiri, quae donata vel testamenti relicta sunt. Nam si extraneus donans, aut legans nominatim expresserit se nolle, ut donata, vel testamento data cedant acquæstum communioni, voluntati istius standum foret, cum in potestate donantis sit, quam velit legem donantis ad rei suae adjicere. Et vice versa, si propinqui donantes vel legantes communiter utrique conjugii donatum voluerint aut legatum; non dubium est, quin ita quæstum communioni cedat, per easdem rationes. Idemque dicendum si ex probabiliibus circumstantiis colligi possit, eam propinqui donantis mentem fuisse, ut conjugii utrique communiter acquireretur, dum modicæ tantum donationes, morem regionis, et consuetudinem aliorum istius dignitatis, ac patrimonii propinquorum non excedentes, in conjugem collatae sunt; quo pertinent munera nuptialia, vel natalitia, aliaque munera solemnia parentibus liberis cognatisve mittenda.* //

O nosso Guerreiro tra. 2 liv. 7 cap. 8 a n. 86 propondo esta questão: „ *An et quando præsumatur hereditatem, seu legatum relictum, aut donatio facta contemplatione societatis conjugalis, aut contemplatione illius, cui relinquitur aut donatur?* Distingue sete casos, que ahí podem ver-se; mas o ultimo, que figura no n. 94, deve entender-se com a distincção de Voet. supra, n. 23. Confira-se tambem Garcia de conjug. acquæst. a n. 113, que plagiou Guerreiro supra, Gall. de Fruct. disp. 22, Art. 1 Michalor de Fratr. p. 1. cap. 29. O Cod. Civil dos Francezes Art. 1405, removeo judiciosamente todas as disputas dos DD. a este respeito, firmando estas duas regras „ *As doações de immoveis, que não são feitas durante o matrimonio mais que a hum dos dois esposos, não se communicão, e pertencem só ao Donatario, a menos que a doação não contenha expressamente que a coisa doada pertencerá á communião. Os immoveis abandonados, ou cedidos por pai, mãi, ou outro ascendente a hum dos dois esposos, seja para o reconhecer do que elle lhe deve, seja com o onus de pagar dividas do doador a estranhos, não entra na communião, salva a recompensa, ou indemnidade.* //

C O R O L A R I O S.

N. 24. **N**ão sigo com Guerreiro tract. 2 liv. 7 cap. 8 n. 44 com Garcia supra n. 56 et 57, e Olea de Cess. jur. tit. 4. q. 7. a n. 2, que para haver esta communicação de adquiridos basta haver espon-

saes de presente como traducção da esposa para casa do esposo, ainda antes da consummação do matrimonio. Sim eu me conformo que basta hum matrimonio *putativo* para este fim (DD. citados na Nota do N. 4 ao §. 5 deste Tit.) Quid quando se divorceão. Veão-se os DD. citados ao §. 7 deste Tit.

N. 25. Não ha adquiridos em quanto se não deduzem, e inteirão os capitaes, com que os conjugues entrãõ para o casal, Peg. tom. 7 ad Ord. liv. 1 tit. 87 §. 9 n. 83 et 101, Guerreir. tr. 2. liv. 7 cap. 8 a n. 105, Moraes de Execut. liv. 6 cap. 8 sub n. 52 Peg. 3 for cap. 36 n. 14.

N. 26. Estes acquæstos conjugues se adquirem *ipso jure* quanto ao dominio, e posse á mulher, ainda que o marido celebre em seu nome proprio os contratos, e compras, Voet. ad Pand. liv. 23 tit. 4 n. 30 Harpr. Disp. 80 a n. 666, Garcia de conjug. *acquæst.* n. 171 et 172. Veja-se Valasc. cons. 103. n. 37, Olea de cess. jur. tit. 4 q. 8 a n. 18.

TIT. VIII. §. 2 RUBR. et 12 RUBR.

*In secundis quoque nuptiis bona communicantur.
En quid de muliere quinquagennaria?*

HUma vez suspensa pelo Decreto de 17 de Julho de 1778 a L. de 9 de Setembro de 1769 §. 27 e 28 nada resta que duvidar sobre o que Mello expõe no §. 11. Tudo quanto diz no §. 12, e sua Nota se confirma com as doutrinas de Guerreir. tr. 2 liv. 6 cap. 1 desde o n. 110.

TIT. VIII. §. 13. RUBR.

Quibus bonis communio cesset?

PRometti acima, quando notei o §. 6 deste Titulo, expor debaixo deste §. 13 não só a regra geral, mas todas as suas limitações. A materia he muito pratica, eu desempenho a promessa: *Faxit Deus!*

SECCÃO I.

Quæspecies de bens, direitos, e acções se communicam entre os conjugues, que casão por Carta d'ametade conforme o costume do Reino.

N 1. **C**ommunica-se *ipso jure* entre estes conjugues, sem outra tradição real, ou symbolica, o dominio, e posse de todos os bens, direitos, e acções, que ambos, e cada hum tem ao tempo do matrimonio, tudo quanto depois adquirem, ou ambos juntamente, ou qualquer delles, ou que pelos meios originarios, e derivativos provêm a ambos, ou cada hum delles, compras, heranças, legados, doações, etc.; ainda o mal adquirido em quanto pelo dono, ou lesado se não reivindica; privilegios pessoases do marido, e tudo o mais que pôde excogitar-se, e que possa ser communicavel; *a fortiori* todos os acquæstos que relatei ao §. 10 desde o n. 7, tudo quanto existe em outro Reino, ainda que lá não haja entre os conjugues tal costume. A tudo isto se reduz o que largamente sem methodo escreveo Guerreiro tr. 2 liv. 6 cap. 1, que em parte plagiou Lima á Ord. liv. 4 tit.

46. Tudo isto procede nas mais Nações, em que ha semelhante costume, Veja-se Voet. ad Pand. liv. 23 tit. 2 a n. 68, accrescentando no n. 78 que igualmente se communicão as joias, e adereços da mulher comprados constante o matrimonio.

Quanto aos Direitos eventuaes.

N. 2. Communicão-se entre estes conjuges 1.º, os dotes, e Doações, que a algum delles se faz antes, ou depois do matrimonio por qualquer doador quando este reserva o usufructo, de fôrma que ainda que hum dos conjuges falleça em vida do doador, transmite a seus herdeiros o direito da propriedade já transferido pela reserva do usufructo, e communicado, Guerreiro tr. 2. liv. 2 cap. 9 a n. 34, et liv. 6 cap. 1 n. 87, Peg. tom 7. ad Ord. liv. 1 tit. 87 §. 4 n. 310 a pag. 100 usq. ad 106.

N. 3. Communicã-se 2.º, tudo quanto tem origem de aquisição antes do matrimonio, ou na constancia d'elle; de fôrma que se antes, ou na constancia d'elle se propõem pelos conjuges huma acção real, ou pessoal, e vem a vencer se depois de fallecido hum delles, para a seus herdeiros ametade de tudo o que depois de sua morte vem a vencer-se pelo conjuge, que sobrevive, Voet. ad Pand. liv. 23 tit. 2 n. 84. Confirma-se o exposto a esse Tit. 8 §. 7 a n. 6.

N. 4. Communicã-se 3.º, a esperanza de Fidei commisso condicional nos termos que expõem Voet. supr., e Guerreiro tr. 2 liv. 6 cap. 1 a n. 173, de baixo da distincção de Portug. de Donat liv. 1 Præ. lud. 2 §. 1 a n. 160, e Peg. tom. 7 ad Ord. liv. 1 tit. 87 §. 4 a n. 218.

N. 5. Communicã-se 4.º, o direito da propriedade deixada, e doada a cada hum dos conjuges por titulo universal, ou particular, salvo o usufructo em

favor de terceira pessoa; porque ainda que hum dos conjuges proprietario morra em vida do uso fructuario, communica a propriedade, e transmite a seus herdeiros ametade para se consolidar com o uso fructo, quando vier a morrer o uso fructuario. Veão-se Bagna cap. 8 a n. 2, Card. de Luc. de Legat. disc. 3: e quando em dúvida se deva julgar doado, ou deixado o uso fructo, ou a propriedade, veja-se o mesmo Bagn. ditto cap. 8, e no cap. 9 a n. 23, e melhor Richer. Univers. Civil. et Crimn. jurisprud. tom. 3 desde o §. 1321.

Quanto aos bens de Prazos, ou sua estimação.

N. 6. Os Prazos Fateosins perpetuos sendo hereditarios, puros, ou mixtos, e não sendo concedidos só para filhos, ou descendentes, se communicão; aliter sendo concedidos para filhos, ou descendentes sem fazer menção de herdeiros, e successores, ou de herdeiros, ou successores, porque então se não communicão, como bem distingue a Ord. Liv. 4 tit. 96 §. 24.

N. 7. Os Prazos de vidas comprados constante o matrimonio não se communicão; mas ficando precipuos aos maridos, só se communicã á mulher a estimação, ou o preço da compra, como he bem clara a Ord. Liv. 4 tit. 97 no §. 24 com a declaração do §. 25: qual porém seja a razão, porque esta Ord. assim o determina; he bem occulto nella. O citado Voet. Liv. 23 tit. 2 n. 72 com DD. de Nações, em que ha semelhante costume, discorre, que sendo assim comprado o prazo, mas individuo, deve ficar precipuo ao marido (ainda que he igual o direito de ambos na compra) *ex virili sexus prerogativa*, salva só á mulher a meação do valor do prazo, ou do preço da compra. Se porém constante o matrimonio se teno-

vão, e investem ambos no prazo que comprirão, fica in solidum a cada hum, e morto hum, accresce o outro *per jus non decrescendi*, ex Caldas de Nominat. q. 19 a n. 84 com o onus de pagar ametade da estimação aos herdeiros do outro conjuge predefuncto.

N. 8. Das palavras da dita Ord. tit. 97. §. 24. = *sendo casado por carta de metade comprar &c.* = inferem a contrario sensu os nossos Reimicolas, que a mulher ou o marido não communicão no preço, ou estimação do prazo, que algum delles comprasse antes do matrimonio. Peg. tom. 5 for. cap. 80 n. 264, et tom. 7 ad Ord. Liv. 1 tit. 87 §. 4 n. 149 et 178 Cald. de Empt. cap. 27 a n. 35.

Parece esta Ord., e a illação, que della fazem os Reimicolas, hum contradictorio com o nosso costume, e effeitos delle: pois se he communicavel quanto acima recopilei no N. 1.º, parece que comprehende esta communicação o preço, pelo qual o conjuge antes do matrimonio houver comprado o prazo. Porém a meu ver a razão he, porque huma vez comprado o prazo de vidas (por natureza individuo, e incommunicavel) em tempo que o conjuge era solteiro, e em que não diminuo o patrimonio de outro, não succede o prazo em lugar do preço para que este fique communicavel, *qua res non succedit loco pretii*, Cald. de renovat. q. 3 n. 16. Voet. ad Pand. liv. 23 tit. 2 sub n. 79 ubi *signanter*. Ora se o prazo não succedeo em lugar do preço, porque foi comprado, se assim comprado antes do matrimonio, he incommunicavel. Eis-qui a razão intrinseca da Lei *a contrario sensu* naquellas palavras = *sendo casado, etc.*

N. 9. *Quid vero*, se o prazo não for comprado

constante o matrimonio, mas nesse tempo foi doado; ou nomeado a algum dos conjuges por titulo meramente gratuito, se communicará o outro na sua estimação? O nosso Valasc. de Part. cap. 26 n. 21, foi o primeiro que *ex proprio Marte* sem Lei, Direito, ou razão alguma diz que não. A Valasc. seguiu Pinheir. de Emphyt. disp. 5 sect. 5 n. 174, Guerreir. tr. 2 liv. 2 cap. 8 n. 96, e a todos estes Solan. cog. 1 n. 89 et 90 aonde dá em razão unica, que esta qualidade de prazos de vidas não são hereditarios; sendo dados gratuitamente não provem do patrimonio communum, e que se recebem do senhorio, e não do nomeante. O mesmo attingio simplesmente Cald. de Empt. cap. 27 sub n. 36.

N. 10. Porém em contrario está Voet. ad Pand. liv. 23 tit. 2 sub n. 72, o qual escrevendo de Nações em que ha costume semelhante ao nosso, diz ut ibi "*Neque aliud dicendum, si non oneroso, sed lucrativo titulo singulari, puta donationis, aut legati, feudum stante matrimonio quesitum sit. Cum enim in statuariam communionem aequae veniant, quae titulo lucrativo, quam que oneroso parta sunt, dum, et legata, et donationes ei includi, supra est monitum (Confer. supra N. 1.); justum est, etiam gratuitae concessionis feudi partem esse utrumque conjugum, vel facta feudi divisione ne si dividuum, vel, si apud unum ob individualitatem, aut factam uni investituram remanere debeat, praeeptione justae praetii ex rebus communibus ante earum divisionem. . . . Si enim individualitas feudi empti non impediat quominus uxor feudum soli viro linquens, aestimationem ejus ex massa communi deducat, etiam impedimento non erit quominus eodem modo feudi donati particeps fiat in praeepto pretii ejus.*" Resolvendo no n. 73 o mesmo a respeito dos bens de prazos que sejam individuos.

Estas razões de Voet. não tem replica. As dos nossos Reinícolas, em huns são nenhuma, em outros menos bem pensadas. Na nossa sociedade conjugal communica-se tudo o adquirido por título gratuito (N. 1.) Se o prazo não recebe divisão pela unica razão de ser esta prejudicial ao senhorio, Ord. Liv. 4 tit. 36 § 1, tit. 96 §. 23, Lei de 6 de Março de 1669: nada ha que obste a que se communique a sua estimação, assim como se communica tudo o que he gratuitamente adquirido, e mesmo a estimação do prazo comprado constante o matrimonio, sendo aliás ind viduo; nem ha razão para que aqui se limite a regra geral da Ord. Liv. 4 tit. 46, quando a individualidade do prazo só he relativa ao prejuizo de senhorio, e a generalidade da dita Ord. comprehende tudo o que póde communicar-se, como a estimação compativel com aquella individualidade. Por outra parte: a nomeação de hum prazo he em effeito doação, Nigr. de Nominat. liv. 1 q. 10 n. 24 et liv. 2 q. 9 n. 13 et liv. 3 q. 1 n. 37: sendo erro inveterado nos Reinícolas, que os prazos *capuntur a Domino et non a Nominante*; erro que convenceo Guerreiro q. 69 a n. 21; e eu na minha Dissertação sobre as insinuações; tanto que hoje as nomeações dos prazos sem reserva de usu fructo, e ainda com ella entre estranhos, são sujeitas á insinuação, como doações proprias de quaesquer outros bens. E por tanto as doações dos prazos se communicão como quaesquer outras entre estes conjuges senão quanto á partilha, porque repugna a esta o interesse do senhorio, quanto á sua estimação em que se póde bem lograr a communhão, e a igualdade entre estes conjuges, e a generalidade da Ord. Liv. 4 tit. 46 §. 1, em cu-

ja generalidade se comprehendem os prazos que são bens, e fazenda, saltem quanto á estimação, assim como se comprehendem os direitos, e acções, que *lato modo* são bens. E ainda que a Ord. liv. 4 tit. 97 figura só o caso da compra, não exclue os mais, em que se der a mesma identidade de razão, e deve assim conciliar-se com a generalidade da Ord. dito tit. 46. Só póde salvar-se a opinião dos nossos Reinícolas, ainda forçadamente, quando só por contemplação de hum dos conjuges lhe nomea o prazo algum consanguineo, e segundo as distincções do N. 23. ao § 10; ou quando o prazo era rigorosamente familiar, e precisamente deveria nomear-se nesse conjuge; caso unico, em que o nomeante não exercita liberalidade; ex Nigr. de Nominat. liv. 1 q. 47 n. 6, Card. de Luc. de Emphyt. disc. 57 n. 6, idem Nigr. liv. 1 q. 47 a n. 7. *Tu cogita et meliora sequere.*

N. 11. *Quid*, se o prazo de hum dos conjuges se vender, ou permutar por bens livres, se communica o outro no dinheiro producto da venda, ou nos bens livres recebidos em permutação? Esta questão propõe e decide o mesmo Vcer. liv. 23 tit. 2 n. 79.; e assenta que sim com bellissimas razões que deixo de transcrever. Resolução que se comprova não só com os principios geraes de quibus N. 1, mas com as doutrinas de Caldas de renovat. q. 3 n. 14, 16 et 18. O mesmo procede se o marido antes do matrimonio comprou hum prazo, aliás incommunicavel (ut supr. N. 8); e constante o matrimonio se rescinde a venda, e recebe o marido o preço; porque este igualmente se communica, Peg. tom. 7 ad Ord. liv. 1 tit. 87 §. 9 a n. 165. O mesmo procede se constante o matrimonio se rescindio a permutação, que o marido tinha

feito de bens allodiaes por outros de prazo, Peg. supr. n. 128 e 190. *Aliter* quando o matrimonio he por contracto, em que só se communicão os adquiridos, porque neste caso cessa o exposto, Peg. tom. 7 ad Ord. liv. 1 tit. 87 §. 4 n. 305. (Confer. supr. notata ad §. 10 a N. 15.)

N. 12. Em fim, os direitos Dominicæes, ou o dominio directo dos prazos, que consiste na percepção das pensões, laudemios, etc., nunca se duvidou serem bens allodiaes, e communicaveis, Voet. supr. n. 73 in fin.

Quanto aos bens censuarios, de Capellas, e officios de Justiça.

N. 13. Nos bens censuarios, de que só se paga hum simples censo a algum senhorio, ha sem dúbida esta communicação; porque quem paga o censo conserva o dominio pleno, e só affecto áquelle onus, Mello liv. 3 tit. 11 §. 5. *Quia census solvitur ex re nostra, pensio emphyteutica ex aliena*, Altim. tom. 4 q. 18 n. 221, Valasc. q. 32 n. 27. E quando em dúbida se presume que a pensão se paga por titulo censuario, ou emphyteutico, veja-se o meu Tratado do Direito Emphyteutico a §. 119. *Et interim*, Barbos. ad L. 2. Cod. de Præscript. a n. 349. Altim. ad Rovit. liv. 3 obs. 14, Rodericus de Annuis redditib. liv. 2 q. 22 tot., Fulgin. de Jur. Emphyt. in Præclud. q. 8, tetigit Sylv. ad Ord. liv. 3 tit. 59 in princ. a n. 107.

N. 14. Os bens de Capellas affectos a hum simples onus de Missas sem circumstancias que os verifiquem ser de Morgado, nos termos da Lei de 3 d'Agosto de 1770 §. 4., tambem se communicão por estimação encabeçando-se ad instar dos prazos Fiteosins, Peg. 1 for cap. 4 n. 228, Reinos. obs. 68, Valasc. cons. 82 n. 8.

N. 15. Tambem se communico o preço, pelo qual (com o pallio de renuncia ex Sylv. ad Ord. liv. 4 tit. 1 in Rubr. Art. 7 n. 135) se comprão officios de Justiça, ad instar dos prazos comprados, Arouc. na L. 9 ff. de Stat. homin. a n. 133, Valasc. de Part. cap. 13 a n. 69, Phæb. dec. 115 n. 18, Voet. ad Pand. liv. 23 tit. 2 n. 75.

Quanto aos fructos dos bens incommunicaveis, e bemfeitorias nelles feitas.

N. 16. Se se não communicão os bens dos Morgados, prazos de vidas, havidos ou comprados antes do matrimonio, Officios, Commendas, etc., como logo veremos na Secção 2, com tudo communicão-se entre estes conjuges os fructos, redditos, e emolumentos de todas estas especies de bens, Guerreir. tr. 2. liv. 6 cap. 1 a n. 40. Com tanto que os taes fructos cheguem a perceber-se em vida do conjuge, porque estando pendentes ao tempo da morte do que for senhor do morgado, prazo, etc., passão ao successor, e só entrão em communhão as despezas feitas na cultura, em quanto vivo o conjuge defunto. E se os taes bens andavão dados de arrendamento, regula-se o rateio conforme a colheita que ao tempo da morte do conjuge lá tem feito os Colonos, sobre o que se veja o meu Tratado dos Morgados cap. 16 a §. 16, e entretanto Guerreir. tr. 2 liv. 3 cap. 7, Bagn. cap. 27, Castilh. de usu fruct. cap. 80, Valasc. de Part. cap. 30 e 31.

N. 17. Communicão-se tambem as bemfeitorias feitas constante o matrimonio naquelles bens incommunicaveis, Ord. liv. 4 tit. 95 §. 1, c. tit. 97 §. 24, sobre o que se veja o meu Tratado dos Morgados cap. 14 §. 1 até o 6, e cap. 17 a §. 15, e o Tratado do Direito Emphyteutico a §. 844.

SECCÃO II.

Quaes bens se não communicão entre os nossos conjuges, que casão conforme o costume do Reino.

N. 18. **N**ão se communicão 1.º, os prazos de vidas, nem ainda quanto á estimacão os comprados antes do matrimonio (N. 8). Ainda mesmo que hum dos conjuges antes do matrimonio sendo senhor pleno de alguns bens os vendesse, e sujeitasse a dominio directo ficando só com o util (como frequentes vezes se costuma, veja-se o meu Tratado do Direito Emphyteutico a §. 101), porque tambem senão communicã esta especie de prazos assim estabelec dos antes do matrimonio, Voet. ad Pand. liv. 23 tit 2 sub n. 76.

N. 19. Não se communicão 2.º, as bemfeitorias feitas nos bens de morgados, prazos, e fideicommissos por hum dos conjuges antes do matrimonio, veja-se o dito Tratado do Direito Emphyteutico, Repertorio sub verbo = *Bemfeitorias deve pagar o nomeado no prazo á mulher.* =

N. 20. Não se communicã 3.º, o direito do Pãdroado quando elle he pessoal pertencente a qualquer dos conjuges sem ser annexo a alguma universalidade, ou particularidade de bens communicaveis; sendo porém annexo a bens communicaveis, tambem com elles se communicã junta, e consequentemente, Voet. ad Pand. liv. 23 tit. 2 n. 76.

N. 21. Não se communicão 4.º, os bens de fideicommissão, que por morte de algum dos conjuges hão de passar a terceiro substituido, e que não caduca, ou finaliza em vida de ambos os mesmos conjuges, Voet. ad Pand. liv. 23 tit. 2 n. 77, Solan. cog.

1 n. 87 et 88, Peg. tom. 7 ad Ord. liv. 1 tit 87. §. 4 a n. 218.

N. 22. Não se communicã 5.º, o direito da substituição, e vocacão para o fideicommissão, que ainda não está deferido: como por exemplo, está hum dos conjuges chamado para succeder em alguns bens por morte de hum terceiro, morre o outro conjuge antes deste terceiro, e antes de deferido o fideicommissão, sobrevindo o conjuge chamado para elle; deferindo-se-lhe pois em tempo que já era morto o outro conjuge não se communicou, nem ametade pertence aos herdeiros do morto, Peg. tom. 7 ad Ord. liv. 1. tit. 87 §. 4 a n. 218.

N. 23. Não se communicã 6.º, o que se doou a algum dos conjuges com a condiçã de que não tendo filhos do matrimonio reverteria ao doador, ou seus herdeiros, Voet. liv. 23 tit. 2 sub n. 77, Guireiro, tr. 2 liv. 6 cap. 1. n. 171.

N. 24. Não se communicã 7.º, o que se dá, ou deixa a algum dos conjuges com a condiçã de se não communicar ao outro, Voet. n. 77, Guerr. a n. 159 et cap. 2 n. 99 *quidquid dicat*, Pona cap. 4 n. 9, porque as suas razões são frivolas á vista das dos DD. citados, e o mesmo Phæb. dec. 107 n. 4 segue o contrario, e melhor o seu addicionador, e conduz Arouc. alleg. 86 n. 6.

N. 25. Não se communicão 8.º, as arras spon-salicias, nem as joias, e prendas, vestidos, aneis, cordões de ouro, fios de perolas, ou dinheiro para os comprar, *et queque solent jocalia dici* *, que os esposos dão a suas esposas antes do matrimonio, maxime quando depois não ha filhos, e só se communicão os comprados na constancia d'elle, Voet. liv. 23 tit. 2. n. 78, Groeneweg. in Cod. liv. 5 tit. 3 liv. 16 n. 10.

* *Focalia munera quæ sibi invicem sponsi donare solent, vulgo dicimus, brincos, e jotas, Pereir.* in Elucidario.

Quando, e em que circunstancias sejam preciosos de huma mulher senhora os vestidos, e trastes preciosos, e não devão entrar depois em partilha; veja-se Peg. tom. 7 ad Ord. liv. 1 tit. 87 §. 9 a n. 77, Guerreir. tr. 1 liv. 1 cap. 10 a n. 94 et 99. E quanto aos jocaes, anneis, etc. dados pelo esposo antes do matrimonio. Supposto que Guerreiro supra n. 106 107 e 108, faz varias distincções. Com tudo não me atrevo apartar-me da indistincta opinão de Voet., e Groeneweg, e dos mais que elles citão. Tambem o mesmo Guerreir. n. 109 exceptua da communhão o leito quotidiano, e cama da viuva, o que assim se pratica.

N. 26. Não se communica 9.º, o dote que o esposo em execução da Dispensa Pontificia constitue á esposa pobre, Pereir. dec. 39 n. 2, Egid. na L. Ex hoc jure p. 1 cap. 11 n. 82. O contrario defende Arouc. alleg. 71. Eu concilto assim: se estes esposos dispensados contratarem o matrimonio conforme o direito commum, não se communica o tal dote, (ensendo este o presuppuesto em que as Bullas o mandão constituir a esposa pobre). Se porém casão sem pacto, e conforme o costume do Reino, então se communica o tal dote.

TIT. VIII. §. 14 RUBR.

Non communicatur æs alienum.

PRELUDIO.

O Sabio Mello compendiou *plus justo* neste §. 14 toda a materia, que póde comprehender nas suas vistas debaixo da generalidade da sua rubrica. Porém a materia, e as questões praticas, e frequentes no foro são mais extensas do que as que podião comprehender os estudos de hum Academico mais limitados á theoria. Os meus tocos tem sido, e exercitados na pratica. Por tanto ainda que tenha, e padeça a censura de que hum Addicionador deve ser breve, e compendiario, não o posso nem devo ser, e me sujeito á mesma censura na precisão de instruir os principiantes (para os quaes unicamente escrevo) em todas as questões praticas, que se podem incluir em toda a sua extensão debaixo de huma tão succinta rubrica.

N. 1. „ Declaramos (diz a Ord. liv. 4 rit. 95, §. 4) que posto que os bens sejam communicados entre marido, e mulher tanto que casão simplesmente, ou por carta de ametade, se ao tempo que casarão cada hum delles tinha dividas que devesse a credores, não será obrigado o outro ás ditas dividas *em tempo algum*, nem se fará execução nos bens que trouxer *em parte nem em todo em quanto o matrimonio entre elles durar*: sómente se poderá fazer execução, durando o matrimonio, nos bens que aquelle, que a si era devedor, trouxe consigo ao tempo que casou; e na sua ametade dos bens que depois de casados forão adquiridos. „

N. 2. He notavel o muito que sobre a intelligença

cia desta Ordenação discorrerão os Reínicos, que ultimamente recopilárão Guerreir. tr. 2. liv. 6 cap. 4 e 5, Moraes de Execut. liv. 6 cap. 8 a n. 48 ad n. 66, Sylv. ad Ord. liv. 3 tit. 86 §. 23 a n. 60 ad 76, e Pon. cap. 4. As conclusões, que communmente se deduzem desta Ord. são estas: 1.^a, que nenhum dos conjuges em tempo algum constante, ou dissoluto o matrimonio he obrigado, nem em parte, nem em todo ás dividas contrahidas pelo outro *antes do matrimonio*: 2.^a, que para pagamento destas dividas só se póde fazer execução *durante o matrimonio* nos bens que o devedor para elle trouxe, e na sua ameta. de dos adquiridos: 3.^a, e a contrario, que todas as dividas contrahidas na constancia do matrimonio se devem pagar do *commun*. Os citados DD. sobre estas conclusões fazem distincções, e subdistincções, justas humas, e extravagantes outras.

N. 3. Nas mais Nações em que ha semelhante costume, e communicação universal, he diverso o syssema de jurisprudencia; porque lá são os conjuges obrigados pelos bens que geralmente communicão, as dividas que qualquer delles havia contrahido antes do matrimonio; tanto exigindo se na constancia delle, como depois da morte de alguns delles; só com a differença: se na contracção do matrimonio hum dos esposos se ostentou opulento, e sem dividas, que depois se revelárão, illudindo assim o outro esposo; neste caso, e por effeito do punivel dolo, só os bens do doloso estão obrigados ás suas dividas anteriores; e ainda que constante o matrimonio se satisfação, póde repetir do cumulo da herança do defuncto a ametade do equivalente. Veão-se Voet. ad Pand. liv. 23 tit. 2. n. 80, Boehmer. Exerc. 70 a §. 29.

N. 4. O nosso Legislador ao mesmo tempo que estabeleceo a communicação universal, simplifcou mais este artigo: previo as demandas que serião fre-

quentissimas sobre o dolo, ou não dolo de esposo. E por isso firmou aquellas tres conclusões. Ellas em si são bem simples, porém tem sido susceptiveis das referidas distincções. Quanto a mim, tudo se reduz ao exame destas questões, 1.^a, Quaes dividas são propriamente contrahidas antes do matrimonio? 2.^a, A que dividas contrahidas constante o matrimonio he a mulher obrigada. 3.^a, A que encargos, como entre ambos communs, estão obrigados hum, e outro? 4.^a, Porque bens se devem constante, ou dissoluto o matrimonio coacta, ou voluntariamente satisfazer as primeiras, e porque bens as segundas? Dividirei pois todas estas questões em outras tantas Secções deste projecto.

SECCÃO I.

Quaes dividas se comprehendem na classe das contrahidas antes do matrimonio, e quaes na classe das contrahidas na constancia do matrimonio.

Quanto aos que casão por carta de ametade.

N. 5. **P** Rimeira dúvida: Se as dividas contrahidas em tempo que o matrimonio só está rato, e não consummado, estão na classe das contrahidas antes do matrimonio? Que nesta classe entrão as contrahidas depois dos esposaes de futuro, e antes do matrimonio rato, he bem certo, segundo a Lei mesma, e doutrinas de Boehmer. Exercit. 70 §. 34. Mas quanto ás que qualquer esposo contrahe entre o matrimonio rato, e a consummação delle, he objecto da maior dúvida. A citada Ordenação parece que julga dividas anteriores as que se contraem pelos esposos, e as

que cada hum delles tinha *ao tempo que casárão*. Suppõe aqui contrahidas as taes dividas antes da consummação do matrimonio; porque no tit. 46 só o suppõe consummado com copula (antecedente ou subsequente segundo a variedade de opiniões, Tit. 8 §. 4 a n. 4), e neste mesmo § parece que nas palavras = *postó que os bens seião communicados* = Suppoz anteriores ao matrimonio todas as contrahidas depois do rato antes da sua consummação. Logo todas as contrahidas antes da consummação estão nesta classe, e ainda que fossem contrahidas depois do matrimonio *rato*, Boehm. supr. §. 33, Carol. de Mean. ad Jus Civitat. Leodjens. p. 1. obs. 51 n. 7.

N. 6. Pelo contrario está 1.º, que a sociedade universal *tacita* entre os conjuges se suppõem contrahida logo que casão por palavras de presente, e recebem as benções, segundo a opinião de Lauterbach. Disp. de ær. alien. in societ. conjug. contr. solv. §. 12 n. 7. Logo temos huma divida contrahida depois do principio desta mesma sociedade universal.

N. 7. 2.º, A mesma Ord. só colloca nesta classe as dividas que tnhão *ao tempo que casárão*. Ora estas palavras são aptas a comprehender o matrimonio *rato*, que he matrimonio, e Sacramento. Logo são contrahidas constante o matrimonio as dividas contrahidas depois delle estar *rato*, ainda que não consummado.

N. 8. Accresce 3.º, que a Ord. liv. 4 tit. 48 §. 9 se lembrou do matrimonio *rato*, prohibindo depois delle assim contrahido, e ainda antes de consummado, a alienação dos bens pelo marido, sem consentimento da mulher. A razão parece ser por estar já pelo matrimonio *rato* contrahida a universal sociedade entre os esposos, independente da consummação. Por isto he que não permite alienação prejudicial á principia da sociedade, e ainda mesmo antes da communicação de

bens, que o tit. 46 só induz pela consummação do matrimonio, e parece adoptou as razões mesmas de Lauterbach (N. 6). Logo se pelo matrimonio *rato* antes da consummação está já contratada a sociedade universal, he consequente que as dividas contrahidas depois do matrimonio *rato*, e depois do principio da dita sociedade, não estão na classe das contrahidas antes do matrimonio.

N. 9. *Quid ergo in hac rationum collisione delibendum?* A conciliação he facil com estas distincções, que são outras tantas proposições. Primeira „ *Cum debitum ab altero conjuge ante nuptias contractum, ejus est qualitatis, et nature, quod ipsius utilitas in tempus matrimonii incidat, ut si conjux ante nuptias prædium conduxit, fructus tamen in totum aut pro parte tempore constantis matrimonii percepit; hoc enim casu, cum utilitas, et emolumentum utriusque conjugis sit, ita executio pro eo debito in bonis utriusque conjugis fiet, aut in totum, si in totum contractus emolumentum tempore matrimonii incidit, alias tantum pro parte* „ Moraes liv. 6 cap. 8 n. 54, Confer. Valasc. cons. 103 n. 15, Pereir. dec. 86 n. 2. Logo à fortiori huma divida contrahida para semelhantes fins depois de estar só *rato* o matrimonio.

N. 10. Segunda „ *Quando debita contracta fuerunt ante matrimonium ratione ejusdem futuri matrimonii; tunc si utilitas incidit in tempus matrimonii ex communi a ceruo bonorum sunt solvenda . . . Unde sequitur quod debitum contractum pro vestibus caterisque ornamentibus nuptialibus solvendum sit de communi, si utilitas incidit in tempus matrimonii.* „ Guerreir. tr. 2 liv. 6 cap. 4 „ a n. 23. Logo a fortiori huma divida tal contrahida no intervallo depois do matrimonio *rato*, fica como na classe das contrahidas constante o matrimonio.

N. 11. Neste intervallo estão os esposos já em estado de socios como em sociedade *tacita*, ou *pacticia* (N. 6. e 8). A comunicação reciproca dos bens, quanto ao dominio se simboliza depois com a comunicação dos corpos. Estão como em hum meio, mas já em hum estado indissolúvel (a menos que não seja pelo ingresso, e profissão em Religião). Ou pois hum d'elles neste estado contrahe dividas com má fé em fraude do consorcio, e da futura comunicação, e neste caso seguiria eu os DD. referidos no N. 3. Maiormente porque se a Ord. liv. 4 tit. 48 § 9 em quanto o matrimonio está *rato*, prohibe a alienação de bens de raiz sem mutuo consentimento, tambem se subentendem prohibidos taes meios dolosos, e indirectos de que a alienação hade vir a ser consequente necessario, Bagn. cap. 67 n. 112. Bem como o socio universal não pôde contrahir dividas em fraude do consorcio, Michal. de Fratr. p. 2 cap. 33 a n. 6. Ou as contrahio nesse intervallo em beneficio futuro, e commum, que se verificou. e neste caso eu reputaria esta divida como contrahida ja na constancia do matrimonio. Sem me obs'ar a opinião de Guerreiro supr. n. 26 e 27, que procede no diverso caso de não estar ainda *rato* o matrimonio, nem contrahida ainda a sociedade universal. *Ali meliora dabunt.*

N. 12. Segunda dúvida. Se devendo hum dos conjuges antes do matrimonio huma divida, que vence juros annuos, e que na constancia d'elle se continuão vencendo, se estes devem ter a natureza da causa original, como devida antes do matrimonio; ou se os decursos constante o matrimonio se reputão divida nesse tempo contrahida? Esta questão se vê largamente disputada em Portug. de Donat. liv. 2 cap. 26 a n. 60 aonde defende que a divida do capital, e dos juros he huma só, e que tanto o pagamento daquella contrahida antes do matrimonio, como estes vencidos

depois, tudo recahe no conjuge, que antes a devia. Segue o Guerreiro tr. 2 liv. 6. cap. 4 a n. 5. Porém contra o voto de Portugal se vê julgado o contrario em Peg. tom. 7. ad Ord. liv. 1 tit. 87 §. 4 n. 259 e 266. Mas o mesmo Guerreiro tr. 4 liv. 5 cap 10 n. 48 attesta que outra vez vira seguida a opinião de Portugal, e abandonado o aresto de Peg. supra.

Nesta variedade, apezar das subtilezas Romanisticas de Portug., e dos similes com que argumenta, parecem mais urgentes as razões do Senador apud Peg. supr. n. 266. A que accrescento 1.º, que as prestações annuaes, a que podem equiparar-se os vencimentos dos juros, produzem huma obrigação em cada anno renovada, regra opposta as de Portugal, e seguida no Assento de 2 de Março de 1786. Ora, os juros annualmente vencidos, constante o matrimonio, são outras tantas dividas renovadas, quantos os annos. 2.º Se succedesse que o credor demandasse o conjuge devedor, e lhe arrematasse bens provenientes da sua parte equivalentes á divida, ou o marido os vendesse para pagamento della, ficava a mulher privada da ametade dos seus redditos. Logo não acontecendo venderem se para esse fim, e gozando ella pela comunicação legal os fructos, clama toda a razão para que fique obrigada a ametade dos juros vencidos constante o matrimonio. Se bem que 3.º, Portug., como ahi se nota n. 60 et a n. 68, tratou o caso de hum matrimonio contrahido por *contracto. e sociedade particular*, em que se dão diversas razões, se bem que ainda os que casão por *contracto* são por metade obrigados ás dividas, maxime, havendo superlucrados, ou nos mais casos que refere Moraes, liv. 6. cap. 8 a n. 64.

N. 13. Terceira d'úvida: supponhamos que huma d'úvida, que o marido ou mulher devião antes de casados se renova constante o matrimonio, e ambos se obrigão á ella, ou constante o matrimonio se contrahe outra para pagar essa antiga: se por ventura attendida a causa original, fica só obrigada á nova d'úvida o conjuge, que antes devia a antiga para só nos bens d'elle se poder fazer execução; ou se esta nova d'úvida he realmente como qualquer outra contrahida constante o matrimonio para ficar commua a obrigação de ambos os conjuges? Respondo com Boehm. ad Pand. Exercit. 70. §. 37, que fica nestes casos commua a obrigação no marido, e na mulher; e as razões se podem ver no mesmo Boehm.

N. 14. Confirma-se com a nossa Legislação: pois que a Ord. liv. 4 tit. 48 §. 3, e tit. 97 §. final permite que a mulher outorgue os contractos, e obrigações do marido por mais prejudiciaes que lhe sejam, e huma vez que ella os approve nada resta de d'úvida. Ainda mesmo quando por dividas anteriores do matrimonio se faz execução nos bens provenientes da mulher, e ella ainda só tacitamente consente, subsiste a execução nos bens da mulher, Moraes liv. 6 cap. 8 n. 55 Pereir. dec. 86 n. 6: logo à fortiori fica a mulher obrigada á d'úvida, que, constante o matrimonio, se renovou por algum dos figurados modos, sem que a mulher, que se obriga com o marido ainda mesmo a d'úvida que se não convesta em sua utilidade, goze do beneficio do Velleiano, como se vê julgado em Peg. 4 for. cap. 48 a n. 55 et 62. Bem entendido que isto só procede quando casão por carta de metade, que são os termos, em que fallão os citados DD., e declara Moraes supr., e não quando por dote, caso, em que varia o Direito, Moraes supr., e fica mostrado ao §. 10 deste Tit. N. 13.

N. 15. Quarta d'úvida: se se connumera entre as

dividas contrahidas constante o matrimonio aquella que era contrahida *in diem, vel sub conditione, cujus dies demum durante conjugio venit, vel conditio extitit?* O citado Boehm. §. 38 diz que não, *Dies enim obligationem non suspendit, sed statim cedit, et tempus solvendi tantum differtur, adeoque debitum tempore conjugii jam natum erat; conditio vere existens retrotrahitur ad tempus promissionis: ac ea propter credendum est, ab initio jam debitum existisse, et re vera pure contractum fuisse. Solet tamen excipi talis conditio, que a libero debitoris arbitrio dependet, ut si maritus pretium ante matrimonium promiserit, si intra tres menses ei placuerit res empti, et interim contracta conjugio emptio approbata fuerit, quia tunc demum re vera se se obligare voluit, quo approbat precedentem contractum, quem prohibere in improbare poterat.*

N. 16. Attende-se a origem da d'úvida contrahida antes do matrimonio, quando o marido ou mulher haviaõ antes commettido algum delicto, e o delinquente só veio a ser condemnado, constante já o matrimonio: de fórma que em tal caso a execução se deve fazer nos bens, com que o delinquente entrou para o consorcio, e não nos do outro, Cabed. 1 p. Arest. 20, Moraes liv. 6 cap. 8 n. 50, Guerreiro tr. 2 liv. 6 cap. 4 n. 8 et 9. E com razão, porque commettendo-se hum crime contrahe o criminoso huma d'úvida á parte lesa, e á Republica, Boehm. Exerc. 70 sub §. 35, e a Sentença, que depois o condemna, se retrotrahe ao dia do delicto, Guerreiro tr. 1. liv. 4 cap. 9 n. 78 80 82.

N. 17. Não se attende porém tal origem, *Si mortuo pater, filiorum tutelam suscipiente muliere, ipsa, rationibus non redditis, nec tutore filius pater isto, ad secundas nuptias transeat, si contingat*

„ *eam debitorum pupillarum manere, fieri potest*
 „ *executio non solum in bonis ejus, sed etiam in bo-*
 „ *nis secundi mariti ob tacitam hypothecam ipso ju-*
 „ *re in eis introductam.* „ Ita Moraes de Execut:
 liv. 6 cap. 8 n. 56.

N. 18. Pelo contrario se o marido, ou mulher, que tem filhos do primeiro matrimonio casão segunda vez, elevão para o segundo casal aquellas legitimas, de que ou o pai he usufructuario, ou qualquer delles herda dos filhos defunctos do primeiro matrimonio, e em todo o caso responsaveis por ellas aos filhos vivos do primeiro matrimonio. E se estas legitimas se tem consumido, ou consomem em todo ou em parte, constante o segundo matrimonio, devem a final sahir da parte do conjuge que com ellas entrou, ou as herdou por mais que na constancia do segundo matrimonio se consumissem. Isto parece arduo, visto que se consumirão em utilidade commua, e vistas as rasões, que largamente ponderou Peg. 1 for. cap. 8 pag. 576, que trasladou Guerreiro tr. 2 liv. 6 cap. 4 a n. 26. Porém o contrario se vê julgado em Gam. dec. 177 que segue Valasc. cons. 118 n. 14, e também se vê julgado em Peg. supr. pag. 577 que segue Guerreiro supr. n. 33. E isto tanto pela generalidade da nossa Ord., quanto porque taes legitimas se não communicão entre os conjuges; e ou devem restituir se aos filhos, que depois de emancipados requerem a sua entrega; ou as dos defuntos do primeiro matrimonio devem restituir se aos mais do mesmo matrimonio nos termos da Ord. liv. 4 tit. 91. Não posso comprehender como consumindo-se por ambos os conjuges na constancia do segundo matrimonio os bens das legitimas dos filhos do primeiro, e em beneficio de ambos, não fiquem ambos responsaveis por esta divida. Supponhamos que ambos estes conjuges comem, e consomem o que he alheio, em que apenas

tem hum delles, ou ambos o uso fructo: por ventura não he huma divida de ambos, e por ambos contrahida constante o matrimonio? Supponhamos que ambos furtão bens alheios, e os consomem, não estarão obrigados ambos? Supponhamos que constante o matrimonio se reivindica hum predio, que o marido havia levado para o casal, e he condemnado nos rendimentos, não os ha de pagar tambem a mulher que os comeo? Ha de dizer-se divida originada antes do matrimonio, e que se o predio alheio se não communicou, he só por isso a mulher desobrigada? Supponhamos o marido antes do matrimonio emphyteuta de hum prazo, e que constante o matrimonio se não pagavão por muitos annos as pensões: não ha de ser a mulher obrigada a ametade? Supponhamos que ambos tem em seu poder hum deposito, de que já o marido era, antes de casado, depositario, e que ambos depois o consomem, não estarão ambos obrigados? A Lei pôde ella receber interpretações de que resultem absurdos? Não são as madrastras com má fé (presumida pelo direito, e semelhante os padrasos) oppositos aos filhos de outro matrimonio? Seria hum absurdo se a este caso se applicasse a Lei. Devemos pois distinguir estes casos: 1.º, quando hum delles antes de casar tem dissipado as legitimas dos filhos antes do primeiro matrimonio: 2.º, quando entrando então inteiras se consomem na constancia do segundo matrimonio: 3.º, quando neste tempo o pai ou mãe binubos herdão dos filhos do primeiro matrimonio alguma legitima de que só ficão usufructuarios nos termos da Ord. liv. 4 tit. 91. No primeiro caso como divida contrahida, e consummada antes do segundo matrimonio, deverá ser paga da parte do conjuge que a contrahio: no segundo, e terceiro ambos a contrahirão durante o segundo matrimonio, e ambos a devem satisfazer: que importa se não communicuem taes bens?

Isto he peta: o adquirido por furto, ou rapina não differe: e ambos os conjuges que o consomem ficão obrigados á restituição quando *scienter* o consomem, Guerreiro tr. 2 liv. 6 cap. 1 a n. 106. *Tu cogita, et meliora sequere.*

N. 19. O dote que o pai ou mãe tem prometido ou promettem ao filho, ou filha do primeiro matrimonio, he sem dúvida huma dívida originada antes do segundo; e exigindo-se ou pagando-se na constancia do segundo matrimonio, deve sair da parte do conjuge, que em desampenho da propria, e antecedente obrigação o prometeo, ou pagou, Phæb. Dec. 115 n. 35 et 36, Guerreiro tr. 2 liv. 6 cap. 4 n. 11.

S E C Ç Ã O II.

A quaes dividas constante o matrimonio he ou não a mulher igualmente obrigada, quando casão, por Carta d' ametade?

N. 20. **N**A Secção precedente expuz algumas dividas, a que os conjuges são obrigados ainda que pareça terem origem antes do matrimonio. Nestas, e nas que realmente são contrahidas na constancia delie, he regra geral que os conjuges (no que se assemelhão aos socios universaes) Gam. Dec. 188. Malase. de Part. cap. 23 n. 21, Moraes liv. 6 cap. 8 n. 57 Guerreiro tr. 2 liv. 6 cap. 5 n. 38.

Se hum dos conjuges contrahe constante o matrimonio a dívida em seu nome proprio, e sobrevive a outro, pôde ser *in solidum* obrigado *soluto matrimonio*, com regresso contra os herdeiros do predefuncto pela sua ametade: esta he

a Jurisprudencia das mais Nações, em que ha o mesmo costume, Boehmer. ad Pand. Exerc. 70 a §. 20, e deste Reino Arouc. all. 51, e o refere julgado o Repert. de baixo da palavra = *Marido que tinha dividas antes.* = *Abster se o marido, e mulher ambos juntamente se obrigarão á dívida, Guerreiro for. q. 32 n. 23.*

N. 21. „ *Hoc tamen restringendum est* (diz Moraes supra n. 58.) *ut saluum procedat cum debitum*
 „ *constante matrimonio à viro contractum eritur*
 „ *ex actu, qui tendit ad commodum familiae, vel sal-*
 „ *tem est indifferens ad commodum et damnum, no-*
 „ *tam si actus, ex quo debitum procedit fuerit ma-*
 „ *nifeste damnosus, ita ut ex illo non nisi familia*
 „ *uamnum sequi valeat, hujusmodi debiti partem*
 „ *uxor solvere non adstringetur, ut in socio univer-*
 „ *sali resoluit Roman... ita in specie Barboz., etc.*
 Demonstrando largamente Maced. dec. 24 que a dívida nunca se presume contrahida em utilidade da mulher sem que assim se prove por mais que ella confessasse recebella, e subscresse o recebimento com o marido.

N. 22. Daqui inferem os nossos Reinicolas 1.º, que não está responsavel a mulher á dívida que o marido constante o matrimonio contrahio para satisfazer alguma condemnação pecuniaria criminal: assim pelas regras da sociedade universal particia o resolvem, e com as Leis Romanas, Moraes de Execut. liv. 6 cap. 8 n. 61, Guerreiro tr. 2 liv. 6 cap. 5 a n. 79 criando todos os mais.

N. 23. Inferem 2.º, que só ao marido, e não á mulher he imputavel (porque não convertido em utilidade do casal) o que o marido consumio prodigalizando-se, meretriceando, e jogando com excessão, Guerreiro, tr. 2 liv. 6 cap. 5 a n. 54, et liv. 7 cap. 8 a

n. 115, Peg tom. 7 ad Ord. liv. 1. tit. 87 §. 4 n. 113, 121, 142, 144, 145, 156, 161, 162, 163, 164, 185, 189.

N. 24. Inferem 3.º, que tambem a mulher não fica responsavel quando expressamente contradiz o contracto em que o marido vai obrigar-se, protestando que delle não quer lucro, nem perda: assim com Barboza, e outros Moraes supr. n. 62, Guerr. tr. 2 liv. 6 cap. 1 n. 172.

N. 25. Inere 4.º, Guerreiro tr. 2 liv. 6 cap. 5 n. 4, 46, 64, 65, 67, et a n. 79, que deve a mulher ser immune, e que deve imputar-se na parte do marido tudo quanto elle contrahe de dividas, ou estraga por dolo seu, culpa, má economia, maleficios, banquetes excessivos, etc.

Todas estas inferencias seguio sem critica o nosso Mello na Nota ao §. 17 deste Titulo, citando unicamente Valasc. de Part. cap. 24, e Cabed. p. r Ar. 20, quando Cabedo falla na divida de crime commettido antes do matrimonio, e Valasc. dito cap. 24 se funda em hum erro tal como dizer no n. 7 que a nossa Ord. liv. 4 tit. 46 como *correctoria do Direito Romano, deve strictamente observar-se*: eiro hoje profligado pela Lei de 18 de Agosto de 1769. E desta especie de errada interpretação deduz Valasco alguns daquelles consecrarios pelas regra da *societate universal*.

N. 26. Porém todos estes principios, e suas illações só tem fundamento nas Leis Romanas, que reguão as sociedades *particias*, e só podem ser applicaveis, quando se contrahe o matrimonio por pacto conforme o direito commum, ou estilo de Castella, sem communicação universal de bens. Eu já mostrei nas

Notas ao §. 1 2 e 3 deste Tit. a N. 9 ser erro regular pelo Direito Romano as questões que se suscitão, quando o matrimonio he contrahido segundo o costume do nosso Reino, e o semelhante de outras Nações. Recorrendo pois aos melhoes DD., que nellas escreverão a este respeito, facilmente se convencem erroneos esses principios, e suas illações.

N. 27. São erroneos esses principios (N. 21) applicados aos matrimonios dos nossos costumes; e só podem ser applicaveis aos contrahidos conforme o direito commum. Assim Stryk. no us. mod. Pand. liv. 12 tit. 1 §. 58, aonde depois de ter prenotado (o mesmo que defendeo o nosso Macedo dec. 24), que a mulher não he obrigada por divida alguma, ainda que intervenha, quando ella se contrahe, a menos que se não prove ser convertida em sua utilidade, conclue dizendo = "*Alia autem ratio est in illis locis ubi mulier socia omnium bonorum mariti ex statuto fit, uti contingit de jure Lubicensi et Hamburgensi, ibi enim omne es alienum mariti, durante societate conjugali contractum agnoscere tenetur, sive quicquam in rem ejus versum sit, sive non.*" Esta mesma distincção advertio neste Reino hum Senador na Deliberação transcripta por Peg. 4 for. cap. 48 sub n. 61, e o suppoz Pereir. dec. 30 n. 13 Videndus Voet. ad Pand. liv. 20 tit. 2 n. 52.

N. 28. Destruído pois assim o principio elemental (N. 21.) ficão destruidas todas as suas illações (a N. 22.) Ellas com effeito são erroneas, e mal applicadas ao caso de haver entre os conjuges esta communhão universal. He erronea a primeira (N. 22.) a menos que o mando não incorra em algum crime de que a pena seja de confiscação, ou outra gravissima, como segundo os costumes semelhantes, e Legislações de Alemanha, e Belgio defendem Boehm. Exerc.

70 §. 35, Henrique Coccei vol. 1 disp. 53 cap. 3 pag. 653. Voet. ad Pand. liv. 22 tit. 2. n. 56.

N. 29. O que bem re confirma não só com a generalidade da Ord. liv. 4 tit. 46 §. 1, e ut. 95 §. 4, mas com a ponderação sobre a Ord. liv. 5 tit. 6 §. 20, em que só no caso da confiscação por crime do marido, se lhe salva a sua meação, excepção que firma regra em contrario, quando o marido commette outro qualquer delicto. Esta com effeito he a unica limitação em algumas Nações, Boehm. supr. §. 36, Groeneweg. in cod. liv. 4 tit. 12 L. 1. n. 3. Voet. supra.

N. 30. He tambem erronea nos termos da nossa sociedade conjugal, e universal a segunda illação, de que N. 23, e todas as mais, pelas genuinas razões, que expõem Groeneweg. supr. n. 1, Voet. ad Pand. liv. 23 tit. 2 n. 52 §. *Ex viri contractibus*. E ainda mesmo na Hespanha aonde só se communicação os acquesitos conjugaes, diz Garcia de conjugal acquesit. n. 66 que "*Licet verissimum sit, maritum, qui ludendo et scortando lucra bæi consumit, delinquere, et delinquendo leges violare societatis nihil socio nocendo, id que sit verissimum de jure, at tamen contrarium servari forensi usu asserit Rodericus Suarez... id que observatum esse in praxi, ne infimæ lites excitentur, neve jura de societate inter virum, et uxorem, quæ hujusmodi alienationes hactenus admiserunt, rigorosa nimis efficiamus præsertim cum maritus accedat luda, non animo defraudandi uxorem, sed acqui vendi... Hanc praxin Rodericus Suarez probat Anton. Gomez in liv. 53. Tauri n. 73 §. ex quibus infero, Gregor. in L. 13 verbo, ganancias, tit. 10 part. 5 ubi de hac praxi testatur tenet et probat Burgos de Paz q. 8 n. 13 et 29, tenet Baeça de decima tul. præst. cap. 27 n. 28, tenet*

"*Gutierrez, prat. qq. 121 liv. 2 n. 7 ubi conclu- dit maritum male consumendo peccare quidem in conscientia, tamen non teneri ad restitutionem uxori faciendam. &c. Conf. Voet. ad Pand. liv. 23 tit. 2 n. 56 Groenewegen. ad tit. Cod. Ne uxor pro marit.*

N. 31. Ainda he mais erronea a 3.^a illação (N. 24), como opposta aos direitos *reverenciaes* que a mulher deve sacrificar ao marido, Stryk. vol. 2 disp. 4 cap. 2. §. 14; como opposta á administração *livre* que as Leis commettem ao marido sobre a economia domestica (e a nossa Ord. liv. 4 tit. 48, e 64 só lhe restringe em certos casos fazendo-os dependentes do consentimento da mulher) Stryk supr. Guerr. tr. 2 liv. 6 cap. 1. a n. 104; *Latissime* idem Stryk. vol. 8 disp. 32 de operis uxorum = Egid. in L. Ex hoc jure part. 2 cap. 7. a n. 25 26. 27.

N. 32. Em fim se o marido he prodigo, sandeu, dissipador, &c., não resta á mulher outro remedio mais, que o que expõe Voet. no lugar citado (N. 30), e a Ord. liv. 4 tit. 103 §. 1 lhe providencia. E se o não requer em tempo; se não requer divorcio por causa das mancebias, e consequentemente separação de bens; se não usa destas legaes providencias, deve soffrer todas as desordens do marido, e todos os seus consequentes prejuizos: do contrario resultariam os inconvenientes que ponderão o eit. Voet, e Groeneweg.

N. 33. Hum bello exemplo nos offerece Peg. 4 for. cap. 49. a n. 55, em cuja hypothese tomando hum homem grande somma de dinheiro a juro, e dando sua mulher Procuração para o contrato, foi depois obrigada a ametade da divida, sem embargo de mostrar que não fôra convertida em utilidade do casal; porque esse dinheiro fôra tomado a juro pelo marido para logo emprestar a outra pessoa, e sem embargo

de se figurar em tal caso fiadora, e recorrer ao beneficio de Velleiano, foi condemnada.

N. 34. Só sim quanto ás dividas que o marido contrahe como fiador, he desobrigada a meação da mulher, ex Ord. liv. 4 tit. 60 (aonde só limita quando he fiador de devedor da Real Fazenda) com a exposição de Moraes liv. 3. cap. 8 n. 59. Porém (continúa a mesma Ord.) “*Isto que dito he se não entenderá quando os maridos tomarem para si nossas rendas ou outras quaesquer de outras pessoas, e derem á fiança seus bens; porque em tal caso, posto que os taes arrendamentos sejam feitos sem outorga das mulheres, todos os bens do marido, e mulher, assim moveis, como de raiz, são obrigados aos taes arrendamentos.*” Ordenação que aculta ao marido huma illimitada liberdade de contractar, sem dependencia da mulher, e de hypotecar bens á segurança dos seus contractos, &c.; Ordenação que acaba de confirmar o meu systema, e que se conforma com o das Nações em que ha semelhante costume, em differença das regras do direito Romano. Tudo acaba de comprovar-se com o mesmo Voet. n. 92; aonde faz a differença entre os socios conforme o direito Romano, e os conjuges, socios universaes conforme os costumes das Nações. O mesmo Valasc. de Part. cap. 24 n. 12 (que seguiu Mello) sinceramente confessa, que nunca vio na praxe imputar-se a parte do marido, ou seus herdeiros, o que elle dissipou jogando, meretricando, &c.

S E C Ç Ã O III.

A que encargos, e despesas estão estes conjuges igualmente obrigados constante o matrimonio quando casão por carta de ametade.

N. 35. **P**Elas regras da sociedade *universal*, e segundo o direito Romano, applicando-as aos nossos conjuges, que casão conforme o costume do Reino; e pelas regras da sociedade *particular* que os DD. Hespanhoes applicão aos matrimonios da Hespanha, e França, em que não ha communicação de bens; mas só dos adquiridos, e acquestos fez o nosso Guerr. no tr. 2 liv. 6 cap. 5 hum grande discurso sobre esta questão, que ahi propoz “*Utrum in nostra legali societate omnium bonorum ita omnia debita, damna, et expensæ constante matrimonio factæ communicantur, ut ex communi solvantur et ex communi acervo bonorum veniant deducendæ?*” Forma huma regra geral com 20 ampliações, e com 10 limitações, em que embulha tudo, e mistura huns, e outros matrimonios; e decide tudo pelas regras do direito Romano. Já na Secção precedente confutei muitas das conclusões, que Guerr. poz neste cap., resta apurar as mais. Com effeito tudo quanto Guerr. escreveu neste cap., he deduzido das Leis Romanas, e regras da sociedade *universal*, e tudo se vê succado por Voet. ad Pand. liv. 17 tit. 2 n. 4.

N. 36. Convenho com o mesmo Guerr. do cap. 5, que devem sahir de *communis* as despesas feitas em alimentos dos filhos *communis*; nos estudos delles maiores, e menores; as feitas para elles conseguirem

grãos, e honras; para os propor a officios, &c. Concorda Coccei vol. 1 disp. 53 cap. 3. Porém em quanto o mesmo Guerr. a n. 12, e Valasc. Cons. 118 a n. 10, Pereir. dec. 55 n. 14, dizem que os alimentos prestados pelo pai aos filhos do primeiro matrimonio na consanção do segundo, ou quaesquer outras despesas com elles feitas se devem imputar na meação do pai soluto do matrimonio; e que a segunda mulher póde deduzir ametade dellas. Nesta parte está em contrario a commum resolução dos DD. de outras Nações, que refere, e segue Voet. ad Pand. liv. 23 tit. 2. n. 81.

N. 37. É com razão: Porque 1.º, os alimentos dos filhos do primeiro matrimonio são o onus annexo aos fructos dos bens adventicios (que o pai binubo fica gozando, ex Ord. liv. 4 tit. 91), Urceol. for. Cons. 14 n. 27; Latissime Altim. tom. 8 pag. 66 col. 1, Amat. resol. 83 n. 4, optime de Luc. ad Gracian. cap. 366. Com este onus se comunica á segunda mulher, e ella delles se utiliza: logo consumindo-os ambos, e alimentando ambos os filhos do primeiro matrimonio, nada póde repetir a segunda mulher. Sobre isto 2.º, ou esses redditos das legitimas dos filhos do primeiro matrimonio erã sufficientes para esses alimentos, e mais despesas, ou não: *Si prius*, cessa toda a dúbida, porque os taes redditos se suppõem consumidos nas despesas, a que erã sujeitos: *Si secundum* a si propria deve a segunda mulher imputar a perda; pois que casando com o binubo o vê com filhos, e nelles vê as obrigações do pai para com elles; as despesas que hão de ser consequentes; e parece que não fazendo pacto algum a este respeito, como lhe era arbitrario, quando casou com o binubo; assim mesmo quiz da sua parte concorrer para todas as despesas, que o marido havia de fazer com aquelles filhos, visto que não protestou o contrario por

pacto assim mesmo o quiz o conjuge com todas essas futuras obrigações, e despesas.

N. 38. A Ord., que distinguio as dividas anteriores do matrimonio, desonerando dellas o outro conjuge, não faz argumento; antes pelo contrario, sim estavam antes nascidos os filhos, e com elles as respectivas obrigações dos pais, mas lá leva o pai para o matrimonio segundo huns redditos sujeitos a esta divida, lá os consome juntamente a mulher, que contribue para as mesmas despesas. As doutrinas, e razões expostas nos numeros 9 10 13 14 17 18 aqui tem applicação. Mais: a Lei suppoz huma divida, e huma unica obrigação *in suo esse* perfeita, e consummada de huma só vez; e não póde dizer-se que cogitou de huma obrigação successiva, qual a dos alimentos dos filhos do primeiro matrimonio, que durava no segundo, e a que o usufructo, que o marido levava, hia affecto (Veja-se infra in simili N. 41.)

Se os filhos do primeiro matrimonio erã rusticanos, e plebeos que trabalhavão em beneficio commum da madrastra; tão longe está della poder repetir ametade dos alimentos que o pai lhe forneceo, que antes ella deve meias soldadas, como quer o mesmo Valasc. cons. 32, e com outros Sylv. a Ord. liv. 4 tit. 29 in princip. n. 33: sendo só objecto de dúbida o caso de serem nobres os filhos do primeiro matrimonio.

N. 38. Se os filhos não tinham legitimas, ou bens de que o pai fosse usufructuario, e se o pai porém tinha morgagos, e prazos rendosos, passou com o onus dos alimentos dos filhos (onus Legal, Assento de 9 de Abril de 1772 §. = o que passa =) a communicação dos fructos para o segundo matrimonio; e a mulher não communicou senão o resto depois de

deduzido aquelle encargo; bem como não communica nos fructos do morgado, e prazos, senão depois de satisfeitos os encargos annexos aos mesmos fructos. Se o pai era pobre, e a segunda mulher muito opulenta, a si propria deve imputar não contrahir *por pacto* (N. 37.) Ella condescendia na prestação dos alimentos, presumindo-se tacita doação (confer. N. 13 e 14): o marido communicava ametade dos bens della, e ja alimentava do proprio esses filhos, e em falta de possibilidades delle para alimentar os do segundo matrimonio, recahe a obrigação na mãe.

N. 39. Pelos mesmos principios (N. 30.) infere Voet. ad Pand. lib. 23 tit. 2 n. 82 que “ *Si maritus stante matrimonio sobolem ex adulterino genuerit complexu, etiam alimenta tali nato subministranda, in communionem statutariam venire, atque adeo uxorem innoxiam pro semisse gravari verius est. Cum enim ea quoque, quæ alea atque scortis absumpta sunt, in communionem ventant; longe magis hæc alimenta, quorum alimentorum insignis in jure favor est, quorumque præstatio illa non laborat turpitudine, qua erogatio in meretricem adulterii causa. Turpe scilicet marito fuit, adulterio suum fœdare matrimonium, at partum ex illa turpi conjunctione natum alere, turpe non est; nec male hic, quod de meretrice Ulpianus in leg. idem si ob 6 §. sed quod 3. ff. de condict. ob turpem caus. adultero applicueris, illum nempe turpiter quidem facere quod sit adulter, sed non turpiter prolem adulterinam alere, cum sit adulter.* ”

N. 40. Convenho com o mesmo Guerr. tr. 2 liv. 6 cp. 5 a n. 24 que devem sahir do commum as despesas feitas pelo marido para ser Cavalleiro de alguma das Ordens Militares; as feitas em despesas de romarias, e peregrinações (ut a n. 26): as feitas nas nupcias dos filhos communs (ut a n. 32); as feitas

para remir do captiveiro o marido (ut n. 36 et adde Coccei vol. 1 disp. 53 cap. 3), as feitas na magistratura do marido (ut n. 61 62). Mas sem a differença que faz Guerr. entre as *modicas*, e *excessivas*, que só he applicavel no matrimonio por contracto, e não neste (Sect. 2 a §. 26); as feitas nas enfermidades, ut a n. 76, sem a differença de serem de *Morbo Gallico* (attento o que fica provado N. 30.) Em nenhum caso admitto que contrahido nesta forma o matrimonio, sejam imputaveis ao marido na sua meação as muitas despesas *culpaveis* que lhe imputa o cit. Guerr. dito cap. (attento o que fica demonstrado em toda a Secção segunda, *quidquid sit* sendo o matrimonio contrahido *per contracto*.)

N. 41. He o marido emphyteuta obrigado, ou *per contracto*, ou *ex necessitate juris* fazer nos bens do prazo as refeições, que referi no Tratado do Direito Emphyteutico §. 584 585 586. Se as faz, sendo casado, não deduz a mulher ametade destas bemfiteorias, e devem satisfazer-se do commum, Ord. liv. 4 tit. 97 §. 24 junto o §. 22 an. fin.: e com tudo a obrigação do marido teve origem antes do matrimonio; mas como ella constante o matrimonio communica nos fructos do prazo; por isso he que fica obrigada concorrer com estas despesas, onus annexo dos fructos, que communica: o mesmo digo das refeições, e despesas que o marido administrador deve fazer nos bens delle, e cujos fructos a mulher communica, Veja-se o Tratado dos Morgados cap. 17.

Se deve pagar-se do commum o dote ou doação *propter nuptias*, que qualquer dos pais promete a hum filho por si só, sem concurso de outro conjugue; ou só da parte daquelle que o prometteo; ou se o dote de bens de raiz feito

por hum sem consentimento do outro he valido?
Dizei ao Tit. 9 §. 5 6 e 7.

SECÇÃO IV.

Porque bens se devão pagar constante, ou dissoluto o matrimonio contrahido por carta de ameadade, humas, e outras dividas, e encargos, ou despezas, a que só cada hum, ou ambos os conjuges juntamente estavam obrigados.

N. 42. **S**Eparemos os dois tempos : quanto ás dividas contrahidas antes do matrimonio por algum dos conjuges : taes são as que ficão dinumeradas na Secção 2.^a E quanto a estas he clara a Ord. liv. 4 tit. 95 §. 4 “ *que não será obrigado o outro ás dividas em tempo algum, nem se fará execução nos bens, que trouxer em parte, nem em todo em quanto o matrimonio entre elles durar ; sómente se poderá fazer execução durando o matrimonio nos bens que aquelle que a si era devedor trouxe consigo ao tempo que casou, e na sua ameta-de dos bens que depois de casados forão adquiridos.* „

Se porém estas dividas anteriores ao matrimonio, na constancia delle se pagão voluntariamente por bens de ambos, ou ainda pelos da mulher, ou do conjuge que não contrahio tal divida ; não podem *soluto o matrimonio* repetir se, e deduzir-se pelo conjuge, que não devia taes dividas, nem pelos herdeiros delle ; porque a Ord.

só comprehende o caso de se fazer constante o matrimonio, *execução forçada*, e o caso de se oppôr a ella o conjuge, que não contrahio as dividas, sendo em seus bens feita a execução; e não quando ambos voluntariamente as querem pagar, veja-se supra N. 13 e 14. Não he assim quando o matrimonio se contrahe *por pacto*, e só com communicação de *adquiridos*, porque dissoluto o matrimonio se deduzem, como adquiridos, as que ainda com lucros communs se pagarão constante o matrimonio, veja-se Valasc. Cons. 103 n. 35 36 37, e he erro o que diz Guerr. tr. 2 liv. 6 cap. 5 a n. 42; que só pôde ser applicavel, quando os conjuges só communicão os adquiridos.

N. 43. Quanto ás dividas contrahidas constante o matrimonio, que ficão recapituladas na Secção 2.ª; e quanto ás despesas que devem ser commuas (Secção 3.ª). Se a execução se faz constante o matrimonio, he sem dúvida que se pôde fazer nos bens communs indistinctamente: só resta a dúvida se se pôde arrematar por ellas o dominio util dos prazos em que só hum delles he vida, e em que ambos não figurão vidas? Esta questão só se vê tratada por Peg. 5 for. cap. 123 a n. 3, e decidida com distincção destes casos: 1.º, Se a divida foi contrahida antes do matrimonio pela mulher, da qual he o prazo; então em falta de outros bens, pôde executar-se por essa divida: 2.º, Se a divida era do marido contrahida antes do matrimonio, e o prazo provém da mulher, não pôde arrematar-se por essa divida, a arrematação he nulla; e a mulher ainda constante o matrimonio, pôde reivindicar o seu prazo: 3.º, Se a divida he commua contrahida constante o matrimonio, e o prazo he da mulher, de vidas, e incommunicavel, tambem não pôde

executar-se, e arrematar-se a propriedade por dividas commuas; e ella póde como terceira impedir a execução. Vide o meu Tract. do Dir. Emfit. §. 993.

Se huns conjuges casão por contraeto de que, havendo filhos, serão os bens communs, e não os havendo se não communicarão, e cada hum se levantará com os bens da sua parte, ainda que tenham filhos, quando a execução se faz por dividas contrahidas constante o matrimonio, não podem executar-se nos bens da parte da mulher, porque conservão a natureza de bens dotaes em quanto vive a mulher, pela possibilidade de morrerem os filhos em vida de ambos, Guerr. for. q. 98 et signanter n. 24.

N. 44. Quanto ás dividas contrahidas antes do matrimonio, ou na constancia d'elle, que se exigem, ou execução depois de dissoluto: a variedade de casos frequentemente occorrentes obriga a fazer indispensavelmente muitas distincções. Se a divida commua se exige, ou executa *soluto o matrimonio*; ou ella se exige antes das partilhas, ou no acto dellas, ou depois dellas: *Si prius?* Póde o viuvo, ou viuva, ainda que não fosse o que figurou na obrigação, ser demandado pelo todo da divida, independente da necessidade de se fazerem citar os herdeiros do outro conjuge; salvo ao cabeça de casal demandado, o regresso contra os herdeiros do conjuge defunto para repetir delles a sua respectiva ametade. *Optime* Cortead. dec. 276 a n. 3 Phæb. part. 1 Art. 1, Moraes liv. 6 cap. 1 n. 15 et cap. 7 n. 54 e 55, Peg. ad Ord liv. 1 tit. 87 §. 45 n. 13 et ad Ord. liv. 2 tit. 52 §. 5 n. 10, Silv. ad Ord. liv. 3, tit 27 §. 2. n. 24.

Bem entendido 1.º; que se a demanda, ou execução principiou em vida de ambos os conjuges, não póde o credor proceder *in solidum* contra o cabeça de casal, sem haver habilitação de herdeiros do defunto sob pena de nullidade, Sylv. supr. a n. 17 et reliqui supr. Bem entendido 2.º, que se a acção teve principio contra o cabeça de casal, antes de principiadas as partilhas; hum vez que estas se fação pendente essa demanda, ou execução, já cessa contra o cabeça de casal o procedimento *in solidum*; e necessariamente deve proceder-se pela outra metade contra os herdeiros do conjuge defunto, Guerr. for. q. 32 tot. Bem subentendido 3.º, que se o cabeça de casal foi o mesmo que se obrigou á divida, procede contra elle a acção, e execução *in solidum* antes, e depois das partilhas, com regresso contra os mais coherdeiros sem necessidade de habilitallos, nem ratear por elles a divida (Nota ao N. 20.)

N. 45. *Si secundum*; isto he, se os credores instão pelo pagamento das dividas no acto das partilhas; em tal caso confessando-as todas os coherdeiros, e consentindo se separem bens para o seu pagamento; se separão estes primeiro de todo o cumulo da herança, e se adjudicão os credores requerentes, e se prosegue depois a arrematação, na fórma da praxe, que attesta Guerr. tr. 4 liv. 5 cap. 10 a n. 34.

N. 46. *Si tertium*, isto he, se os credores exigem depois das partilhas as dividas communs dos conjuges contrahidas constante o matrimonio; e que ambos estão obrigados segundo a diversidade de casos exposta na Secção 2.ª e 3.ª deste cap., necessariamente devem demandar *pro rata* ao conjuge, e herdeiro do outro defunto; e sendo defuntos ambos, aos herdeiros

deiros de ambos, Guerr. for. q. 32 et tr. 4 liv. 5 cap. 10 n. 37, a menos que se não verifique a limitação da Nota ao N. 20 deste §.

N. 47. Se porém as dividas contrahidas por hum dos conjuges antes do matrimonio se exigem, ou execução *soluto já o matrimonio*, tambem se devem distinguir estes casos: 1.º, quando o conjuge que antes do matrimonio contrahio a divida, sobrevive, e he demandado por ella; sem dúvida deve pagar-se dos seus bens, ou se demande antes da partilha, nella, ou depois della; e isto ou pelos seus bens, se a tanto chegarem, ou pelos que communicou do conjuge defuncto: 2.º, quando o conjuge, que contrahio a divida antes do matrimonio faleceo primeiro que o outro conjuge, que não era devedor: e então se subdistinguem estes casos: 1.º, se a execução se faz antes das partilhas; e neste caso, como se suppõe durante ainda a sociedade, se devem executar só os bens com que entrou para o casal, Cabed. dec. 131 n. 5 Pereir. dec. 86 n. 7, Moraes liv. 6 cap. 8 n. 66 in fn. ¶ sed hæc procedunt, Guerr. tr. 2 liv. 6 cap. 4 a n. 35. 2.º, Se se faz a execução no acto das partilhas requerendo-a os credores, distinguiria eu com o Senador apud Peg. de Maior. cap. 6 pag. 385. ¶ *Secundus error*, digno de ser visto, pois abre o genuino sentido da nossa Ord. liv. 4 tit. 95 §. 4.

N. 48. 3.º, Se a execução se faz depois das partilhas, supposto que Guerr. supra n. 40 e 41 diz ut ibi “ *Soluto matrimonio, factaque divisione, conjux superstes non tenetur ex bonis, quæ sibi obveniunt ex patrimonio conjugis defuncti debitum ante matrimonium contractum solvere: nisi creditor ante divisionem petat sibi debitum persolvi, vel bona sint realiter obligata, quæ cum suo onere transeunt.* „ Com tudo eu seguiria a distincção de Moraes supra sub. n. 66 ¶ “ *Duplicem tamen co-*

“ *sum in presenti dubio distinguendum credo, alte-*
 “ *rum quando debitor conjux tempore initi matri-*
 “ *monis bona habebat, quæ communicata sunt; al-*
 “ *terum quando nulla bona habebat, de novo tamen*
 “ *bona ex altero conjuge per communicationem ac-*
 “ *quisivit conjugalem, et rursus considerandum an*
 “ *creditor executionem pertendat adversus conjugem*
 “ *debitorem, sive ejus hæredes, namque si agatur*
 “ *contra conjugem illum qui debita ante matrimonium*
 “ *contraxit, seu ejus hæredes, executio soluto ma-*
 “ *trimonio partitionibus non factis, indistincte fic-*
 “ *ri valet in omnibus, et quibuscumque ejus bonis,*
 “ *sive illa ab antiquo ipsius essent ante matrimonium,*
 “ *sive ei fuissent ex alterius conjugis patrimonio*
 “ *per communicationem conjugalem quæsitæ, bona*
 “ *quippe hæc propria ejus sunt, nec conjux alter,*
 “ *seu hæredes ejus hanc impedire valent executio-*
 “ *nem, cum eorum non intersit fieri, aut non fieri*
 “ *in eis executionem, cessat namque ob solutam*
 “ *societatem fructuam communicatio, et in omni*
 “ *eventu apud conjugem debitorem, aut hæredes*
 “ *ejus erant permansura; et in isto casu aperte ces-*
 “ *sat mens Ord. d. §. 4 quæ ita illum decidit in*
 “ *illis verbis ibi. Sómente poderá fazer execução, du-*
 “ *rando o matrimonio, nos bens, que aquelle, que*
 “ *era devedor, trouxe ao tempo, que casou: quasi*
 “ *dicat: durante matrimonio, solum in bonis, quæ*
 “ *conjux debitor in casale attulit fieri potest execu-*
 “ *tio, et non in aliis ob alterius conjugis præjudi-*
 “ *cium; innuens e converso, quod, soluto matrimo-*
 “ *nio, cessanteque alterius conjugis præjudicio etiam*
 “ *in bonis conjugis debitori quæsitis per communi-*
 “ *cationem conjugalem executio fieri valet. Si vero*
 “ *non adversus conjugem debitorem, seu hæredes*
 “ *ejus, sed adversus alterum conjugem, sive ejus*
 “ *hæredes agatur, tunc eatenus in ejus bonis execu-*

“ *rio peragenda est, quantum ultra vatorem bono-*
 “ *rum, quibus casale intravit, ex bonis debitoris*
 “ *conjugis acquisiuit, ita ut si nulla bona in casa-*
 “ *le intulit, omnia, quæ nunc possidet, ex commu-*
 “ *nicatione capitalium conjugis debitoris habuit,*
 “ *cuncta sibi per executionem auferri possunt, et*
 “ *si intulit in matrimonium decem, possidetque un-*
 “ *decim, quia forte conjux debitor in casale intu-*
 “ *lit duodecim, tantum in illo unico nummo execu-*
 “ *tio peragetur; et in hoc sensu locutus est Cabed.*
 “ *dec. 131 maxime numer. 4 ubi resolvit quod, cum*
 “ *hoc casu jam societas conjugalis soluta propona-*
 “ *tur, cuilibetque ex conjugibus sua pars est bono-*
 “ *rum casalis adjudicata pro viri debito ante ma-*
 “ *trimonium contracto, non potest directo agi con-*
 “ *tra bona quæ ipsius fuerunt, et inveniuntur uxo-*
 “ *ris in partitionibus, sed prius debent ipsius vi-*
 “ *ri hæredes ejusque fideijussores excuti, si quos*
 “ *præstitit, et deinde deveniendum ad bona specia-*
 “ *tim obligata, et postremo ad uxorem, veluti ter-*
 “ *tium possessorem.* „ Concorda Peg. 3 for. Cap.
 35 a n. 550, et de maior. supra.

N. 49. *Maiormente se o conjuge, que sobreviveo*
 (e que aliàs por ter sido o mais pobre ao tempo que
 contrahio o matrimonio) supprimio no inventario a di-
 vida do outro conjuge mais oppulento, em ordem a
 se não deduzir da parte delle, e vir assim a commu-
 nicar delle mais bens, Cabed. dec. 131 a n. 6 ubi
 judicat., Guerr. tr. 2 liv. 6 cap. 4 n. 18.

N. 50. “ *Vidi judicatum (diz o Repertorio debai-*
 “ *xo da palavra marido que tinha dividas) quod ob de-*
 “ *bita contracta ante matrimonium, si in vita con-*
 “ *jugis debitoris fuerunt bona pignorata virtute sen-*
 “ *tentiæ, non potest conjux in præjudicium credi-*
 “ *toris, mortuo conjuge, petere separationem in*
 “ *bonis pignoratis; quia tunc temporis durante ma-*

“ trimonio potest executio indistincte fieri pro omnibus debitis.

S E C Ç Ã O V.

Quanto ás dividas dos que casão por contracto , e sem communicação de bens.

N. 51. **S**E as dividas provêm do marido , e antes do matrimonio , he principio certo que por estas dividas se não podem executar os bens dotaes , ou parafernaes da mulher ; e ella por consequencia póde impedir como 3.^a a execução feita na propriedade delles , ex Ord. liv. 4. tit. 95. §. 4. , Gama dec. 366. n. 6. , Peg. 1. for. cap. 5. n. 15. et 16. et 3.^o for. cap. 36. n. 138. , Guerreir. tr. 2. liv. 7. cap. 2. n. 100. , Portug. de Donat. liv. 3. cap. 26. n. 5. , Id. Peg. 3. for. cap. 28. n. 160. in fin.

N. 52. Se porém ha bens adquiridos constante o matrimonio , podem os credores fazer penhora não só no capital do marido devedor anterior , mas na sua parte dos adquiridos , com tanto que os credores fação certa a existencia dos mesmos adquiridos , salvo o dote , e capital da mulher , Moraes de Execut. liv. 6. cap. 8. n. 52. in fin. *ψ. In matrimonio vero*, etc. Addentes ad Bolan. de Comerc. liv. 1. cap. 36 n. 36. E neste caso não póde a mulher impedir a execução , a menos que não mostre que não está salvo o seu capital.

N. 53. Tambem pelas dividas do marido contrahidas antes do matrimonio , podem os credores na constancia delle penhorar os fructos do dote , e bens parafernaes da mulher : esta he a regra que

formão Pereir. dec. 86. n. 5. Gama dec. 186., Flor. ad eund. Moraes supr. n. 53. Porém o mesmo Moraes com Coler. adverte,, *Eatenus pro viri debitis (ante matrimonium) posse executionem in fructibus dotis fieri si ex eo quod superest, aut ex venditione mobilium vir, et uxor, filii familia ali possunt; non alias.* “ Nesta restricção convem Guerreir. tr. 2. liv. 7. cap. 11. a n. 45. et 46. E neste caso, em que não restem fructos necessarios para alimento da familia “ *Si uxor se opponat* (diz o Adicionado de Gama dec. 188.) „ *præfertur omnibus creditoribus, et non potest fieri executio in fructibus ex praxi ordinaria,* etc.

N. 54. Quanto ás dividas da mulher contrahidas antes do matrimonio : regra geral , nos bens dotaes da mulher pôde , constante o matrimonio , fazer-se execução por dividas da mulher anteriores ao matrimonio , se ella não tem outros alguns mais bens *extradotaes*, porque o dote dos que unicamente tinha se subentende *deducto ære alieno*, Sylv. ad Ord. liv. 3. tit. 86. §. 23. n. 63., Moraes de Execur. liv. 6. cap. 8. sub. n. 51. ¶ *Contrariam* = Portug. de Donat. liv. 3. cap. 26. n. 57. *Maxime* quando a execução procede de acção real, Moraes supr., Portug. liv. 3. cap. 26. n. 57. Tendo porém a mulher bens *parafernaes*, e *extradotaes*, nelles primeiro, e antes que se passe aos *dotaes* se deve fazer execução, Portug. supr. n. 58. Sylv. n. 64. E na meação dos adquiridos do N. 52, e na auctade dos fructos communicados com o marido ex vi do pacto nupcial, ou do costume, Moraes supr. sub n. 53. ¶ = *Sic, e contra* = ex Valasc. cons. 103. n. 23., et de Part. cap. 6. n. 37. in fin. Do que duvido, e só pôde entender-se debaixo da distincção do §. 17. restando ao marido redditos, com que sustente os encargos do matrimonio

N. 55. Quanto ás dividas contrahidas constante o

matrimonio . se a mulher se contrahe sem licença, e consentimento do marido, não pôde por ellas fazer-se penhora, nem no dote, nem nos fructos delle, Portug. de Donat. liv. 3. cap. 26. n. 46. et 47., nem ainda nos parafernaes, de que neste Reino a mulher não tem administração, só verificado algum dos casos especiaes, que exporei ao diante ao §. 19. desteTitulo.

N. 56. Se o marido as contrahio constante o matrimonio, e as dispendeo em jogos, meretrizes, e superfluidades sem utilidade do casal, procede o que expuz supr. a N. 21.: se para comprar bens, que como industriaes se communicarão, por elles, e mais adquiridos se deve pagar essa divida, porque não ha adquiridos, senão satisfeitos os credores, Portug. liv. 3. cap. 26. n. 68., Valasc. Cons. 103. n. 12. Se as contrahio para alimentos da familia, soldadas de criados, etc. *hoc opus hic labor.* Os DD. varião notavelmente: huns não fazem responsavel a mulher por dividas de alimentos dos filhos, e familia, soldadas de criados, etc. Valasc. Cons. 128. a n. 4. et de Partit. cap. 23. n. 7. Arouc. all. 83. n. 8. Gam. Decis. 366. n. 6. Silv. ad Ord. liv. 3. tit. 86. §. 23. n. 68. Peg. 3. for. cap. 36 n. 15 et 139. Fontaneil. de Pacti. nupt. claus. 4. gloss. 9. p. 5. a n. 173. Fragoz. p. 3. liv. 2. Disp. 5. §. 4. n. 60. Guerra á Ord. pag. 257. debaixo do n. 6.

N. 57. Outros pelo contrario, Gam. Dec. 186, 366. n. 7. Moraes liv. 6. cap. 8. n. 65. Castilh. de Alim. cap. 65. n. 10 Valasc. de Privil. Pauper. p. 1. q. 48. a n. 8. Seguidos es da primeira opinião, he consequente, que essas dividas só devem satisfazer-se pelos bens do marido, pelos redditos do dote, pelos bens adquiridos, e nunca pela propriedade dos bens dotaes da mulher; e penhorando se estes pode ella, como, terceira embargar a execução, como dizem

todos os DD., que seguem essa opinião: e isto por mais que essa divida se convertesse em utilidade da mulher, e filhos, porque a si mesmos devem imputar os credores, que contrahirão com hum homem assim casado. De fórma que convertendo-se em utilidade da mulher as dividas assim contrahidas, só tem os credores do marido regresso aos fructos, e redditos do dote, e aos superlucrados, e da mulher só por ametade dentro dos limites dos superlucrados, e rendimentos, Moraes liv. 6. cap. 8. n. 64. Gam. Dec. 200 et 366. sub n. 6. Barboz. na L. Si constante ff. solur. matr. ex n. 49 Silv. ad Ord. liv. 3. tit. 86. §. 17. n. 73, e 74. Guerreir. tr. 2. liv. 7. cap. 2. n. 100.

N. 58. Seguida porém a 2.^a opinião, he a mulher responsavel a estas dividas. Mas adverte Moraes com Gama, Molina, e outros; e com Barboza, e Guerreir. Silv. n. 73., que a mulher fica exonerada de ametade destas dividas contrahidas em beneficio commum, tendo renunciado antes do matrimonio, ou renunciando depois delle os adquiridos, e privando-se perpetuamente delles. Quanto á renuncia no pacto antenupcial, não o duvido: quanto porém á feita constante o matrimonio, tendo já os credores adquirido direito contra ella pela sua ametade (quando a divida se converteo em sua utilidade) duvido muito attento o que *ex professo* largamente demonstrou Harprectr. Disp. 80 de *Renuntiat. acquæstus conjugalis*, = t. Secs. 66. cum seqq.

Na variedade das referidas opiniões, a segunda he a mais racional; e parece seguida no moderno Cod. Civil dos Francezes Art. 1482., e 1558., com tanto que se verifique a conversão em utilidade da mulher, e alimentos dos filhos (em que se comprehendem os dos criados, e

e soldadas delles) pois que esta obrigação he commua do marido, e mulher neste Reino, segundo a distincção exposta Tit. 6 §. 11. a n. 1. E esta obrigação natural, e civil que a mulher tem de soccorrer ao marido, e filhos prevalesce ás razões politicas da conservação do dote: confirma-se com o simile da Ord. liv. 4. tit. 101. por argumento *a majori ad minus*.

N. 59. Se essas dividas são de fianças do marido, ainda que a mulher consentisse, he sem dúvida que devem ser pagas dos bens do marido, Moraes liv. 6. cap. 8. n. 59. Peg. 3. for. cap. 36 n. 138.

A' vista do exposto desde o n. 51. se vê o quanto foi pouco exacto o nosso Mello, quando neste §. 14. firmou esta proposição absoluta = *In matrimonio per dotem es alienum suum semper auctorem sequitur, et nunquam communicatur, sive ante matrimonium, sive eo jam sequuto contrahatur.* = E muito mais quando se vir o que exporei nas Notas ao §. 19

TIT. VIII. §. 15. e 16. RUBR.

Possessio uxoris post viri mortem. Quibus bonis locum habeat?

N. 1. **A** Ord. liv. 4. tit. 95. no princ., e §. 1. he bem clara. He porém necessario (quanto á pessoa) 1.^o que o matrimonio fosse consummado (vej Tit. 8. §. 4. a n. 1.) 2.^o, que o conjuge, que sobrevive, habitasse com o defunto ao tempo da sua morte; 3.^o, que a mulher accusada de adulterio não tirese

negado ser casada com o marido , ut plenè Guerreir. tr. 2. liv. 6. cap. 12. a n. 39. Quanto ao matrimonio, basta que fosse *putativo*, Guerreir. supra n. 12. E isto ainda que não faça inventario no termo legal, ou passe a segundas nupcias, porque ainda nestes casos goza do favor da dita Ord., Guerreir. n. 16. E ainda que casando conforme o estilo do Reino pactassem o contrario de não ficar o sobrevivente na posse, e cabeça de casal Guerreir. n. 11. E ainda que por culpa do marido estivesse a mulher separada *Judicio Ecclesiae*, Velasc. de Part. cap. 6. a n. 46. quem vide.

N. 2. Quanto aos bens he necessario que sejam communicaveis, quaes os que ficão referidos tit. 8 §. 11 a n. 1. *Aliter*, sendo de Morgado, prazo de vidas, da Corôa, ou de fideicommisso, Guerreir. a n. 45; a menos que se não verifique a limitação desta Ord. §. 1. Porém entretanto que pelo successor se não mostra serem da Corôa, de Morgado, de fideicommisso, ou de prazo alguns bens, todos se presumem alodíacos, Guerr. tr. 2 liv. 2 cap. 9. E nesta presumpção tem o cabeça de casal fundada a sua intenção para se conservar como tal, e pelo beneficio desta Ord. na posse com seus efeitos em quanto o pertencente successor não prova legitimamente serem da Corôa, Morgado, Prazo &c., os controversos bens, como largamente comproya, e refere julgado Guerreir. tr. 4 liv. 5 cap. 10 a n. 31.

Quid, quando o pretendido successor dessas especies de bens contende que a posse delles se lhe transferia pelo Alv. de 9 de Novembro de 1754, e esta posse entra em collisão com a transferida aos viuvos pela dita Ordenação? Veja-se o meu Tratado do Direito Emphyteutico

desde o §. 1312; e o Tractado dos Morgados cap. 17 desde o §. 17.

N. 3. Habilitado assim o viuvo com os requisitos desta Ordenação para gozar dos efeitos da posse fica certo que lhe competem os remedios possessorios contra todo o coherdeiro ou terceiro que o perturba, ou espolia da posse, como lhe permite a dita Ord. que largamente exornão, Arouc. alleg. 39, Peg. de Interdict. cap. 8 Guerr. tr. 2 liv. 6 cap. 12 a n. 19.

Supposto seja certo, como diz Mello na Nota a este §. 16, que o cabeça de casal deve ser removido da posse dos bens de Morgado, Prazo &c, que retem por causa das bemfeitorias, se o successor lhe cauciona com deposito a satisfação dellas até se liquidarem, com tudo esta doutrina deve entender-se quando o successor do Morgado, ou Prazo, antes de entrar na posse, offerece, e faz effectivo deposito na fórma da praxe de qua Peg. tom. 1 ad Ord. in Proemio Gloss. 43 a n. 108. Se porém o successor entra na posse antes de depositar as bemfeitorias, não evita o espolio, nem a restituição da cousa bemfeitorizada ao cabeça de casal, por mais que na acção de espolio se offereça a pagar essas bemfeitorias, e as deposite; como contra Valasc. Cons. 111. se vê julgado em Peg. de Interd. cap. 8 a n. 501 ad 507.

N. 4. Se porém o inventario se principia, e o viuvo retarda dolosamente as partihas por hum anno, perde o beneficio da Lei, e a herança se sequestra, ex Ord. liv. 4 tit. 96 §. 12, que exorna Guerr. supra a n. 52, bem como no caso limitado na Ord. liv. 4

tit. 95 §. 3, e se dilapida os bens do casal, Guerr. supr. n. 37.

N. 5. Outro effeito favoravel, e activo desta posse, e cabeça de casal, he poder o viuvo, em quanto não faz partilhas com os coherdeiros, propor em seu nome todas as acções reaes, e pessoas commuas da herança, Moraes de Execut. liv. 6 cap. 7 sub. n. 54 §. *Et cum prædicta*, Maced. dec. 100; assim como passivamente pôde ser demandada pelos credores de baixo das declarações que ficão expostas ao §. 14 deste titulo. N. 44.

N. 6. Tambem alguns DD. auctorizão o cabeça de casal para antes das partilhas poder vender bens, *maxime* com a justa causa do pagamento de dividas commuas, procedendo com boa fé, sem animo de fraudar os coherdeiros, *et maxime* imputando-se-lhe depois em sua meação, Valasc. Cons. 69 a n. 23, Pereir. dec. 19 n. 7, Peg. de Maior cap. 4 n. 80 et tom. 1 for. cap. 5 pag. 367 col. 1. §. Non officit, e conduzem Cabed. dec. 146 n. 3, Tondut. Civil. cap. 104 sub n. 16 Merlin de Legitim. liv. 2 tit. 2 q. 3 n. 9 et 10; ainda que em contrario está Guerr. tr. 2 liv. 6 cap. 12 n. 62, etr. 4 liv. 5 cap. 10 n. 5. Veja-e a minha Dissertação especial a este respeito, aonde concilio estas opiniões com distincção de varios casos.

N. 7. O que vem de expor-se procede quando o matrimonio foi contrahido conforme o costume do Reino, quando porém por dote, e arrhas diz a Ord. liv. 4 tit. 95 §. 3 que não ha lugar o exposto. “ *Salvo em aquelles bens em que por bem, e virtude do contracto devem ser meeiras o marido, e mulher; porque em taes bens ficará em posse assi como se o casamento fosse feito por carta de ametade.* ” E ainda que em falta deste pacto assenção os DD. conforme o direito commum, que a mulher ficando na casa

do marido, pôde reter os bens d'elle até ser paga do seu dote, parafernaes, adquiridos, &c., como com 63 DD. prova Guerra á Ord. pag. 250, com outros muitos Stryk. vol. 5 disp. 18 cap. 3 a n. 100, Bersan. de Vid. cap. 2 q. 13, Urceol. cons. 52, Mul. ad Struv. Exerc. 30 thes. 51, e outros que omitto; e isto até o ponto de conferirem á viuva espoliada o remedio restitutorio ex vi daquella competente retenção. Com tudo esse beneficio, e esse favor cessa nos Reinos aonde ha Leis como no nosso, qual o Alvará de 9 de Novembro de 1754, como ao proposito lá nessas Nações aonde ha semelhantes Leis, disserão Merlin de Pignorib. liv. 3 tit. 2 q. 77 n. 24, Bersan. supr. n. 4., Argello de legitimo contradictor. q. 13 art. 9 na addição, Amat. var. resol. 39 n. 67, Rubens de confus. jur. cap. 2 a n. 130.

TIT. VIII. §. 17. RUBR.

Non publicantur ex delicto Conjugis.

Sobre este §., e sua Nota, veja-se o exposto ao §. 14 a N. 20, et 29.

TIT. VIII. §. 18, et 19. RUBR.

Communione alii effectus in bonis immobilibus, et mobilibus.

PRENOÇÕES.

N. 1. **O** Illustre Mello nestes §. 18 e 19 se satisfaz em referir por conclusões as regras das Leis, sem expor as circumstancias, e casos em que procedem, ou cessão as mesmas regras. A materia he das mais praticas, e frequentes no foro; portanto serei desculpavel se exceder os justos limites de hum Addicionador.

N. 2. Como o marido sem consentimento da mulher nem pôde alienar os bens immoveis, nem acionellos, ou defendellos em Juizo; e quanto aos moveis tem hum mais amplo arbitrio com poucas restricções, devemos primeiro em geral examinar 1.º, quaes são em sentido Juridico para estes, e outros fins os bens *moveis*, e quaes os *immoveis*: 2.º, o que he propriamente *alienação*, tomada na latitude que comprehendendo esta palavra.

N. 3. Na Ord. liv. 3 tit. 47 se faz huma dinumeração dos bens, que se devem reputar de raiz; porém tambem se connumerão os vasos vinarios, e de azeite; os celloiros que estão afixos a bens de raiz, que se não podem mover sem se arrancarem; as columnas, as pedras, os armarios affixos; os fructos em quanto pendentos, as arvores em quanto não cortadas, rodas de moinhos já unidas a elles, as servidões reaes, os censos remiveis, &c. Veão-se Moraes de Execut. liv. 6 cap. 1 n. 32, e mais largamente Altimar. de Nul. lit. tom. 8 q. 1 Sect. 1. a n. 216; Lucio Ferrar. verbo = *Alienatio* = Art. 1 a n. 4. E depois de apurado quaes sejam verdadeiramente os *immoveis*, he con-

sequente que todos os que o não são se devem classificar *moveis*.

O moderno Codigo Civil dos Francezes liv. 2 cap. 1 e 2 distinguio admiravelme os *immoveis* dos *moveis*, e quaes são huns, e outros ou por natureza propria, ou pelo objecto a que elles se applicação, ou pela sua distincção, ou pela determinação da Lei. Neste Codigo se vê compendiado solidamente, e adoptado tudo o bom que nesta materia escreverão os DD.

N. 4. A palavra = *Alienar* = com que se exprime a nossa Ord. liv. 4 tit. 48 he tão ampla que comprehendendo a *permutação*, *divisão*, *compromisso*, *transacção*, *dação em pagamento*, *constituição de censo ou de servidão*, *ou da hypoteca*; *renunciação*, *emphyteuticação*, *doação*, *cessão*, *delegação*, *dote*, *instatuição de morgado*, &c. &c., como compendiarão Peg. tom. 7 ad Ord. liv. 1 tit. 87 §. 26, Barbo. appellat. 14, Percir. no Elucidario n. 736, Lucio Ferrar. supr. n. 2.

N. 5. O nosso Guerr. no tr. 2 liv. 6 cap. 2 de baixo da rubrica *utrum nostra legalis societas conjugibus impediatur alienationem bonorum, ut ad divisonem tempore soluti matrimonii conserventur*. Sem ordem, sem methodo miscellaniou as alienações *voluntarias* com as *necessarias*, as *proprias*, e as *impropias*, as feitas pelos *casados conforme o costume do Reino*, e as feitas pelos *casados conforme o direito commum*, etc. Separarei pois mais methodicamente, e em particular todas as especies de alienações que esta nossa Ord. liv. 4 tit. 48 prohibe, e quaes não prohibe aos conjuges.

Comprá, e venda, e dação em pagamento.

N. 6. A venda de bens de raiz he a primeira, e mais expressa especie de alienação que a nossa Ord. prohibe ao marido sem consentimento da mulher. Entende-se da venda effectiva: e ainda que o mesmo Guerr. ditió cap. 2 n. 13 com outros Reimicolas amplia a Ord. á promessa de vender, deve entender-se quando esta promessa póde obrigar o marido, conforme as distincções dos DD., com os quaes Peg. de Maior. cap. 5 a n. 3. Altum tom. 3 q. 1.º Sect. 2. *A dação em pagamento* fraterniza com a venda, Sylv. ad Ord. liv. 4 tit. 12 n. 19. E por isso justamente se comprehende na prohibição desta Ord., Guerr. tr. 2 liv. 6 cap. 2 n. 15.

N. 7. Procede a mesma prohibição da Lei ainda que o marido faça a venda com o pacto de *retroven- dendo*, porque he *venda propria*, Ord. liv. 4 tit. 4., translativa do dominio ao comprador, ou o tal pacto seja illimitado, ou limitado a certo tempo, Bagn. cap. 27 sub n. 147, Portug. liv. 3. cap. 43 n. 67. Ainda que a venda se faça pelo marido de hum prazo seu proprio, em que a mulher só communica os fructos, Pereir. dec. 55 n. 1, porque a mesma Ord. prohibe a venda dos bens, em que cada hum delles tenha o usufructo sómente.

N. 8. Nem ainda póde o marido vender a sua metade de quaesquer bens communicaveis, supposto salve para a mulher a outra metade; já porque a Lei he absoluta, e indistinctamente prohibitiva; já porque o outro conjuge pela communhão *habet partem in qualibet minima parte*, Leitão fin. regundor. cap. 6 a n. 9, já porque sem intervenção da mulher consocia, não póde o marido fazer partilha alguma, Trentacinq. liv. 3 var. tit. de *Solution.* resol. 23 n. 2, já porque por effeito da communhão universal, es-

sa outra metade da mulher, ainda que se lhe salve pelo marido, reincide na mesma communicação, e assim successivamente viria o marido a vender por metades até a ultima, e indivisivel cousa do todo do casal, rasões que talvez a Lei teve em vista na sua indistincta prohibição.

N. 9. Cessa porém nesta parte a Ord., porque cessa a sua razão 1.º, quando o marido senhor de hum prazo de vidas, e incommunicavel, em que a mulher não he investida para primeira, ou segunda vida, o vende sem consentimento della, reservando o usufructo em quanto vivo; porque assim como fazendo esta reserva; o póde doar Guerr. tr. 2 liv. 6 cap. 3 n. 123. Veja-se o meu Tratado do Direito Emphiteutico §. 327. Semelhantemente póde vender reservando o usufructo, porque nada prejudica á mulher; não na propriedade, porque ella lhe he incommunicavel, não no usufructo, porque o reserva em quanto vivo, e só em quanto elle vivo communica nelle a mulher: *mas* a mulher interessa em tal venda da propriedade, porque fica communicando o preço (L. 8. §. 12. N. 11), e de mais a mais no usufructo reservado. Se porém o marido aliena o prazo sem consentimento da mulher, e sem a tal reserva, só a mulher tem acção para reivindicar os fructos durante a vida do marido, Pereir. dec. 123 n. 9 in fin., et n. 10 in fin.

N. 10. Cessa 2.º a Lei, e a sua razão quando o marido effectua por preceito, ou faculdade do testador de quem he herdeiro, a venda que elle em sua vida havia prometido ou convencionado, Guerr. tr. 2 liv. 6 cap. 2 n. 66 referindo-se a Barbos., e este a Caldas; porem Caldas tal não diz no lugar citado, mas sim no cap. 8 n. 8. Confirma-se, porque também o menor que não póde alienar sem decreto judicial, o póde neste caso fazer só com o Tutor, Cyriac.

Controv. 309 a n. 4, Peg. tom. 7 ad Ord. liv. 1 tit. 87 §. 26 n. 35, Olea de Cess. jur. tit. 2 q. 2 a n. 8. Por outra parte: a mulher não chegou a adquirir direito algum em taes bens, que o marido vendeo por preceito, ou obrigação do Testador; nem chegou a communicar nelles, e a Ord. presuppõe a venda voluntaria de bens communicaveis quanto á propriedade, ou usufructo.

N. 11. Cessa 3.º, a Lei, e a sua razão quando alguns bens são doados, ou deixados ao marido com a liberdade de os alienar, ainda que a mulher o contradiga, ou *viceversa* são deixados, ou doados á mulher com a mesma liberdade ainda que o marido impugne, Guerr. tr. 2 liv. 6 cap. 2 a n. 98, Pbæb. dec. 107 a n. 5, o que bem se confirma com as doutrinas citadas (út. 8 §. 13 N. 24)

N. 12. Cessa 4.º, quando o marido debaixo da capa da renuncia (como neste Reino se costuma, Sylv. ad Ord. liv. 4 tit. 1 in rubr. art. 7 n. 135) vende o officio, pois ainda que taes officios se connumerão entre bens de raiz por Moraes liv. 6 cap. 1 n. 33, o dominio delles he do Soberano, e o official só tem a simples administração, Sylv. supra a n. 124; e o comprador adquire o officio do Rei, e não do renunciante. Portugal liv. 2 cap. 13 sub n. 23. Assim com effeito (mas sem razão alguma) ordiz o cit. Guerr. n. 85. Veja-se o Repertorio debaixo da palavra = *Marido pôde vender ou renunciár o officio, &c.* = Sendo porém o officio da parte da mulher dado em dote, não pôde o marido alienallo. Veja-se Peg. tom. 4 for. cap. 51 a n. 2.

Permutação.

N. 13. Assenta o mesmo Guerr. tr. 2 liv. 6 cap. 2 n. 8 e 9 com Caldas, e Barbosa, que na geral pro-

hibição da alienação se comprehende a *Permutação*. Porém tratando dos bens dos menores (cuja alienação he geralmente prohibida pela Lei) refere o Repertorio debaixo da palavra = *Nulla-he a venda que se faz dos bens de raiz dos Orfãos* = esta Nota ibi = "*An hæc nullitas quam Lex imposuit circa venditionem, procedat etiam in permutacione? ... Ex tendit hic Peg. cum Hermosilb. ad casum permutacionis. Sed contrarium uno tamen contradicente, evictum fuit in Senatu ... eo quod aliud sit vendere et aliud permutare; et quod fundus dotalis, qui vendi nequit permutari potest, maxime si concurrat justa causa, etc.*", Accresce que prohibida geralmente a alienação de bens, se não subintende prohibida a permutação quando interessante a pessoa em cujo favor a alienação se prohibe, Peg. 2 for. cap. 9 n. 86. O fideicommissario que he prohibido alienar pelo favor de substituido, pôde validamente fazer permutações interessantes, Fusar. de Substit. q. 531. Os similes da Ord. liv. 2 tit. 18 §. 4, e liv. 4 tit. 12. *Tu cogita*; porque apezar da plausibilidade destas razões, e destes similes, a generalidade da Lei está em contrario.

Locação por mais de dez annos.

N. 14. Em outro tempo pelos arrendamentos feitos por 10, e mais annos se transferia dominio, Ord. liv. 3 tit. 47. E por isto he que o marido não podia dar de arrendamento sem consentimento da mulher os bens de raiz por mais de 10 annos; Ord. liv. 4 tit. 48. no princ. et §. 8. Porém hoje que pelo Alvará de 3 de Novembro de 1757 se declarou, e mandou que "*todos os contractos que não forem de afforamento em fateosim, ou em vidas com intenção de translação do util dominio, ou para sempre,*

“ou pelo menos pelas referidas tres vidas, se jul-
 “guem de simples locação ordinaria sem que se-
 “ja visto transferir-se por elles dominio algum a
 “favor dos Locatarios . . . fiquem sem privilegio
 “algum para allegarem o tal arrendamento de lon-
 “go tempo, antes ficarião reputados por simples
 “colonos. „ etc. Hoje, digo, depois desta nova le-
 gislação cessão as ditas Ordenações, e a sua razão.
 E pôde o marido livremente arrendar os bens de raiz
 por 10 ou mais annos sem consentimento da mulher
 ficando abrogadas as doutrinas de Pinell.; Barbos.,
 Valasc., Cald., e outros, que refere Guerr. tr. 2 liv.
 6 cap. 2 n. 19.

Emprazamento.

N. 15. O mesmo Alvará proya que pela Emphy-
 zeuticação se transfere pelo senhorio o dominio util;
 he pois huma especie de alienação, Pinheir. de Em-
 phyt. disp. 2 Sect. 2 a n. 7, que consequentemente
 o marido não pôde transferir, e alienar de novo sem
 consentimento da mulher, ex Ord. liv. 4 tit. 48. Pô-
 de porém o Emphyteuta marido acceitar o empraza-
 mento com todos os seus encargos sem consentimen-
 to da mulher, Gam. dec. 257 n. 4 Peg. 5 for. cap.
 98 n. 151, Cald. de Nominat. q. 15 sub. n. 17. E
 ainda mesmo pôde o marido acceitar a renovação do
 prazo que era da mulher sem consentimento della,
 não se lhe alterando a antiga providencia, *aliter* alte-
 rando-se, veja se Peg. 2 for. cap. 9 n. 219.

N. 16. Qu'd na renovação do Prazo: se o mari-
 do senhorio a pôde conceder, e fazer sem autorida-
 de da mulher? Distingo: ou ha obrigação de renovar
 o Prazo findas as vidas por força de pacto, ou *ex*
necessitate juris: ou o senhorio não tem tal obriga-
 ção: *Si prius* não ha necessidade de consentimento

da mulher para se renovar pelo marido o prazo: bem
 como para se renovarem os prazos Ecclesiasticos, e
 de morgados não são necessarias as solemnidades que
 aliás são precisas para a primeira alienação, e em-
 phyteuticação, veja-se o Tratado do Direito Emphy-
 teutico a §. 1146. Bem como não he necessario De-
 creto judicial para se renovarem pelos menores os em-
 prazamentos de que são senhorios, Cyriac. Controv.
 309. tot. E geralmente em toda a alienação neces-
 saria se dispensão as solemnidades legaes, Guerr. tr.
 2 hv. 6 cap. 2 n. 95, Peg. tom. 8 ad Ord. liv.
 2 tit. 18 §. 1 n. 29. Repertor. debaixo da palavra =
Mosteiro a quem forão, &c. = Veja-se a regra ge-
 ral bem applicavel de qua Urceol de Transact. q.
 100 n. 22; Lima ad Ord. hv. 4 tit. 48 in princ. n.
 25. *Si secundum*, ou se os bens emprazados por
 commissão, devolução, ou opção chegarem a ser con-
 solidados, então he a emphyteuticação nova aliena-
 ção em que se requer consentimento da mulher; ut in
 simili Fulgin. de Jur. Emphyt. in Tit. de contract. q.
 9 a n. 16.

Transacção.

N. 17. He a *Transacção* especie de alienação; e
 o prohibido alienar, he prohibido transigir, Urceol.
 de Transact. q. 36 n. 16: e por isto he que Caldas
 de Extinct. cap. 9 n. 36 diz “*Legem Regiam* liv. 4
 “*tit. 48 ampliandam fore etiam in Transactione*,
 “*quam de bonis immobilibus facere maritus sine*
 “*uxoris consensu non potest.* „ Judicatum Peg. tom.
 3 for. cap. 37 n. 4. Porém deve distinguir-se entre o
 caso de o marido possuidor dos bens de raiz, e accio-
 nado ficar pelo meio da *Transacção* com os mesmos
 bens, e dimittir, e compor o adversario com dinheiro,
 que se lhe obriga pagar; e entre o caso de o marido

possuidor dos bens os dimittir ao adversario recebendo d'elle dinheiro no primeiro caso vale, e obriga a Transacção, ainda que nella não intervenha o consentimento da mulher, Cald. supr. §. *Quod save*, o qual segue Barboza ad Ord. liv. 4 tit. 48 in princip. n. 2, e assim ibidem n. 6. Bem como subsiste a Transacção feita pelo menor quando elle fica com os bens, dimittindo o adversario com dinheiro, Urceol. q. 11 n. 24; e mesmo quando assim he feita pelo pai sobre bens adventícios do filho, Urceol. q. 15 n. 27, ou pelo tutor sem Decreto judicial, Urceol. q. 20 n. 22, ou pelo menor mesmo, Urceol. q. 20 n. 16. Bem como subsiste sem assolemnidades de Direito Canonico a Transacção feita pela Igreja possuidora quando ella fica conservando os bens, dimittindo, e compondo o adversario com dinheiro; que lhe dá, Urceol. q. 24 a n. 24, Valeron. tit. 4 q. 1 n. 16. Bem como em fim o marido pôde transigir validamente sobre os bens dotaes com boa fé, ficando com elles, e obrigando-se pagar algum dinheiro ao adversario Urceol. q. 29 a n. 39. Tudo o exposto comprova Olea de cess. jur. tit. 2 q. 1a n. 46 com muitos DD. Clássicos.

N. 18. No segundo caso: dimittir o marido por meio da Transacção os bens, que possui, ao adversario, e receber d'elle dinheiro, ou outra coisa; he huma alienação propria como distinguem os DD. em todos os referidos simples; e assim como nestes não vale a Transacção sem intervenirem as solemnidades aliás necessarias para a alienação dos bens de menor, da Igreja, dotaes, &c., da mesma forma não pôde valer sendo feita pelo marido, sem intervir o consentimento da mulher

Doação, ou venda de bens moveis. Doação, ou dota de bens de raiz.

N. 19. Não encontro Ordenação, que prohiba ao marido a venda dos bens moveis que não seja á concubina, Ord. liv. 4 tit. 66, ou pelos pais aos filhos, Ord. liv. 4 tit. 12. Antes pelo argumento a contrario sensu da Ord. liv. 4 tit. 48 lhe he permittida a alienação dos moveis, independente do consentimento da mulher, firmando aquellas duas excepções regra em contrario. E isto a menos que essas vendas não sejam fraudulentas, como adverte Valasco de Part. cap. 24 n. 17; porque então extincio, ou separado o matrimonio se imputão na parte do marido, Moraes liv. 6 cap. 1 sub n. 31.

N. 20. Sim a Ord. liv. 4 tit. 64 permittindo ao marido fazer sem consentimento da mulher doações remuneratorias ou esmolas com bens moveis, que não sejam immensas, e sem obrigação de soluto, ou separado o matrimonio se imputarem na sua meação; só faz imputaveis nella soluto, ou separado o matrimonio as doações de moveis, ou dinheiros, que sejam immensas, e prejudiciaes á mulher. Porem nota-se que não annulla estas, nem permite a mulher reivindicar esses bens, como nos casos da Ord. liv. 4 tit. 48 e tit. 66. Quaes porém sejam as doações modicas remuneratorias, e esmolas, que a dita Ord. permite ao marido, sem obrigação de se imputarem na sua meação, não pôde dar-se regra certa, e fica ao arbitrio do Julgador regulado conforme a qualidade das pessoas, e opulencias do marido doador, e outras circumstancias, Julio Claro §. *Donatario* q. 21 n. 5, Fabr. in Cod. liv. 8 tit. 38 def. 9.

N. 21. Prohibe porém a Ord. liv. 4 tit. 66 que o marido possa fazer a sua concubina qualquer doação, venda, ou alienação de bens moveis, ou de raiz;

autorizando a mulher no tempo de casada, e depois da separação do matrimonio, dentro em 4 annos, ou a seus filhos ou pais para reivindicarem precipuamente esses bens, sem mais communicação com o marido. Esta Ord. expõe Egid. de Privil. honestat. art. 8, e Portug. de Donat. liv. 1 Præl. 2 §. 7 a n. 24; o qual com o mesmo Egidio a amplia. “ *Etiã si res donata a marito concubinario ejus esset propria in solidum, ita ut ad communicationem bonorum non pertineret.* „ Adverte porém que esta acção assim competente pela Lei á mulher “ *Est in rem vel ad rem; et ideo non datur contra concubinam, quo non possidet, ut judicavit Senatus.... Dabitur actio adversus quemcunque rei possessorem; licet neque in subsidium concubina conveniri possit pro pretio, quod exre habuit, &c.* „ Tambem adverte com o mesmo Egidio que esta Ord. procede não só quando a concubina he propriamente tal, mas basta que com ella tenha o marido *carnal affeição*. Limitação porém o mesmo Egidio n. 22, e Portug. n. 27 in fin. quando a doação do movel se faz a concubina em tempo que já o não era; e limita Egidio n. 21 quando o concubinario casado deixa alguma cousa á concubina por acto de ultima vontade, interpretando que a Ord. só procede nas doações, ou vendas que o marido concubinario faz por actos entre vivos em prejuizo da mulher; e não por actos de ultima vontade, em que já cessa esse prejuizo.

Por Direito Romano era permittido a qualquer fazer doação á sua concubina; e desta regra, que pelo mesmo Direito se limitava nos soldados, se ampliou a mesma limitação aos Clerigos, aos Doutores, e Advogados; a menos que as taes doações não fossem remuneratorias de meritos pretio estimaveis, ou a titulo de do-

te, &c. Portug. de Donat. liv. 1 præl. 2 §. 7 a n. 1, Guerra ad Ord. a pag. 232. A nossa Ord. ampliou a prohibição aos casados, e foi visto não prohibir as doações dos solteiros ás suas concubinas (a menos que não fossem os prohibidos por Direito Romano, e ampliações dos DD., que sempre estiverão em uso neste Reino). A razão quanto a mim he porque os concubinatos dos solteiros, aonde não entrevinha incesto ou sacrilegio erão tolerados neste Reino, e não punidos, assim como o erão os dos Romanos, Mello liv. 1 tit. 5 §. 48 et liv. 5 tit. 10 §. 11 na Nota. Hoje porém que os concubinatos dos solteiros, ainda sem as qualidades de incesto ou sacrilegio, são puniveis pelo Alvará de 26 de Setembro de 1769, parece que a taes concubinas nada se póde doar, ou deixar, Groeneweg. in liv. 2 cod. de Natural. liber. n. 1 e 2, e na L. 5 ff. de Donat. Voet ad Pand. liv. 28 cap. 5 sub n. 6, a menos que as doações, ou legados não sejam para titulo de dote, ou em remuneracção de serviços que merecessem pagamento por acção civil, ou depois de ter cessado o concubinato com provas de emenda, segundo o Direito Romano.

N. 22. He notavel a differença entre o caso da Ord. liv. 4 tit. 64, e o caso do tit. 66. No primeiro não annulla a Lei as doações immensas dos moveis, e só manda imputallas na meação do marido no segundo caso as annulla concedendo á mulher a reivindicacção. A razão de differença, a meu ver, he porque no primeiro caso não ha torpeza em quem dá, e em quem recebe, e no segundo a ha da parte de ambos. Neste o marido fica, como em pena, privado do que dá; e a concubina sim fica com dominio, mas resolvel;

tanto assim que se não he demandada dentro de 4 annos que a Lei prescreve, prescreve o adquirido pela torpeza, e fica sendo melhor a sua condição de possuidora. A mulher, e os filhos, ou ascendentes (herdeiros seus necessarios) erão os fraudados: por isso a Lei só a elles facultou a acção, mas limitada a tempo certo: se neste tempo não acção a concubina renuncia o seu direito, e ella fica com os bens. Tal he a intrinseca razão da Ord. liv. 4 tit. 66, visto o que discorrem Voet. ad Pand. liv. 4 tit. 66, visto o que discorrem Voet. ad Pand. liv. 12 tit. 5 Urceol. de Transact. q. 39 tot. Sobre as doações ou legados a concubinas, veja-se a minha Disertação que he a 2.^a na Collecção das que supplementão o Tract. das Acç. Summar.

Quando qualquer dos Conjuges independente do outro possa dotar ao filho commum, ou ao seu não commum? Direi ao tit. seg. ao §.

Distractos.

N. 23. Tendo o marido adquirido algum direito em bens de raiz communicaveis em sua mulher por algum contracto, que sem ella, ou com ella tenha celebrado, ou proveniente de outra pessoa de que fosse herdeiro, ou donatario, não póde jámais sem consentimento da mulher distractar esse contracto, nem privalla do direito por elle adquirido, e communicado, *quia contractus appellatione distractus venit, et ejusdem sunt natura*, Sylv. ad Ord. liv. 3 tit. 59 in princ. n. 69, Barbos. et Tabor cap. 53 liv. 4. Assim como no distracto do contracto sobre bens do menor ou da Igreja se requerem as solemnidades legaes como nos contractos, Valasc. de Jur. Emphyt. q. 12 n. 10 §. *Quo circa* = *Ita similiter* para o distracto do contracto sobre bens de raiz he necessa-

rio o consentimento da mulher, Barbos. ad Ord. liv. 4 tit. 48 in princ. n. 7, Guerr. tr. 2 liv. 6 cap. 2 n. 18.

N. 24. Não he necessario porém o consentimento da mulher quando o marido comprando alguns bens com o pacto de *retrovendendo*, ou tendo succedido nos comprados com este pacto, distracta do vendedor a compra recebendo delle o preço porque o póde fazer, sem consentimento da mulher, Barbos. ad Ord. liv. 4 tit. 48 n. 7 Guerr. tr. 2 liv. 6 cap. 2 n. 64.

Renunciações, e repudiações.

N. 25. Assensão Cabed. dec. 109, Barbos. ad Ord. liv. 4 tit. 48 n. 11, Cald. de Emphyt. cap. 13 n. 10, Pereir. dec. 54 n. 4, e com elles Guerr. tr. 2 liv. 6 cap. 2 n. 65 que o marido sem consentimento da mulher póde repudiar, ou renunciar a herança; *quia* (eis aqui a razão) *in hereditate non adita nullum jus considerabile datur cum non sit in bonis*: concorda Voet. ad Pand. liv. 22 tit. 2 n. 55.

N. 26. O contrario sentem estes DD., maxime Cabed. n. 3., Pereir. n. 4 in fin.; quanto a repudiação do legado: porque como o legado com todo o dominio passa, *ipso jure*, no momento da morte do testador ou legatario, ainda que ignorante, e póde transmittillo, ainda antes de addido, a seus herdeiros, *ut plenissime ex professo* Bagn. cap. 17. Portanto já o marido não póde repudiar hum legado, que *ipso jure* se lhe adquirio no momento da morte do testador, e *ipso jure* se communicou á mulher, e já viria a alienar bens *questitos*, e não *querendos*; e obsta á Lei a alienação de bens, que cada hum tenha, isto he, adquiridos.

N. 27. Hoje pois que pelo Alvará de 9 de Novembro de 1754 a posse dos bens do defuncto passa *ipso jure* ao herdeiro escripto, ou legitimo, ainda que ignorante por acto veloz, sem se dar meio entre a morte do defuncto, e a aquisição da posse. (Veja-se o Tractado dos Morgados cap. 13): hoje que já não ha, nem pôde haver essas ficções de heranças jacentes; essa nica de não se comprehender *in bonis* a herança deferida, etc.: hoje, digo, parece que cessão essas doutrinas (N. 25.) fundadas naquelles principios Romanos, que hoje cessão depois do dito Alvará; e assim como em prejuizo de terceiro não pôde renunciar-se, ou repudiar se o legado deferido pelas razões expostas (N. 26), pelas mesmas não pôde o marido repudiar a herança deferida; porque no momento da morte do defuncto se lhe adquirio, e no mesmo momento se communicou á mulher. Assim como o menor não pôde renunciar o legado porque adquirido, Caldas de Empt. cap. 13 n. 10: *Ita similibiter*, etc.

Segundo o Direito Romano os credores não podião queixar-se dos actos feitos pelo devedor, senão quando elle alienava em fraude o que lhe pertencia, e não quando deixava de adquirir, porque como diz a L. 6 fl. quæ in fraud. cred. O Edicto, que providenciava as fraudes praticadas pelos devedores a respeito de seus credores, não olha os que deixão, ou refusão adquirir, mas sómente os que diminuem o seu patrimonio: mas pelo Direito Francez no Art. 38. da Ordenação d' Agosto de 1747, que commentou Furgol, tom. 7 pag. 198 renovado no novo Codig. civil dos Francezes Art. 783; os credores podem queixar se dos actos a elles prejudiciaes em hum, e outro caso: o mesmo determinarão os codigos

de Sardanha liv. 6 tit. 10 §. 12; e o de Fredic. part. 2 liv. 3 tit. 6 §. 3 e 4 letra K pag. 229. Este he o uso moderno das Nações não poder qualquer renunciar sem injustiça em prejuizo de credores, ou de qualquer terceiro hum direito que lhe está deferido, ou *deferendo de futuro*, Schilter Prax. Jur. Rom. Exerc. 46 a §. 53 Brunnem. in L. 6 fl. quæ in fraud. credit., Groeneweg. ibidem, Stryk. us. mod. liv. 42 tit. 8 §. 3. Ora, o titulo desta sociedade conjugal he *oneroso*, Valasc. cons. 103 n. 30 et de Part. cap. 5 a n. 23. A mulher he como credora, e interessada na communicação da herança deferida, ou deferenda. Logo parece que o marido não pôde fraudalla, nem renunciando a herança deferida, nem consentindo em vida dos pais, que elles o possuão preterir, e deixar as heranças a outras pessoas. Eu admitiria mais sem dúvida esta resolução se concorressem conjecturas de que o marido quiz fraudar a mulher, como se entre elles houvessem desordens, se não tivessem filhos, e o marido renunciasse a herança em ordem a passar logo toda a seus consanguineos abandonada a mulher, &c. &c. Assim o sente em caso semelhante Pereir. dec. 55 n. 4 9 e 13, Voet ad Pand. liv. 23 tit. 2 n. 54 e 55: e mais terminantemente o mesmo Voet. liv. 29 tit. 2 n. 34 in fin. Cod. Freder. part. 1 liv. 2 tit. 4 art. 8 §. 154 n. 7 §. 155. 156.

Cessões,

N. 28. *Infero etiam* (diz Cald. de Empt. [cap. 13 n. 11), *actionem ad hujusmodi bona competentem, non posse minorem cedere, aut aliter a se abdicare citra decretum quoniam de actione ad Part. II.* Hhh

“ *rem idem est iudicium, quod ejusdem rei... quo*
 “ *argumento ad Legem Regiam liv. 4 tit. 48 ali-*
 “ *quando respondimus, etiam in actione ad rem*
 “ *illius legis dispositionem fore extendendam.* „ Con-
 fer. Guerren. tr. 2 liv. 6 cap. 2 n. 22, Barbos. ad
 Ord. liv. 4 tit. 48 in princ. n. 12. Com effeito as
 acções competentes sobre bens de raiz, são reputão co-
 mo bens de raiz, Moraes liv. 6 cap. 1 n. 34, e a
 cessão dellas he em effeito cessão, e alienação de bens
 de raiz, que o marido não pôde alienar, sem consen-
 timento da mulher. Bem como sem as solemnidades
 do Direito Canonico se não podem ceder as acções
 reaes competentes á Igreja, porque são propriamente
 alienações de bens de raiz, veja-se Urceol. de Transacr.
 q. 23 a n. 19. Nem sem Decreto judicial se podem
 ceder as acções reaes competentes aos Menores, Olea
 de cess. jur. tit. 2 q. 1 a n. 31. E he principio ge-
 ral que “ *Quæ immobilia alienare non potest, nec*
 “ *ius, quod ad ea habet, transferre valet.* „ Olea
 supr. n. 36. *Aliter* se o marido ceder alguma acção
 pessoal.

Hypothecas.

N. 29. Com Barbos. a Ord. liv. 4 tit 48 n. 10,
 Pinell, Barbos., Cald., Gam., e outros firma indis-
 tinctamente Guerr. tr. 2 liv. 6 cap. 2 n. 14., que o
 marido sem consentimento da mulher não pôde hypo-
 thecar bens de raiz „ *quia prohibitus alienare hypo-*
 “ *thecare, et obligare prohibitus etiam censetur.* „
 Esta sim he a regra, porém não he tão geral, e in-
 distincta; porque ou 1.^o, o marido hypotheca, e su-
 geita os bens de raiz á prestação de qualquer censo
 annuo, e então he propriamente huma alienação, ex
 Ord. liv. 3 tit. 47. Ou 2.^o, o marido tomando dinhei-
 ro de emprestimo, ou arrendando alguma renda em
 beneficio do casal, ou em contracto indifferente a lu-

cro, ou perda, hypotheca os seus bens ao mesmo
 contracto; e neste caso subsiste a hypotheca valida
 sem consentimento da mulher, como bem prova Mo-
 raes liv. 6. cap. 8. n. 60. Ou 3.^o, o marido inter-
 cedendo, como fiador, no contracto alheio hypotheca
 os bens de raiz; e neste caso não subsiste a hypotheca
 sem consentimento da mulher, e he o em que se ve-
 rifica aquella regra geral; Moraes supr. §. *Si vero*;
 e em grão de revista o refere julgado Peg. 5. for.
 cap. 98. a n. 145.

Se vale (quando o marido hypotheca os bens
 como fiador) *saltem pro parte mariti*: Se a
 Ord. comprehende só a hypotheca especial, ou
 também a geral? Veja-se o Repertorio debaixo
 da palavra = *Marido que ficou por fiador*
d'outro sem outorga da mulher. =

Em consequencia, e debaixo das mesmas
 distincções cessa a acção hypothecaria contra 3.^o
 quando nos termos do 3.^o caso he nulla a hy-
 potheca, Peg. 5. for. cap. 98. a n. 144., e
 não quando validamente contrahida sem consen-
 timento da mulher nos termos do 2.^o caso.

Partilhas.

N. 30. He a *divisão* especie de alienação: e por
 tanto o marido não pôde extrajudicialmente divi-
 dir com coherdeiros bens communs, sem expresso
 consentimento da mulher, Gam. dec. 300. n. 4.,
 Valasc. Cons. 53. n. 4. Barbos. ad Ord. liv. 4. tit.
 48. n. 6.: entende-se quanto aos bens de raiz; por-
 que quanto aos moveis, e dividas activas não ha Lei
 que resista como temos visto n. 19.

Magistrado para o *supprir*, depois de conhecida a causa, e a justa razão porque o marido quer alienar os bens, *Guerr. tr. 2 liv. 6 cap. 2 n. 83, e 84, Barbos. ad Ord. liv. 4 tit. 48 in princ. n. 24, e 25, Olea de Cess. jur. tit. 5 q. 8 n. 21.* E he no Reino de Hespanha expressa a *L. 57. Taur., e a L. 4. tit. 2 liv. 5 recopilat., Fontanel. de Pact. nupt. claus. 6 gloss. 3 p. 5 a n. 5, Conf. Pereir. dec. 123 n. 4.* Bem entendido que a mulher que denega o seu consentimento, se o denega com justiça, pôde appellar do Juiz que o *supprio*, *Olea supr. n. 21 in fin.:* bem como a Lei de 6, de Outubro de 1784. em caso semelhante faculta a appellação da Sentença do Corregedor que *supprio* o consenso do pai, apesar da sua repugnancia para as nupcias do filho menor.

N. 35. Já vimos no N. 32 que no rigor da Lei deve o consentimento da mulher provar-se *expresso*, e por *Escriptura*: porém ainda que por esse modo se não possa provar, restão dois modos possiveis, e legaes, quaes são 1.º, o da *Ord. L. 3 tit. 59 §. 4, e 5.* fazendo citar a mulher para em sua alma jurar se com effeito consentio espontaneamente no contracto feito sobre bens de raiz: 2.º, se do contracto se não celebra *Escriptura* pública, e se impetra Provisão para o provar por testemunhas, e prova de Direito commum; pôde juntamente provar-se por testemunhas, e sem *Escriptura* o consentimento da mulher, *Rep. rtor. debaixo da palavra = Marido não pôde vender sem albear bens de raiz, &c. = Pereir. dec. 123 sub n. 7 in fin.*

N. 36. Se porém o consentimento da mulher se não prova por *Escriptura* pública; se se não *supprio* pelo Juiz, se se não recorre a alguns daquelles sabidos precedentes; só restão dois modos de *supprir* a prova desse consentimento, quaes são 1.º, se depois da venda, ou contracto da alienação

passário 10 annos, porque por este lapso de tempo se presume o consentimento, *Guerr. tr. 2 liv. 6 cap. 2 n. 6, Peg. tom. 2 ad Ord. pag. 263 n. 70, França ad Mend. p. 1 liv. 4 cap. 1 n. 25 et liv. 1 cap. 3 n. 15, Moraes de Execut. liv. 2 cap. 7 n. 13 y. unde licet, Gam. dec. 51 n. 9 et dec. 144 et dec. 168, et dec. 270 tot., aonde assim se vê muitas vezes julgado.* Porém em contrario está *Pereir. dec. 123 n. 3 et 7,* propugnando que o consentimento que a Lei requer, seja expresso, não pôde presumir-se pelo lapso de dez annos, e passa a distinguir nesta fórma: ou a venda se celebra por *Escriptura* pública, e então o consentimento da mulher ou se deve provar por outra, ou por confissão da mulher; ou allegando-se a perda da *Escriptura* (o que assim sente *Mend. p. 1 lib. 4 cap. 1 sub n. 6.*): ou a venda se celebra por *Escripto* particular, e então admitindo este prova por testemunhas dentro da quantia da Lei, ou com dispensa della por Provisão, fica pelo mesmo modo provavel o consentimento da mulher, *Conf. Guerr. tr. 2 liv. 6 cap. 2 n. 44.*

Não possô comprehender como pelo lapso de 10 annos ou mais se possa subentender tacitamente ratificada pela mulher a alienação feita pelo marido em quanto elle vive: porque em quanto elle vive, dura o medo reverencial, que a Lei presume na mulher, que se cala, e se não oppõem as alienações feitas pelo marido, *Gam. dec. 346 n. 3, e 4, Pereir. dec. 30 n. 14, Altum. tom. 3 q. 14 a n. 617* aonde amplia, ainda que durante a causa do medo se faça algum acto que pareça approbativo do contracto: e por tanto o tempo, para a ratificação tacita se induzir, só pôde ter principio depois da morte do marido, em que a mulher esteja em

liberdade, Pereir. supr. a n. 14 *ubi judicatum*. Só se dissermos que a Ord. liv. 4 tit. 48 §. 2 permite á mulher com recurso ao Juiz, ainda sem autoridade do marido, reivindicar os bens alienados: e se ella o não faz em 10 ou 20 annos, approva a venda, e renuncia o seu Direito. Eu distinguiria o caso de ser o marido terrivel, ou não o ser: no 1.º não presumiria o consentimento; no 2.º sim: outra não pôde ser a conciliação,

N. 37. Se a mulher morto o marido, e cessando já a presumpção do medo reverencial, que considera a Ord. Liv. 4 tit. 48 no principio, ratificou (ainda antes de passarem 10 annos) por algum facto positivo a venda feita pelo marido, ou qualquer outro contracto, o fica ratificando, e não pôde jámais impugnallo, Moraes liv. 5. cap. 5. n. 16, Pereir. dec. 30 n. 15, Mend. p. 1 liv. 4 cap. 2 n. 6 in fin. *Item potest excipere quod uxor, &c.*

Porque factos positivos se induz ratificação do acto feito entre outros em prejuizo do ratificante, veja-se Moraes supr. n. 27, Gallerat. de renun. liv. 5 cap. 6 n. 8, Altim. de Nullit. tom. 6 q. 36 a n. 181 et a n. 152, et tom. 3. q. 1 a n. 471. Quando pela diuturnidade de tempo veja-se Moraes supr. a n. 33. conciol for. alleg. 60 a n. 22: os requisitos para haver ratificação vejam-se em Peg. 1. for. pag. 438.

N. 38. Se por nenhum destes modos se prova o consentimento da mulher: he certo que só ella, ou seus herdeiros, e ninguem mais pôde arguir esta nullidade, Lim. ad Ord. liv. 4 tit. 48 §. 3 n. 5., Barboz. ibidem §. 2 n. 3., Repertor. debaixo da pa-

lavra = *Marido pôde revogar a venda &c.* = Valase. Cons. 69 n. 14, Pereir. dec. 123 in fin., Gam. dec. 346 n. 4, e se deduz bem claramente da Ord. liv. 4 tit. 48 §. 3.

Em que casos he necessario o consentimento da mulher para os processos judiciaes.

N. 39. Depois de se saber com os DD. citados no N. 3 quaes são os bens de raiz, cuja natureza tem as acções a ellas respectivas (N. 28.) fica facil a applicação da Ord. liv. 3 tit. 47. Sylv. fez hum bom, e methodico commentario a esta Ord., e por tanto he ocioso repetir o que está bem-dito, e exposto: só sim para prova de algumas conclusões de Sylv. me remetto a Moraes liv. 6 cap. 1 a n. 30, o Repertor. debaixo da palavra = *Marido pôde revogar a venda &c.*, = aonde refere hum notavel caso, em que não foi necessaria a Procuração da mulher; e mesmo Repertor. debaixo da palavra = *Marido não pôde litigar em Juizô.* =

Quando, e em que casos a mulher, sem auctoridade do marido pôde celebrar contractos, que o obriguem, ou estar em Juizô.

SECCÃO I.

Quanto aos contractos, e alienações.

N. 40. **A**S mulheres Romanas não só podião contractar, ainda mesmo com seus maridos,
Part. II. Iii

mas alienar seus bens, Egid. in L. Ex hoc jur. p. 2 cap. 7 n. 25, Pereir. dec. 77 n. 1., Voet ad Pand. liv. 23 tit. 2 n. 41, Arouc. na L. 9 ff. de Stat. hom. n. 49. Nas Nações, em que ha costumes, como os deste Reino, as mulheres estão como pupillas debaixo da curadoria de seus maridos sacrificadas a elles; e sem que possam fazer quaesquer contractos, ou alienações não consentindo os maridos, Egidio supra n. 25, Voet supr. n. 42, Groeneveg. ad L. 2 Cod. de In integr. restit. n. 2 et ad Instit. liv. 2. tit. 8. in princ. et in L. 30 Cod. de Jur. dot. Em Castella assim he determinado por huma Lei expressa, L. 1 e 2 tit. 3 liv. 5 Recop. L. 54 Taur., Pereir. dec. 77 n. 4. Neste Reino não ha Lei alguma expressa que assim o determine, e só assim se deduz da Ord. Liv. 4 tit. 66, mas este he universalmente o costume praticado neste Reino, não poderem as mulheres sem auctoridade dos maridos fazer quaesquer contractos, contrahir dividas, alienar bens, ainda moveis &c., e he nullo todo o contracto, alienação; nem estar em Juizo &c., Pereir. dec. 77 a n. 3, Phæb. dec. 62 a n. 5 et dec. 98 n. 3, e 4, Portug. de Donat. liv. 1 prælud. 2 §. 3 a n. 99 Egid. na L. ex hoc jur. 2 part. cap. 7 a n. 25, Cabed. dec. 106 n. fin., Moraes de Execut. liv. 2 cap. 20 n. 119, Peg. 3 for. cap. 37 n. 2 et cap. 38 n. 22, Arouc. na L. 9 de Stat. homin. n. 49. optime Solan. cog. 21 a n. 9.

Aonde ha semelhantes costumes, são os maridos como Curadores das mulheres, equiparadas a Pupillos, Groeneveg. ad Inst. liv. 1 tit. 25 §. 19, et tit. 8 in princ., Voet ad Pand. liv. 23 tit. 2 a n. 41.

N. 41. Este costume entre nós tem por fundamento duas razões huma ,, *ne præjudicium fiat ma-*

rito in mala mulieris administratione, si illi permissa fuisset: altera que concernit reverentiam et obedientiam marito debitam ab uxore... Portug. supr. sub n. 99, Egid. supr. n. 26, Barbos. na L. 1 ff. de Solut. matrim. p. 1. n. 32. De fórmã que ainda que em algum contracto, que a mulher faça, cesse a primeira razão por não resultar delle prejuizo ao marido; nunca cessa a 2.^a razão da reverencia, e obediencia devida ao marido, e basta que se verifique esta razão, para ser nullo o contracto, Portug. supr. n. 100 Egid. supr. additamentos ad Reinoz. obs. 28 ad n. 7.

N. 42. Entende-se porém depois de ser esposa por palavras de presente, ainda mesmo antes de consumado o matrimonio; porque antes (ainda que tenha contrahido esponsaes) póde celebrar todo o contracto independente do esposo de futuro; a menos que não proceda com fraude, Egid. supr. a n. 35 ad n. 41, Aronc. in L. 9. ff. de Stat. hom. sub n. 49 x. Fallit 6.

N. 43. Consequentemente não póde a mulher 1.^o, dotar a propria filha do commum, ou de outro matrimonio sem auctoridade do marido, e se elle injustamente lhe denega o consentimento, só tem regresso ao Magistrado, como direi ao Titulo seguinte §. 7: 2.^o, nem ainda póde doar *causa mortis* (mas só por titulo) sem auctoridade do marido, Portug. de Donat. liv. 1 pærud. 2 §. 3 n. 98: 3.^o se póde, ou não nomear sem auctoridade do marido o prazo em que he emphyteuta reservando o usufructo em quanto viva? Veja-se largamente o meu Tractado de Direito Emphyteut. a §. 328, et interim: veja-se Addit. ad Reinoz. obs. 28 ad n. 7: se bem que eu segui o contrario no dito Tractado.

N. 44. Não póde 4.^o, fazer doação alguma, nem

ainda de bens moveis, porque a Ord. liv. 4. tit. 64 só facultava ao marido essa liberdade, Cabed. dec. 105. n. 4. Portug. de Donat. liv. 1. preclud. 2. §. 3. n. 103; nem ainda pôde fazer huma esmola, a menos que não seja daquellas pequenas, que se dão aos mendicantes, ou ás pessoas muito necessitadas; mas com moderação segundo a qualidade de suas pessoas, e fazendas, Egidio supra n. 30, Arouc. na L. 9. ff. de Stat. hom. sub n. 49. §. Fallit. 3.º

N. 45. Não pôde 5.º, a mulher addir a herança deferida sem consentimento do marido, por ser a addição da herança hum *quase contracto*, Egid. supr. n. 29, Voet ad Pand. liv. 29. tit. 2. sub n. 9, Groeneweg. ad L. 58. ff. de Solut. matr. (aonde amphão que pôde o marido addir a herança; eiam *invita uxore*), Arouc. supr. n. 49. E ainda que o mesmo Egid. permite á mulher repudiar a herança, sem auctoridade do marido, he reprovado por Pereir. dec. 55. n. 4; obstão-lhe as razões acima expostas no N. 41, e as que a respeito do marido se ponderarão N. 25. E sobre tudo note-se Voet ad Pand. liv. 29. tit. 2. n. 34. §. *Mulieri*.

N. 46. Não pôde 6.º, distractar os proprios contractos, nem os do marido com prejuizo d'elle, ou remittindo dividas, ou recebendo-as dos devedores, &c., a menos que ou não sejam dividas minutas, ou sejam os dinheiros recebidos pela mulher convertidos em utilidade do marido, Voet ad Pand. liv. 23. tit. 2. n. 50.

N. 47. Não pôde 7.º, doar sem consentimento do marido, nem ainda mesmo aquelles bens, que por pacto expresso exceptuou da communião universal quando contrahio o matrimonio, Pereir. dec. 87. sub n. 7, Arouc. na L. 9. de Stat. hom. sub n. 49, Egid. supr. n. 28. E ainda que lhe sejam deixados bens com prohibição de o marido os administrar,

Arouc. supra, Egid. supr. n. 42. (sed: §. min. contrariam. Phab. p. dec. 107. an. 5.º)

N. 48. He porém bem duvidoso 1.º, se a mulher fica naturalmente obrigada pelos contractos que celebra constanter o matrimonio sem auctoridade do marido? Egid. na L. *Ex hoc jure* p. 2. cap. 7. a n. 32; depois de grande disputa, assenta que a mulher fica naturalmente, e na consciencia obrigada; suspenza porém a obrigação, em quanto dura o matrimonio, e responsavel só pela satisfação depois de dissoluto. E daqui infere, no n. 33, que esta obrigação natural da mulher admite fiança valida, e civilmente obrigatoria; e que ainda que demandado pague a divida, não tem acção contra a mulher; segue-o Arouc. na L. 9. ff. de Stat. hom. sub n. 49. §. Fallit. 4.º

N. 49. He duvidoso 2.º, se a mulher soluto o matrimonio fica obrigada ao adimplimento do tal contracto, e se pôde ser accionada? Em humas Nações se assenta que sim, em outras que não, Voet ad Pand. liv. 23. tit. 2. n. 42.

SECÇÃO II.

Casos em que a mulher, ou he administradora do marido; ou ainda não o sendo, pôde alienar alguns bens; ou fazer contractos, que obriguem ao Marido.

N. 50. **P** Rimeiro caso: Se o Marido he absente, captivo, mentecapto, prodigo, sandeo, pôde a mulher, justificada a causa, requerer-lhe curador; e ella mesma, segundo a nossa Legislação

tem a primeira preferencia para o ser sem obrigação de fazer inventario, com tanto que a mulher viva honestamente, e tenha capacidade para reger, e administrar os bens communs; como com a Ord. liv. 1 tit. 89, e liv. 4 tit. 103 §. 1 2, e 3., com Molina. de Just. disp. 222. *¶* *Utrum vero*, prova Arouc. na L. 9 de stat. hom. sub n. 48, Conf. cap. 6 §. 32, e cap. 6 §. 2, Em consequencia pôde administrar, contrahir dividas &c. para a boa economia da casa; mas não alienar bens de raiz sem Decreto judicial. Em quanto porém não he assim provida curadora, não deve abusar da reverencia ao marido sando, Voet. ad Pand. liv. 23 tit. 2 n. 48.

N. 51. Segundo caso: Se a mulher reivindica alguns bens que o marido tenha doado á concubina, fica pela permissão da Ord. Liv. 4 tit. 66 com o pleno, e particular dominio delles, e livre arbitrio para os alienar sem consentimento do marido, Egid. dito esp. 7 n. 28 *¶* Denique, Pereir. dec. 77 n. 3, Arouc. na L. 9 de stat. hom. sub n. 49 *¶* Fallit. 1.

N. 52. Terceiro caso: Se hum Testador deixando alguns bens á mulher cazada lhe manda que ella os venda; pois os pôde vender independente do marido, pela razão de que tal alienação não se attribue á mulher que a faz como executora do preceito, mas ao Testador que a mandou fazer, Egid. supr. sub. n. 42 *¶* *Faciunt* = junto numero 47, Arouc. supr. *¶* Fallit 2, conduz Phæb. dec. 107 a n. 5.

N. 53. Quarto caso: Se o marido presente, e sciente ao contracto que está celebrando a mulher o não impede, nem contradiz he visto approvallo, e não pôde depois reprovalllo: e supposto obstem o nosso Egid. supr. sub n. 54 *¶* *Qui consensus* =, e outros que refere Voet. ad Pand. liv. 23 tit. 2. n. 42. *¶* *Sed et si maritus*; com tudo o mesmo

Voet. com melhores razões comprova bastar o consentimento tacito: Confer Senator apud. Peg. 3 for. cap. 38 sob. n. 22, Barbos. ad Ord. liv. 3 tit. 47 in princ. sub n. 6, Gomes in L. 54 Taur. n. 4.

N. 54. Quinto caso: "*Maritus cum injuste recusat prestare consensum uxori ad contrahendam, per Judicem causa cognita compelli poterit et si nec sic consentire velit, judex ipse licentiam dare poterit..... Quare, et ad contrahendum, idem servandum fore censeo, cum enim maritus consultus et requisitus injuste reuxit, et judex aditus decretum suum causa cognita interponit, nihil est, de quo ille conqueri possit, nam nec damnam pati, creditur, sed potius commodum ex contractu reportare, nec maritalis reverentia leditur, quam uxor observavit illum prius consulendo, et loco illius injuste contradicentis judicem adendum. Sicque regulare est, quoties actus aliquis expediri nequit sine alterius consensu, quem ille injuste prestare nequit. Egid. in L. ex hoc jur. part. 2 cap. 7 n. 56.*

N. 55. Sexto caso: Sendo o contracto feito pela mulher ainda mesmo sem authoridade do marido, e sem recurso ao Magistrado tão util, e interessante, que sem a maior irracionalidade não pôde reprovar-se pelo marido; e a que o Juiz interporia sua authoridade se ao principio fosse requerido; deve subsistir por mais que o marido sem razão o impugne, Guerr. tr. 2 liv. 6 cap. 2 n. 121, Barbos. ad Ord. liv. 3 tit. 47 in pr. sub n. 6 in fin., Peg. 3 for. cap. 38 n. 11 12, e 13, Gam. dec. 257 n. 3, Egid. supr. n. 53, optime Voet. ad Pand. liv. 23 tit. 2 n. 42 §. = *Eoque niti* = (*quidquid dicat* Egid. supr. n. 54, que o marido pôde desaprovar o contracto util).

N. 56. Setimo caso: Se o marido expressa ou

tacitamente ratifica o contracto feito pela mulher ; Voet. supr. *Ÿ.* = *Auctoritati autem.* = Egid. supr. n. 54 in fin. , Gomes in L. 54 Taur. n. 5 : mas não deixa de ser duvidosa esta conclusão, se se adverte que a autoridade do marido se requer *pro forma*, e parece que deve intervir no mesmo acto, ou supprirse pelo Juiz em falta, ou repugnancia do marido, ex Gomes supr. sub n. 5. Póde salvar-se que o consentimento aqui se requer pelas duas causas (N. 41) ; a do prejuizo do marido cessa ratificando elle, Gomes supra ; tãobem a da falta de reverencia, huma vez que o marido injuriado a remitte, e perdoa ; perdão implicito na ratificação, Voet. supr. sub n. 47, Sylv. in 3. tit. 47 in princ. n. 19. E quando esta se deduz de factos positivos (N. 37 Nota.)

N. 57. **Outavo caso:** O marido que expressa, ou tacitamente propõe, ou permite não o contradizendo á mulher huma negociação pública, fica obrigado por todas as dividas que ella contrahe com respeito á mesma negociação, ou seja recebendo emprestimos ou sejam mercearias, em que negocia, recebendo-as a credito ; porque concedendo-lhe ou permittindo-lhe a negociação pública, he visto conceder lhe tudo o conducente para o mesmo fim ; ou ella seja maior ou menor de 25 annos. Não he porém o marido obrigado ás dividas que a mulher contrahe para outros fins que não sejam o dessa mercatura : nem tão pouco he obrigado o marido, quando propondo ou permittindo á mulher huma especie de negociação, como de pão, vinho, ella contrahe dividas para outro fim, ou para outra diversa negociação. Nem tãobem se o marido revogar o seu consentimento, e fizer pública esta revogação para que ninguem mais contracte de futuro com sua mulher, Voet. ad Pand. liv. 23 tit. 2 n. 44, conferem Gomes na L. 54. Tauri n. 6, Guerr. tt. 2 liv. 6 cap. 2. n. 120, e assim o refere julgado

Peg. 3 for. cap. 38 n. 14, e 22, referindo outros Reinicolas, Lim. a Ord. Liv. 4 tit. 48 §. 2 n. 5, Sylv. ad Ord. liv. 3. tit. 47 in princ. a n. 22.

N. 58. Nono caso: *Mercatrici uxori non multum dissimilis ea est, quæ marito ex voluntate ejus in exequendo munere publico assistit, sive mariti publicani negotia tractet, apochas dando, vectigalia, tributa, aliaque accipiendo, sive questori marito in recipiendis pecuniis, ac expendendis opem ferat; quoties uxor intra muneris, aut negotii istius terminos se se continuerit, nec ab eo alienis se se miscuerit.* Voet. ad Pand. liv. 23 tit. 2 n. 45.

N. 59. Decimo caso: Tudo o que a mulher compra para a economia domestica, a que o marido a propoem; como são minucias quotidianas, e viyeres para alimentos da familia; ou empréstimos que pede para esse fim, regulado tudo por hum prudente arbitrio, conforme as qualidades, e opulencias, e numerosidade da familia, e precisões dessas diarias minucias, ou empréstimos para ellas, obriga, e faz responsavel o marido pelas dividas, e empréstimos para esses fins, Groeneweg ad tit. cod. Ne uxor. pro marito n. 6, et in L. 12 Cod. de Pignorib. et hypothec., Voet ad Pand. liv. 23 tit. 2 n. 46.

N. 60. Undecimo caso: Quando o marido he absente em partes remotas, e na sua ausencia a mulher contrahe dividas necessarias para seus alimentos, e dos filhos, bemfeitorias, ou compras uteis ao casal, e depois assim se verifica, he tãobem o marido obrigado a estas dividas, como refere julgado Peg. 3. for. cap. 38 a n. 11, Guerr. tr. 2 liv. 6 cap. 2 n. 120. Não pôde porém a mulher neste caso alienar bens de raiz sem judicial autoridade para remediar essas precisões, ou promover utilidades; e só quando muito pôde alienar os moveis menos uteis, caso em

que não depende da judicial autoridade; bem como póde vender as mercadorias expostas a venda se temer perigo de corrupção, ou perda durante a ausencia do marido, Egid. in L. Ex hoc jure parte 2. cap. 7 n. 52 et 54. E quando o marido depois queira retractar a venda do movel feita para aquelles fins, em sua ausencia, deve restituir o preço convertido em utilidade da mulher, e familia Pereir. dec. 78 n. 8.

Que quanto a alienação dos bens de raiz pela mulher na ausencia do marido, deva intervir Decreto judicial sobpena de nullidade, he bem certo, Guerr. for. q. 50 tot. Em quanto Cabed. dec. 106 n. 5, e 6 diz que nem ainda os moveis póde em tal caso alienar a mulher, sem autoridade judicial, he doutrina mais que dura, vistas as doutrinas dos DD citados, e deve entender-se debaixo das expostas distincções.

N. 61. Duodecimo caso: As dividas, que a mulher contrahe para remir do captivo o marido, também o obrigação, Voet. supr. n. 47. E eu equipararia as dividas que a mulher contrahe para livrar o homem da prisão, casos equiparados na Ord. liv. 4 tit. 97 §. 8, e vistas as doutrinas de Peg. tom. 3 a Ord. pag 592, e 593.

S E C Ç Ã O III.

Em que casos póde a mulher demandar, ou ser demandada em Juizo sem intervir autoridade do marido.

N. 62. **A**S razões expostas (N. 40.) pelas quaes a mulher não póde contractar, nem alienar sem consentimento do marido, são identicamente as mesmas pelas quaes sem autoridade d'elle não póde estar em Juizo, Repertor. debaixo da palavra = *Mulher não póde litigar em Juizo* = adde Voet. ad Pand. liv. 5 tit. 1. n. 14: e assim he facil de inferir que em todos os casos em que a mulher póde contractar, ou adquirir independente do marido, póde em Juizo accionar, ou ser accionada sem intervenção d'elle.

N. 63. Por tanto: Póde accionar, e ser accionada 1.º, quando o matrimonio está separado *Judicio Ecclesie* com effectiva divisão de bens: 2.º, quando acciona a concubina do marido pelos bens que elle lhe doou (nestes casos sem dependencia de autoridade judicial): 3.º, quando o marido he absente, e se ignora o lugar da sua habitação; maxime tractando de acção *tempore peritura*: 4.º, quando a mulher com autoridade, e permissão do marido he negociante: 5.º, quando trata da liberdade do marido captivo, ou preso. Todos estes casos comprova com os nossos Escriptores até o seu tempo o Repertor. debaixo da palavra = *Mulher não póde litigar* = Sobre estes: 6.º, com auctoridade judicial quando o marido he furioso,

Guerr. tr. 2 liv. 6 cap. 2 n. 115, Sylv. ad Ord. liv. 3. tit. 47 in princ. n. 15; mas nestes 3, 5, e 6 casos com licença judicial: 7.º, (e sem tal licença ou autoridade) quando trata da causa de Sevicias para a separação do matrimonio, Sylv. supr. n. 25: 8.º, quando renuindo o marido prestar-lhe a autoridade, impetra a judicial para demandar os bens de raiz por elle alienados, ex Ord. liv. 4 tit. 48 §. 2: E em fim 9.º, em todo o caso, em que ao marido, e mulher compete alguma acção, e o marido não a quer propor, nem consentir; póde a mulher recorrer ao Magistrado, que a autorize, Sylv. supr. n. 4.

N. 64. Accrescentão os nossos Reincolas que a ratificação do marido superveniente, maxime antes de opposta a nullidade, revalida o processo, Sylv. supr. n. 5 et 19. Que a sentença contra a mulher he nulla; mas sendo-lhe favoravel, he valida, ainda que no litigio não intervisse o marido, Sylv. n. 7., con corda Voet. ad Pand. liv. 5 tit. 1 n. 14 16 et 19.

Adverte o citado Voet. debaixo do n. 14 que o consentimento do marido he indispensavel, ainda que 1.º, elle tenha feito cessão de bens; ainda que 2.º, estejam separados por mutuo consentimento, sem sentença do Magistrado; ainda que 3.º, nos pactos dotaes tenham convencionado que a mulher independente do marido possa litigar em juizo, por ser hum Direito publico, e reverencial que não póde renunciar-se; ainda que 4.º, a mulher binuba sendo antes Tutora, e Administradora dos filhos, e não sendo privada da tutela pelas segundas nupcias, trate durante o segundo matrimonio demandas, como administradora dos filhos do primeiro, ou 5.º, como Testamenteira, ou executora da ultima vontade; ou ainda 6.º, (*quidquid dicant nostrates*) ainda

quando a mulher era proposta a alguma negociação, e se trate a respeito della; porque da autoridade do marido para a negociação da mulher, não se infere autorizada para estar em Juizo ut N. 15. E quanto ao caso de ser absente o marido, declara Voet. n. 16 que só a mulher póde ser autorizada pelo Magistrado quando ha perigo na mora, e não se espera de breve a vinda do marido, nem póde obter-se mandato d'elle. Quanto ao caso em que renuindo o marido obtem a mulher autoridade judicial; declara Voet. n. 18 que sendo vencida a mulher recahem sobre ella as custas; salvos ao marido os direitos sobre os fructos dos bens della, e os mais direitos maritais. E quando a mulher he accusada criminalmente, não he necessaria autoridade do marido, e sem ella vale o processo, Voet. n. 17. Com estas declarações devem entender-se as conclusões dos nossos Reincolas assima substanciadas no N. 63.

SECÇÃO IV.

Acções competentes aos Conjuges durante, ou soluto o matrimonio, a ambos, ou cada hum delles para reivindicarem os bens alienados sem mutuo consentimento: ou a seus herdeiros, e

Casos em que cessa esta acção.

N. 65. **T**emos visto debaixo destes §§. 18 e 19 os especiaes casos, em que limitada a Ord. liv. 4 tit. 48 subsistem os contractos, e alienações de

bens moveis ou de raiz celebrados por qualquer dos conjuges, sem consentimento do outro. Em todos estes he bem certo que cessa a acção que lhes concede a Ord. liv. 4 tit. 48 §. 2, e seguintes; e em todos os mais procede a regra da Lei.

N. 66. Restão porém estas duvidas 1.^a, Se o filho herdeiro da mulher que absente o marido, sem autoridade della ou judicial pôde reivindicallos sem embargo de dever como herdeiro da mãi approvar o facto della, e de lhe obstar a regra = *Quem de evicitione tenet actio, eundem agentem repellit exceptio*, = regra que com muitas Leis prova em caso bem semelhante Reg. 3 for. cap. 36 n. 30, e 31? Esta questão se vê decidida em Guerr. for. q. 50 em favor do filho, permitindo-se-lhe a reivindicação desses bens com seus rendimentos, responsável só ao preço com juro legaes.

N. 67. Segunda: Se a mulher que foi herdeira do marido pôde reivindicar os bens que elle alienou sem seu consentimento? Esta questão se acha decidida em Mendes p. 1 liv. 4 cap. 2 n. 6, aonde se julgou contra a pertensão da mulher só porque herdeira do marido. Esta decisão seguiu Guerr. for. q. 50 n. 7. Outras vezes se vê julgado em Peg. 3 for. cap. 36 sub n. 24, e ainda mesmo que os bens assim alienados fossem dotaes, Reg. supr. n. 167. Conf. Voet, ad Pand. liv. 23 tit. 5 n. 6, Codig. Freder. part. 1 liv. 2 tit. 4 art. 1 n. 65. O contrario refere julgado Barboza a Ord. liv. 4 tit. 48 §. 2 n. 3. Porém a primeira opinião he a que deve seguir-se.

N. 68. Terceira: Si vice versa o marido que foi herdeiro da mulher, pôde, contravindo o proprio facto, reivindicar os bens que alienou sem consentimento della? Esta questão se acha contra o marido decidida no Repertorio de Barboza da conclusão = *Hereditas de marito que alienat etc.*, e debaixo da outra =

Marido que vendeo em vida da mulher etc. Confissão-se Mend. supr., e Barbos. na L. 1 p. 5 ff. Solut. matrim. n. 18.

N. 69. Quarta: Se o filho herdeiro da mãe que mesmo com consentimento do marido alienou os bens móveis, e que nunca deixarão de o ser pela existência dos filhos, pôde reivindicá-los? Esta questão resolve em favor do filho Valasc. Cons. 190 n. 6.

N. 70. Quinta: Se o filho herdeiro do pai, que alienou bens não móveis sem consentimento da mulher, e juntamente herdeiro desta, pôde como herdeiro della, e pelo direito que lhe transmite a Ord. Liv. 4 tit. 48 §. 3 reivindicar esses bens alienados? Em favor do filho está a razão que sendo nullo pela Lei essa alienação; podendo a mulher ou herdeiros della revogalla, pôde o tal filho pelo direito transmitido da mãe reivindicar os bens, ainda que o seja juntamente do pai; pois que ainda que contravenha o facto do pai alienante, contravem hum facto nullo pela Lei, e quando assim pôde qualquer contravir ainda o facto proprio; e por estas razões, assim o refere julgado Peg. 3 for: cap. 37 n. 8, e 9; ellas são as mesmas que nos semelhantes casos adoptarão Valasc. cons. 190, e Guerr. q. 50, e se confirma com a regra geral de qua Sylv. ad Ord. liv. 4 tit. 12 in princ. n. 54, Stryk. vol. 6 disp. 2 cap. 3 a n. 33; e com effeito assim o vi julgado. Porém em contrario ha razões urgentissimas que expuz em huma minha Dissertação; e basta dizer aqui que entre este caso, e os dous expostos N. 67 e 68. não ha razão de differença: e elle he decidido no Cod. Freder. p. 1 liv. 2. tit. 4 art. 1 n. 65 junto ao fim §. (b).

N. 71. Sexta: Se assim como a Ord. Liv. 4 tit. 48 §. 2 permite á mulher o recurso ao Magistrado para autorizar na reivindicação dos bens alienados sem seu consentimento quando o marido lho nega,

tãobem elle *vice versa* póde ter o mesmo recurso ao Magistrado se a mulher lhe dênega procuração para reivindicar os bens, que sem consentimento della alienou? Resolve negativamente Pereir. dec. 123 n. 6, que segue o Repertor. debaixo da conclusão = *Herdeiro do marido que alheou &c.* = Não he porém necessaria tal procuração quando o marido se propoem arguir nulla a arrematação para a qual não foi a mulher citada como devêra, ex Ord. Liv. 3 tit. 86 §. 27, como refere julgado, o Repertor. debaixo da conclusão = *Marido póde revogar a venda de raiz.* =

N. 72. ,, No §. 4 determina a Ord. que em to-
 ,, do o caso onde a mulher demandar a cousa vendida
 ,, por seu marido, ou o marido fizer a demanda com
 ,, consentimento da mulher, se o comprador requerer
 ,, que lhe torne ella o preço que deo por a cousa,
 ,, mandamos, que se o preço, que o marido recebeo
 ,, *foi convertido em proveito della*, assim como del-
 ,, le, ou por qualquer maneira ella houve communi-
 ,, cação do preço; a cousa assim vendida não lhe seja
 ,, entregue, salvo tornando ella o preço que por a
 ,, cousa foi dado, ainda que o comprador fosse sabe-
 ,, dor que o vendedor era cazado ao tempo da venda
 ,, &c. Exornão esta Ord. Lima ibidem, Guerr. tr. 2
 liv. 6 cap. 2 n. 70 et 71., Valasc. cons. 83. a. n.
 7., Barbos. na L. 1 p. 5 ff. de Solut. matrim. sub
 n. 38.

Como pois se possa provar esta *versão do preço em utilidade da mulber*? Sam. Stryk. us. mod. liv. 12 tit. 1 a §. 61 resolve que se póde provar ou 1.º, por algum publico Instrumento: Ou 2.º, por testemunhas que assignem razão de dicto, e havendo huma só legal supprindo-se com juramento suppletorio: Ou 3.º, deixando-se

no juramento da mulher: Ou 4.º, por confissão voluntaria della: Ou 5.º, ainda só por presumpções, e conjecturas como finalmente conclue no §. 74. E eu accrescento, que como a identidade do dinheiro se prova por conjecturas; v. g. se o marido recebendo hoje o preço de huma venda, dentro de alguns dias ou pagasse dividas commuas, ou fosse algum emprego delle em beneficio do casal, Urceol. for. cap. 49 a n. 9; Cyriac. controv. 415 a n. 58; Optime Antonel. de Tempor. Legal. liv. 1 cap. 53 tot., Gracian. for. cap. 897 tot. Por tanto verificada alguma destas, ou semelhantes circumstancias, será facil a prova de que o dinheiro se converteo da venda para utilidade do casal; e para em consequencia ficar applicavel o § 4 da dita Ord. juntas as doutrinas dos DD., *cum quibus*, Guerr. tr. 2 liv. 6 cap. 2. n. 70.

N. 73. Finalmente a mulher durante, ou soluto o matrimonio, tem acção para reivindicar o prazo de vidas, que sendo seu, e incommunicavel se lhe arrematou, ou por dividas do marido anteriores ao matrimonio, ou ainda por dividas commuas contrahidas constante o matrimonio, Peg. 5 for. cap. 122; ou por dividas criminaes do marido, Peg. tom. 7 for. cap. 239 sub n. 21 pag. 258 et seqq.

Quanto á reivindicação dos bens dotaes tratarei nas Notas ao Titulo seguinte.

TIT. IX.

De Jure Dotium.

§. 1., e 2.

NAs Notas ao §. 8 e 9 do Tit. 8. fica exposto quando deva entender-se o matrimonio contrahido por ca ta de ametade; e quando por dote, e arras, conforme o direito commum. Neste Tit. 9 trata Mello do direito dos dotes quando pelo 2.º modo se contrahe o matrimonio. Que nelle possam intervir arras, liberalidades sponsalicias &c. ninguem o póde duvidar, nem que os pactos nupciaes podem regular a natureza de todos ou parte dos bens dos esposos, como deixo notado ao Tit. 8 §. 8, e 9 a n. 6 em termos que huns sejam *dotaes*, outros *parafernaes*, outros *recepticios* &c.

TIT. IX. §. 3. RUBR.

Dos quid?

N. 1. **E**M quanto Mello no §. 2. deste Tit. disse = *Dotalia bona ea dicuntur, quae expresse in*
„ dotem sunt data, et a reliquis segregata speciali
„ dotis nexui fuerunt supposita &c. = Em quanto
„ neste §. 3. diz = Dotem eam nos pecuniam dici-
„ mus quae viro pro muliere expressa convention-
„ datur ad ferenda onera matrimonii &c. Em quan-
 to no §. 10 diz = *Dos non nisi expressa conven-*
„ tione constituitur, quae utique probari debet,
„ alioquin bona non dotalia sed parafernalicia erunt

&c. Em quanto no fim do §. 3 diz que „ *In dubio dos constituta non censetur.* „ E na Nota que „ *Bona feris in dubio parafernalicia censentur.* „ Em quanto na mesma Nota diz que o Direito Romano nesta parte está entre nós em uso, e suppoem tudo isto por indubitavel, *rem acu non tetigit*, e he digno de censura pelo uso do nosso foro, em parte opposto ao Direito Romano.

N. 2. Pois que segundo o Direito Romano era assás controversa a questão: Se a mulher que se caza sem contrato dotal era vista constituir em dote, e ficarem dotaes todos os seus bens; havendo Leis, razões, e DD. por huma, e outra parte; fazendo huns necessaria a expressa convenção de ficarem dotaes em todo, ou em parte os bens da esposa, e assentando qua sem esta expressa convenção ficão *parafernaes*, e defendendo outros o contrario, como se pôde ver no moderno João Baptista Furgol. nas questões notaveis sobre as doações, a que acrescento Struv., e Mul. Exerc. 30 thes. 6, Stryk. vol. 5 disp. 17 cap. 1 a n. 36, e o Cod. Freder. part. 1 liv. 2 tit. 4 art. 1. §. 20.

N. 3. Porém neste Reino, e com os nossos Cabed. dec. 183 n. 3, Almeid. alleg. 4 n. 7, Maced. dec. 21 diz Peg. 3 for. cap. 36 n. 53 que „ *Bona dotalia censentur omnia, que mulier, seu uxor secum attulit si per contractum dotis nupsarit.* „ Segue-o Guerr. tr. 2 liv. 7 cap. 16 n. 36. E bem se deduz da Ord. Liv. 4 tit. 47 no princ., aonde para se regular a validade das arrhas na terça parte em correspondencia ao dote da mulher se suppoem ser dote todos os bens, que a mulher trouxer em seu dote, quando caza por contrato, e não por costume do Reino. (confira-se o notado ao §. 15 n. 1, e 2.) Este he o costume da Saxonia, e outras Provincias da Alemanha, ficarem com natureza de dotaes, independente de outra

convenção, todos os bens da mulher Coler. p. 1 dec. 57. n. 3, Schilter. Exercit. 36, thes. 77. Esta mesma Jurisprudencia adoptou o Codig. civ. dos Francezes art. 1540., e 1541. *ibi* = *O dote são os bens que a*
„ mulher traz ao marido para supportar os encar-
„ gos do matrimonio Tudo o que a mulher se cons-
„ titue, ou que lhe he dado em contracto de matri-
„ monio he dotal, se não ha estipulação contraria.
 = Com effeito eu sempre tenho visto reputarem-se *dotaes* todos os bens da mulher, que caza por contrato, independente de expressa convenção, e só *parafernaes* os que depois lhe provêm. Veja-se o que notar ao §. 15.

Repugna mesmo á recta razão que não sejam *dotaes* todos os bens da mulher, e que ella tinha bens *parafernaes* com distincta, e particular administração, indepente da vontade do marido, como admiravelmente discorre o grande Domat liv. 1 tit. 9 sect. 4 no prefacio pag. 89 digno de ser visto: *imò* serem *dotaes* todos os bens da mulher em falta de outra expressão, he mais interessante a ella, porque gozão de mais privilegios que os *parafernaes*. E por tanto ao mesmo passo, que o Direito Romano procede nesta parte a justa censura de Domat; *a nossa consuetudinaria jurisprudencia*; e de outras Nações, que em falta de contraria expressão reputa *dotaes* todos os bens da mulher, sobre ser mais interessante a ella, he mais conforme a razão, que descobrio o mesmo Doutor. E assim contra o mesmo Mello venho a dizer com elle no fim da Nota ao §. 3. *“ Nec vero hac questio otiosa est, sed plures habet effectus veram utilitatem et emolumentum continentis. ”* Confirma-se o que declararei ao §. 15 deste Tit.

TIT. IX. §. 4. RUBR.

Profectitia, et adventitia.

SEgundo o Direito Romano, qual era o dote *profecticio*, qual o *adventicio maxime* para os fins da reversão ao doador, ninguém melhor expoz esta materia como o cit. Furgol. na q. 42, e Urceol. for. Consult. 7, e 8. Porém convenio com Mello, que em hum Reino, como o nosso, em que a filha pelo matrimonio fica emancipada, e que sobrevivendo ao pai deve conferir o dote, não ha nem pôde haver já mais aquella differença de dotes, Thomaz ad Pand. liv. 23 tit. 3 §. *Eam distinctionem*, Groeneweg. ad L. unic. Cod. de Rei uxor. action. §. 11. A filha transmite a seus herdeiros o dote paterno, Groeneweg. supra. Se morre ab intestato, os pais sim lhe succedem, mas por nova, e diversa causa, qual a da successão, cit. Ord. L. 4 tit. 91, e não pela causa da reversão do dote, se a filha faz testamento; pôde testar da sua terça, sendo o pai herdeiro necessario nas duas partes, Ord. L. 4 tit. 82. O mais direi ao §. 22 deste Tit.

TIT. IX. §. 5., e 6. RUBR.

Tenetur Pater filiam dotare. Etiam illegitimam.

N. 1. SUPposto que a L. ultim. cod. de Dot. promiss. não tenha uso em muitas Nações, e seja arbitrario aos pais dotarem, ou não as filhas, exceptuado unicamente o caso de elle obstar as suas nupcias,

e aquellas recorrerem aos Magistrados como se póde ver em Thomaz ad Pand. liv. 23 tit. 3 pag. 237, Voet. ad Pand. eod. liv. et tit. n. 16. Comtudo Stryk. ibidem §. 2. declama que „ *Merito standum juri civili; cum eadem equitatis ratio aabuc hodie subsit, et paternum officium nec hodie deficere debet.* „

N. 2. Com effeito aquella L. fin. Cod. de Dot. promiss. está em uso em todas as mais Nações como se póde ver nos DD. dellas, que refere Bagn. cap. 12 a n. 1, no Card. de Luc. de Dot. disc. 142, e em Fontanell. de Pact. nuptialib. claus. 5 gloss. 1 p. 1 *ubi ex professo*. E neste Reino o não duvidarão jámais todos os nossos Reinicolas, Gam., Barbos., Portug., Cald., Pinheir., Valasc., Carvath., Pereir., e os outros que refere o cit. Bagn., e Guerr. tr. 1 liv. 3 cap. 12 n. 33 et tr. 2 liv. 2 cap. 5 a n. 51, et liv. 6 cap. 3 a n. 38, Fragos. p. 32 liv. 2. disp. 5 §. 1 a n. 4.

O mais frequente na pratica deste Reino he demandarem os filhos, e filhas cazadas aos pais por alimentos, verificando a sua indigencia, e a opulencia dos pais: o effeito vem a ser o mesmo que demandar aos pais por dote, que por alimentos: porque se os demandão por dote, este se regula congruo, e competente, conforme a condição, e facultades dos pais, numero dos filhos, dignidade do esposo; em huma palavra com respeito a quantidade da legitima, Bagn. dito cap. 12 a n. 5. E depois por morte dos pais vem o tal dote á collação; de forma que ou se assigne em bens ou dinheiro só os dotados vem a gozar o interusurio em vida dos pais: se demandão alimentos estes se arbitrão em dinheiro (ou em fructos ou em assignação de algum predio,

ut apud França ad Mend. Ar. 86) cessão pela morte dos pais , logo que os filhos tem legitima ; e os effeitos vem a ser os mesmos. Por isto he que a acção fundada na dita L. fin. Cod. de Dot. promiss. he menos praticada neste Reino , e mais frequentemente se pedem alimentos. Como porém o direito Romano nesta parte he fundado na razão natural ex Styk. supra , Fragoz. supra , e nos he subsidiario , não deixa de ser electiva á filha ou pedir alimentos , ou usar daquelle remedio do Direito Romano approved no uso da maior parte das Nações , e no Cod. Freder. p. 1 liv. 2 tit. 4 art. 1 a §. 25.

N. 3. He pois o pai *pelo Nobre Officio do Magistrado* obrigado dotar sua filha , ou seja solteira , emancipada , ou já cazada ; ainda mesmo he obrigado complementar-lhe o primeiro dote , se foi diminuto ; reitrallo se por casualidade sem culpa da filha , e genro se perdeu , ou venceo por algum 3.º ; e ainda quando ella caza , sendo menor de 25 annos sem autoridade do pai , mas com supplemento do seu consentimento na fórma das nossas Leis de 29 de Novembro de 1775 , e 6 de Outubro de 1784 prestado pelo Magistrado. Nestas conclusões concordão uniformemente os DD. Bagn. cap. 12 , Guerr. tr. 2 liv. 2 cap. 5 a n. 51 , et liv. 6 cap. 3 a n. 38. , Struv. Exerc. 30 thes. 3 Stryk. us. mod. liv. 23 tit. 3 §. 2. , Voet. , ad Pand. liv. 23 tit. 3 a n. 10. , Latissime Julio Capon. de Dot. ad L. 1 ff. de solut. matrim. q. 4 a pag. 61 , Cod. Freder. p. 1 liv. 2 tit. 4 art. 1 a §. 25. , Card. de Luc. de Dot. disc. 142 tot. , Fontanel. de Pact. clausul. 5 gloss. 1. p. 1 tot.

N. 4. Se porém o pai he obrigado dotar huma filha , aliás opulenta , ou com legitima materna (que cazando , e ficando emancipada passa a desfructar)

ou dotada por outra pessoa? Varião notavelmente os DD Huns dizem que neste caso ainda não cessa a obrigação paterna, como com innumeraveis Bagn. supr. n. 3 junto o n. 50, referindo muitos que assim o attestão julgado; com outros Boss. supr. a n. 30, Voet. supr. sub n. 11, Stryk. supr. d. §. 2, Guerr. supr. n. 53. Outros pelo contrario, como são Vinn. Selectar. liv. 2 cap. 14 *¶*. *Præcipua vero questio*. = Struv. Exerc. 30 thes. 3, e com muitos Groeneweg. ad L. fin. cod. de Dot. promiss. n. 6., Card. de Luc. de Dot. disc. 142 sub n. 25 et n. 26, Stryk. de success. ab intestat. diss. 8 cap. 10 §. 32 in fin., Brunneman ad L. 5 de Jur. Dot. n. 5. É esta 2.^a opinião abraçou o Cod. Freder. p. 1 liv. 4 tit. 4 art. 1 §. 26. Ambas as opinioes são provaveis; eu seguiria a 2.^a adoptada pela lei de hua Nação, e me apartaria da opinião de Mello neste §. nas palavras = *etiam divitem &c.* =

N. 5. Esta obrigação do pai não cessa ainda que elle seja furioso, prisioneiro ou absente: porque a filha pôde requerer se lhe nomee para este fim Curador, Codig. Freder. supra §. 27. Ainda mesmo o Juiz *ex Officio* sem requerimento da filha, ou de requerimento de algum consanguineo (não se atrevendo a filha pelo rubor, e respeito) pôde constranger o pai assignar-lhe dote, Julio Capon. supr. n. 5. É finalmente ainda que a filha tenha renunciado simplesmente a successão paterna, sempre lhe fica salvo o direito de exigir dote. Veja-se Stryk. *de Success. ab intestat.* dissert. 8 cap. 10 §. 24.

N. 6. Cessa porém esta obrigação do pai 1.^o, quando o esposo, e esposa tiverem renunciado o dote dizendo que sem elle querem cazar, ainda que depois venhão a cahir em pobreza. Cod. Freder. supr. §. 26 (*quidquid sit* quanto aos alimentos futuros, que nem ainda com juramento podem renunciar-se, Solan. cog.

9 a n. 196.) Cessa 2.º, „ quando a filha tem com-
 „ mettido alguma acção que fornece ao pai huma
 „ causa justa de desherdação. „ Cod. Freder. supr.
 sub. §. 26, Conf. Struv. supr., Voet. supr. n. 13 in
 fin., Guerr. supr. n. 60, Fragos., part. 3 liv. 2. disp.
 5 §. 2 n. 26, como quando casa sem autoridade do
 pai antes de 25 annos, Peg. 3 for. cap. 35 n. 443.

N. 7. Consequentemente pôde o pai denegar o
 dote á filha que commetteo alguma das ingratições
 comprehendidas na Ord. liv. 4 tit. 88, e com espe-
 cialidade se sendo menor de 25 annos se casa sem seu
 consentimento, e sem recorrer ao Magistrado segundo
 as leis citadas (N. 3.), sem jámais se admittir diffe-
 rença entre o casamento com pessoa digna, ou indigna
 casando antes dos 25 annos, porque tal distincção
 não soffrem as ditas leis, et ita *signanter* Voet. supr.
 n. 13, Vin. liv. 2 sellect. cap. 14 in fin., Card. de
 Luc. de Dot. disc. 124 n. 34 *ŷ. eadem*, junct. n.
 16, Fragos. p. 3 liv. 2 disp. 5 §. 2 n. 16. *Aliter*,
 se sendo já maior de 25 annos casar sem o consentimento
 do pai; porque não podendo já ser desherdada, nem
 incorrendo nas penas das ditas leis, ainda que case
 com pessoa indigna, pôde accionar o pai por dote,
 Bagn. cap. 12 a n. 52, Julio Capon. supr. a n. 26,
 Fontanel. de Pact. clausul. 5 gloss. 1 p. 2 n. 84,
 De Luc. de Dot. disc. 142 n. 8, Cald. for. q. 18
 n. 7.

N. 8. Cessa 3.º, no pai esta obrigação „ quando
 „ o pai he elle mesmo reduzido a pobreza; e que
 „ elle pôde apenas ganhar o de que forneça á subsis-
 „ tencia da sua familia. „ Cod. Freder. supr. §.
 26. in fin. Conf. Card. de Luc. de Dot. disc. 142
 n. 34. *ŷ. Eadem principalis.* = E quando o pai se
 diga pobre para este fim? Veja-se Barbos. na L. 1 p.
 4 n. 160. ff. Solut. matrim., Fontanel. de Pact.
 claus. 5. gloss. 1. p. 3. n. 38.

N. 9. O que vem de se expor procede na filha nascida de justas nupcias. Quanto á filha *Natural*: Supposto que Struv. *supr.* lhe denegou esta acção, com tudo a torrente dos DD. lha concede, só com estas differenças: 1.^a, que não he o pai obrigado dotar a filha natural, se ella *aliunde* tem com que decentemente se dote: 2.^a, que ainda sendo totalmente pobre, nunca o dote se deve arbitrar tão amplo como que se fosse filha legitima, Bagn. cap. 12 a n. 83, Cald. na L. *Si curatorem* verbo = *Sine curatore* = n. 96, Card. de Luc. de Dot. disc. 142 a n. 30, Mul. ad Struv. Exerc. 30 thes. 3, Vinn. select. liv. 2 cap. 14, Julio Canon. de Dot. ad L. 1 ff. solut. matr. q. 4 a n. 35. Isto, segundo o Direito Romano: porém segundo o do nosso Reino, sendo a filha natural de peão, e successivel ao pai, deve assignar-se-lhe hum dote competente, e bem regulado, como se fosse legitima, Cald. liv. 1 for. q. 18 n. 15; Bagn. cap. 12 n. 89.

N. 10. Da mesma forma os citados DD., e os mais que cumulárão Bagn. n. 96, Fragos. p. 3 liv. 2 disp. 5 §. 1 n. 13, Stryk. us. mod. liv. 23 tit. 3 §. 5 obrigão o pai dotar a filha *espuria*, conforme as suas facultades, e com respeito ao esplendor da familia. Porém só subsidiariamente carecendo a filha de bens, com que se dote, e ainda assim assignando-se-lhe menor que a huma filha legitima, e proporcionado só a hums competentes alimentos. Isto quando o pai he obrigado, e involuntario, porque voluntario, sendo natural a filha, ainda que o pai seja nobre, lhe póde dotar o 3.^o ex Ord. liv. 4 tit. 92 §. 3, e sendo *espuria*; e não tendo filhos legitimos lhe póde constituir hum dote ainda excessivo, como para alimentos, quanto ao *usufructo*, com reversão da propriedade a seus herdeiros nos termos que distinguem, e declarão Bagn. a n. 106, Guert. tr. 2 liv. 1 cap.

6 a n. 157 Fragos. supr. §. 3 a n. 50, Pag. de spur. cap. 7.

„ *Si dicendum quod res est, constat, ab al-*
 „ *mentis ad dotem non posse formam duci ar-*
 „ *gumentum; adeoque quod solvendum spuria,*
 „ *non rationem dotis, sed alimentorum habet.*
 „ *Cum itaque nuptiis sequutis, marito ejus*
 „ *onus alendi incumbat, pater naturalis ab hac*
 „ *obligatione liberatur.* „ Stryk. supr. sub §.
 5. E só sendo pobre o marido recathe no pai
 essa obrigação, Fragos. p. 3 liv. 3 disp. 6 §. 1
 n. 13. Neste sentido devemos entender a Nota
 de Mello a este §. 6 se quizermos salvalla de
 erro, e de obscuridade.

TIT. IX. §. 7. RUBR.

Item Mater.

N. 1. **Q**ue a obrigação da mãe he substituída
 para dever dotar a filha, e só quando
 o pai he pobre, convem todos os DD. Gam. de.
 376, Bagn. cap. 13 a n. 54 et 76, Julio Capon. de
 dote q. 4 n. 69, Fontanel. claus. 5 gloss. 2 a n. 1.
 Porém cissa na mãe ainda que opulenta 1.º, quando
 a filha tem hum competente dote: 2.º, quando ao
 tempo que lho pede já está casada, Gam. supr. n.
 5, Bagn. n. 83. Mas contra Gam. no 2.º caso está
 Fontanel. supr. n. 11, e a Fontanel. segue Julio Cap.
 n. 69 reprovando ambos a 2.ª limitação.

N. 2. Todo o exposto neste §., e nos precedentes deve entender-se debaixo destas distincções:

1.^a, ou a filha vivendo ainda ambos os pais casados conforme o costume do Reino pede o dote. E neste caso ambos devem igualmente dotalla, Peg. 3 for. cap. 34 n. 198, Cald. for. conselha. 1, Voet. ad Pand. liv. 23 tit. 3 n. 15. Groeneweg. in Cod. liv. 5 tit. 12 L. 14, Stryk. us. mod. liv. 23 tit. 3 §. 16 Mello hic.

N. 3. 2.^a, Ou os pais ambos promettem voluntarios hum dote a huma filha, e são casados conforme o costume do Reino; tãobem sem dúvida ficão obrigados por igual, assim como o erão se constituissem o dote involuntarios: e se são casados por contrato, e ambos voluntarios promettem o dote; tãobem ficão obrigados por igual, Cod. Civ. dos Francezes art. 1544, e o sente Fragos. p. 3 liv. 2 disp. 5 §. 3 n. 37, Vide Valasc. cons. 127. Pereir. dec. 13 n. 2, Guerr. tr. 2, liv. 6 cap. 3. a n. 47.

N. 4. 3.^a, Se o pai independente da mulher prometter voluntario á filha hum dote em dinheiro ou moveis, fica efficazmente obrigado por mais que a mulher repugne, Cald. cons. 1 n. 21 et 33, Pereir. dec. 13 n. 2 et 3, Guerr. tr. 2 liv. 6 cap. 3 n. 20. 21 et a n. 25. E deve pagar-se do commum; mas soluto o matrimonio, deve imputar-se na legitima de dotada, e 3.^o do marido sem sahir do da mulher, Phæb. dec. 98 n. 11, Valasc. cons. 118 n. 6. (Veja-se o meu Tratado das Execuções a §.)

N. 5. 4.^a, Se o marido sem consentimento da mulher dota voluntario bens de raiz a qualquer filho, he nullo o dote pela generalide da Ord. liv. 4 tit. 48, e neste sentido fallão os DD. com os quaes Guerr. supr. a n. 23. Bem como em nenhum caso a mulher pôde dotar á filha, ainda mesmo dinheiro, ou movel sem consentimento do marido, e he nullo o dote Guerr. supr. a n. 31 Phæb. dec. 98 et 181, Peg. tom. 7 ad Ord. liv. 1 tit. 87 §. 4 a n. 276,

Cald. cons. 1 n. 30, Portug. liv. 1. prælud. 2 §. 3 n. 102.

N. 6. 5.^a, Se o pai voluntario quer dotar hum filho commum, e a mãe injustamente repugna, tem o marido regresso ao Magistrado para supprir o consentimento da mulher, convencendo-se irracional o seu dissenso. O mesmo procede quando a mulher quer dotar o filho commum, e o marido injustamente repugna, porque tem a mulher igual regresso ao Magistrado Guerr. tr. 2 liv. 6 cap. 3 a n. 29 et 33. E ainda que o mesmo Guerreiro n. 35 et 37 quer que nestes casos se impute na parte do marido, ou mulher o que dá, ou dota contra vontade do outro, he erro, visto que os conjuges são obrigados a dotar os filhos do commum; e huma vez que o Magistrado julgue injusta a repugnancia de algum delles, fica supprido o seu consentimento como que se o renitente o prestasse. Da mesma fórma que quando o marido com justa causa quer alienar bens de raiz, e a mulher injustamente repugna, supprindo o Juiz o seu consentimento, não se imputão na parte do marido os bens alienados, nem se salva a parte da mulher, como diz o mesmo Guerreiro tr. 2. liv. 6 cap. 2. n. 84. Este he o sentimento dos DD. citados N. 2. A Ord. liv. 4 tit. 97 §. fin. não faz argumento em contrario; porque procede quando o marido faz essa nomeação, sem consentimento da mulher, e sem recurso ao Magistrado.

N. 7. 6.^a, Semelhantemente se o marido, ou mulher quer dotar hum filho que não seja commum, e o outro não consente, tem o mesmo recurso ao Magistrado, Guerreiro tr. 2 liv. 6 cap. 3 n. 29 et 33. E só neste caso he que dissoluto o matrimonio deve o dote sahir da patte do conjuge que o fez, e não dos bens do padrasto, ou madrasta que não tinha tal obrigação.

E assim a subsidiaria obrigação da mãe só procede, ou quando ella he rica, e o pai pobre; tendo casado por contrato, sem communicação de bens; ou quando o pai já he morto; ou quando não ha avos Paternos, que antes da mãe são obrigados, Card. de Luc. de Dor. disc. 142 a n. 38, Bag. ep. 13 a n. 79, Cod. Freder. p. 1 liv. 2 tit. 4 art. 1 §. 28 ad 33.

TIT. IX. §. 8. RUBR.

Et Frater.

N. 1. **D**A L. 12 §. 3 ff. de Administr. Tutor. deduzem communmente os DD. a conclusão que o irmão rico he obrigado dotar a irmã *germana*, ou consanguinea pobre, ainda que não a *uterina*, mas em subsidio não havendo pais ou avos ricos, aos quaes incumbe essa primaria obrigação. Assim com todos os nossos Reimcolas, e outros muitos tex. professo Bagn. cap. 13 tot., Peg. tom. 7 ad Ord. pag. 237, Card. de Luc. de Dor. disc. 142 n. 57, Michal. de Frat. p. 3 cp. 33, Constant. ad stat. urb. annot. 32 tot., Jul. Capon. de dote q. 4 a n. 73 ad 88, Mich. ad Struv. exerc. 30 thes. 3. pag. 123. Stryk. not. a disp. 20 cp. 4. a n. 25.

N. 2. Contra esta torrente dos DD. se levanta Coccey Jus Controv. liv. 23 tit. 3 q. 4 demonstrando fuor o argumento que o commun dos DD. deduz do liv. 12 §. 3 ff. de administrat. tutor. Porém apeszar desta singularidade a commua opinão he a que se segue, e foi adoptada por huma lei de Hespanha que refere Cordob. na lei Si quis a Liberis §. idem n. 95 ff. de Liber agnos.

N. 3. Quanto ás *Irmãs* *úterinas* he questão muito opinativa se o irmão rico as deve dotar? Pela parte negativa está com os nossos dois Barbozas, Pinheiro Pegas, Caldas, e com Molina Michaloro, Fontanella, e outros, o mesmo Bagn. cap. 13 n. 50 respondendo ás objecções contrarias a n. 51, Stryk. et Mul. supra. Pela mesma opinião refere outros muitos Constantin. supra a n. 314 Porém desde o n. 13 segue como mais fundada na equidade a opinião, que favorece a *uterina*, e o mesmo Bagn. no n. 73 só admoesta ao irmão rico que exercite com a *uterina* o officio da caridade; se bem que todos concordão que deve prestar-lhe alimentos.

N. 4. He pois conforme a melhor opinião o irmão rico obrigado alimentar a irmã *germana*, ou consanguinea (quidquid sit quanto á *uterina*) ainda que 1.º, o irmão não tenha redditos mais que de algum pingue e rendoso Benefício Eclesiastico, Mul. supr. 9. *Deprivatus* et Stryk. vol. 1.º disp. 20 ep. 4 sub n. 25, Fontanell. supr. a n. 30 Michal. dito cap. 33 n. 3 de *Leg. de Dot. disc. 144 n. 57* Cald. for. cap. 1 q. 18 n. 28. E muito mais se o irmão Clerigo tiver abundantes bens patrimoniaes, porque a razão do estado o deve estimular muito mais á piedade de dotar huma irmã pobre, dotando-a (se tiver Benefício) primeiro por estes bens, e só subsidiariamente pelos redditos d'elle, *Charly. dec. 45 n. 12*, *Legun. de Fruct. 2 p. cap. 9 a n.º 9 et 11*, Fontanell. supr. n. 32, Barboz. p. 4. liv. 2 ff. *solut. matrim. n. 132*, Bagn. supr. a n. 39 ad 44 (advertindo n. 43 que para esta coacção deve ser demandado no Juizo Eclesiastico) Conf. Altim. tom. 5.º q. 39 n. 365 e 371. Jul. Epon. de *Dot. q. 4. n. 79* pag. 74 optime Constant. ad stat. urb. annot. 32 a n. 4.

N. 5. Ainda que 2.º, o irmão não tenha mais que algum opulento morgado, de cujos redditos tenha

sobejos com que possa dotar o irmão; e isto não como onus annexo ao morgado, mas tão sómente pela simples razão de irmão rico, e opulento, Reg. de Maior. cap. 4. n. 316 Cald. for. liv. 1. q. 18 n. 27, optime Bagn. dito cap. 13 a n. 20.

N. 6. Ainda que 3.º, o irmão rico nada herdasse dos pais, e a sua opulencia lhe viesse *aliundã*, Michal. de Fratr. p. 3. cap. 32 n. 4, Cancet. 1. var. cap. 16 sub n. 31, Bagn. supr. n. 18 et 19, Mul. ad Struv. supr. pag. 423 coll. 2 in princ., Stryk. vol. 1 disp. 20 cap. 4 sub n. 25 Constantin. supr. n. 3.

N. 7. Aindaque 4.º, o irmão seja menor, com advertencia de que sendo necessario vender, ou alienar bens de raiz para constituir o dote á irmã pobre, he indispensavel o Decreto judicial, aliás he nulla a alienação, e nullo o dote, Bagn. supr. a n. 4. Se bem que se o irmão opulento, e menor dota huma irmã pobre, fica ratificado o dote, não o reclamando elle até a idade de 29 annos, Percir. dec. 28. tit. *ubi judicatum.*

N. 8. Ainda que 5.º, este dote se peça pela irmã para entrar em Religião, Bagn. n. 37. Aindaque 6.º a irmã tivesse sido desherdada justamente pelo pai, Cald. for. liv. 1. q. 18 n. 26, Phæb. dec. 46, Bagn. supr. n. 38. Porém em contrario vejo Julio Cap. de dot. cap. 4. pag. 74 n. 81, Barbos. na L. 1. p. 4 n. 145 ff. solut. matr. Veja-se *pro utraque parte DD.* apud Altim. de Nullit. tom. 5 q. 35. n. 375. Ainda que 7.º, seja irmã femea, porque he igualmente obrigada dotar a irmã pobre com tanto que aquelle se não espolie do seu necessario dote, Bagn. supr. n. 46 et 47. e alem dos DD. que ali refere, Julio Cap. supr. n. 80.

N. 9. Se a irmã pobre tem irmãos bilateraes, e consanguineos unilateraes, a primeira obrigação de a dotar incumbe aos irmãos germanos, que aliás hão de ser seus herdeiros *ab intestato*. Card. de Luc. de

dot. disc. 142 n. 60, Bagn. dito cap. 13 n. 45, Constant. supr. ~~Sé tem muitos germanos~~, ou consanguíneos, cada hum dos quaes não póde por si só constituir-lhe dote competente ~~de~~ ~~em~~ ~~concorrer~~ todos conforme suas possibilidades para o prefazerem, ad instar do que dos alimentos fica dito no Tit. 6 §. 25 n. 19.

N. 10. Esta obrigação, como já vimos no N. 1.º, he subsidiaria em falta de todos os ascendentes. Ella cessa quando a irmã tem o sufficiente com que se dote, ou prendas tão estimaveis que haja esposo que a queira sem dote; e se ella não tem o sufficiente, só o irmão he obrigado a suplementar-lhe a falta, Mul. ad Struv. supr. pag. 423 col. 2, Michal. p. 3 cap. 3 n. 19, Fontanel. n. 11, Bagn. n. 16 et 17. E cessa quando o irmão he pobre, Mul. supr. Phæb dec. 156 n. 20, Pereir. dec. 28 n. 5. = *Inops autem hoc in loco dicitur, cui, dote Sorori data, non tantum superesset, ex quo ipse cum suis secundum dignitatem, et conditionem suam commode vivere posset.* = Struv. supr., Peg. de Maior. cap. 4 n. 376.

N. 11. Adverte porém o mesmo Michal. n. 24 que „ *Quando frater tenetur dotare sororem in subsidium, non est rigorose taxanda dos, sed solum constituenda juxta meram necessitatem.* = E accrescenta Bagn. n. 103, que este dote deve constituir-se por arbitrio do Juiz. „ *Non tamen eo modo, quo dos a patre constituenda est filiae, quinimo ista dos subsidiaria strictius, et quantum fieri potest, ad limites necessitatis taxanda videtur, et non est attendenda dignitas dotantis, sed principaliter qualitas dotandæ, juxta quam dicta necessitas regulanda est etc.* „ Confirrao-se o Card. de Luc. de dote disc. 144 n. 49, e Constant. supr. a n. 26.

TIT. 9. §. 9. RUBR.

Non tenetur Filius Matrem dotare.

Esta com effeito he a regra que provão De Luc. de Dôr. disc. 142 n. 64, Bersan. de Viduis cap. 3 q. 14 n. 11, e com outros Bagn. cap. 13 n. 58. Porém esta regra se limita quando a mãe pobre he muito moça, e formosa; ou ainda que o não seja, se teme o perigo da incontinencia; ou quando o filho mesmo consente nas segundas nupcias, Bersan. supra n. 12, Bagn. a n. 59 ad 70.

TIT. 9 §. 10 RUBR.

De quomodo probetur.

N. 1. SE se trata de dote prometido pelas pessoas especializadas na Ord. liv. 3 tit. 59 §. 11 e 15 não he necessaria para prova Escripura pública, mas basta nos termos do §. 11 a de testemunhas, e no do §. 15 o reconhecimento da letra, ou o selo de ses grandes, cujos escritos valem como Escripturas publicas. Nestes casos, em que assim se admite esta prova, he tão favoravel o dote que admite provas leves, testemunhas singulares, e menos idôneas, huma só testemunha, conjecturas, confissões extrajudiciaes, palavras ambiguas, promessas incertas, etc., Guerreiro tr. 2 liv. 7 cap. 2 a n. 67, Sylv. ad Ord. liv. 3 tit. 59 in princip. a n. 75 et 79, Guerreir. ad Ord. pag. 277 a n. 22, Peg. 1 for. cap. 3 a n. 606, et

tom. 3 for. cap. 34 n. 423, 424, 425, 314, 316, et a n. 532, et tom. 7 ad Ord. liv. 1 tit. 87 §. 21 sub n. 7 pag. 274 com os muitos mais estrangeiros, e Reinicolos, que estes referem.

N. 2. Não deixa porém de ser suspeito de falso hum dote avultado, que se pretende provar por testemunhas, e de que se não mostra Escripura publica, nem ao menos hum escripto particular, Peg. 1 for. cap. 3 sub n. 611, et 3 for cap. 28 sub n. 860, Noguerol. alleg. 26 n. 127 et 128. O mesmo Peg. 1 for. cap. 3. sub n. 610 refere julgado serem necessarias neste Reino provas legaes e concludentes da promessa de Dote, e que não sejam humtas taes, como as que forão abandonadas nos casos apud Peg. 3 for. cap. 28 a n. 854; et cap. 45 n. 533, 534, et apud Guerreiro supr. a n. 82 ad 85. Eu nesta variedade deixaria a prova por testemunhas ao prudente, e bem regulado arbitrio de julgador, tratando-se entre pessoas das especializadas na Ord. liv. 3. tit. 59 §. 11. Veja-se tambem o que variamente deliberarão apud Guerr. for. q. 94 os Senadores nas deliberações ahi transcriptas.

N. 3. Se o dote antes do matrimonio he prometido immediatamente ao genro, e não á filha, dizem Gam. dec. 264 n. 5, Sylv. a Ord. liv. 3 tit 59 in princ. n. 72, Guerreiro tr. 2 liv. 7 cap. 2 n. 90 et 91, Peg. e outros, que depende de Escripura publica para prova. Porém esta conclusão entendida absolutamente não he verdadeira, a menos que o dote não seja expressamente prometido ao genro, e mesmo em particular favor, e beneficio delle, que ainda nesse tempo he pessoa estranha. Se porém (como he frequente) o genro trata com os sogros a quantidade do dote, e elles lho promettem. Este dote essencial, e primariamente he mais relativo á filha, que ao genro, e assim em dúvida se deve interpretar, ex L. 72

§. Si testator ff. de legat. 1; Cald; de Nomin. q: 12 a n. 15. E em consequência hum dote assim prometido relativamente á filha, antes do matrimonio, tratando o genro o negocio, fica provavel por testemunhas, como exceptuado no §. 11 da Ord. liv. 3 tit. 59.

N. 4. Tambem o dote se póde provar pela prescripção, e presumpção do direito, sem Escriptura pela posse de 30 annos entre consanguineos, como no caso, que se vé julgado em Peg. 3 tor. cap. 32 a n. 50.

N. 5. Se porém o dote he prometido por pessoa das não exceptuadas na Ord. liv. 3 tit. 59 §. 11 e 15 fica comprehendido na generalidade do principio da dita Ord. Porém esta Ord. facilmente se dispensa pelo Desembargo do Paço para se provar a promessa do dote pela prova do direito commum, Sylv. supr. n. 78. Guerreir. n. 87 et 88. Sobre a pratica das quaes dispensas consulte-se o mesmo Sylv. a n. 38, e França ad Mend. p. 2 pag. 13 a n. 97.

TIT. 9 §. 11 RUBR.

Quibus in rebus consistat.

N. 1. **J**A' vimos ao §. 3 deste Tit. que independente de outra expressão, se reputão *dotaes* todos os bens com que a mulher casando por contrato entra para o casal, ou dotando-se a si com elles, ou sendo dotada por outro, e que só ficão *parafernaes* os que se exceptuão do dote. Este pois que a mulher se constitue, ou outro lhe constitue, póde consistir 1.º, em bens moveis e de raiz, allodiaes, direitos, e acções, Mul. ad Struv. Exerc. 30 thes. 6;

2.º, em bens emphyteuticos, e de morgado em que a mulher he emphyteuta, ou administradora, Reper- tor. debaixo da conclusão = *Marido que faz doação á mulher.* = Portugal liv. 1 prelud. 2 §. 6 n. 31, Mul. supr. pag. 428, Arouc. alleg. 83 n. 6, Voet. liv. 23 tit. 3 a n. 3. Veja-se largamente o Cod. Freder. p. 1 liv. 2 tit. 4 art. 1.º §. 49.

N. 2. 3.º, ficção com natureza de dotaes os bens que o marido compra com dinheiro dotal; com tanto que ou assim se estipulasse *preventivamente* na Escri- ptura *antenupcial* que ficarião dotaes os bens que se comprassem com o dinheiro dotado; ou no acto da compra o marido, e mulher de uniforme consenti- mento assim o convencionem que fiquem os bens com- prados comó subrogados em lugar do dinheiro dotal. De outro modo e faltando estas precauções, o marido adquire o dominio nos bens que compra com o dinhei- ro do dote, e só á mulher resta o direito de hypo- teca nos bens assim comprados com o seu dinheiro para preferir a quaesquer credores do marido. Isto a pezar do que embrulharão Guerreiro tr. 2 liv. 7 cap. 2 a n. 95 e Peg. 3. for cap. 36 sub n. 53, he o que mais solidamente assentão os DD. na questão = *An res ex pecunia dotali comparata fiat dotalis?* = Como póde ver-se em Bagn. cap. 22 n. 20, Stryk. vol. 5 disp. 17 cap. 2 §. 55, Struv. et Mul, Exerc. 30 thes. 6, e melhor em Costa de Privil. credit. re- gub. 1.º ampliação 8 a n. 14, e esta he a opinião que abraçou o Cod. Civ. dos Francezes art. 1553.

N. 3. 4.º, quando a mulher tem hum *usufructo*, *humã Tença*, ou *Juro Real* com que entra para o casal, ou com que expressamente se dota, he huma questão muito controversa; se só consiste o dote no direito do usufructo, ou da tença, e se ao marido pertencem todos os fructos, e vencimentos annuaes; ou se estes augmentão o dote successivamente, de

fórma que todos devão restituir-se, soluto o matrimonio, sem que o marido os fizesse seus? Esta questão tratarão largamente por huma, e outra parte Peg. 3 for. cap. 36 a n. 54, e Olea de Cess. jur. nas Addições ao tit. 6 q. 2. a n. 51, o Card. de Luc. in conflict. leg. et rat. obs. 45., Bersan. de viduis cap. 2 q. 45 com os mais que referem. Porém o Cod. Civ. dos Francezes, que adoptou as opiniões mais solidas, removeo a duvida no art. 1568 decidindo que „ *Se hum usufructo tem sido constituido em dote, o marido, ou seus herdeiros não são obrigados na dissolução do matrimonio mais que a restituir o direito do usufructo, e não os fructos deferidos durante o matrimonio.* „

N. 4. Tem 5.º, a natureza de bens dotaes aquelle dote que o marido mais velho, ou menos nobre, ou tudo juntamente constitue a sua esposa nos termos que se vê julgado (quanto á validade) em Peg. de Maior cap. 1 n 15 25 26 27, se contraem o matrimonio por contracto sem communição de bens no caso de não haver filhos do matrimonio, Peg. 3 for. cap. 36 a n. 10.

N. 5. Tem 6.º, a natureza do dote (quando o matrimonio se contrahe por *contrato*) o augmento que do mesmo dote se faz constante o matrimonio, Peg. 3 for. cap. 35 n. 583, Guerreiro tr. 2 liv. 7 cap. 2 n. 60 et 61, Arouc. alleg. 83 a n. 5, mas com a differença que fazem Luc. ad Gracian. cap. 172 a n. 22, e Michal. de Fratr. 1 p: cap. 29 a n. 15 entre o caso de ser o dote augmentado pela mulher, ou por qualquer terceiro em favor della, ou pelo marido mesmo, sendo no primeiro caso propriamente augmento com a mesma natureza, e não no segundo, a menos que a mulher não fosse mais nobre, ou de menos idade. *Aliter* o Card. de Luc. in conflict. leg. et rat. obs. 48. Se bém que o Cod. Civ.

dos Francezes art. 1543 recortou as duvidas, determinando que o dote não possa ser constituido sem mesmo augmentado durante o matrimonio.

N. 6. Tem 7.º, a natureza de dotal o prédio que se dota estimado, quando esta estimação não induz venda; *aliter* quando a induz. Sobre o que e quando a estimação do dote induz ou não venda para ficarem os bens conservando, ou não a natureza de dotaes (distincção que teve em vista a Lei de 20 de Junho de 1774 §. 40.) Veja-se ex professo Bagn. cap. 22, Guerr. ad Ord. pag. 264 e seguintes, e alem destes Voet. ad Pand. liv. 23 tit 3 a n. 19, et tit. 5 n. 3, Conciol. alleg. 5, De Luc. de dot. disc. 17; e melhor in conflict. leg. obs. 52, Fontanel. claus. 5 gloss. 7 p. 13.

O mesmo Cod. Civ. dos Francezes art. 1551 e 1552 reduzio a variedade de opiniões e distincções a estas duas tão claras, e simples regras. 1.ª, Se o dote ou parte do dote consiste em objectos moveis mettidos em preço pelo contrato, sem declaração que a estimação não faça venda, o marido fica proprietario, não hé devedor mais que do preço dado, ou novel. 2.ª, A estimação dada ao immovel constituido em dote, não transfere a propriedade ao marido, se *abi não ha declaração expressa.*

N. 7. Conservão 8.ª, a natureza de bens dotaes os da mulher casada por contrato, ainda que do matrimonio haja filhos; em quanto o matrimonio se não dissolve por morte; e isto pela possibilidade de morrerem elles em vida da mãe, Maced. dec. 21 n. 14, Guerreiro for. q. 98 et signanter n. 94, *quidquid in contrarium sentiat*, Peg. 3 for. cap. 36 n. 153. Bem como ainda havendo filhos se se convencionava expres-

sa, ou tacitamente que os bens da mulher sejam dotaes, e incommunicaveis, Maced. d. dec. 210

Se o dote prometido tem a natureza de verdadeiro dote, veção-se Stryk. vol. 5 disp. 17 cap. 1 § 13 et 14, Julio cap. de dote ad rubr. de solut. matr. q. 5. tot.

TIT. IX. §. 12 RUBR.

Illius quantitas.

DEixando os factos historicos, e o dote voluntario feito pelo Pai, ou estranho em quantia certa, só trato da rubrica deste §. debaixo de dois pontos de vista 1.º, quando o pai, mãe, ou irmão são obrigados a dotarem involuntarios, nos termos que fica exposto ao §. 5 até o 9.º. E como nesses casos se deva arbitrar a congruidade do dote? 2.º, como deva arbitrar se quando o pai, mãe, irmão, ou qualquer outra pessoa promettem hum dote incerto?

N. 1. Quanto ao primeiro: „ *Se o pai e a filha ou o genro não podem concordar-se na quantidade do dote, a justiça a determinará, e a regulará á proporção dos bens do pai, e segundo o numero dos filhos e a condição do esposo.* „ Cod. Freder. p. 1 liv. 2 tit. 4 art. 1 §. 32. Esta mesma norma de arbitrar a congruidade do dote á filha, seguem com muitos DD. Guerreiro á Ord. pag. 215 n. 4, aonde só acrescenta que o arbitrio se deve regular *per quantitatem legitime, seu quotæ legitime æquivalentis* (o que só póde ser praticavel nas filhas de matrimonio) Stryk. de success. ab intest. Diss. 8

cap. 10 §. 25 et 26 , e melhor no vol. 5 disp. 17 cap. 1 §. 23 aonde diz „ *Quenam dos congrua dicitur relinquitur arbitrio Judicis ; qui tamen quantitatem ejus definiet , ut respondeat , vel legitime , in liberis scilicet dotandis ; vel consuetudini Regionis , aut familiae ; vel determinabit juxta facultates dotantium , dignitatem parentum ; qualitatem persone dotandae ; qualitatem conjugis , cui persona dotata jungenda ; et numerum liberorum , familiae et temporum qualitatem.* „ Vejão-se Bagn. cap. 12 a n. 5 , e ex professo Fontanell. de Rit. nupt. cl. 5 gl. 8 p. 1 et 2.

N. 2. Quanto ao segundo : Supposto que a promessa de cousa incerta he nulla L. 115 ff. de V. O. Esta regra limita-se a favor do dote, Barbos. in L. 1 Cod. de dot. promiss. Cald. for. q. 18 n. 40 Fontanell. de Pact. claus. 4 glos. 9. p. 4 Barbos. na L. 1 ff. de Solut. matr. p. 3 a n. 34. Porém deve distinguir-se o caso em que o sogro promete o dote incerto , e o caso em que outra pessoa estranha o promete assim. Se o sogro : elle fica obrigado a hum dote regulado , segundo as expostas circumstancias (n. 1.) Moraes de Exec. liv. 3 cap. 3 a n. 5.º et 10 ; ainda mesmo que reserva a seu arbitrio a quantidade ; porque se o arbitrar diminuto , ha recurso ao Juiz para o regular pelas mesmas circumstancias , Moraes n. 11. Bem como se a quantidade se commetter a arbitrio de terceiro , e este não queira fazer o arbitrio , Moraes n. 12.

N. 3. Se porém o dote incerto foi promettido por estranho (qual em sentido juridico se diz o que não he pai nem tem obrigação de dotar , ex L. un. §. 13 Cod. de rei ux. act.) ; assenta o mesmo Moraes n. 8 e 9 que a promessa he nulla , a menos que a mulher não seja muito pobre , caso em que o dote se equipara á causa pia , e vale ainda que incerto. Po-

rêm he mais humano o Cod. Freder. p. I liv. 2 tit.
 4 art. 1 §. 59 quando diz: „ *Póde-se dar em dote*
 „ *humã coisa incerta; como se se promette o dote*
 „ *em geral, e sem determinar humã certa somma,*
 „ *nem nomear o fundo dotal.* Neste caso he preciso
 „ *distinguir se o pai, ou hum estranho he o que*
 „ *tem feito humã tal promessa geral.* No primeiro
 „ *caso a Justiça regulará, e determinará o dote na*
 „ *conformidade do que he prescripto em o §. 32. (et*
 „ *supra n. 1.)* Mas se se trata de hum estranho
 „ o §. 32 (aqui o N. 1.) não poderá na verdade
 „ servir de regra á Justiça; porém não dependerá
 „ inteiramente do bom prazer daquello, que tem fei-
 „ to humã semelhante promessa; mas a Justiça
 „ examinará o que a equidade exige em hum seme-
 „ lhante caso; porque he de presumir que o marido
 „ tem sido obrigado por esta promessa a dar as
 „ mãos ao matrimonio. „ Conduz a regra do Cod.
 Civ. dos Francezes, Art. 1129.

Outras vezes se faz hum dote, e o dotador
 reserva humã illimitada liberdade de testar dos
 bens dotados, *a seu arbitrio, ou conforme bem*
lhe parecer. Nestes casos para não ficar fraudado
 o dote, só o dotador póde testar dos bens
 dotados *arbitrio boni viri até a 3.^a ou 4.^a par-*
te. Veja-se Gama Dec. 185 Card. de Luc. de
 Fideicom. disc. 139 n. 4 et 6. Fontanell. de
 Pact. cl. 4 glos. 23 n. 24 et Decis. 392. Ton-
 dut. Civil. p. 2 cp. 102. n. 5. Guerreir. for. q.
 19 n. 5. Torr. de Pact. futur. succession. liv. 3
 cap. 5 n. 103 et 104. Tal he o favor do dote
 para que o esposo não seja illudido.

TIT. IX. §. 13 RUBR.

Illustrium dotes.

Supposto que estão suspensas as Leis que relata Mello neste §., com tudo ainda fica em duvida; se a mulher senhora não dotada, nem providenciada de arrhas para o estado vidual, goza neste Reino de beneficio da authentica = *Præterea* Cod. undi vir. et uxor? Questão que o sabio Mello não devia omitir, ou neste lugar, ou no outro proprio, qual o liv. 3 Tit. 8 §. 18. Para este lugar reservo, *Deo favente*, o exame da dita questão, e se o beneficio da dita authentica póde ter pratica neste Reino.

TIT. IX. §. 14 RUBR.

Mariti jus in fundo dotali.

N. 1. **O** Illustre Mello suppondo recebidos, e praticaveis neste Reino os privilegios concedidos pelo Direito Romano aos bens dotaes, se satisfaz propondo neste §. hum delles, qual o de serem inalienaveis esses bens, ainda mesmo consentindo a mulher; e tendo esta regra varias limitações, supposto que dvidosas algumas, nem ainda as attingio, nem fez huma breve remissão aos DD. que as tratão. Eu pois supprirei o omisso para instrucção dos meus principiantes, e desengano de que a regra não he tão firme, que não padeça excepções.

N. 2. Com effeito, os privilegios que o Direito Romano concedeo aos bens dotaes (quaes os que ficão relatados debaixo do §. 11), parecem adoptar

dos neste Reino. O privilegio de não poderem alienar-se, durante o matrimonio, de quo Peg. 3 for. cap. 36 n. 159, Codig. Freder. p. 1. liv. 2. tit. 4. art. 1. sub §. 65, Cod. Civ. dos Francez. art. 1549, 1554: parece adoptado neste Reino pelo §. 40 do Regimento do Desembargo do Paço, e na Ord. liv. 4 tit. 48. O privilegio da hypoteca concedido na L. un. Cod. de Rei uxor. action. e na L. 12 Cod. Qui potior. in pignor. está imitado no §. 40 da Lei de 20 de Junho de 1774, e no §. 7 da Lei de 17 d'Agosto de 1761; os mais privilegios geralmente se presumpoem praticaveis neste Reino na Lei de 9 de Setembro de 1769. §. 27, na Ord. Liv. 4 tit. 60 no fim; Liv. 5 tit. 6. §. 20, no Regimento da Fazenda cap. 166 §. final, e cap. 167, e no Regimento das Contos cap. 76. Privilegios que miscellaneárão Guerra á Ord. pag. 213 e seguintes, Guerreiro tr. 2 liv. 7 cap. 1 2 3.

N. 3. Já vimos no Tit. 8 §. 19 N. 4 em geral o que além da venda se comprehende debaixo da prohibição da alienação, e nos seguintes Numeros se especificarão os contraccos translativos de dominio. Basta a regra da L. 1 Cod. de Fund. dotal. ibi = *Est autem alienatio omnis actus per quem dominica transfertur.* = Tudo aqui he applicavel. Só accrescento que no predio dotal inalienavel se não póde constituir *servidão* passiva, e perpetua, Pechio de Aquæ duct. liv. 1 cap. 3 q. 8 et 9. Nem *censo real*, e perpetuo, que dure depois da dissolução do matrimonio, Pinheiro de cens. disp. 1 sect. 5 §. 7, a menos que o predio não fosse dado em dote *estimado*, com estimação que o transformasse em venda (§. II N. 6.) como declarão os citados DD. Nem podem emphyteuticar-se quando o dote não he estimado com estimação que induza venda, videndus Pinheir. de emphyt. disp. 2 sect. 3. a n. 47. *Et quid* no arrendamento,

Veja-se Sylv. ad Ord. liv. 4 tit. 9 in princ. a n. 99. N. 4. Limita-se a regra geral 1.º, quando a mulher, consentindo na alienação, promette com juramento não revogar o consentimento, como com 60 DD. o nosso Guerra a Ord. pag. 278, e alem delles, Struv. Exercit. 17. thes. 24 Stryk. Us. mod. liv. 23 tit. 5 §. 5. Outros pelo contrario, que referem Guerreiro tr. 2 liv. 6. cap. 2 n. 35, Peg. 3 for. cap. 36 sub n. 159 fundados na Ord. liv. 4 tit. 73 que prohibe os contratos jurados. Porém o Tribunal Palatino costuma, como tenho visto, dispensar aquella Ord.; e dispensada ella, póde a mulher jurar a promessa de não revogar o consentimento. Entretanto se assim com a dispensa da Lei o jurar, e se sentir lesa, alguns DD. a providencção, ou com direito para a repetição do preço pelos bens do marido, Stryk. de Cautel. contract. Sect. 1. cap. 3 §. 24, et vot. 5. disp. 17 cap. 2 §. 60, et Us. mod. liv. 23 tit. 5 §. 5 no fim ¶. *Inserim.* Outros com o beneficio da restitução *in integrum* se ficar indotada; sendo nova, Veirão-se o Card. de Luc. de dot. disc. 95 et 96, et in conflict. leg. et rat. obs. 37, Fabr. in Cod. liv. 5 tit. 15 de fin. 1., quando este caso occorrer: ou quando intervir da parte do marido *dolo*, ou *medo*, Stryk. Silva.

N. 5. Limita-se 2.º, quando o marido, e mulher scientes de serem dotaes os bens, e asseverando-os livres, e alienaveis, os vendem, porque cooperando a mulher para esta fraude, e illusão do comprado; e em pena privada do direito de os reivindicar como dotaes, Barbos. 5 p. liv. 1. ff. solut. matr. a n. 33, *Senator apud* Peg. 3 for. cap. 36 n. 41 in fin., Molin. de Just. disp. 54 n. 18, Guerreiro tr. 2, liv. 6 cap. 2 n. 92. Costa de Privil. creditor. regula 2. ampliação 6 n. 167, Phæb. dec. 194 n. 2. Por esta opinião refere julgado Valasc. cons. 150 n. 13 in fine, et 17. Porém contra esta opinião e arestos declamarão

os mesmos Valasc. e Maccet. que seguiu o Senado
 apud Peg. 3 for. cap. 36 n. 159 prope fin. Declara-
 do o mesmo Maccet. a n. 41 que para ter lugar a opi-
 nião contraria, será preciso 1.º, que a mulher expres-
 samente affirme que o predio vendido não he dotal :
 2.º, que tivesse positiva intenção de enganar ao com-
 prador por meio da mentira : 3.º, com dolo tal que
 fosse capaz de illudir o homem mais sensato.

Esta opinião de Valasc. e Maccet. contra a
 commua he *plus justo* rigida. Não ha mulher
 que ignore quaes são os seus bens dotaes; nem
 tal ignorancia he pódo presumir em hum sexo
 avaro por natureza; e afferrado aos seus bens,
 ex Guerreiro q. 8 n. 34. Hum vez que vende
 os que sabe serem dotaes, illude, e engana ao
 comprador supprimindo-lhe essa verdade, Gus-
 man de Evict. q. 23 a n. 10, Rubeus de confus.
 jur. cap. 18 n. 59. A Lei a presume por isso
 dolosa; e incursa no crime de Sestonato, ex
 Ord. Liv. 5 tit. 65. A conservação dos dotes
 não nos merece as idéas dos Romanos; nem o
 favor público, que interessa nessa conservação
 (não primario, mas secundario, ex Mul. ad
 Struv. exerc. 30 thes. 21; Peg. 3 for. cap. 36
 sub n. 159) he tão forçoso que cohoneste; e
 autorize hum crime tal; e de pernicioso exem-
 plo; e entra em collisão o outro bem público,
 que interessa no castigo dos delinquentes; e o
 mais proporcionado a esta culpa, e tirado da na-
 tureza della, deve ser; ficar a mulher privada
 da acção de reivindicar o que dolosamente ven-
 deo. O modo reverencial tessa hum vez que el-
 la expressamente por Escripura approve a venda,
 como se nota na generalidade da Ord. liv. 4
 tit. 48. Pelo que eu seguiria a opinião que neste

caso de brega á mulher a acção, a menos que elle se não provasse leste, e violentada pelo marido p.^o Senator apud Peg. 3 for. cap. 36 n. 25; Fontanel. de Pact. claus. 7. gloss. 3 p. 13 a n. 27. (Veja-se porém Julio Capon. de dot. ad L. 1 de Solut. matr. q. 5 n. 11 et 12). E quando o dinheiro se convertesse só em utilidade do marido, eu unicamente lhe concederia regresso contra elle, e seus herdeiros para a indemnisação, conservando-se em paz o illudido comprador. Nisto conclue; e com estas distincções Bersan. de viduis cap. 2. q. 14 a. n. 17.

N. 6.º Limita-se 3.º, se se mostra que o dote foi estimado com estimação, que induza venda. (Confer. S. de her. no 6.) porque neste caso he valida a alienação, salva só á mulher a acção contra o marido; ou seus herdeiros pela estimação, e executidos estes, subsidiariamente contra o 3.º comprador, Peg. 3 for. sup. n. 16 a n. 167; Codig. Freder. p. 117 Aliv. 2. tit. 14 art. 1.º §. 65; Fontanel. claus. 7.º Gloss. 3 p. 13 p. n. 50, Guerreiro tr. 2. liv. 6 cap. 2 n. 89 et 90. mod.

N. 7.º Limita-se 4.º, quando os bens doteaes se alienão para livrar da prizão ao marido; como refere julgado Peg. 3 for. cap. 36 n. 154; Gam. dec. 308 (onde só sublimita havendo no contrato dotal alguma contraria cautella,) Senator apud eund. Peg. dit. cap. 36 n. 158, Guerreiro supr. n. 95; jurisprudencia que adoptou o Codig. Civ. dos Franceses art. 1558. O contrario quando o marido ainda não está prezo, e só se teme a prizão; se vé julgado no mesmo Peg. cap. 36 a n. 154. Hoje porém que depois do Assento de 18 de Agosto de 1774 ninguém por via de regra póde ser reido na prizão por dividas civeis, ou criminaes, cessa esta limitação; porque fazendo o marido cessão de bens proprios, e dos fructos dos bens

dotaes, he logo solto. Se bem que ainda podem verificar-se casos, em que seja frustrado o favor do dito Assento, como mostra no meu Tratado das Execuções a §. e nesses casos poderá ter intrancia esta limitação.

Antonio Fabro no seu Codig. liv. 5. tit. 15 def. 3.^o refere este caso celebre. Huma mulher fez prender o marido pelas sevicias com que a tratava; foi condemnada a satisfazer todos os alimentos que o marido gastou na prisão; executárão-se-lhe para essa satisfação alguns bens dotaes. Julgou-se que não podia reivindicallos nem constante, nem dissoluto o matrimonio.

N. 8. Limita-se 5.^o, quando a alienação dos bens dotaes he para sustentação necessaria da mulher, marido, e filhos do matrimonio, Gam dec. 366 n. 7, Moraes de execut. liv. 6 cap. 8 n. 65, Castilh. de alim. cap. 65 n. 10, Velasc. de Privileg. pauper. p. n. q. 48 n. 8, Cod. Civ. dos Francezes art. 1558 (bem entendido que em falta de outros bens). Em ontrario estão Valasc. Cons. 128 n. 4 et de Part. cap. 23 n. 7, Sylv. ad Ord. liv. 3 tit. 86 § 23 n. 68, Arouc. alleg. 83 n. 8, Peg. 3 for. cap. 36 n. 15 et 139, Guerra a Ord. pag. 257, Fragos. p. 3 liv. 2 disp. 5. § 4. n. 60.

A primeira opinião dos Moraes n. 65 in fin. que he mais commua, e racional, e Sylv. n. 72 o reconhece, bastando ver-se adoptada por huma tão sabia Legislação dos Francezes. Porém para ser applicavel he necessario 1.^o, que conste da versão do dinheiro em alimentos da Familia por outro modo que não seja a confissão do marido, Arouc. n. 10: 2.^o, que o marido não ti-

vesse outros bens seus proprios, mais que os dotaes, Arouc. n. 11, Guerreiro q. 98 n. 23. Confirãose Castilh. e Velasco supra. Todas estas opiniões refere Scopa ad Gratian., aliàs refere Luca ad Gracian. cap. 107, e segue no n. 9 a primeira. Quanto a mim he certo que a mulher deve subsidiariamente alimentar ao marido, e aos filhos, Fabr. in Cod. liv. 5 tit. 15 def. 1. n. 12 Gal. de Fructib. disp. 20 art. 3 n. 16 Muler. ad Struv. exerc. 30 thes. 21. Esta he huma causa necessaria, e indispensavel, pela qual, por via de regra subsiste a alienação do fundo dotal, Guerreiro tr. 2 liv. 6 cap. 2 a n. 95, Barbos. in L. 1 Cod. de fund. dot. n. 15, Mul. ad Struv. exerc. 30 thes. 21. A obrigação natural, e civil subsidiaria que a mulher tem de soccorrer ao marido, e filhos prevalece ás razões politicas das conservações dos dotes, com tanto que a mulher não fique reduzida á propria indigencia; porque então não pôde haver Lei que prefira a sua conservação á do marido, e filhos.

N. 9. Limita-se 6.º, quando o dinheiro producto do fundo dotal vendido se emprega utilmente em outro, que por consentimento da mulher fique dotal, Struv. exerc. 30 thes. 21, Voet. liv. 23 tit. 4 n. 6. Ou quando para pagar dividas da mulher anteriores ao dote, ou dos dotadores, com que os bens dotaes passarão affectos; ou quando no contrato dotal se salvou a faculdade de os alienar, Cod. Civ. dos Francezes art. 1557 e 1558, Cod. Freder. p. 1. liv. 2 tit. 4 art. 1 §. 65 no fim.

Alguns DD. permitem consentindo a mulher, a permutação dos bens dotaes que seja interessante, e vantajosa, Brunneinan. na L. 1 Cod. de Fund. do

tal n. 3 Voet. ad Pand. liv. 23 tit. 5 n. 6 ex L. 26 et 27 ff. de Jur. dot., Barbos. p. 5. L. 5 n. 7 ff. Solut. matr. Cod. Freder. p. 1. liv. 2 tit. 4 Art. 1 §. 65 no fim, e conduz o que fica notado no Tit. 8 §. 19 n. 13, e a doutrina de Peg. 3 for. cap. 36 n. 220. Porém attenta a generalidade do §. 40 do Regimento do Desembargo do Paço, não me atrevo a firmar como solida esta limitação; e muito mais vendo os escrupulosos requisitos, que para a permutação dos bens dotaes faz precisos o Cod. Civ. dos Francezes, Art. 1559.

N. 10. Finalmente limita-se a regra quando a alienação do fundo se faz por causa necessaria e coactiva, L. 1 ff. de Fund. dotal L. 2 Cod. eod. tit. Sendo principio geral que „ *alienatione prohibita non comprehenditur alienatio necessaria* „ Costead. Dec. 275 n. 26, Portug. de donat. liv. 3 cap. 38 n. 74, Seguir Barbos. na L. 1 Cod. de Fund. dot. n. 15. Mul. ad Srruv. exerc. 30 thes. 21.

Entre as causas necessarias podemos connumerar 1.º, as adjudicações em execução da L. de 9 Julho de 1773: 2.º, a Constituição das Servidões em execução da L. ou Alvar. de 27 de Novembro de 1804, §. 11, 12, 13, como mostrei na Dissertação special: 3.º, o caso da L. 1 ff. de Fund. dotal, e da L. 2 Cod. tit.: 4.º, o caso de ser necessario o fundo dotal para entrar em algum edificio publico, e edificar Igreja, Mosteiro, etc. Silv. ad Ord. liv. 4 tit. 1 in rubr. art. 6 n. 42: 5.º, quando o fundo dotal estava exposto a alguma especie de retrato legal ou convencional, Cortead. dec. 275 sub n 27: 6.º, quando são necessarias grossas, e indispensaveis

reparações nos bens dotaes, Cod. Civ. dos Francezes, Art. 1558:: 7.º, quando o fundo dotal estava em commum, e se sujeita á partilha, e sendo individuo, á licitação, Cod. supra Mul. ad Struv. supra: 8.º, para dotes, e estabelecimentos dos filhos da mulher, ou communs, como causa necessaria, Cod. supra Art. 1555, 1566.

TIT. 9 §. 15 RUBR.

In paraphernalibus bonis.

N. 1. **P**arafernaes (deixando o muito que sobre esta palavra discorrem os DD.) ficão sendo todos os bens *præter* ou *extradotes*; isto he em todos os que a mulher, quando se dotou, ou a dotarão reservou para fóra do dote; ou todos aquelles, em que depois de constituido o dote, e ainda constante o matrimonio, succedeo por testamento, ou por doações, ou *ab intestato*, ut bene, Mul. ad Struv. tom. 4 pag. 404, Pereir. in Elucidario n. 1685, Guerreiro tr. 2 liv. 7 cap. 13 a n. 1; et ex professo, Fontanel. de pact. nupt. claus. 6 glos. 2 p. 7 a n. 1, Stryk. vol. 5 disp. 17 cap. 3 et 4, e disp. 18 cap. 2, Bersan. de vid. cap. 2 q. 35 a n. 1; Cod. Civ. dos Francezes art. 1574.

N. 2. A differença de bens *dotaes*, *parafernaes*, e *acquestos conjugaes*, suppoz claramente o nosso Legislador na Orden. liv. 5 tit. 38 §. 2 *ibi*. = *Bens que em dote fossem dados* (eis-aqui os dotaes) *ou por successão, ou doação a mulher houvesse* (eis-aqui os parafernaes diversos do dote)... *Outros bens qua ambas* (marido; e mulher) *houvessem adquirido*. =

(eis-aqui os acquestos conjugaes). Concorda a Ord. liv. 5 tit. 25 §. 6 nas palavras *ibi = haberá o marido que a accusar, todos os seus bens assi dotaes, como quaesquer outros que a esse tempo tiver.* =

N. 3. A natureza destes bens *parafernaes*, segundo o Direito Romano, se acha largamente exposta por Mul. ad Stru. tom. 4 exere. 29 thes. 56, *ex professo* por Fontanella de Pact. nupt. claus. 6 glos. 2, que transcreveo Guerreit. tr. 2. liv. 7 cap. 13; e sobre todos o Card. de Luc. de dot. disc. 168, Bersan. de vid. cap. 2 q. 35, Domat pag. 89. Sendo digno de censura o mesmo Guerreiro e Bagn. cap. 24 em quanto sem critica trasladarão o que acharão escripto conforme o Direito commum, sem attender aos nossos particulares costumes, e de outras Nações; e não he menos digno de censura o nosso Mello neste §.

N. 4. Pois que: supposto os citados DD., e outros, com os quaes Stryk. Us. mod. liv. 23 tit. 5 §. 6 attribuem á mulher hum livre, e illimitado poder, e arbitrio de alienar estes bens *parafernaes* sem autoridade do marido fundados na *L. velles 6* Cod. de revocand. donat.; e mesmo o nosso Barbos. na *L. 1 p. 1 n. 33 et 36 ff. de solut. matrimon.*, que segue Fragos. p. 3 liv. 2. disp. 5 §. 4 sub n. 63, e Mello *hic*. Com tudo neste Reino, e no de Hespanha (e em outras Nações que refere o citado Stryk., e o Card. de Luc. de Regal. disc. 84 a n. 4, e na antiga França Furgol. tom. 5 art. 28, Domat. pag. 89. Secq. 4, e o moderno Cod. Civ. art. 1576), não podem as mulheres sem autoridade dos maridos alienar por qualquer modo entre vivos os bens *parafernaes*, em que segundo o Direito Romano não tem os maridos dominio, posse, e administração: Porque nestes Reinos, e Nações he o marido administrador geral de todos os bens da mulher communicaveis, e incommunicaveis; e se na mulher se considera o privativo domi-

nio, e a posse dos *parafernaes*, falta-lhe a autoridade para os alienar, não podendo subtrahir-se á obediencia, e reverencia do marido. Vejam-se Egidio na *L. ex hoc jure p. 2 cap. 7 a n. 25*, Pereira dec. 77 n. 3, Portug. de Donat. liv. 1 prælud. 2 §. 3 a n. 99. Assim o reconhecem Guerreiro. tr. 2 liv. 7 cap. 9 n. 4, e Mello na Nota ao §. 17 deste Tit. Confira-se Domat. pag. 89 Sect. 4 no Prefacio.

N. 5. Por outra parte: em quanto os DD. citados N. 3; e entre elles alguns Reaicolas, autorizão a mulher para demandar em Juizo os *parafernaes*, independente do marido, são oppostos ás nossas Leis, e costumes (N. 4.) Confer Tit. 8 §. 18 e 19 N. 40 et 62.). Da mesma fórma são oppostos aos nossos costumes, geral interpretação dos pactos nupciaes; em quanto fazem dependente do arbitrio, e consentimento da mulher usufructuar o marido, e administrar os bens *parafernaes*, como sente Barbos. p. 1 *L. 1 ff. de Solut. matr. sub n. 38. §. ultimo*. Confira-se o exposto no Tit. 8 §. 10. Era tambem á vista do exposto, cessa entre nós o muito que a respeito dos fructos dos bens *parafernaes* escreveu Bagna cap. 24, e Guerreiro tr. 2. liv. 7 cap. 2; porque todos estes fructos, conforme o melhor systema, independente de expresso pacto, ficão connumerados entre os *acquestos conjugaes*, como demonstrei nas Notas ao Tit. 8 §. 10.

N. 6. Consequentemente de quanto escreverão a este respeito os DD. citados (N. 3) só póde ter uso o que com elles diz Guerreiro dito cap. 13 n. 26 et 27, que os bens *parafernaes* consistentes em moveis, que a mulher poz no uso commum, só se restituem no estado em que se achão ao tempo que se dissolve o matrimonio pelo marido, ou seus herdeiros, enada dos consumidos, Confer Bersan. de vid. cp. 2 q. 35 n. 40, Fontanel de Pact. claus. 6 glos. 2 p. 7 n. 13

et 14. O mesmo procede nas coisas dotaes *inestimadas*, que com o uso se deteriorão, ou consomem, se a mulher as metteo no uso commum, Bagn. cap. 22 n. 9 et 10, Julio Capon. de Dot. pag. 142 n. 47. *Aliter* quanto ás coisas fungiveis dadas em dote, que consistem em numero, pezo, ou medida, Struv. exerc. 30 thes. 14. Castilh. de usufruct. cap. 4. n. 14.

N. 7. E como estes bens em differença dos *dotaes*, consentindo a mulher, se podem alienar pelo marido, Mello hic, Stryk. Us. mod. liv. 23. tit. 5 §. 6; he verdade que soluto o matrimonio, se os taes bens assim se vendem, não ficão o marido, ou seus herdeiros obrigados á entrega delles. Porém quanto ao preço, *hoc opus hic labor est*. Porque estes bens assim vendidos formavão huma patte do capital da mulher que *soluto o matrimonio* se deduz salvo, Guerreiro tr. 2. liv. 7 cap. 16 n. 23. E o commum dos DD. presumem que todo o preço producto da venda destes bens se presume convertido em utilidade do marido, por mais que a mulher subscrevesse o contrato, e se confessasse ser o producto para beneficio da mulher, Fabr. in Cod. liv. 4 tit. 14 definição 22, Guerreiro liv. 7 cap. 13 n. 30 liv. 2, Bersan. de contractib. q. 13 n. 7 et 8; Luc. de Dot. disc 85, Maced. dec. 24, e conduzem as doutrinas de Stryk. Us. mod. liv. 22 tit. 1 §. 58.

N. 8. Quanto a mim a questão depende de diversos factos e distincções. Se com o producto destes bens se comprárão outros, ficão estes como subrogados (Tit. 8 §. 10 N. 11). Se com o producto delles se pagárão dividas do marido anteriores ao matrimonio, procede o exposto no dito Tit. N. 13. Se para se pagarem dividas da mulher anteriores ao matrimonio, carece de dúvida que não ha repetição delles. Se se consumio em alimentos da familia, veja-se o Tit. 8 §. 14 N. 56, e o Tit. 6. §. 11 a n. 2, e nes-

te Tit. §. 14 N. 8. Se o producto destes bens se converteo em crimes do marido, ou libertinagens, veja-se o Tit. 8 §. 14 N. 56 junto o N. 21. Se em fim ha conjecturas de que a mulher successivamente doou ao marido os bens *parafernaes*, ou os productos delles, nada ha que obste a que subsistão essas successivas doações *presumidas* feitas por intervallos de tempo, não excedendo cada hum 6000 reis, ex Guerreiro tr. 2 liv. 7 cap. 13 n. 25; porque quando as doações são *ex intervallo*, e modicas valem sem insinuação, ex Stryk. de Caut. Contr. Sect. 3 cap. 9 §. 5 Struv. exerc. 40 thes. 10 Voet. liv. 39 tit 5. n. 16. Veja se o Tit. seguinte.

N. 9. Se porém se não seguir o systema de que todos os fructos dos bens *parafernaes* cedem para o commum; e se seguir o contrario com Barboza (N. 5); isto he que os taes fructos ficão proprios da mulher; nesse supposto para a decisão dos casos occorrentes, deve recorrer-se ás distincções que fez, e largamente provou Bagn. cap. 24; ao Card. de Luc. de Dor. Disc. 168; a Cyriac. Contr. 31; a Guerreir. tr. 2. liv. 7 cap. 13 a n. 17 a Gall. de Fructib. Disp. 21, e aos mais que estes citão.

N. 10. E como o mais frequente he entregarem as mulheres a seus maridos a administração não só dos bens *dotaes*, mas dos *parafernaes*, e *extra dotaes*, sem mandato expresso, e sem protesto algum; assenta o commum dos DD. que facilmente se presume que a mulher lhe remittia, e doava successivamente os mesmos fructos; e facilmente se presumem consumidos nos usos communs; e nestes casos não tem o marido, nem seus herdeiros obrigação de restituir mais que os fructos pendentos, e não os consumidos, ou sejam *parafernaes*, ou dos que dizem *extra dotaes*; no que concordão os DD. citados, e esta Jurisprudencia adoptou ultimamente o Cod. Civ. dos Francezes art. 1578.

Não podem a mulher ou seus herdeiros, soluto o matrimonio, repetir como *parafernaes*, ou *extra dotaes* alguns bens, sem provarem que a mulher com effeito os trouxe para o casal, Guerreiro tr. 2 liv. 7 cap. 16 a n. 31, Peg. 3 for. cap. 36 n. 65, Stryk. vol. 5 disp. 17 cap. 4 10, et 11, et disp. 18 cap. 2 a n. 72. E quando baste para esta prova a confissão do marido, vejão-se Urceol. for. cap. 29 tot. De Luc. in conflict. leg. et rat. obs. 44, Cod. Freder. p. 1 liv. 2 tit. 4 art. 2 §. 95.

TIT. IX. §. 16 RUBR. et §. 17.

Communibus. Et mobilibus.

CONTRA o methodo, que se propoz Mello neste Tit. 9^o a especializar debaixo delle as particularidades dos matrimonios contrahidos por contrato; misturou outra vez debaixo destes §§. a materia, que teve o proprio assento no Tit. 8 § 18 e 19, aonde, e debaixo da rubrica geral do mesmo Tit. se tratou dos effeitos dos matrimonios contrahidos conforme o costume do Reino. E como aos mesmos §§. 18 e 19 do Tit. 8 fiz huma larga exposição do que pertence a estes §§. 16 e 17, me remetto (como Mello o faz) a esse lugar.

E como aqui só tratamos de *dotes*, e bens *dotaes*, pertence unicamente a este lugar advertir, que supposto, por via de regra, os bens dotaes sejam inalienaveis, alem das limitações já expostas ao §. 14; outra he que os bens dotaes moveis podem alienar-se, por mais preciosos que sejam, porque se não com-

prehendem na prohibição geral da alienação dos bens dotaes, Julio Capon. de Dot. ad L. 1 ff. de Solut. matr. q. 5. a n. 16, Struv. exercit. 30 thes. 20, Voet. Liv. 23 tit. 5 n. 4 Guerreir. tr. 2. liv. 6 cap. 2 n. 91. Adverte porém o mesmo Julio Capon a n. 20, e Costa de Privil. credit. regul. 2. ampliação 6 a n. 169 que ou os moueis sejam dados em dote estimados, ou não estimados, sendo o marido, ou seus herdeiros insolvaveis, tem a mulher regresso contra os compradores, citando Costa a Fontanella, Batos., Fabro, e outros.

TIT. 9 §. 18 RUBR.

Quomodo uxor obligatur ex Contractu mariti.

O Que Mello trata neste §. pertencia também ao Tit. 8, em que tratou dos matrimonios contrahidos conforme o costume do Reino. E debaixo do mesmo Tit. se achará bem explanado o que pertence a este §.

TIT. 9 §. 19 RUBR.

Dotis privilegia precipua.

J N. 1. A' vimos ao §. 14 N. 2 as Leis deste Reino, que em particular, e em geral autorizão os privilegios dos bens dotaes concedidos no Direito Romano. Neste §. com relação a Lei de 17 d'Agosto de 1761 §. 7, e a Lei de 20 de Junho de 1774 §. Part. II.

4o trata Mello especialmente do privilegio da tacita hypotheca. Como porém a mesma Lei de 20 de Junho de 1774 no §. 41 exceptuou todos os mais casos, que por força da identidade de razão se comprehendem dentro no espirito deste, e dos mais especificados; tratarei 1.º, o que foi especial nesta Lei: 2.º, que casos comprehende na sua razão: 3.º, em quaes casos cessa a sua disposição.

N. 2. Esta Lei em quanto no seu caso, e em os a que he applicavel por identidade de razão, concede a mulher o privilegio da hypotheca com preferencia a quaesquer credores anteriores, ou posteriores do marido posto que (os anteriores, ou posteriores) sejam geral, ou especialmente hypothecar os; reprovou essencialmente huma opinião a mais commua, conforme a qual a mulher não tinha prelação aos credores anteriores munidos com expressa hypotheca; opinião que largamente defendeo Merlin. de Pignorib. liv. 3 tit. 2 q. 66 a n. 6, e seguiu a Lei a opinião dos outros que refere o mesmo Merlin. n. 1, Altim. tom. 5 q. 35 n. 1140, Costa de privil. creditor regul. 2 ampliação 6 a n. 8, veja-se Stryk. vol. 5 disp. 18 de Jur. uxor. in bona mariti cap. 2 a n. 31, Fabr. in Cod. liv. 5 tit. 7 defin 28.

N. 3. Compreheo tambem esta Lei na sua generalidade 1.º, o dote, ou seja *profectio*, ou *adventicio*; ou seja *augmento* do dote, constante o matrimonio (a menos que este augmento não fosse em fraude dos credores); e ainda que se trate contra o fiador do dote, Altim. supr. a n. 1110, Merlin. de Pignorib. liv. 3 q. 50 e seguintes.

N. 4. Compreheo 2.º, o caso de consistir o dote em predios *estimados* com estimação inductiva da venda; porque o preço fica sendo o dotal com os privilegios do dote, Bagn. cap. 22 a n. 160, et 203. Compreheo 3.º, por força de maior razão o dote

consistente em dinheiro, ou em dividas activas. Comprehende 4.º, o caso de se vender o predio dotal quando he permittida a sua alienação, para competir a hypotheca pelo preço, Sabel. §. *Hypotheca* n. 10; ou quando o marido vende nullamente o predio dotal com consentimento da mulher utilizando-se só elle do preço, Merlin. de Pignorib. liv. 3 q. 52, Altim. tom. 5 q. 35 n. 1120.

N. 5. Comprehende 5.º, o caso quando o menor recebe o dote em hum fundo estimado, ou em dinheiro, ainda que alias por via de regra o menor não póde hypothecar seus bens, Costa de Privil. creditor. regul. 2 ampliação 6 a n. 11. Mantic. de Tacit. liv. 11 tit. 21. Comprehende 6.º, a indemnização das damnificações culpaveis que o marido faz nos bens dotaes, Stryk. vol. 12 disp. 12 cap. 2 thes. 14, e conduz a regra geral de qua Guerra a Ord. pag 337. Comprehende 7.º, os casos de o marido ter sido culpavel em exigir em tempo opportuno o dote prometido á mulher pelo pai, ou estranho, vejão-se o Ca. d. de Luc: de dot. disc. 71, a Costa supr. a n. 36, tertia Peg. 3 for. cap. 36 n. 126, Bersan. de vid. cap. 2 q. 9. 100. Olea de cess. jur. tit. 5 q. 12 n. 21, Guerreiro tr. 1 liv. 9 cap. 12 a n. 102. Ou quando 8.º, foi culpavelmente negligente em exigir as dividas activas dotaes em tempo opportuno vendo caminharem os devedores á fallencia, sobre o que se veja o mesmo Bersan. q. 11 com os mais que cita: ou 9., se não impetrou insinuação de doação feita á mulher, Furgol. tom. 5 a pag. 258.

N. 6. Esta hypotheca assim competente nos casos comprehendidos na dita Lei com preferencia a todos os credores sobre os bens do marido, tem principio, e prioridade no dia em que se consuma o matrimonio, Altim. supr. n. 1115, Stryk. vol. 5 disp. 18 cap. 2 n. 33, et vol. 12 disp. 12 cap. 2 thes. 9. Outros di-

zem que tem principio do dia da promessa retrotrahindo-se a esse dia pela consumação do matrimonio, variedade de opiniões, que póde ver-se em Costa supra a n. 24, Peg. 3 for. cap. 36 n. 177, Conciol. alleg. 4, Card. de Luc. de dot. disc. 78 et 79, Guerra a Ord. pag. 241, Altim. ad Rovit. liv. 2 obs. 57. E quando a promessa condicional do dote possa, ou não retrotrahir-se em prejuizo de terceiro, que adquirido-direito nos bens do marido no meio tempo, em quanto estava pendente o evento da condicção, veja-se Peg. 3 for. cap. 36 a n. 179 ad 207, aonde refere julgado pela parte negativa, veja-se tambem Conciol. alleg. 4 com os mais que refere.

N. 7. Cessão porém estes privilegios do dote para os fins de que estou tratando, se não consta que o marido o recebesse consistindo elle em dinheiro, Peg. 3 for. cap. 36 a n. 65, Stryk. vol. 12 disp. 12 cap. 2 thes. 9 et 14 (a menos que lhe não seja imputavel a culpa de deixar de o exigir N. 5). Suscita-se porém aqui aquella grande questão: se para prova do recebimento do dote pelo marido basta só a sua confissão? Os DD. fazem varias distincções entre a confissão feita antes, e depois do matrimonio na constancia, ou dissoluto elle; e entre o caso de ser a controversia com os credores do marido, ou com os herdeiros d'elle: outros assentão ser conjectural a questão dependente de presumpções inclusivas, ou exclusivas da fraude do marido, ser ou não ser a confissão d'elle abonada com verisimelhanças, e presumpções do recebimento do dote (presumpções, que alguns expõem). Seria preciso hum volume para recapitular quanto sobre isto escreverão os DD. Eu me satisfação com remissão a Castilh. tom. 8 cap. 36 §. 6, ao Card. de Luc. de dot. disc. 72 até 75, disc. 159 et in conflict. leg. et rat. obs. 44, Bersan. de vid. cap. 2 q. 26, Conciol. alleg. 12, Angel. de Confess. liv. 1 q.

8 limit. 5 et liv. 3 q. 10, Fontanel. de Pact. nupt. claus. 14 glos unica, Peg. 3 for. cap. 36 a n. 65, Guerreiro tr. 1 liv. 3 cap. 12 a n. 97, Guerra ad Ord. pag. 244, e seguintes, Julio Cap. de dot. q. 7 a pag. 94.

N. 8. Não se estende o privilegio de dote, nem ainda quanto ao direito da tacita hypotheca, aos bens adquiridos constante o matrimonio pela ametade delles competente á mulher, Harpprect. disp. 29 thes. 8 a n. 69. Sim os bens *parafernaciaes* da mulher, e *extra dotaes* tem o privilegio da tacita hypotheca nos bens do marido; mas não o direito da preferencia em concurso de outros credores; como aliás tem o dote; a menos que assim se não convençione, Costa de Privileg. credit. regul. 2 ampl. 6 a n. 325, Stryk. vol. 12 disput. 13 cap. 2. thes. 13, et vol. 5 Disp. 18 cap. 2 a n. 52 Mul. ad Struv. exerc. 26 pag. 20 col. 1, devendo entender-se neste sentido, e com os DD. que refere Guerra á Ord. pag. 332. Nem tambem compete á mulher mais que a hypotheca tacita pelas suas *arrhas*, mas não o direito da preferencia, como pelo dote, em concurso de credores, Portug. de Donat. liv. 1 prælud. 2 §. 6 n. 61 et 62, Guerra a Ord. pag. 324. Nem em fim, conforme a melhor opinião, tem a mulher hypotheca tacita, ainda simples, pelos alimentos que o marido lhe deve, como com muitos DD. segue o cit. Guerra pag. 355. Se bem que a questão he muito espinhosa, como se vê em Mul. ad Struv. tom. 4 pag. 20.

N. 9. Quando o dote concorre com divida da Fazenda Real, a Lei de 22 de Dezembro de 1761 tit. 3 §. 14 só manda respeitar o dote, sendo elle anterior á divida fiscal, mas não sendo a ella posterior, não o especializando como quando a controversia he com outros credores, e especializa a Lei de 20 de Junho de 1774 §. 40. Quando porém, e em que casos

o dote, prefere ao fisco, ou *vice versa*, veja-se Stryk. vol. 12 disp. 12. De *Prælatione dotis et fisci mutua in concursu creditorum*, aonde largamente expõem a questão com distincção de casos. Veja-se tambem Merlin. de Pignorib. liv. 3 q. 77 tot. et q. 78.

N. 10. Finalmente os privilegios dotaes da prelação não se communicão, nem transmittem aos herdeiros estranhos, aos compradores, e cessionarios, mas só aos filhos, e descendentes da dotada, Stryk. supr. cap. 2 thes. 17, a Costa supr. n. 130, et 131, Guerra a Ord. pag. 237 a n. 28. Mas o privilegio da *tacta hypotheca*, sem aquelle direito da prelação, esse communicase a herdeiros estranhos, e cessionarios, Stryk. supr. thes. 18, Costa a n. 103. Veja-se porém Otea de Cess. jur. tit. 6 q. 2, que he o mais magistral nesta questão. Veja-se o mesmo Stryk. vol. 5 Disp. 18 cap. 2 a n. 46.

TIT. IX. §. 20. RUBR.

Dotis Insinuatio.

O Laborioso discurso de Mello neste §. está reduzido a inutil depois do Assento de 21 de Julho de 1797. Sobre cuja intelligencia se veja a minha Dissertação sobre as Insinuações no Fasciculo das Dissertações Juridico-Praticas Dissert. 3.

TIT. IX. §. 21 RUBR.

Constante matrimonio, aliquando dos peti potest.

N. 1. **N**este §. se satisfez Mello com referir hum unico caso em que o dote se pôde repetir pela mulher constante o matrimonio; *scilicet*, quando o marido curva em pobreza. E ainda assim só o toca muito superficialmente, sem expor as circumstancias precisas para ser praticavel nesse caso a repetição do dote. Eu tratarei mais a fundo não só este caso; mas os outros semelhantes expressos no Direito.

N. 2. Primeiro caso: os DD. fundados na L. 29 Cod. de Jur. Dot., na L. 30 Cod. eod. tit. na L. 24 ff. 1 solut. matr. uniformemente convem, que logo que o marido cahe em pobreza pôde a mulher 1.º, reter os seus fundos dotaes, quando nelles consistio o dote; ou se em fundos *estimados*, ou em dinheiro; que pôde reter bens do marido equivalentes: 2.º, que pôde contra o marido mesmo pedir assecuração, e restituição do dote: 3.º, que sendo o marido executado pelos credores, pôde oppor-se como terceira pedindo com preferencia a mesma assecuração, e entrega. Veão-se com 75 DD. Guerra a Ord. liv. 4 a pag. 290; os nossos Portug. de Donat. liv. 3 cap. 26 a n. 5, Phæb., e seu addicionador dec. 151, Peg. 3 for cap. 36 a n. 140, Guerreir. tr. 2 liv. 6 cap. 8 n. 88, e dos estrangeiros sobre todos Conciol. alleg. 77, e hum por todos Constant. ad Stat. urb. annot. 31, que fielmente transcreveo Alim. de Nullit. tom. 5 q. 35 a n. 1073, e largamente ex professo Stryk. vol. 5 disp. 18. = De Jure uxoris in bona mariti cap. 3 a n. 32. Veja-se o meu Tract. das Execuções a §. . .

N. 3. Este Direito, acção contra o marido, ou

excepção contra os credores compete á mulher não só pelo dote, mas pelos bens *parafernaliaes*, que entregou ao marido, e pelas *arras*, que elle lhe prometeo, Phæb. dec. 151 n. 24 et 25, e seu addicionador, §. *Quin potius* =, Constant. supr. a n. 45 et 46. E mesmo nesta assecuração vem as despesas da demanda; os fructos, e redditos do dote vencidos do dia do requerimento, Constant. supr. a n. 47, Addicionador ad Phæb. supr., Brunneinan. na L. 29 Cod. de Jur. Dot. a n. 2.

N. 4. Para ser porém assim providenciada a mulher he preciso 1.º, que prove o seu dote, e recebimento delle pelo marido, Stryk. Silva cap. 3 a n. 119: 2.º, que o marido se encaminha a pobreza, e vai a fallir de bens, ut *optime* Constant. supr. a n. 15 ad 23, addicionador ad Phæb. supra. E quanto ao primeiro requisito, quando a controvérsia he com os credores, não basta a confissão do marido, que receberá o dote, a menos que não seja verosimel, e adminiculada verdadeira, Constant. supr. a n. 24, addicionador ad Phæb. supr., Latissime Peg. 3. for. cap. 36 a n. 65, 69, 70 et 74, Angel. de Confession. liv. 1 q. 8 limitação 6 *omnino videndus*, et liv. 3 q. 10 tot. *Aliter* quando a controvérsia he só com o marido, e seus herdeiros, e sem que haja presumpção de fraude em prejuizo de terceiro, Conf. Stryk. supra a n. 120.

N. 5. E quanto ao segundo requisito: tambem assentão os DD. que sendo a controvérsia com os credores, he necessaria huma prova mais rigorosa, e plena da vergencia do marido para a pobreza, do que quando a mulher o acciona para a assecuração do dote, Constant. supr. a n. 28, addicionador ad Phæb. supr. §. *Debet etiam* = Et §. *Et sempiterna* = Peg. 3 for. cap. 36 a n. 146 ubi *judicat*. E esta prova incumbe á mulher, ut latissime Guerra ad Ord. pag. 295.

Como se possa provar esta vergencia do marido á pobreza, e em que circumstancias para este fim, veja-se o cit. Guerra a pag. 301, Peg. 3 for. cap. 36 n. 148, melhor o cit. Constant. a n. 37, Conciol. alleg. 97 a n. 17, o addicionador de Phæb. dec. 151, Stryk. dita Dissert. 18 cap. 3 a n. 36, Brunneinan. na L. 29 Cod. de Jur. dot. a n. 10. Os quses em summa se satisfazem com que o marido principie a fallar de facultades, e a dissipar os seus bens. Que se enlaxe em fianças, que com ella divida a juro, que expendo annualmente mais que os rendimentos, quando faz cessão de bens, e ainda só quando he suspeito de dilapidação, ou ha temor provavel de que a mulher venha a perder o seu dote em todo, ou em parte.

N. 6. Se a mulher póde recorrer a esta providencia cazando com homem pobre, ou sendo rico no principio, passados 10 annos depois, que o marido principiou a cahir em pobreza, veção-se Conciol. supr. a n. 26, Constant. a n. 62, Barbos. na L. si constante ff. solut. matr. a n. 25. Quando os credores podem ou não offerrecer á mulher o seu dote em dinheiro para arrematarem a salvo os bens do marido, veção-se Phæb. dec. 151 a n. 20, e em contrario: Conciol. a n. 30, Constant. a n. 98, Altim. tom. 5. q. 35 sub n. 1089. Como, em que bens, estimação delles etc. se deva fazer esta assecuração, veção-se o mesmo Constant. a n. 71, Merlin. de Pign. liv. 3 q. 73, e todos os mais que deixo citados, aonde se achará toda a materia a este respeito, e em Peg. 1 Forens. cap. 5 n. 268, aonde a praxe do nosso Reino.

Se o dote consiste em bens immoveis, lá es-
Part. II. Rrr

tá a mulher segura com o direito da retenção nelles independente da controversia com os credores, Merlin. *supr.* n: 11, Constant. n. 26. E se elles penhorão estes bens dotaes, lá tem a mulher o remedio de embargar *como terceira* a execução, *ex Peg.* 1 for. cap. 5 n. 15 et 16, aonde amplia ainda a execução feita nos *parafernaes*, Confirma-se o exposto no Tit. 8 §. 14 a N. 51.

N. 7. Segundo caso: este he o expresso na Ord. Liv. 5 tit. 6 §. 20. Procede-se a inventario por Juiz da Confiscação, e ahí se separão o dote, e arrhas, e adquiridos pertencentes á mulher, na fórma do Regimento das Confiscações. O mesmo quando o marido incorre no crime de Lesa Magestade Divina, sobre o que se veja Portug. de Donat. liv. 3 cap. 26 Guerreiro tr. 2 liv. 6 cap. 7.

N. 8. Terceiro caso: quando o matrimonio se declara nullo por Sentença de Juizo Ecclesiastico: e então se ambos os conjuges erão de boa fé, cessa a pena comminada na Ord. Liv. 2 tit. 26 §. 22. Se hum delles era só o sciente do impedimento, cedem para o ignorante os lucros, veja-se Guerreiro tr. 2. liv. 6 cap. 8 a n. 44, confer. Voet. ad Pand. liv. 2. tit. 2 n. 17.

N. 9. Quarto caso: se ha Sentença de divorcio *temporal* por causa de sevicias, fica o marido retendo o dote, e bens *parafernaes*, sem que seja obrigado restituillos á mulher, e só com o onus de alimentar *extra domum*, e aos filhos em quanto não ha reconciliação, e união, Coler. de Aliment. liv. 1. cap. 10 a n. 28, Putman. Adversarior. Jur. liv. 2 cap. 1 pag. 28. Quando porém ha Sentença de divorcio *perpetuo*, assentão os nossos DD. que a mulher póde repetir o seu dote, bens *parafernaes*, e partilhas nos *adquiri-*

dos, Guerreiro n. 2 liv. 16 cap. 8. n. 37 40 50 51 68 70 81, Fragos. p. 3 liv. 2 disp. 5 §. 5. fot., e em Pag. 2 for. cap. 9 a n. 354 a pag. 704 se vê hum notavel aresto e outro refere Pag. tom. 3 ad Ord. pag. 263 n. 785.

Quanto a mim, ou o divorcio seja *perpetuo* ou *temporal*, se o marido (aliás solvavel) não quizer entregar o dote á mulher; não pôde ser a isso obrigado, e satisfaz alimentando-a fóra de casa, ainda que o marido fosse a causa do mesmo divorcio. Pois que os divorcios dos Romanos erão huma total dissolução do vinculo; e contrato matrimonial; e não era entre elles conhecida a separação *quoad thorum et mensam*, Stryk. us. mod. liv. 24 tit. 2. §. 2, Coccey Jus controuv. liv. 24 tit. 1 q. 3 in princip. Pela palavra = *Divorcio* = se entendia huma total dissolução do vinculo conjugal, Stryk. supr. §. 3. E por tanto as Leis Romanas nas Pandectas liv. 24 tit. 2 de *Divort. et repud.*, não tem jámais, nem podem ter uso no foro, quando se trata do *Divorcio improprio* só *quoad thorum et mensam*, Thomas. in Not. ad Pandect. liv. 23 tit. 1, e liv. 24 tit. 1. Os Protestantes pela sua heresia condemnada no Concilio Trident. Sess. 24 de Reformat. matrim. cap. 7, ainda admittem o divorcio *proprio* e *total* com dissolução do vinculo conjugal nos dois casos do *adulterio*, e da *deserção maliciosa*, Stryk. supr., Coccey Jus controuv. liv. 24 tit. 2 q. 3 4. 5. E admittem o *divorcio improprio*, ou a separação *quoad thorum et mensam* no caso das sevicias, e semelhantes, Stryk. supr. a §. 63. Como porém a Igreja Catholica não admittre dissolução do vinculo do matrimonio, nem *divorcio proprio* pelo adulte-

rio, ou deserção maliciosa; e só pela morte natural. Segue-se que todos os chamados divorcios, que entre os Catholicos se praticão; e julgão, não são mais que huma separação *quoad thorum et mensam*, que não são propriamente *divorcios*, ou sejam *temporales*, ou *perpetuas*, e sempre fica salvo o vinculo conjugaly Stryk. supr. §. 67, *Mul. ad Struv. Exercit. 30 thes. 43 ibi. = Hęc separatio est actus, quo Jndex ex justa et sufficienti causa finito processu separationis conjugibus obligationem mutui contractus et copule remittit. Hęc separatio Legibus Romanis incognita et a consistoriis diversarum Provinciarum recepta est.... idque ad maiora mala, homicidium, veneficium, aliaque incommoda quamplurima, que inde metuuntur precavenda... Separatio quoad thorum et mensam verum divorcium non est*, etc. Daqui vem que em todo o divorcio entre os Catholicos (que não he propriamente divorcio, aindaque perpetuo e *propter adulterium*) se verifica o que dos divorcios *impropriis*, ou separações *quoad thorum et mensam* diz Stryk. supra §. 67 *ibi. = Separatione facta quoad thorum et mensam salvum dhuc manet vinculum conjugale; et tantum illi effectus ad tempus suspenduntur, qui ex cohabitatione dependent.... Cetera vero jura salva manent; adeo ut etiam maritus uxori ad alimenta teneatur, maxime si propter mariti culpam hęc separatio facta sit. Similiter quoque maritus dotem retinet, nec separata ad eam repetendam agere potest, si vel maxime culpa mariti occasionem separationi dedit, nisi periculum dissipationis imineat, prout mense Februarii 1697 pronunciamus =*. Concordão Struv. et *Mul. Exerc. 30 thes. 43* assentando

que pela separação *quoad thorum* se não dissolve o vinculo matrimonial, que o marido culpavel no divorcio fica retendo o dote da mulher com a obrigação de a alimentar; e ainda que os redditos do dote sejam insufficientes, bem como lucra os excessivos desses alimentos, etc. *Sed tu cogita.*

N. 10. Quinto caso: este o figura o Codig. Frederic. p. 1 liv. 2 tit. 4 art. 1 §. 69 n. 2. „ *Quando a mulier repete o dote, ou huma parte delle para soccorrer a seus pais cahidos em indigencia, e miseria; com tanto que o marido, e sua familia não experimentem falta.* „

TIT. IX. §. 22 RUBR.

Morte soluto matrimonio, ad quem spectet Dos?

N. 1. **R**epete Mello neste §. o que havia dito (quanto ao dote *Profecticio*, e *Adventicio* no §. 4 deste Tit. Eu tambem repeto aqui o que notei áquelle §. Porém a conclusão de hum, e outro só procede quando o dote *profecticio*, ou *adventicio* foi simples, sem pacto reversivo imposto pelo dotador que o constituo. Ora (o que he muito frequente) quando no dote se estipula pelo dotador *pacto reversivo* soluto o matrimonio, este pacto deve attender-se de baixo de diversos pontos de vista. Ou 1.º, he o dote feito, e condicionada a reversão por dotador pai; ou 2.º, por irmão; ou 3.º, por qualquer outro estranho; ou 4.º, entre os mesmos esposos com a consuetudinaria clausula de que em falta de filhos do matrimonio, os bens de cada hum dos esposos passarão a seus res-

pectivos parentes. Em todos estes casos ha diversidades de Direito.

Que em hum contrato se podem fazer substituições *fideicommissarias*, he hoje o mais seguido, Harpprect. disp. 53; Boehm. ad Pand. Exercit. 31 cap. 2. Urceol. de Transact. q. 87 a n. 5, Aguirre de Tacit. oner. et condit. repetition. cap. 5 §. 2. Sect. 2 a n. 27, e ao nosso proposito Fontanell. de Pact. claus. 4. glos. 25 p. 1 E ainda que Torre de Pact. liv. 3 cap. 2 refira alguns DD. em contrario, elle no n. 38 vem a assentar nesta opinão. Se bem que entre as substituições *contractuales*, e as feitas em *ultima vontade*, ha aquellas 12 differenças, que expoz o mesmo Harpprect. desde o n. 267 até o n. 351.

N. 2. Sim póde o pai dotar o seu terço a filha ou filho com quantos gravames, condições, ou substituições forem do seu arbitrio; mas não póde gravar-lhe a legitima com onus de reversão, ou *fideicommissa* a menos que a filha ou filho não consintão *expressamente* no gravame, ou tacitamente compensando-se-lhe o gravame com o terço, e acenando elle tudo juramente, veja se Guerreiro tr. 2 liv. 5 cap. 1 tot. et liv. 7 cap. 4 a n. 92, et a n. 51 ad n. 57, Peg. de Maior. cap. 4 a n. 76, et a n. 82 ad 88, et a n. 383, et cap. 5 n. 158, Altim. tom. 5 q. 35 a n. 490. E se este onus, e gravame ainda no dote subrogado em lugar da legitima não foi impugnado pela filha em quante viva, não póde impugnar-se pelo seu herdeiro extranho, Constant. ad Statut. Urb. annot. 32, n. 98; vide eundem annot. 35 art. 2 a n. 103, Luc. de Dot. disc. 90 91 92, et 155, n. 6. Rocc. Selectar. cap. 115, Fontanell. de Pact. claus. 5. glos. 10 p. 1 a n. 10.

O excesso de bens dotados (alem da legitima) em que só subsiste o gravame, e quanto seja esse excesso, não se presume sem se provar. E entretanto todo o dote se presume legitima, Luc. de Dot. disc. 115 n. 19, Constant. supra annot. 32 n. 84, et annot. 35 art. 2 §. 113.

N. 3. O irmão dotando como tal, e seus bens proprios, sim póde condicionar o pacto *reverso*, ou *fideicommissa*: em seu favor, de seus herdeiros, ou de terceiro, Guerreiro supr. n. 69. Mas não quando em qualidade de Administrador da irmã lhe faz dote dos bens della mesma, a menos que ella não consinta no gravame, e fideicommissa, Guerreiro supr. a n. 70, Altim. tom. 5 q. 35 n. 497, Constant. annot. 32 n. 62 63 69. E se o irmão dota a irmã parte com bens della, parte com os proprios, subsiste o pacto *reverso* só quanto aos proprios do dotador, De Luc. de dot. disc. 155 n. 17, Constant. a n. 56. E verificado o caso da reversão, incumbe (como na Nota acima) ao dotador, ou fideicommissario a prova do quanto se dotou a irmã dos bens do irmão, alem dos proprios della, Constant. n. 57.

N. 4. O estranho sem dévida póde condicionar no dote, que faz de seus bens, *reverso* para elle, ou para quem quizer, no caso que a dotada morra sem filhos, ou ainda mesmo com filhos, Guerreiro supr. n. 6, et a n. 48, Altim. tom. 5 q. 35 n. 513, et 522.

N. 5. Os conjuges ainda que entre si convencio-nem, que não havendo filhos passarão os bens aos respectivos herdeiros de cada hum, não se privão da liberdade de dispor de seus bens a favor de quem quizerem, sem que os consanguineos se possam dizer irrevogavelmente chamados naquelle pacto nupcial, e por força de taes palavras, pelas razões que expõem Voet. ad Pand. liv. 23 tit. 4, e melhor Groeneweg.

na L. 5 Cod. de Pact. Convent. Só sim se não contrato antenupcial logo substituem expressas, e assignaladas pessoas, e estas, ou alguém por ellas aceita a substituição; já não pôde rogar-se por ambos, ou qualquer dos conjuges, Voet. n.º 64, Harpprect. disp. 53 thes. 62 et 67; e conduzem as geraes doutrinas de Rocc. Selectar. cap. 14 n.º 19, Peg. de Maior. cap. 7 a n.º 7; Torre de Pact. liv. 3 cap. 2.ª n.º 86.

Das acções competentes soluto o matrimonio para reivindicar os bens dotados, parafernacs etc.; e da acção hypothecaria tambem competente. Das excepções, que podem oppor-se contra essas acções, tratarei ao Liv. 4 Tit. 6 §. 12. E das acções competentes aos substituidos pelos pactos nupciaes, e aos quaes hão de reverter os bens dotados, tratarei ao mesmo Livro, e Tit. §. 10 e 16.

Expõe-se a Nota de Mello a este §. 22; e como devão dividir-se os fructos do anno em que se dissolve o matrimonio.

N. 6. Supposto que Mello nesta Nota diz que os fructos pendentes do ultimo anno se dividem entre o marido, e os herdeiros da mulher *pro rata temporis, quo mulier in matrimonio fuit*, citando unicamente Barbosa, com tudo esta regra não satisfaz ás duvidas, e precisa da seguinte exposição.

N. 7. Quanto aos fructos pendentes ao tempo da morte de hum dos conjuges, e nos bens de qualquer delles: devemos fazer distincção 1.º, dos fructos *civis*: 2.º, das *pensões* que pagão os Colonos ou emphyteutas a respeito dos predios rusticos: 3.º, dos *fructos pendentes* em predios que os conjuges cultivavão do *commum* por sua conta: os fructos *civis* (quaes

são os dinheiros dos juros, as rendas das casas, lagares, officinas, uso de animaes, Neró de Testament. liv. 6 tit. 17 a n.º 1., Guerreir. tr. 2. liv. 3 cap. 7 n.º 11.) Se rateio *pro rata temporis*, e a parte vencida, em quanto dura o matrimonio he *acquisto* que se divide entre os conjuges, Tondut. Civ. cap. 69 n.º 12, Covarr. liv. 1 var. cap. 15 a n.º 10. Os fructos do ultimo anno da segunda, e terceira classe se dividem *pro rata anni* entre o marido, e mulher na forma que largamente expõem Guerreir. tr. 2 liv. 7 cap. 12; e alem dos DD. que ali referer, podem ver-se Cocey Jus Conjug. liv. 24 tit. 3 q. 2.º Coccey pater vol. 1 disp. 83 Sect. 3 thes. 3 Bagn. cap. 25 a n.º 79, Bersani de viduis cap. 2.º q. 5.ª a n.º 18, Stryk. Us. mod. liv. 24 tit. 3 §. 14 e 15. E a parte assim pelo rateio pertencente ao marido, he *acquisto conjugal*, que outra vez se divide como tal.

N. 8. Nessa computação do anno regulada, não pelo modo como communmente se regula, mas pelo tempo da celebração do matrimonio, pelas Leis Romanas, e citados DD., o rateio na forma que elles expõem he quasi impraticavel (se bem que bellamente dá a norma Miff. ad Struv. Exercit. 30 thes. 52 pag. 489 col. 2.). A mais natural he passarem os bens dotaes sem tal rateio á viuva, ou seus herdeiros no momento da morte, que dissolve o matrimonio. Se com fructos pendentes, cedendo estes todos em favor da mulher, obrigada somente ás despesas (e sendo estas ao nosso propósito *os acquistos conjugaes*). E se já não tem fructos, porque percebidos, e colhidos (ficando já como *acquistos*) passarão em fundos sem elles á mulher, ou seus herdeiros. Está he a pratica mais frequente, Voet ad Pand. liv. 24 tit. 3 sub n.º 12, Groeneweg. ad L. 7 ff. de solut. matr. Esre he o costume Parisiense, como se nota em Tondut Civ. cap. 69 a n.º 7. Esta he a norma mais natural,

deixada a da L. 7 §. 1 ff. solut. matr., que muitos DD. disserão difficillima, Mul. ad Struv. supr. Correlativamente os bens do marido, ou lhe ficão sobrevivendo elle, ou morrendo primeiro que a mulher, passão a seus herdeiros com os fructos pendentes; e só ficão como *acquistos* as culturas feitas constante o matrimonio, Tondut. supr. Outra fórma dá o Cod. Freder. p. 1 liv. 2. tit. 4 art. 1 §. 77 in fin. Finalmente Domat *Loix Civ. dans leur ord. natur.* Liv. 1 tit. 9. *Des Dates* no Prefação pag. 82 depois de ter exposto aquella norma de Direito Romano na L. 7 §. 6 de solut. matr. da L. 78 §. 2 de Jur. dot. diz que „ *Esta regra que no caso do divorcio era neces-*
 „ *saria para fazer justiça á mulher, e ao marido,*
 „ *não he da mesma necessidade em o caso da dis-*
 „ *solução do matrimonio pela morte de hum ou do ou-*
 „ *tro. Porque em lugar de que no caso do divorcio*
 „ *teria sido injustissima, que huma mulher casada*
 „ *no tempo da recolhença, e repudiada depois da re-*
 „ *colhença tivesse sido despojada do rendimento de*
 „ *tudo o anno, em o caso da dissolução do matrimo-*
 „ *nio pela morte do marido, ou da mulher, a jus-*
 „ *tiza que póde ser devida a hum, ou a outro, ou*
 „ *a seus herdeiras, não he limitada precisamente a*
 „ *esta regra, e alem desta maneira de partir os*
 „ *fructos dos bens dotaes entra o sobrevivente dos con-*
 „ *junctos, e os herdeiros do falecido, nossos costu-*
 „ *mes tem estabelecido outras differentes, etc.* Po-
 rém estes costumes do tempo de Domat cessarão ago-
 ra com a nova Legislação do Codig. Civil dos Fran-
 cezes art. 1571, aonde parece que seguiu o *commun*
 dos DD. segundo o Direito Romano *ut ibi* =. Na
 „ *dissolução do matrimonio os fructos dos immo-*
 „ *veis dotaes se partem entre o marido, e a mulher,*
 „ *ou seus herdeiros a proporção do tempo, que elle*
 „ *tem durado no ultimo anno. O anno começa a par-*

35 *tit. do dia em que o matrimonio tem sido cele-*
brado.

TIT. IX. §. 23 RUBR.

Et quid ob adulterium, aliamve causam?

Veja-se *ex professo* Boehmer. Exercit. 73 *per totam*.

A Proposição que a mulher adultera só perde para o marido o dote quando elle a adoeusa criminalmente, e ella he por Sentença condemnada, não he tão certa como a vende Mello. Os nossos Gama dec. 234 n. 2, e Barbos. na L. 2 in princip. a n. 124 permittem ao marido, ou seus herdeiros oppor. civilmente por excepção o adulterio á mulhet quando ella repete o dote. O nosso Valasc. na Cons. 169. segue diverso rumo, e só permite repellir a mulher com tal excepção, ou quando o marido ignorou em quanto vivo o adulterio; ou quando, não o ignorando, se queixou, não o remittio, e não teve tempo para a accusar em sua vida; e no nosso Valasco segue Bersan. de vid. cap. 2 q. 30. Tambem Julio Capon. de dote na L. 2. ff. de solut. matr. Segue as mesmas limitações de Valasco, e ainda acrescenta o caso quando o marido em vida (não remittindo á mulher o adulterio) se lamentava infeliz, e por vergonha não a accusava, permittindo tambem neste caso aos herdeiros do marido repellir o petitorio do dote com a excepção civil do adulterio; e em todo o tempo sem obstar a prescripção annual, como bem comprava o mesmo Capon. q. 4 a n. 35. Declarando ainda mais no n. 38 que *à fortiori* se a mulher adultera morre, e o mari-

co vivo oppõe essa excepção a seus herdeiros. Em fim só Berlich. p. 4 concl. 30 se oppõe a estas opiniões, se bem que desde o n. 22 admite as limitações quando o marido, logo que sciente do adulterio, se queixou, mas a morte o prevenio, e lhe não deo lugar a accusallo: ou quando a mulher for por elle expulsa, e nunca mais admittida; ou quando ella adulterou na sua ultima enfermidade; ou quando ella com o temor da accusação fugio, e desertou; ou quando ella he a que morre, e os herdeiros são os que repetem o dote; e o marido, que o retinha, ou ignorava o adulterio, ou se tinha queixado, e affligido, sem mais lho remetter, etc. Veja-se sobre todos estes casos *ex professo* Boehmer. ad Pand. Exerc. 73 cap. 2 à §. 3, aonde segue os citados, e outros DD.

TIT. IX. §. 24 RUBR.

Impensæ in rem dotalem.

N. 1. **Q**uaes bemfeitorias possam repetir-se a mulher, ou seus herdeiros quando pedem a restituição do dote, está originalmente tratado nas Pandectas Liv. 25 tit. I *de impensis in res dotales factis*, e por Voet, Stryk., Boehmer., Struvio, Heinecio nos Commentarios ao mesmo tit., e ex professo por Garcia de expens. cap. 13, por Francisc. d'Angel. no Tratado de expens. et melior. dotalib., por Bersan. de vid. cap. 2 q. 28, e por Barbos. na L. 8 §. fin., ff. de solut. matr., e optimamente pelo Cod. Freder. p. I liv. 2 tit. 4 art. I a n. 85 ad 90. Não me dispensio porém de transcrever a bella doutrina de Tondut. Civil. (por ser livro mais raro) cap. 69 a n. 23 ,, *Quod attinet ad reparationes, et me*

,, *lioramenta notabilia per maritum, constante ma*
 ,, *trimonio facta, illa reputantur inter acquæstus*
 ,, *quatenus illis mediantibus hæreditas aucta fuit*
 ,, *in valore, et æstimatione; nam quoad melioramen-*
 ,, *ta pro sola commoditate facta, vel ea, quæ non*
 ,, *sunt magni momenti, inter acquæstus computan-*
 ,, *da non sunt. Consideranda igitur tantum sunt*
 ,, *melioramenta, in quantum bonorum valorem adau-*
 ,, *gent; cum melioramenta, et reparationes solo ce-*
 ,, *dant, et ejusdem naturæ sint, cujus ipse fundus,*
 ,, *si sint permanentes; veluti muri, solaria, cami-*
 ,, *ni, et alia similes concernentes partes integrales*
 ,, *domus, quæ propterea non debent æstimari, nisi*
 ,, *quatenus bona in valore aucta sint, juxta rela-*
 ,, *tionem per peritos faciendam: æstimatio autem*
 ,, *hæc ratione facienda est, ut non rudera, aut ma-*
 ,, *teria, vel cæmenta, nec omnes expensæ per mari-*
 ,, *tum factæ inspiciantur; sed quantitas, et valor*
 ,, *auctus bonorum mediantibus reparationibus, non*
 ,, *quidem respectu temporis, quo meliorationes factæ*
 ,, *sunt; sed respectu temporis, quo societas conju-*
 ,, *galis dissoluta fuit. Et ratio evidens est, quia si*
 ,, *aliter fieret, oriri posset magna inæqualitas, et*
 ,, *disproportio inter socios acquæstum contra natu-*
 ,, *ram societatis; et maritus forsân potuisset fecis-*
 ,, *se magnas expensas per quas bona non fuissent*
 ,, *aucta in notabili valore; vel forsân ex aliqua cau-*
 ,, *sa exteriori utilitas per reparationes causata ad*
 ,, *nihilum, vel ad modicum reduci; et hoc casu se-*
 ,, *queretur absurdum, nempe quoad ad maritum nul-*
 ,, *la; aut pauca devenisset utilitas; ad uxorem ve-*
 ,, *ro magna; et tota jactura marito, tota vero ex-*
 ,, *pensa societati tribueretur quod non est dicendum.*

N. 2. O aumento dos bens dotaes por alluvião, sim pertence á mulher, e deve restituir-se com o fundo dotal assim augmentado, L. 5 L. 21 ff. de Jur.

Dot., Bagn. cap. 14 a n. 327. Mas, se esse augmento foi effeito de industria do marido, como v. g. por meio de estacadas, ou marachões feitos no rio, então todo esse augmento *artificial* fica distincto do prédio dotal, e se connumera entre os *acquestos conjugues*, Voet ad Pand. liv. 25 tit. 1 n. 3 prope fin.

N. 3. As despesas que o marido fez (alem das custas contadas, que repetisse do devedor) em exigir judicialmente as dividas activas dotaes da mulher, são repetiveis soluto o matrimonio; bem como as demandas, que o marido tratou, não para defender, mas para reivindicar os bens dotaes dados em dote á mulher, Stryk. Us. mod. liv. 25 tit. 1 §. 1, videndus Bersan. de viduis cap. 2. q. 28 a n. 20, aonde declara que esta conclusão só procede no dote *inestimado*; e ainda neste, quando as despesas são grandes, e não modicas, Confer Angel. de Impens. et melior. dotalliu art. 5 tot., acrescentando no n. 19 que „ *hujusmodi litis expensæ poterunt a marito, vel ejus hæredè liquidari ex processu productionè, et quantitas probabitur per probationes minus legitimas, et non rigorosas, ut puta, per juramentum, si aliæ concurrant conjecturæ. Et sic judicis erit arbitrarium super quantitatis taxatione*, Cyriac. Controv. 42 etc.

TIT. IX. §. 25 RUBR.

Que pacta in Dote valeant.

N. 1. **Q**uando em divida se deva o matrimonio julgar contraído conforme o costume do Reino, ou conforme ao Direito commum, está largamente demonstrado nas Notas ao Tit. 8 §.

8 deste Livro. Trataréi pois neste lugar 1.º, quaes são dos mais frequentes os pactos validos: 2.º, quaes os nullos? Mas antes devo advertir que a Ord. Liv. 4 tit. 46 tit. 95 §. 3, tit. 96 §. 24 manda observar tudo quanto no Contrato antenupcial for entre os esposos acordado, e contratado.

Quaes pactos nupciaes são validos?

N.º 2. He valido 1.º, o pacto, em que os esposos convencionão huma reciproca successão do todo, ou parte dos seus bens com as condições, que lhes apraz. Porque *quid quid sit de Jure Romano*, estes pactos são hoje sem dúvida validos segundo o uso universal das Nações, Stryk. vol. II disp. 26 a §. 64, et de Cautel. Contract. sect. 3 cap. 8 §. 1 et 26, et vol. II disp. 27 cap. 3, Harpprect. disp. 35 thes. 17, Voet. liv. 23 tit. 4 n. 37, et liv. 2 tit. 14 n. 16, *ex professo*, Boehm. ad Pand. tom. 4 exerc. 71 cap. 1, aonde transcreve muitos DD., Struv. exerc. 30 thes. 19; e entre os nossos Guerreiro tr. 2 liv. 7 cap. 5 n. 4, e melhor Fragos. p. 3 liv. 4 disp. 7 §. 1 a n. 12. E isto ainda que os taes pactos não sejam igualmente *reciprocicos*, e vantajosos entre os esposos, mas desiguaes, e menos vantajosos a algum delles, Stryk. de Succes. ab intest. diss. 8 cap. 5 §. 21, *et maximè* sendo estes pactos restrictos á successão de certa parte de bens.

Geralmente todas as Instituições *contractuales* estão approvadas pela Leis, e uso moderno das Nações, fundados nas razões mais justas que a dos Romanos. Veção-se Domat. Loix Civil. Liv. 4 2 p. *das Successões* no Prefacio pag. 262 Tit. *des Institucions Contractuelles* =, Furgol. tom. 6 q. 27 n. 67, et q. 38 a n. 13, et tom. 5 art.

13 pag. 99 , et seqq. , Groeneweg. de Legib. abrogat. in Cod. liv. 5 tit. 14 L. 5 , Fabr. in Cod. liv. 5 tit. 9 def. 6 , Koëh. de Success. ab intest. §. 7 , Cod. Freder. p. 2 liv. 7 tit. 10 , e o moderno dos Francêzes art. 1515. A nossa Legislação tão longe está de reprovár , que approva e autoriza este pacto entre os conjuges. Assim se prova com a generalidade da Ord. Liv. 4 tit. 46 , tit. 95 §. 3 tit. 96 §. 24 , e mais claramente com o §. 8 da Lei de 17 d'Agosto de 1761 (que não ficou suspenso pelo Decreto de 1778) ut ibi = *E pelo que toca as segundas :*
„ que como senhoras das suas casas possam es-
„ tipular com seus respectivos esposos assim para
„ a vida como para a morte as reservas , e con-
„ dições que bem lhe parecer , como até agora
„ se praticou , sem a menor differença = etc. ; ficando hoje sem uso o muito que em contrario discorrêrão os DD. , com os quaes Torr. de Pact. futur. success. liv. 1 cap. 7 a n. 48 , aonde só admite o tal pacto relativamente aos bens doctes.

N. 3. He valido 2.º , o pacto , pelo qual os conjuges no caso de não haver filhos do matrimonio substituem hum terceiro para successor dos seus bens , ou parte delles , como já mostrei no §. 22 deste Tit. na Nota ao N. 1 a que acrescento Fontanell. de Pact. nupr. claus. 4 gloss. 24 et 25. E ainda mesmo podem logo nos pactos nupciaes dispor dos terços (salvas as competentes reservas) ; e fazer nelles substituições , do que ninguém pôde duvidar.

N. 4. He valido 3.º , o pacto *de non meliorando* , como quando os pais dotando huma filha promettem não melhorar os mais filhos no seu terço , para que fiquem todbs por igual. Pois ainda que o contrario se

vê em Phæb. dec. 102 , no seu Addicionador , em Guerreiro tr. 2 liv. 7 cap. 5 a n. 74 ; Torre de Pact. liv. 1 cap. 7 rot. , convindo todos em que o tal pacto he nullo ; com tudo elles se fundão em huns principios das Leis Romanas abrogados pelo uso das Nações , Groeneweg. in L. 15 Cod. de Pact. n. 4 , Stryk. Us. mod. liv. 23 tit. 4 §. 10 , Optime Voet. ad Pand. liv. 23 tit. 4 n. 67 , Fabr. in Cod. liv. 5 tit. 9 def. 6 et 7 , os quaes todos defendem a validade do dito pacto.

Na verdade alguns principios da opinião que se oppoem á validade do pacto *de non meliorando* , são Romanisticos ; hoje geralmente reprovados. Resta só hum , que ainda pôde ter apoio na Ord. Liv. 4 tit. 70 §. 3 , aonde se vê adaptada á maxima de ser nulla a doação universal , que faz intestavel o doador e como os pais só tem o terço , de que testem , e a doação , que fazem delle sem reserva he nulla pela opinião , que até agora se tem seguido , Portug. liv. 1 precl. l. 2 §. 7 a n. 55 , Guerreiro tr. 2. liv. 5. cap. 10. Por tanto promettendo o pai , ou mãe não melhorar com a sua terça filho algum , he o mesmo que privar-se da liberdade de testar , e consequentemente nullo aquelle ponto de não melhorar filho algum. Se pois o pai ou mãe quando dota com tal pacto disser que se reserva *hum tanto* para testar dos bens de seu terço , e que no resto delle promete não melhorar filho algum ; nada fica que obste á validade do tal pacto , em quanto com mais claras luzes se não reprova essa maxima Romana que annullava toda a doação , ou dote , pelo qual o doador se fazia intestavel , maxima , que tem convencido os modernos Stryk. de Cautel. Contract. Secr. 3 cap. 9 §. 4 , et Us. mod. liv. 39 tit. 5 §.

9, Voet. ibidem n. 10, Harpprect. disp. 45 n. 275, Mul. ad Struv. Exercit. 40 thes. 9, e'ou'rtos.

N. 5. He valido 2.º, o pacto antenupcial, em que a esposa renuncia os futuros acquestos, Guerreit. tr. 2 liv. 7 cap. 8 n. 96, Harpprect. disp. 80 a n. 579. Bem como o marido esposo os póde renunciar em favor da esposa, Sanches de matr. liv. 6 disp. 5 n. 15 et 6 Conf. Gutierr. Practic. q. 126, Valasc. Cons. 103 n. 29 in fin., Molin. de Just. disp. 435 Garcia de Conjugal acquest. n. 147, et 148. Com tanto que esta renuncia seja formal, e expressa, Harpprect. suprâ a n. 598. E isto ainda mesmo que a esposa renunciante tenha credores, a que indirectamente prejudique, Harpprect. suprâ a n. 646 Roc. Sollect. cap. 49 a n. 6 Gutierrez Pratic. q. 127 n. 4. Olea de Ces. jur. tit. 2 q. 3 a n. 23.

N. 6. He valido 5.º, o pacto bem praticado, em que os esposos convenção que não havendo filhos do matrimonio; ou havendo-os, e morrendo depois de hum em vida do outro sobrevivivo, este não seja seu herdeiro; e isto em ordem a que, mediante esta successão legal, não passem os bens de huma familia para outra, Guerreit. tr. 2 liv. 7 cap. 5 n. 81 Voet 82. E isto pelas razões que expõem os DD. citados no N. 2. He porém necessario que haja neste caso huma formal, e expressa renuncia das futuras successões dos filhos do matrimonio, que sobrevivendo a hum dos conjuges fallecerem em vida do outro, Voet. ad Pand. liv. 23 tit. 4 n. 71 et 72 juntas as doutrinas de Guerreit. tr. 2 liv. 7 cap. 10 a n. 100 et 120. De outro modo, sendo simples sem formal renuncia a tal clausula, só vigora no caso que os filhos venhão a morrer depois de ambos os pais.

Só sim os pais dos esposos, que autorizão estes pactos celebrados entre seus filhos, são vistos renunciar a successão delles por força de huma renuncia tacita, e consentimento, que prestão a que por morte do seu filho esposo passem os bens delle conforme o pacto a quem nelle se destinão, Boehm. ad Pand. Exerc. 71 cap. 2 sub §. 10 §. Addeit =; ainda que por cautella aconselha ser mais seguro, que os pais renunciem a futura successão dos filhos em ordem a que por força do pacto passe a herança do esposo filho ao outro, ou qualquer pessoa, sem que ao filho morto succeda na legitima elle pai.

N. 7. He valido 6.º, o pacto em que a filha contempe, e satisfeita com o dote, que se lhe assigna para o matrimonio renuncia, *maxime* se intervem juramento (obtida para esse fim Provisão de Dispensa da Ord. Liv. 4 tit. 73) renuncia perpetuamente as legítimas paternas como admiravelmente com innumeráveis DD., e uso das Nações demonstrou o nosso João Alva da Costa na Aquila Augusta cap. 3 4 e 5, e sobre todos o incomparavel Stryk. de Success. ab intest. dissert. 8 cap. 10 a §. 6 et Us. med. liv. 23 tit. 4 §. 9. Jurisprudencia que abraçou o moderno Cod. de Sardanh. Liv. 5 tit. 15 §. 1 determinando geralmente que „ *As renunciações das fêmeas mediante hum dote competente para se cazarem, terão sem outra solemnidade seu effeito, ainda que não sejam judiciaes, e se trate de pessoas menores, as quaes serão julgadas dispensadas na idade, e habilitadas, como se fossem maiores; o que terá igualmente lugar, ainda quando aquelle a cuja successão se renuncia, e aquelle em cujo favor se faz a renuncia não estivessem presentes ao contracto, etc.*”

N. 8. Em contrario diz Mello na Nota a este §. 25. ut ibi = *Inutile etiam est pactum, seu renun-
tatio futurae successioms quod in nuptiis nobi-
lium praesertim apponi solet, quando scilicet fa-
mina promittit se dote accepta contentam esse, et
legitima renuntiat.* = Porém tambem aqui dor-
mitou Homero. O Decreto de 17 de Julho de 1778
não prova expressa, nem ainda forçadamente tal pro-
posição; porque elle só suspendeo o §. 1 da Lei de
17 d'Agosto de 1761, que privava das legitimas as
filhas dos Moços Fidalgos, e dahi para cima quando
cazavão; e isto porque (como diz o Decreto) aquel-
la Lei não podia permittir a privação das legitimas
devidas por direito commum geralmente recebido.
Ora a Lei as privava involuntarias, e não dotadas. O
Decreto só suspendeo o irracional della, e não pri-
vou as filhas voluntarias, e dotadas da liberdade de
renunciarem as legitimas. Deixou-lhes livre não as re-
nunciar, ou renunciallas contentes com o dote. Nada
ha que obste a que ellas usem, ou não do favor que
lhes laxou o Decreto contra o rigor daquella Lei, que
as privava das legitimas. Logo o Decreto não prova
a proposição de Mello. Ainda menos Stryk. a que se
refere; porque como já vimos, segue o contrario.

Em quanto subsistir a Ord. Liv. 4 tit. 70 §.
3 e 4 com a intelligencia commua, e se não se-
guir a do mesmo Mello Liv. 1 tit. 3 §. 10 na
Nota. Em quanto subsiste a Ord. Liv. 4 tit. 73,
e se não assentar que hoje tem cessado os fins que
queria occorrer esta Ord. pelas razões que notei
a Mello no lugar citado, he indispensavel que
estas renunciás se firmem com juramento, e fa-
cilmente para este fim costuma o Desembargo do
Paço ainda actualmente dispensar a dita Ord. pa-
ra no acto da Escriptura deferir o Tabellião ju-

ramento aos renunciantes, em que promettem
nunca contravir as renunciás. Sendo que ainda
assim juradas ellas ficão sujeitas á resolução, ou se
morrem as pessoas em cuja contemplação forão
feitas; ou se forão extorquidas com violencia,
medo, dolo, ou lesão; ou se depois augmentarão
notavelmente as faculdades do Pai; ou se este
sendo em seu favor feita a renuncia institue de-
pois herdeira a filha renunciante; ou se ella mor-
re em vida do pai, ficando os filhos, e a renun-
cia não foi extintiva; e real, etc. etc. Sobre o
que tudo se devem ver o cit. Stryk. de Success.
ab intestat. dissert. 8 cap. 16, Pág. 64 for. cap.
130, Harpprect. disp. 73 e 74. De Luc. de Ren-
nunciat. Torre. de Pact. liv. 2. cap. 24 e 26 e
27 28 29. E quando se siga a opinião de Mel-
lo, e nova intelligencia que deo a Ord. Liv. 4
tit. 70 §. 3 no Liv. 1 do Direito Publico Tit.
3 Nota ao §. 10, então valem taes renunciás
ainda mesmo sem juramento.

N. 9. He valido 7.º o pacto, em que se estipu-
la a communião particular só de alguns bens, ou de
certa quota, ou debaixo de tal condição, ou evento;
como se nascerem ou não nascerem filhos do matri-
monio, morrer ou não morrer primeiro o marido,
Voet liv. 23 tit. 4 a n. 26, Pereir. dec. 53, Guerr.
tr. 2 liv. 7 cap. 5 a n. 6. O pacto, em que se con-
vencione, que a mulher constante o matrimonio fique
com a livre administração dos seus bens, independen-
te da autoridade do marido, Guerreiro tr. 2. liv. 7
cap. 9 a n. 3. O pacto, em que o marido fica inhi-
bido de alienar os bens dotaes, Voet n. 21. O pacto,
que Sur carrega só o marido de satisfazer as dividas
da mulher pelos fructos dos bens dotaes, Guerreiro tr.
2 liv. 7 cap. 5 n. 14. O pacto, que o marido sobre

vivendo, poderá lucrar ou todo, ou parte do dote, Voet supr. n. 21, Malase Conf. 135. O pacto em que providenciação que logo que o marido faltar á mulher com os necessários alimentos, possa ella pedir a restituição do seu dote, Guerreiro supr. n. 15. Omitto outros, que se podem ver nos citados DD., e em Alum. tom. 5. q. 135 a n. 237.

Parece que nem a Ord. Liv. 4 tit. 62; nem a Lei de 25 de Janeiro de 1775 fizeram dependentes de insinuação estes pactos ante nupcias. Pois que a Ord. Liv. 4 tit. 46 autoriza os esposos para pactarem livremente o que quizerem a respeito da communicação dos bens no futuro matrimonio independente de outra solemnidade. A Ord. Liv. 4 tit. 65 §. 1. falla das doações feitas na constancia do matrimonio em que já ha diversas razões. A Lei de 17 d'Agosto de 1761 acima transcripta na Nota n. 2, permite aos esposos independente de outra solemnidade huma livre faculdade de pactarem entre si sobre as futuras successões. Se recorrermos aos DD. estrangeiros, elles dispensão desta solemnidade estes pactos quando não ha Lei Nacional, que expressamente a faça precisa; porque são hums contratos reciprocos, onerosos, eventuaes, dependentes da contingencia de morrer primeiro hum, ou outro esposo, Stryk. de Success. ab intest. dissert. 8 cap. 5 §. 10. Harpprect. disp. 42 thes. 19. Esta Jurisprudencia parece adoptada no moderno Cod. Civ. dos Franceses art. 1516 seguindo a opinião de Lebrun. no Traet. das Success. Liv. 3 cap. 1 n. 16; e Furgol. tom. 5 art. 20 pag. 1878

Quaes pactos nupciaes são nullos.

N. 10. São nullos todos os pactos, que encontram resistencia nas Leis, na razão natural, na honestidade, e bons costumes, na utilidade pública. E por tanto são nullos os pactos jurados neste Reino, Ord. Liv. 4 tit. 73, a menos que não haja Provisão. Os que vão offender as legitimas dos descendentes, ou ascendentes, Voet. Liv. 23 tit. 6 n. 19 e 20. Os em que se estipulão interesses pela mora na restituição do dote, soluto o matrimonio, ou que se não compensem nas usuras dotaes os fructos do penhor, recebido em segurança do dote, Guerreiro ar. 2 liv. 7 cap. 5 n. 57 et 58; porque a Ord. Liv. 4 tit. 67 §. 1 só permite que o dote vença usuras em quanto durar o matrimonio, e quer que se compensem com os fructos do penhor.

N. 11. São nullos como repugnantes á razão natural, e ao decóro os pactos que o marido esteja debaixo do poder da mulher, que não possa negociar sem sua authoridade; que ella independente d'elle possa em todo o caso estar em Juizo; que o marido nunca a possa castigar ainda levemente, nem nella tenha imperio marital, Voet. supr. n. 16 et 20; Stryk. Us. mod. liv. 23 tit. 4 §. 7, et vol. 8 disp. 23 cap. 1 §. 10, Cod. Freder. p. 1 liv. 2 tit. 4 §. 3.

Se vale o pacto que o marido será obrigado a habitar com a mulher em certo lugar? Veja-se Portug. de Don. liv. 1 prælud. 2 §. 2 a n. 96, Brito de Locat. post. Tract. q. 1. a n. 20, et q. 3 tor.

N. 12. São nullos como repugnantes aos bons costumes os pactos, em que os dotados promettem ab-

solamente nunca demandar o dote aos dotadores em tempo algum; *affert* se o pacto he relativo á duração da vida do dotador pai, ou qualquer outro; por que morto elle ainda póde ser um dote; Voet supr. n. 18. O pacto que os fructos do dote, ou se convertão em capital, ou por elles se não paguem dividas da mulher, e a menos que elle *abunde* não sustente os encargos do matrimonio, não se compenhe o marido das despesas nelle feitas, Voet n. 16, Guerreiro supr. a n. 68, De Luc. de Dot. disc. 160 (aonde distingue varios casos). E *vice versa* he nullo o pacto, de que o resultado he ficar a esposa em todo, ou em parte indotada no estado de viuva, como que o dote ficará em poder dos herdeiros do marido, ou que este não ficará obrigado pela má administração dos bens dotaes, nem pela culpa lata, ou leve, Guerreiro a n. 61, ou se por pacto se convencionou retardamento da solução do dote, soluto o matrimonio por largo tempo, Voet n. 17, Guerreiro liv. 7. cap. 5. a n. 50. Ou que os bens do marido não estejam hypothecados pelo dote, Guerreiro supr. n. 58; porque todos estes pactos ou transtornão indotada a viuva sem facilidade de segundas nupcias, ou a constuem em estado miseravel, sem subsistencia, não se he restituindo promptamente o dote, sem a minima falta; e isto a menos que *abunde* não seja competentemente providenciada por força dos mesmos pactos nupciaes. Veja se sobre tudo Stryk. Us. mod. liv. 23 tit. 4 §. 8. Ultim. tom. 5 q. 35 a n. 237, Guerreiro tr. 2 liv. 7 cap. 4 a n. 90.

Supposto alguns DD. attribuição a natureza de ultima vontade aos pactos *antenuptiales*, e *successorios* entre os conjuges, cuja validade já vimos, permitindo-lhes em consequencia a liberdade de os revogar. Contudo a mais commum opinão

lhe dá a natureza de actos *entre vivos*, e assenção que são irrevogaveis por qualquer dos conjuges; a menos que o outro não consinta na revogação, Stryk. de Success. ab intest. dissert. 8 cap. 5 §. 37 et vol. II disp. 26 §. 81, et de cautel. contract. Sect. 3 cap. 8 a §. 20, Boehm. exerc. 71 cap. 2, Harpprect. disp. 35 thes. 17, Voet liv. 23 tit. 4 n. 59, e conduzem os nossos Guerreiro tr. 2 liv. 7 cap. 5 n. 5, e Fragos. p. 3 liv. 4 disp. 7 §. 1 n. 13. X. Adde.

TIT. IX. §. 26 RUBR.

Donationes propter nuptias in praxi non sunt.

Isto mesmo alem dos DD. citados nos havia ensinado ha quasi dois seculos Egidio na L. ex hoc jure p. I cap. II n. 87. Nem ainda tem hoje o nome de doação *propter nuptias*, uem privilegio algum de dote as doações, que se fazem por via de casamento a favor de algum homem, Egid. supr. n. 77, Guerreiro for. q. 69 n. 10, Gomes na L. 50 Tauri n. 11 X. *Item etiam.*

TIT. 9 §. 27 28 RUBR.

Neque arrhae Juris Romani. Recipi tamen pacto possunt, et in usum revocari.

A Palavra *arrha* não he só voz *Hebrea*, ou *Punica* como diz Mello, mas *Grega*, ou derivada de *huc Part I.*

ma palavra Grega que significava *firme*, Vicat verbo *arrha*, Pereira in Elucidario n. 1684. Praticava-se não só nos contractos da venda, para argumento de estar contrahido este contracto, L. 35 ff. de contrahend. empr., L. 16 Cod. de Fid. Instrum., mas nos *esponsaes* para mostrar a firmeza das promessas, L. 38 de Rit. Nupt., e entregavão-se as *arrhas* como em penhor, e firmeza da promessa sponsalicia, Lei ult. Cod. de Sponsal., Molin. de Just. disp. 431. Não são necessarias *pro forma* dos esponsaes, e sem ellas valião; e só se davão pelo esposo á esposa, sendo pela maior parte aneis, e outras joias, Barbos. et Fab. liv. I cap. 140, uso antiquissimo nos Romanos, Cujac. liv. II observat. cap. 17. Se morria hum dos esposos, ou se erão nullos os esponsaes, as *arrhas* se restituão, Stryk. Us. mod. liv. 23 tit. I §. 24. Não he necessario que o uso das arrhas, que pôde renovar-se, se renove, porque está renovado, ou permittido na Lei de 6 de Outubro de 1784, e ainda quando algum dos esposos he refractario, se não intervem *arrha* ou *promessa de pena* em firmeza dos interesses, sempre fica responsavel a elles pela determinação da mesma Lei, como fica mostrado neste Liv. 2 tit. 5 §. 2. a n. 19 et 39.

TIT. IX. §. 29. RUBR.

Nostræ arrhæ quales sunt, et quomodo constituentur.

N. 1. Chamavão-se antigamente neste Reino *compra do corpo* as arrhas, ou dote, que o marido dava á sua esposa, e futura mulher. Assim com hum monumento do anno de 1296 o prova o moderno

Elucidario verbo = *Compra do corpo* = com estas palavras daquelle documento ibi = *O qual berdamento a mi deo Pero Peres por compra de meu corpo, e por serviço, que lhe fiz.* = E debaixo da palavra = *Marido conuçado* = refere outras doações, que os maridos fazião ás esposas, dizendo, como por causa, = *Por compra do vosso corpo* =. E judiciosamente discorre este moderno que estas *arrhas* erão hum dom gratuito totalmente voluntario, que só dependia do maior, ou menor affecto do esposo. Talvez alludindo a esta origem he que disserão os DD. serem estas *arrhas dadas em premio da pudicicia, e virgindade*, e serem hum donativo meramente gratuito, voluntario, e não necessario, nem obligatorio, Portug. de Donat. liv. I prælud. 2 §. 6 n. 4 18 41 46 50 54

N. 2. Permite a Ord. Liv. 4 tit. 47 no princip. esta liberdade de constituir arrhas a todo o esposo, sem limitação de pessoas. O cit. Portug. no n. 60 tendo no n. 57 habilitado o filho familias para todo o contracto, lhe denega o poder de constituir *arrhas* á esposa, sem autoridade do pai, a menos que não seja de bens *castrenses*, ou *quasi*. Assignando por unica razão, não poder o filho prejudicar ao Pai no usufructo dos adventicios, por meio de tal doação. Porém, bem pensada a causa, a promessa, e a obrigação do filho, sendo efficaz de presente (por não ser contracto de mutuo) vai ter execução depois do casamento, pelo qual fica emancipado, e o pai privado do usufructo. E por tanto „ *Contractus valet super* „ *bonis adventitiis, in quibus Pater habet usum* „ *fructum, etiam si ejus deficiat consensus si con-* „ *feratur in tempus, quo filius familias contrahens* „ *sui juris futurus est, cum paterno usufructu* „ *præjudicium ex hoc non paretur.* „ Ita cum Egid. et aliis Moraes de execut. liv. 2 cap. 20 n. 97.

N. 3. Os menores porém, diz o mesmo Portug. a n. 35, não podem sem autoridade de Tutor, e Decreto judicial constituir *arrbas* em bens de raiz; mas só nos moveis; e ainda constituindo-as nestes, se ficam lesos no excesso, attenta a qualidade dos seus bens, gozão do beneficio da restituição. Também *vice-versa* (diz o mesmo Portug. n. 7) que pôde a mulher prometter ao marido que, soluto o matrimonio, ficará com parte do dote que recebe; com tanto que esta parte ad *instar* das *arrbas*, não exceda o equivalente da terça parte dos bens do marido, pela regra dos correlativos. Porém aqui equivoca-se Portug. confundindo as *arrbas* com os *pactos successorios*, em que já vimos ao §. 25 N. 9 ser hum pacto successorio valido; e só pôde proceder a opinião de Portug. sendo a promessa como de *arrbas*.

N. 4. Diz neste §. o nosso Mello que he nulla a promessa de *arrbas* de quantia *incerta*, que he o que suppõem significarem as palavras *Camera cerrada* com que se explica esta Ord. Liv. 4 tit. 47. Porém que se entenda por *Camera cerrada varii varie dixerunt*. O Padre Bento Pereira no Elucidario n. 1989 diz que esta palavra significa o mesmo que a promessa de *arrbas* em quantidade incerta, que possa exceder a taxa do Lei. O Senador apud Peg. de Maior. cap. 1 n. 23 diz que o mesmo he doação de *Camera cerrada*, que doação de todos, e *quaesquer bens*, que se acharem na casa, como quando se diz vulgarmente *deixou tudo a portas fechadas*. O citado Elucidario debaixo da palavra *Camera cerrada*, parece seguiu a intelligencia de Pereira; porém, diz elle, se nós attendermos á origem da *Camera*, e á desta palavra *Cerrada*, será facil persuadir-nos que prometter *Camera cerrada*, he prometter tudo o que he preciso para ornar, e paramentar dignamente o quarto, ou casa de huma senhora nobre, sem faltar cousa

alguma á precisão, decencia, e costume =. E debaixo da palavra *cerradamente* entende = *tudo em torno de hum lugar* =. Assim o prova com hum Foral do anno de 1514 nas palavras = *Foi dado á dita terra de foro cerradamente ao dito Concelho* =. E com outro documento antigo, e palavras delle = *Foro cerrado* = entende por foro certo de hum determinado lugar.

Seja qual for a genuina intelligencia destas palavras da Lei. O certo he que a sua rubrica trata = *das arrbas, e camera cerrada* =. No contexto só permittio aquellas dentro dos limites que logo veremos. E para se não fraudar esta taxa he que prohibio fazer-se á esposa huma doação *incerta*, que poderia exceder a mesma taxa. Esta absoluta prohibição foi occorrer disputas sobre a proporção de huma tal doação á terça parte do dote. Senão he que também comprehendendo o caso de não trazer a mulher dote algum, e não haver objecto a que se proporcionhe a promessa do marido. O mais mysterioso he que sendo certa a regra *utile per inutile non viciatur in separabilibus*; e annullando esta Ord. só o *excesso das arrbas*, sustentando-as validas na proporção, e equivalencia da terça parte do dote, aqui annulla inteiramente a promessa da *Camera cerrada*, talvez porque o util, e valido se vicia pelo inutil *ratione incertitudinis*, Barbosa. et Fab. liv. 19 cap. 51 axiom. II.

N. 5. Diz também Mello neste §. que as *arrbas* prometidas não podem exceder a terça parte do dote da mulher, mas que só o excesso he nullo. Concordeão os similes da Ord. mesma no §. 1, e do Liv. 4 tit. 62 no princ. tit. 65 §. 1 2 e 3, tit. 97 §. 3 e 5,

e a terminante doutrina de Castilho liv. 5 cap. 100 a n. 6 ad 12. Porém aqui faltão duas circumstancias, que não podem omitir-se; huma que bens da mulher devem respeitar-se, e como avaliar-se para proporcionar a validade da promessa das arrhas; outra em que bens do marido pôde subsistir esta promessa.

N. 6. Quanto á primeira circumstancia: devem estimar-se os bens da mulher *deducto ære alieno*, Portug. supr. n. 53. Devem deduzir-se, sem entrarem em calculo, os bens, que sendo alheios forão vencidos á mulher, Portug. n. 30. Se ella tem bens de prazo, ou morgado devem para este fim calcular-se os seus redditos pêla computação da L. 68 ff. ad Leg. Falcid. como segue por melhor opinião o mesmo Portug. n. 32 sobre o que se veja o meu Tratado das Avaliações cap. 1.º §. 30.

Supposto que o mesmo Portug. n. 36 com Castelhanos, e com o nosso Gam. dec. 291 n. 2 diz que „ *Se o marido confessa, que a sua promessa das arrhas não excede a terceira parte do dote da mulher, tem esta a sua intenção fundada naquella confissão, sem precisão de outra prova para justificar o justo, e valido das mesmas arrhas, e se os herdeiros as querem arguir excessivas da meta legal, e da terceira parte do dote, a ellas he que incumbe a contraria prova.* Com tudo quanto a mim he erronea esta proposição; pois que toda a confissão do marido em favor da mulher tem em si o character de suspeita, e affectada, Angel. de Confess. liv. 3 q. 3. n. 1. Taes confissões não se attendem quando ha Lei em contrario prohibitiva, e que por ellas poderia fraudar-se; Reinos. obs. 37 n. 22, Portug. preclud. 2. n. 48; Castilh. liv. 5 cap. 80 n. 38 et 39. Esta opinião de Gama Dec. 201 fal-

la em diverso caso, e he nervosamente confutada por Bagn. cap. 9 a n. 137. A verdadeira distincção he esta. se a viuva está na posse das arrhas, e os herdeiros do marido as accusão excessivas da taxa legal, a estes he que incumbe provar o excesso. Porém se a viuva, que não as possue, as pede aos herdeiros do marido, ella he a que deve provar a sua congruidade, e justiça sem excesso. Veja-se o cit. Bagn. desde o n. 137 até o n. 150. Nesta distincção concorda mesmo a respeito das arrhas o Addicionador de Gam. dec. 201 aq n. 2.

N. 7. Quanto á segunda circumstancia: devem as arrhas constituir-se, e assegurar-se em bens allodiaes do marido, e não em bens de prazo, a menos que o senhorio não consinta, Ord. Liv. 4 tit. 95 § 1 no fim. Nem em bens de Morgado, ou da Coroa, a menos que não intervenha Regia autoridade, Ord. Liv. 2 tit 35 §. 20. Nem em bens das Ordens Militares pela prohibição da Lei na Ord. Liv. 4 tit. 47 Collec. 1 n. 2. Estas Regias Faculdades costumão conceder-se pelo formulario que deixou escripto Cabed. depois do Arest. 2. E quem quizer saber o modo de se impetrarem, o seu uso, e effectos, consulte Peg. tom. 11 á Ord. cap. 140, e seguintes, e veja-se tambem o mesmo Reg. 3 for. cap. 36 n. 88.

N. 8. Diz 3.º, o nosso Mello que não podem constituir-se arrhas á mulher indotada por faltar o dote, a cuja terça parte devem proporcionar-se. Mas facilmente costuma dispensar-se esta Ord., ou para se constituirem arrhas sem dote, ou excessivas da terceira parte do dote.

N. 9. Diz 4.º, que se não devem quando o dote só consistio em promessa, sem effectiva tradição, e recebimento delle pelo marido. Esta he a regra, que

alem dos DD. citados firma Portug. n. 23 e 24; ou só se devem á proporção da terceira parte do dote recebido quando só se recebeu parte d'elle, Portug. sub n. 34. Porém o mesmo Portug. a n. 25 limita esta regra, e obriga ao marido ou seus herdeiros pagarem as arrhas inteiras. 1.º, Se o marido deu quitação do dote a quem lho prometteo. 2.º, Se lhe deu espaço para o pagamento, e entretanto se dissolve o matrimonio. 3.º, Se he imputavel ao marido a mora em receber o dote, *et maxime* se a mulher o interpollou para que o recebesse. 4.º, Se ao marido forão dados em dote nomes, e dividas de devedores, e elle foi culpavelmente omisso, e negligente em as exigir. Porque em nenhum destes casos pôde ser imputavel á mulher para deixar de lucrar as suas arrhas, os factos, indolencias, e negligencias do marido.

N. 10. Diz tambem Mello 5.º, que não podem prometter-se arrhas senão antes do matrimonio; porque constituidas depois se transformão em doação *inter virum et uxorem*. Esta com effeito he a regra, que largamente comprová o cit. Portug. n. 14. E ainda que no n. 15 e 16 a limita em dois casos, elles pertencem ao Tit. seguinte aonde os exporei.

N. 11. Diz 6.º, que antes do matrimonio não podem constituir se arrhas excessivas da terceira parte do dote, nem ainda com o pretexto de compensação de desigualdade de idade, ou nobrezas em que a esposa exceda ao marido. Porém em Peg. de Maior cap. 1 a n. 15 vemos huma tal doação julgada valida, ainda que denominada de *arrhas*, como qualquer outra doação, que o esposo menos nobre, e mais velho pôde fazer á esposa ou mais nobre, ou mais nova. De fórma que se não vale como *arrhas*, vale como *doação*, tendo a esposa a preexcellencia destes predica-dos. Bem que hoje huma doação tal, que não pôde valer como *arrhas* para valer como qualquer outra de-

pende de insinuação pela generalidade da Lei de 25 de Janeiro de 1775.

N. 12. Alem destes casos não podem exigir-se as arrhas se o matrimonio só foi *putativo*, Portug. supr. n. 54, ou se a mulher he condemnada pelo crime do adulterio accusado pelo marido, Ord. Liv. 5 tit. 25 §. 6.

TIT. IX. §. 30 RUBR.

Liberis extantibus, ultra tertiam constituta non valent.

AS Conclusões de Mello são certas, e só accrescento as doutrinas de Phæb. dec. 11, Valasc. de Part. cap. 23 n. 10. Se porém o marido não tem descendentes ao tempo, que constitue as arrhas, e depois os vem a ter, duvida-se se devem sahir só da sua terça, ou do cumulo da sua herança? O mesmo Portug. desde o n. 39 até 48 largamente defende que só devem sahir do terço, e que só devem subsistir dentro dos limites d'elle. Mas contra esta opinião de Portug. se vê muitas vezes julgada na Nota do Senador Oliveira transcripta no Repertor. debaixo da conclusão = *Arrhas não pôde prometter o marido etc.* =

TIT. IX. §. 31 RUBR.

Cujus in dominio sint, et ad quem spectent, uxore mortua, vel marito.

N. 1. Constituidas validamente as *arrhas*, ellas podem exigir-se constan-te o matrimonio em dois
Part. II. Xxx

casos; hum quando se confiscação os bens do marido, Ord. Liv. 5 tit 6 §. 20; outro quando o marido caemba á pobreza, Valasc. Cons. 16 in fin.; mas então só com o privilegio da tacita hypotheca, e não com a da prelação aos mais credores em concurso destes, Portug. supr. n. 61 e 62. Concorda, tratando das doações por causa de nupcias, semelhante ás nossas arrhas o Cod. Freder. p. 1 liv. 2 tit. 4 art. 4 §. 121. E ninguem duvida que as arrhas cessão morrendo a mulher em vida do marido, por cessar o fim da sua constituição, qual a decencia no estado vidual.

N. 2. Dizem porém Mello que a mulher só he usufructuaria vitalicia das arrhas, e morta ella devem reverter aos herdeiros do marido, deve entender-se, ou quando *expressamente assim se declara no contracto nupcial*; ou quando a viuva casa segunda vez, porque então devem por sua morte passar aos filhas do primeiro matrimonio, herdeiros do primeiro marido, como contra Valasc. cons. 16; e confundando os seus fundamentos largamente demonstra Portug. liv. 1 p. 121. 2 §. 6 a n. 17. Quando porém as arrhas são promettidas simplesmente *sem pacto de reversão* aos herdeiros do marido; e nem fição filhas do primeiro matrimonio, a que hajão de reverter pela disposição da *Lei Femine* Cod. de secund. nupt., (cazanda a viuva segunda vez) não posso acomodar-me á opinião de Mello em quanto diz absolutamente que em todo o caso, aonde se não exprime que a mulher poderá dispor livremente das arrhas no contracto antenupcial, ellas devem reverter aos herdeiros do marido. E o que diz *Egidio* ahí citado he, que nunca se póde entender ser a intenção do marido que as arrhas passem aos herdeiros da mulher; morrendo esta em vida do marido, a menos que não haja para este caso hum expresso pacto; e isto por ser costume geral (com que se suppoem conformarem-se as partes) cons-

tituirem-se só para o estado vidual da esposa. Mas não diz *Egidio* o que diz *Mello*, que em todo o caso he a mulher só usufructuaria vitalicia.

N. 3. Póde duvidar-se: se os legados que o marido deixa a sua mulher, sem outra expressão, se devem compensar com a divida das arrhas, que elle lhe prometteu? O citado Portug. a n. 46 com muitos DD. prova que não tem aqui lugar a compensação por ser voluntaria, e não necessaria a divida das arrhas. E isto pela regra geral que o legado feito pelo devedor a seu credor, nunca se compensa com a divida; senão quando ella teve principio *necessario*, e não quando a como as arrhas, teve principio voluntario. Porém a generalidade da razão da Ord. Liv. 4 tit. 31 §. 11. ibi = *queremos que se presume, que quiz antes livrar-se da divida, que era obrigado, do que fazer doação que não devia*. Esta generalidade, digo, parece comprehender em si o presente caso: com effeito *Mello* Erbe liv. 3 tit. 7 diz que, *Omne debitum est necessarium, adeoque semper in Testatore præsuntur animus compensandi*. = Por tanto parte essa distincção entre a divida, que teve principio voluntario, e necessario para se não subentender compensada com o legado a primeira, e só a segunda. Esta distincção, digo, não he tão certa que não tenha DD. em contrario, como se vê em *Bersan.* de compensat. cap. 2 n. 30 n. 4; e tem não menos que as 10 limitações que de muitos DD. recolhigo. *Bersan.* supr. a n. 33 ad 51, ou outras tantas conjecturas em contrario exclusivas da liberdade do Testador, e presumptivas do animo, e intenção de compensar o legado com a divida. De fórma que raro será o caso; em que não possa applicar-se algumas das ditas limitações. Veja se o caso em *Peg.* 3 for. cap. 35 n. 618 et 634, em que se presume, que o legado pelo devedor do dote, se presume com animo

de compensar: Veja-se também Sylv. ad Ord. liv. 4 tit. 31 §. 11 a n. 25, mas com critica.

A doação das arrhas sim he huma liberalidade pura (§. 29 N. 1), e consequentemente *doação*, que parece comprehendida na generalidade da Ord. Liv. 4 tit. 62, e na Lei de 25 de Janeiro de 1775 para depender da necessidade de insinuação. Porém huma vez que a Ord. Liv. 4 tit. 47 permite que „ *poderá cada hum em o con- tracto dotal prometter, e dar a sua mulher „ a quantia, ou quantidade certa que quizer, „ ou certos bens . . . com tanto que não passe o „ tal promettimento ou doação de arrhas da terça „ parte do que a mulher trouxer em seu dote*, etc. Eis-aqui o esposo autorizado por esta Lei para poder prometter á esposa as arrhas que ella lhe limita, independente de outra solemnidade. Já nesta Lei tem a liberdade, ainda que restricta, e não excedendo os prescriptos limites, a Lei dá validade á promessa, e só annulla no excesso. Não distingue como o tit. 62, se esta *doação* exceder, ou não exceder os 300 cruzados. Ella he neste caso ao mesmo tempo que geral permissiva indistinctamente, huma Lei especial, que póde dizer-se limitação da generalidade da Ord. Liv. 4 tit. 62, ex Moraes de Execut. liv. 1 cap. 1 n. 3, Boehm. ad Jus ff. liv. 1 tit. 1 §. 6 n. 4, Stryk. de Success. ab intest. dissert. 3 cap. 24.

As razões, pelas quaes o Direito introduziu a necessidade da insinuação; razões que expõem Portug. de Don. liv. 1 cap. 3 n. 30, todas cessão em huma esposa, que conformando-se com a Lei, e com o costume do Reino, constitue a sua esposa humas arrhas, que a Lei lhe permite, e que não excede; humas arrhas a que a Lei dá

validade não excedendo a terça parte do dote, e que só annulla no excessõ. E considerada a doação das arrhas como a doação por causa de nupcias feita á mulher, ou como subrogada (a qual ainda admittio no Cod. Freder. p. 1 liv. 2 tit. 4 art 4) não precisa de insinuação, Cod. Freder. supr. §. 117.

TIT. IX. §. 32 33 34.

EM que as arrhas de que temos fallado differem do dote, das arrhas dos Romanos, e das doações *propter nuptias* bem o expõem Mello, e he bem facil de ver depois de se ter visto a natureza do dote, e a das arrhas. Não repito a censura de Mello em quanto absolutamente quer que a mulher em todo o caso só seja usufructuaria das arrhas sem as distincções, que ficão expostas ao §. 31 N. 2.

TIT. 9 §. 35 RUBR.

Dotalitium quid.

DEfine Mello ser entre nós *dotalitio* hum pacto dotal, pelo qual certos bens, fructos, e redditos se assignão á esposa para commodamente se sustentar no estado viual, e diz que isto he o que chamamos *Apanagios* (palavra entre nós nova, e adoptada), alimentos, alfinetes, e geralmente arrhas. Quanto a mim nenhuma semelhança tem com os *dotalicios praticados na Alemanha*, de que tratão Stryk. vol. 4 disp.

13 cap. 3, et disp. 14 cap. 1; e o Cod. Freder. p. 1 liv. 2 tit. 4 art. 5, Peres in Cod. liv. 5 tit. 3, Idem Stryk. vol. 8 disp. 29 cap. 4 a §. 4, et de Cautel. Contract. Sect. 3 cap. 8 a §. 17. Nem com os *Apanggih* da Alemanha, de que trata Stryk. vol. 14 no Commentário á antiga Bulla cap. 24. Considerado como alimentos do estado vidual, ou o havemos de reduzir á classe dos *pactos successorios* para ser valido, e sem insinuação (§. 25 N. 1 junto o N. 9 na Nota); ou á classe das *arrhas* para serem validas dentro dos limites correspondentes á terça parte do dote, feita a computação desses alimentos para prefazerem hum todo, conforme a regra da L. 68 ff. ad Leg. Falcid. Ou, não se reduzindo a estas classes, em que só he indispensável a insinuação pela permissão das Leis, fica o tal *dot alicio*, assim chamado, na classe geral das mais *doações*. O mesmo digo da costumada prestação annua para a senhora, que nem pôde entrar na classe dos *pactos successorios*, nem das *arrhas*, que só se dirigem ao tempo depois de dissoluto o matrimonio. E quando muito ou hão de reputar-se huma reserva de parte dos redditos do dote com que entra a senhora, sem se communicar esta parte ao marido (Confer §. 25 N. 9), ou a supportarmos doação do espóso com obrigação effectiva, fica na classe das mais doações de prestações annuas sujeita á necessidade da insinuação pela generalidade da Lei de 25 de Janeiro de 1775, e doutrinas de Guetr. for. q. 10 n. 6.

TIT. 9 §. 36 RUBR.

Et in quo differat a nostris, et Juris Romani arrhis, et donationibus propter nuptias.

Convenho que este chamado *dot alicio* differe das *arrhas* do Direito Romano em tudo o que diz Mello atente o que notei no §. 27. Convenho que se assemelha ás *dadivas-nupcias*, as quaes se não lucraõ senão effectuado o matrimonio, ainda mesmo pela condição = *Datum ob causam, causa non sequuta*, Barbos. et Tabor. liv. 3 cap. 96 axiom. 4. Convenho em que o chamado *dot alicio* differe das *arrhas* em tudo o que diz Mello. Mas por isso mesmo que differe dellas, e se o separarmos do favor dos *pactos successorios*, fica na classe geral das *doações* sugeritas á necessidade da insinuação, como adverti no §. precedente.

TIT. IX. §. 37 RUBR.

Sponsalitia largitas.

Define-se por Pereira no Elucidario n. 1683 com Sanchez de Matrim. liv. 6 disp. 1 n. 1, e por Brunne-man. na rubrica do Tit. Cod. de Donat. ant. nupt., e pelo Cod. Freder. q. 1 liv. 2 tit. 4 art. 4 n. 124; ser huma *doação*, que alem das *arrhas* se faz entre os *esposos de futuro* com o intuito das *futuras nupcias*, como são *presentes*, *brincos*, *joias*, etc. Em que differe da *doação* por causa das *nupcias* (entre nós *arrhas*) veja-se o citado Codigo, e Peres in Cod. liv. 5 tit. 3 n. 11. E a quem pertencem estas libera-

lidades esponsalicias constante, ou soluto o matrimonio. Veja-se Molin. de Justit. disp. 299, e Sanch. de Matrim. liv. 6 disp. 18. No Decreto de 17 de Julho de 1778 se limitão a oito mil cruzados estas liberalidades esponsalicias, permitindo-se a essa classe de fidalgos, e a nenhuma outras pessoas. Quanto áquelles tendo a permissão da Lei não precisão de outra solemnidade. Quanto aos mais não especializados, fição essas liberalidades nas mais regras das doações, e sugêitas as que a esse respeito expõem os DD. citados. Veja-se o Cod. Freder. p. 1. liv. 2 tit. 4 art. 6.

TIT. X.

De Donationibus inter virum, et uxorem.

§. 1.

Neste §. propõe Mello a regra geral do Direito Romano, que não valem as doações entre marido, e mulher; não porque seja improbo que hum dos conjuges se faça rico, mas pela razão da L. 1 repetida na L. 31 §. 7 ff. de Donat. int. vir. et uxor. „ *Ne mutuo amore invicem spoliarentur donationibus temperantes, sed profusa erga se facilitate*, Confer Boehm. Exerc. 72 §. 25 Struv. Exerc. 30 thes. 23 Guerreir. tr. 2 liv. 7 cap. 14 a n. 3, referindo os mais. Nos primeiros seculos de Roma, em que os bens erão communs entre os conjuges, e se não permittião os divorcios; esta era a razão, porque taes doações erão prohibidas em razão de que reincidião na mesma communião, e por outras atemperadas ao estado desses tempos, que bem expoz Boehm. a §. 21. Variou depois o estado dos matrimonios, da natureza dellas,

da propriedade dos bens, não se communicando já mais; a facilidade dos divorcios, etc., e estas forão as razões mais verdadeiras, porque se prohibirão estas doações; para que succedendo o divorcio, que então era facil, não ficasse hum pobre outro rico; para que o esposo avaro não extorquisse do outro, que via o amava, as doações, ameaçando-lhe deixallo selhas negasse, e não ficasse venal a conservação do matrimonio, como se vê da L. 2. ff. de Donat. inter., e da L. 3 eod. tit., da L. 27 ff. de Pact. dotalib. E suggestavão estas doações á livre revogação, fazendo-as dependentes da confirmação pela morte; para conter os conjuges no consorcio; e occorrer aos divorcios etc. como bem discorre o citado Boehm. desde o §. 25. Conf. Stryk. Us. mod. liv. 24 tit. 1. §. 1. Taes erão as genuinas razões da prohibição geral destas doações, e da liberdade com que sempre ficava o conjuge doador, para as revogar em quanto vivo.

TIT. 10 §. 7 RUBR.

Usus tituli.

N. 1. **F**Oi Mello o primeiro; que eu saiba, á dizer que este Titulo não pôde ter uso algum entre os conjuges, que casão por carta de ametade, porque elles sendo *pro indiviso* senhores, e socios universaes de todos os bens, tudo que elles se doassem *ipso jure*, outra vez se communicaria entre elles; e outra vez ficaria commum (Confer Tit. & §. 13 a N. 1). Com effeito nas Nações, em que ha costume, como no nosso Reino, de se communicarem entre os conjuges, em falta de outro contracto, todos os bens, dizem os DD. Nacionaes, que cessa este Titulo pela

mesma razão de outra vez, se communicarem os bens, que mutuamente se doão (conforme a primitiva Jurisprudencia Romana; Gropeneweg de Legib. abrogat. ad Pand. liv. 4 tit. 1; Thomas. Not. de Us. hod. ibidem; Stryk. Us. mod. liv. 24 tit. 1 §. 1 in fin., Boehm. supr. sub §. 26.

N. 2. Na verdade se o que adquire hum dos conjuges por qualquer titulo, logo *ipso jure* se adquire, e communica ao outro, independente de tradição alguma, Guerreiro tr. 2 liv. 6 cap. 1 a n. 36; o resultado seria que o que hum doasse ao outro, por mais que lhe transferisse o dominio, e posse, lhe ficaria outra vez communicado, e doando hum ao outro, viria a doar a si mesmo. Por outra parte hum dos requisitos da doação *inter virum et uxorem*, he que haja tradição do dominio, e posse, Portug. de Donat. liv. 1 prælud. 2 §. 4 a n. 8. E como poderia verificar-se este requisito entre os casados por Carta de metade, em que a tradição viria a ficar em vão, communicando se outra vez a cousa doada? Se a Ord. Liv. 4 tit. 65 no princ. faz communicaveis as doações, que estes conjuges se havião feito antes do matrimonio, pelo §. 2.º as permite quando o que as faz não he por ellas feito mais pobre, nem o outro feito mais rico, (exemplos que podem ver-se em Voet liv. 24 tit. 1 a n. 10). E como poderia isto verificar-se ficando outra vez tudo communicado?

N. 3. Só pois variando estes conjuges do casamento por Carta de metade, para conforme o Direito commun, como direi ao §. 4, e renunciando de preterito, e futuro a universal communhão de bens, poderão fazer hum ao outro compativelmente alguma

doação, e não em quanto estão casados por Carta de metade. Isto quanto ás doações *particulares*.

N. 4. Parece que podem fazer-se doações *universaes reciprocas*, para que o ultimo sobrevivente fique proprietario, ou usufructuario, fazendo as substituições, que lhe parecerem. Os DD. que sustentão taes doações se fundão na L. 7 §. 2 ff. de Donat. inter vir. et uxor. Porém não advertem, que já nesse tempo tinha variado na Roma o estado dos matrimonios; e cada hum dos conjuges era senhor dos seus bens, e doando-se iguaes quantidades hum ao outro, não ficava mais pobre; e nisto (caso em que permitião as suas doações, nem reinvicção outra vez na communhão. Por isto os nossos Reinícolas, como os quaes Guerreiro tr. 2 liv. 7 cap. 14 n. 27, e outros menos advertidos, sustentão as doações *reciprocas* entre estes conjuges por Carta de metade, fundados na dita Lei Romana, conforme a qual as doações reciprocas logo são validas, independentes da confirmação por morte, e são da classe das que referê a nossa Ord. dito §. 3, Boehmer. supr. §. 26 Voet. n. 10. Struv. Exerc. 30 thes. 20 29. Pois como digõ só podem subsistir taes doações reciprocas aonde não ha communicação de bens, para o fim de serem logo validas, independente da confirmação com a morte.

N. 5. E não as reprove absolutamente: o que me parece he; que só não tem o effeito de valerem logo nos termos do dito §. 3, e serem irrevogaveis. Não nego que possam valer, como novas *sucessões pacticias*, e convencionadas, que o costume de algumas Nações introduzio, e que forão modelo dos testamentos reciprocos, Thomas. ad Pand. liv. 24 tit. 1 §. 1. Cetera donat., Boehm. supr. a §. 35, Stryk. vol. 11 disp. 26 §. 95. Mas só podem valer para vir a surtir effeito depois da morte dos conjuges, não sendo revogadas, e sendo insinuadas nos termos do §. 1

da dita Ord. Pois que não podendo ser daquellas que logo são validas nos termos do §. 3.º, porque essas supõem os matrimonios Romanos, e cujas respectivas Leis esse §. teve em vista, necessariamente ha de ficar na classe das do §. 1.º para dependerem da confirmação por morte, insinuação, etc. E quando forçadamente classificassemos as doações *reciprocas universaes*, ou particulares, entre as do §. 3.º para ficarem desde logo validas, como as dos Romanos, necessariamente dependerião de insinuação, attenta a generalidade da Lei de 25 de Janeiro de 1775. O mesmo digo de quaesquer outras doações *parciaes*, sem differença alguma, em que paccionem reciprocidade de certa quota de bens.

TIT. X. §. 4 RUBR.

Quæ hodie possunt conjuges inter se donare?

PRELUDIO.

N. 1. **O** Direito Romano nos tempos, em que os bens não erão já communs entre os conjuges (§. 1) permittião entre elles, como sendo cada hum proprietario dos seus bens, toda a especie de contractos onerosos celebrados com boa fé, como o mutuo, o mandato, a sociedade, a compra, e venda, o depósito, etc. Voet. ad Pand. liv. 24 tit. 1 n. 8 Guerreir. tract. 2 liv. 7 cap. 14 n. 35. Portug. de Donat. liv. 1 prælud. 2 e §. 4 n. 23. Só pelas razões expostas (§. 1) prohibio entre os conjuges as doações por via de regra; e consequentemente todo o contracto que ainda que denominado com diverso nome fosse na substancia, e no effeito huma doação propria

Liv. 49 in med. ff. de Donat. int. vir. et ux. Voet. supra n. 8 *optime*, Mul. ad Struv. Exerc. 30 thes. 25, aonde figura varios exemplos, (et thes. 26), nos quaes exemplos se transformão em doações outros contractos diversos das doações.

N. 2. Como porém taes contractos, que se transformem em doações não podem facilmente dar-se entre os nossos conjuges que casão *por carta d'ametade*; mas só nos que casão conforme o *direito commum*, tratarei 1.º, em quaes contractos celebrados entre os primeiros, supposto celebrados com outros nomes, se verifica essa indirecta prohibição, e em quaes circumstancias? 2.º, em quaes celebrados entre os que casão pelo segundo modo: 3.º, em quaes casos cessa quanto aos segundos a prohibição das Leis Romanas, e da nossa Ord. liv. 4 65: 4.º, *Das causa mortis*, que se podem fazer sem differença huns, e outros conjuges.

SECÇÃO I.

Quaes contractos celebrados entre os que casão por Carta d'ametade se transformão em doação?

N. 3. **O**S nossos Valasco cons. 103 n. 29, Phæb. dec. 169 n. 21, e com elles Guerreiro tr. 2 liv. 6 cap. 1 n. 148, e admiravelmente Voet. ad Pand. liv. 23 tit. 4 n. 59 assentão que os que casão por contrato, sem communicação de bens, conforme o Direito commum, e por pactos antenupeciaes, não podem constante o matrimonio variar para ficar por novo pacto contrahido o matrimonio com communicação universal, conforme o costume de Reino; nem

vice versa os que nesta forma o tem contrahido podem constante o matrimonio, variar para ficar contrahido sem communicação de bens, ou com novos pactos successorios. E isto porque (dizem justamente os cidadãos DD.) este novo pacto, constante o matrimonio, se transforma em doação entre marido, e mulher, e fica sujeito á regra prohibitiva de taes doações, quando o resultado he ficar por meio do novo pacto mais vantajoso algum dos esposos, do que antes o estava tendo casado por hum ou outro modo.

Figure-se terem casado por Carta de ameadados, dos quaes hum era rico, o outro pobre. Hum tinha seis mil cruzados, o outro dois; communicado tudo, e formando o todo oito mil cruzados, pertencia a cada conjuge quatro. Se pois varião para o matrimonio conforme o Direito commum, sem communicação, convencioando que cada hum sahirá com os bens com que entrou; já o que entrou com dois mil cruzados, e adquirio pela communicação outros dois, vem a ceder destes em beneficio do outro que entrou com os seis, e nestes dois mil cruzados adquiridos alem dos com que entrou, se verifica propriamente doação. *Vice versa* se hum rico, e huma pobre, ou huma pobre, e hum rico casão por contrato sem communicação; e depois constante o matrimonio varião para o casamento conforme o costume do Reino com communicação universal, he certo que o que era mais pobre vem a luctar pelo novo pacto tanto dos bens do outro mais rico, quanto, feito de tudo hum amasso, avança de mais á mais na ametade do todo em compensação do pouco que antes tinha; e neste avance se dá propriamente pelo novo pacto huma doação indirecta, que fica sujeita á regra.

N. 4. Como porém as doações entre marido, e mulher (á excepção das que limita o Direito Romano, com que se conformou o §. 3 desta Ord. Liv. 4 tit. 65 que logo são validas) não são omnimoda, e absolutamente nullas, mas estão em estado de validade, dependentes da confirmação por morte, como se nota na citada Ord. §. 1, e admiravelmente contra Heinecio demonstrou com outros Puttman. Adversar. jur. liv. 2 cap. 1 pag. 18 et 19. Por tanto nada ha que obste a que constante o matrimonio possão os nossos conjuges ainda melhorando, e beneficiando hum a outro variar o regulamento dos seus bens, contrahendo de novo que fique contrahido conforme ao Direito commum o matrimonio, ainda que antes o estava conforme o costume do Reino, ou *vice versa* com tanto que esta doação indirecta se regulê pela dita Ord. §. 1, que o conjuge que beneficiou o outro persista sempre na sua vontade, que não a revogue, e que haja insinuação deste novo contrato, tanto pela determinação do dito §. 1, como pela generalidade da Lei de 25 de Janeiro de 1775.

N. 5. Havendo porém igualdade de bens nestes conjuges quando por hum, ou outro modo contrahirão o matrimonio, ainda que variem por novo pacto, parece que nada ha que deva insinuar-se; porque se não liberalizão hum mais que o outro; communicão, ou separão o communicado sem desigualdade alguma; e he isto como huma permutação, ex Peg. alleg. 1 n. 129, Castilh. tom. 7 cap. 18 sub n. 50, Guerr. tr. 2. liv. 2 cap. 14 n. 72, e em que parece não he necessaria insinuação, por não haver liberalidade propriamente tal, nem desigualdade de parte a parte; (se esta não exceder a taxa da Ord. Liv. 4 tit. 62), ex Guerr. supr. n. 73, Signanter Conciol. alleg. 38 a n. 20, et alleg. 39 a n. 7. De Luc. de Donat. disc. 60 n. 40, Stryk. vol. II disp. 26 §. 95 Schult. Exerc. 43 §. 13.

SECCÃO II.

Quaes contratos celebrados entre os que casão conforme o Direito commum, se transformem na essencia em doações entre marido, e mulher?

N. 6. **N**ão só se transforma em doação *inter virum et uxorem* a variação que os casados por contracto conforme o Direito commum fazem para a comunicação universal, conforme o costume do Reino, nos termos que ficão expostos na precedente Secção. Mas se transforma em doação entre marido, e mulher a renuncia dos adquiridos de preterito, que algum dos conjuges constante o matrimonio faz em beneficio do outro; como contra alguns DD. que quizerão defender o contrario *ex professo* demonstrou Harpprect. disp. 80 *de renuntiatione acquæstus conjugalis* a n. 654; e seguem os nossos Valasco cons. 103 a n. 29, Molin. de Just. disp. 435 n. 2. E com razão porque os *acquæstos conjugales* logo *ipso jure* se communicão entre os conjuges que cazão por contracto quanto ao dominio, e posse, Voet ad Pand. liv. 23 tit. 4 n. 30, Harpprect. supr. n. 666, Olea tit. 4 q. 8 a n. 18, Garcia de conjugal acquæst. n. 171 et 172. E consequentemente renunciando hum dos conjuges em favor do outro os bens já adquiridos de preterito, lhe faz huma propria, e effectiva doação, que fica sujeita á regra da Ord. Liv. 4 tit. 65 n. §. 1.

N. 7. Se porém constante o matrimonio algum dos conjuges renuncia em favor do outro os lucros, e adquirendos de futuro incertos, e contingentes. Supposto o nosso Valasco Cons. 103 n. 29, e outros que

refere o citado Harpprect. a n. 90 capitularão esta renuncia como doação entre marido, e mulher, e sujeita á regra; com tudo o mesmo Harpprect. a n. 98 com muitos DD. prova admatamente, e *ex professo* o contrario; e que esta renuncia dos futuros acquæstos não he doação *propria*, nem *impropria*, que seja prohibida entre marido, e mulher, o que entre outras Leis prova com a L. 5. §. 13 ff. de Donat. inter vir. et uxer. ibi: *Neque enim pauperior fit, qui non acquirit; sed qui det patrimonium suum de pœsenti* etc. Confer Guerra de volu. cap. 8 ibi 96; Olea de cess. jur. tit. 2 q. 3 n. 23.

A nossa Ord. Liv. 4 tit. 65 §. 3. adjecticia *systema Romano* de valer a doação entre marido, e mulher independente de confirmação por morte, „ quando o que faz doação não he por ella feito mais pobre, ou a quem he feita, „ não he por ella feito mais rico. „ Ora a mulher, que renuncia os futuros adquiridos, que são contingentes, não se faz mais pobre do que era; e o marido que aceita o que he hum contingente, não se faz mais rico. Esta he a razão, porque muitos DD. disserão que a renuncia de hum Direito de futuro contingente não he propriamente doação estimavel, que dependa de insinuação, Torre de Pact. liv. 3 cap. 13 n. 72 et 73, Antonel. de Temp. Leg. liv. 1. cap. 34 a n. 75. A Ord. mesma Liv. 4 tit. 62 suppone doações *effectivas* de bens moveis, ou raiz estimaveis ao tempo que se fazem ut ibi: „ *ao tempo que for feita* etc. = ; e he bem claro, que não comprehendeo renunciãas de *adquirendos* futuros incertos, e contingente.

N. 8. O mesmo procedê quando constante o matrimonio II. Zzz

trimonio, o marido que tinha estipulado lucrar a terceira parte do dote da mulher, se morresse primeiro, renunciou em favor della este lucro futuro, incerto, e contingente, e isto pelas mesmas razões de não ser doação entre marido, e mulher, etc., como largamente defendeo Valasc. Cons. 135, e com outros prova Guerreiro tr. 2 liv. 7 cap. 14 n. 4.

N. 9. Transformão-se também em doações sujeitas á regra as aquisições que o marido faz dos bens da mulher por meios indirectos, e fraudulentos, como por vendas simuladas, ou sendo reaes, se o preço se remitte, ou quando o marido finge que dá hum predio em pagamento a hum seu credor, e depois faz com este que o traspasse a mulher, Mull. ad Struv. Exerc. 30 thes. 25. Outros casos semelhantes, de que seria extensa a narração, podem ver-se em Voet ad Pand. liv. 24 tit. 1 n. 8. Estes são os que attingio Mello hic *ŷ. Nisi in fraudem legis initi.* =

Supposto pelas Leis do Direito Romano não valião as doações feitas por algum dos conjuges a pessoa que estava debaixo do patrio poder do outro, como se figura nos casos que recopilárão, Struv. Exercit. 30 thes. 24 n. 9, com tudo todas essas Leis cessão hoje que o genro não está em poder do sogro, o filho emancipado no poder do pai, etc., Mull. ad Struv. supr., Voet supr., Groeneweg. ad L. 4 God. de Donat. inter vir et uxór. Stryk. Us. mod. liv. 24 tit. 1 §. 2.

S E C Ç Ã O III.

Quaes doações feitas entre os que casão por contrato são logo firmes, e irrevogaveis; quaes as dependentes de confirmação por morte, e insinuação? requisitos para valerem as segundas, etc.

A R T I G O I.

Quaes são logo validas, e irrevogaveis, independentemente de confirmação por morte?

N. 10. **N**O §. 3 suppoem esta Ord. (conformando-se inteiramente com o Direito Romano) que pôde haver casos, em que a doação entre os conjuges logo em vida de ambos seja valida por Direito, assim como quando o que faz a doação não he por ella feito mais pobre, ou a quem he feita não he por ella feiro mais rico, ou em qualquer outro caso, em que tanto que a doação he feita por o marido á mulher, ou por ella a elle, logo he por Direito valiosa. De fórma que concebida com o principio, e §. 1 supõe haver diversidades de doações taes; humas, que são logo validas, e irrevogaveis independentes da morte do doador, quaes de expressas, e especializadas no Direito Romano, a que he relativo o §. 3; outras pelo contrario que ficão dependentes da arbitraria revogação, expostas a ella em quanto se não confirmão com a morte do doador, distincção, qua attingio Portug. liv. I preclud. 2 §. 4 n. 17.

N. 11. Parece enigma dar-se caso em que o doa-

dor não fique mais pobre, e o donatario mais rico. Porém o cit. Voet. liv. 24. tit. 1. n. 13 com as Leis Romanas figura varios casos, em que o doador não fica mais pobre; como quando o doador dá dez mil reis, e o donatario lucra quinze; se entrega o penhor ficando salva a divida; se restitue *ante diem* a divida, ou o fideicommissão sobre uma coisa alheia; se restitue uma herança sem deducção da falcidia; se hum dos conjuges renuncia o legado, fideicommissão, ou herança em que o outro estava substituido para logo lhe passar, e outros casos tão frivolos como estes. No n. 11 e 12 diz que não he algum delles feito mais rico se habita de graça as casas do outro; se paga a carroça, ou cavalgada em que vai o outro na jornada; se lhe dá algumas pequenas meçadas; se hum dá ao outro com condição de passar ao filho commum; o que hum dá a outro para empregar em alguma obra pia, ou publica; o que a mulher dá ao marido para conseguir alguma dignidade, ou honra, ou para algum brinco publico; o que a mulher dá para despeza da familia, etc. Confirão-se Boehm. ad Pand. Exercit. 72 §. 26; Struv. et Mul. Exerc. 30 §. 29, Guerreiro. tr. 2 liv. 7 cap. 14, Lima ad Ord. Liv. 4. tit. 65 in princip. a n. 24 ad 40, Portugal liv. 1. preclud. 2. §. 4 Mantie. de Tacito liv. 21 tit. 4 et seqq. Plene Fragos. p. 3 liv. 2 disp. 4 §. 1 n. 9, aonde cumula 17 casos em que por Direito Romano, a que he relativo o dito §. 3 vale desde logo, e fica irrevogavel a doação independente de confirmação pela morte do doador.

N. 12. Sobre estes casos, e pelo mesmo Direito Romano, ex L. 7. §. 2 ff. hoc tit. são logo validas, e irrevogaveis as doações reciprocas entre estes conjuges, sendo iguaes. Voet. supr. n. 10, Brunneinan na L. 48 ff. cod. tit., Stryk. vol. 11 disp. 26 §. 95, Struv. Exerc. 30 thes. 29 Guerreiro. supr. n. 27.

N. 13. Amplião alguns DD. a doação remuneratoria, que o marido faz á mulher por serviços, e obsequios distinctos, *maxime* nas graves doenças, ou quando ella he mais nobre, e mais moça, etc., como alem dos DD. que cumulo Guerreiro supr. n. 27, Peres in Cod. de Donat. n. 5, Garcia de Donat. remunerator n. 25, Mul. ad Struv. supr. Torr. de Paer. liv. 3 cap. 13 n. 93, e outros. Porém justamente os reprehende Voet supr. n. 10, e em parte he do mesmo sentimento o nosso Egidio na L. ex hoc jure p. 1 cap. 11 n. 84 et 85.

N. 14. Outros DD. entre os casos, em que o doador se não faz mais pobre, commeterão a doação conferida para o tempo da sua morte, Mul. ad Struv. supr., Valasc. Cons. 135 n. 21, Card. de Luc. de Donat. disc. 30, Torr. de Paer. liv. 3 cap. 13 n. 78, referindo no n. 77 opinião contraria. E na verdade se a Doação he *inter vivos* irrevogavel com translação de dominio, reservando o doador para si o usufructo, e espaçando só a execução para o tempo da sua morte, já abdica de si o direito da propriedade, que he estimavel, e propriamente doação de presente, que constitue mais pobre o doador, privando-se da faculdade de alienar a propriedade, e de gozar a estimacão della. De fórma que huma doação tal, só póde valer como *eventual*, sendo feita ao donatario só para o caso que elle sobreviva ao doador; como bem adverte o Card. de Luc. no lugar citado, e com elle Torre supr., conciliando assim as opiniões oppostas.

Em todos estes casos, em que a doação entre marido e mulher vale, porque nem hum he feito mais pobre, nem outro mais *rico*, parece desnecessaria a insinuação; porque não ha doação propriamente tal, que seja comprehendida na generalidade da Ord. Liv. 4. tit. 62. Maior-

mênte quando 1.º, esta Ord. tit. 67 só faz necessaria a insinuação nas doações de que trata no principio, e §. 1.º, que dependem de confirmação pela morte; e quanto a estas de que temos tratado, não faz o §. 3.º precisa tal solemnidade: 2.º, pela maior parte são renúncias de direito querendo, e não adquirido, e radicadas; outras são finitimas, e por intervallos; outras reciprocas em igualdade &c. etc. *Sed in cogita; e veja-se a Dissert. sobre as insinuações.*

ARTIGO II.

Quaes são dependentes de confirmação por morte; e da insinuação, e requisitos necessários para ainda assim serem effectivas.

N. 15. **N**Os mais casos não comprehendidos na relação que o §. 3.º faz ao Direito Romano, e que são expressa, e remissivamente no Artigo precedente, ficamos na regra da mesma Ord. no principio para serem *ad libitum* revogaveis, e dependente a sua subsistencia da confirmação por morte do doador sem que expressa; ou tacitamente as revogue em vida, e com tanto que sejam insinuadas para valerem no estab. da taxa da Ord. Liv. 4.º tit. 67.º regra que se ampliam aos casos, que refere Guerreiro tit. 2.º liv. 7.º cap. 14 desde o n. 6 até 24.

N. 16. Para se confirmar em porção com a morte do doador estas doações que assim não valiam desde o seu principio, he necessario o calem da insinuação) 1.º que os doadores persistão na mesma vontade até a morte; e que emquanto vivos não se expressa, nem tacitamente as revoguem; Portug. de Donat.

liv. 1.º prælud. 2.º §. 4.º n. 4.º, Guerreiro supr. a n. 53. *Opus autem est* (discorre Brunneinan. na L. 32 ff. de Donat. inter a n. 2.º) *ut evidenter de revocatione; et penitentia constet: Non confirmatur morte donatio si sequatur actus, per quem tacite videatur recessisse a donatione; v. gr. obligatio pignoris, et rei alienatio, quia id, quod specialiter iure sustinetur, facilius per tacitam revocationem potest tolli. Sed quoad pignoris datationem hoc mutatum; Novelli 162 cap. 1.º §. 1.º. Per divorcium etiam videtur recessisse a donatione. Ob divorcium etiam tacite revocatur donatio; nisi bona gratia fiat, et appareat donatorem voluisse, ut firmo maneret. Non videtur autem omnes res donatas uxori revocare, si quasdam alitis leget etc.* Ita etiam Voet ad Pand. liv. 24 tit. 1.º n. 6, Repertor. debaixo da palavra = *Doação que o marido faz á mulher.* = Confer Portug. de Donat. liv. 1.º prælud. 2.º §. 4.º n. 6 et 7, aonde accrescenta, *Denique eis modis tacite revocatur prædicta donatio, quibus donatio causa mortis, vel legatum revocatum intelligitur.* Confer. eund. Portug. §. 3.º a n. 53; aonde expoem os modos, pelos quaes a doação *causa mortis* se subentende revogada. E porque modos, ou causas se subentenda revogado qualquer legado? Veja se Nett. de Testam. liv. 6 tit. 11 12 et 13.

N. 17. Adverte porém ao proposito o cit. Voet sub n. 6.º *Ut tamen ipsius donantis penitentia requiratur nec heredi liberum sit donata avocare nisi defunctum jam penituisse evidenter probet, L. 32 §. 2.º ff. hoc tit., atque insuper in proposito mutatione penitentia suprema spectanda sit, ac locum habet illud, ambulatoriam esse hominis voluntatem usque ad supremum vitæ exitum. Unde si quis uxori suæ donavit, deinde cum penituerit,*

„ *max deserit poenitere, dicendum est donationem valere, ut supremam ejus judicium spectemus, L. 32. §. 3. ff. hoc tit. etc.*

N. 18. He preciso 2.º, que intervenha tradição da cousa doada ao donatario realmente, ou por acto symbolico, como pela clausula *Constitutum*, reserva de uso fructo, etc. Assim se requerem com muitos DD. Portuguezes a tradição, Sampaio, 8, Guerreiro tr. 2 liv. 7. cap. 1.º a n.º 3.º. Cõs. de Retrotract. cap. 8 cas. 125 a n.º 14. Porém em contrario, que esta doação seja confirmavel pela morte do doador, ainda que não intervenha tradição real, ou ficta, o provão melhor Voet ad Pand. liv. 24 tit. 1.º a n.º 5, Struv. et Mul. Exerc. 30 thes. 30, Uiccol. for. cap. 39 n.º 7, Rub. Buxet. de Confus. jur. cap. 2 n.º 198, Fabro de errorib. Pragmat. Decad. 42 error. 5 et de conjectur. liv. 2 cap. 8 et liv. 19 cap. 3 Coccey Jus Conrovers. liv. 24 tit. 1.º q. 2 ex Novell. 162. A primeira opinião he largamente defendida por Amay liv. 2 obs. cap. 10 confutando nervosamente a segunda.

N. 19. He preciso 3.º, que o doador faleça primeiro que o conjuge, e donatario, porque se este morrer primeiro que aquelle, se desvanece a doação, Portug. supr. n.º 11, Guerreiro supr. n.º. E isto ainda que se faça a doação para o Donatario, e seus herdeiros, Struv. et Mul. supr. thes. 30 in fin. Card. de Luc. de Donat. disc. 30 n.º 21, aonde „ *Limita, quando haeredes principaliter et per se considerant, ut essent.* „ Citando Mantica, Menoch, Berlich, e outros. Não se desvanece porém ainda que o doador seja deportado, Veja-se Portug. supr. n.º 15, Voet. supr. n.º 4.

Se a doação *inter virum et uxorem*, que se confirmou pela morte do doador tem retroacção ao dia, em que se celebrou, Veja-se Torr. de

Paci. liv. 3 cap. 13 a n.º 79 Cost. de Retrotract. cap. 8 cas. 25 Fontan. de Pact. claus. 4 gloss. 7.º p. 2 n.º 49, Brunnem. na L. 25 Cod. de Don. int. vir. et ux. a n.º 6.

N. 20. Tudo o exposto neste, e no antecedente Artigo cessa „ *Si conjuges antea donandi sibi consensu reservaverint. Cum enim in quovis actu, et negotio ad initium respiciendum sit, et relatam referenti eum omnibus suis quantitatibus inesse censetur. Inde nihil novi tali casu a conjugibus dici potest suscipi, sed in effectum saltem deducunt, quod ante nuptias, cum liberum adhuc permisimum, que id ipsis esset, jam tunc inchoaverant. Atque adeo leges etiam de prohibitis conjugum donationibus loquentes huc pertinere nequeunt.* Stryk. vol. 11 disp. 26 §. 96.

SECÇÃO IV.

Doações causa mortis, que se podem fazer huns, e outros conjuges, ou casados por contracto; ou conformê o costume do Reino. Natureza, e solemnidades destas doações.

N. 21. **A** Doação *causa mortis*, quanto ao principio, e ordem approxima-se á natureza de contracto, quanto ao effeito reveste a da ultima vontade, e quasi nada differe de testamento, ou legado, Portug. liv. 1 praelud. 2 §. 3. n.º 4 e 5, Coccey Jus controvers. liv. 39 tit. 6 q. 1. Ella por tanto póde ser universal de todos os bens presentes, e futuros; porque
Part I. Aaaa

he revogavel, e não priva da liberdade de testar, Portug. supr. n. 21. É por isso também não precisa de insinuação, Portug. n. 109, Struv. Exerc. 50 thes. 24, et ad omnia Guerreiro tr. 1 liv. 4 cap. 8 a n. 107 et 110. Resolug. de 10 de Outubro de 1805.

N. 22. É como he certo que podem fazer doações *causa mortis* todas as pessoas que não tem prohibição, Portug. n. 91, Voet. liv. 39 tit. 6 n. 5, Furgol. Traite des Testam. cap. 14 n. 25. Nenhuma tem os conjuges, antes permissão expressa, para se poderem fazer doações *causa mortis*, Liv. 10 II 27 ff. de Donat. caus. mort., Torre de Pact. futur. success. liv. 3 cap. 13 n. 59; Brunneinan. na L. 9 ff. de Donat. inter. Struv. Exerc. 30 thes. 29.

N. 23. Se para valer esta doação se faz preciso que haja tradição real, ou feita entre os conjuges; ou se vale sem tradição da cousa doada, varião notavelmente os DD. Muitos que refere Torre supr. a n. 61 fazem precisa a tradição real, ou ficta. Porém o mesmo Torre a n. 64 segue a contraria opinião, e della he tambem defensor Urceol. for. cap. 39 n. 8. E supposto a doação *causa mortis* se possa fazer com tradição do dominio (ainda que revogavel), Portug. supr. n. 10, et a n. 32; não he assim na doação entre marido, e mulher *causa mortis*, em que não pôde haver tal tradição de dominio; e posse (e menos sendo casados por Carta de ametade), porque neste caso com a tradição do dominio se transtornaria o doador mais pobre, Torre supr. a n. 67, L. 10 §. fin., L. 11 e 12 ff. de Donat. inter vir. et uxor, Barbos. na L. que dotis n. 129 ff. solut. matrim. Porém não se revogando esta doação pelo conjuge doador, ella se retrahê, quanto ao dominio, ao tempo em que foi feita: como he texto expresso na L. 40 ff. de mort. caus. Donat.

N. 24. Nada ha pois que embarace a que huns,

e outros conjuges 1.º, possam de mutuo consentimento, e por doação *causa mortis* variar da communicação, ou não communicação de bens; tendo cazado por Carta de ametade, variando para matrimonio sem communicação, ou vice versa; bem como o podem fazer por testamento reciproco, Voet ad Pand. liv. 23 tit. 4 n. 60, com tanto que o sobre vivo não revogue da sua parte, Voet supr. n. 62; Grocheweg. na L. 5 Cod. de Pact. convent. n. 5. Nem 2.º, que se possam doar reciprocamente a propriedade; ou o usufructo em favor do que sobreviver. Nem 3.º, que sem reciprocidade possa hum doar ao outro todos seus bens, ou parte delles, evitando-se porém na doação as circuncancias, que fação transtornar a doação *causa mortis* em *inter vivos*. E finalmente nestas doações podem fazer substituições, Coccey Jus controv. liv. 39 tit. 6 q. 1, Furgol. Traite des Testam. cap. 14 n. 57.

N. 25. He porém preciso 1.º, que esta doação *causa mortis* seja solemnizada com cinco testemunhas, conforme a melhor opinião, aliás não vale como tal, Portug. liv. 1 preliud. 2 §. 3 n. 27, Brunneinan. in L. fin. Cod. de Donat. caus. mort. n. 1 et 4, Snyk. Us. mod. liv. 39 tit. 6 §. 1. Boehm. ibidem n. 6, Coccey ibidem q. 1, Struv. Exerc. 40 thes. 25, Alment. de Numer. quinario cap. 25. E quando nos termos da opinião contraria possa valer só com duas testemunhas, então recahe na necessidade de insinuação, conforme a opinião de Barbos., que segue Fragos. p. 3 pag. 396.

N. 26. He preciso 2.º, que o doador não revogue expressa, ou tacitamente esta doação pelos modos, que expõem Portug. liv. 1 preliud. 2 §. 3 a n. 53. Expressamente, sendo o arrependimento declarado com palavras expressas em Escriptura, ou perante testemunhas, Portug. n. 54, et 63 in fin. Tacitamente

te como 1.º, alienando o doador a coisa doada por título oneroso, ou lucrativo voluntariamente sem necessidade coactiva; ou 2.º, penhorando a coisa doada a dívida, tamanha, que não seja fácil, nem útil a sua remissão; ou 3.º, doando a mesma coisa a terceiro. Não se revoga porém a doação *causa mortis* pela universal instituição de herdeiro, Portug. n. 63. Vejam-se sobre tudo o exposto Struv. Exerc. 40 thes. 28, Voet. liv. 39 tit. 6 n. 8, Stryk. Us. mod. liv. 39 tit. 6 §. 6, Menoch. liv. 3, præsumpt. 37, e sobre todos Furgol. supr. a n. 51 58 et 67.

Estas doações *causa mortis* se suppoem revogadas tacitamente pelas mesmas causas que os legados, Mul. ad Struv. supr., Brunneinan. na L. 15 n. 2 ff. de mort. caus. Donat., Stryk. supr. §. Imo. E quaes sejam estas causas, veja-se Netto de Testam. liv. 6 tit. 11 12 13, Guerreir. tr. 2 liv. 5 cap. 3 a n. 156 et signanter liv. 7 cap. 14 a n. 53. Se pelo divorcio *quoad thorum*, et *mensam*, veja-se Puttman. Adversar. liv. 2 cap. 1. Para se fundamentar a acção contra o donatario, he preciso que a revogação desta doação se prove por Escripura, ou por cinco testemunhas; mas para se excepçionar contra o agente, que reivindica os bens, basta provar a revogação por duas, Brunneinan. na L. 27 Cod. de Fideicommiss. Se porém a doação foi celebrada por Escripura, deve a revogação provar-se por outra, ex Ord. Liv. 3 tit. 59 §. 3 et 11, signanter Furgol. dito cap. 14 n. 61.

N. 27. He preciso 3.º, que o donatario sobreviva, porque se morrer antes do doador caduca, e se desvanece a doação, ainda que tivesse havido tradição, Voet ad Pand. liv. 39 tit. 6 n. 7, Portug. supr.

n. 64. E ainda que na doação se faça menção dos herdeiros do donatario; Brunneinan. na L. 27 n. 4 ff. de mort. Caus. donat., Mul. Exerc. 40 thes. 25 no fim. Distingue Voet supr. assim: se o doador disse que doava a Ticio, e a seus herdeiros, não caduca a doação; *aliter* dizendo que dá os bens a Ticio para elle, e seus herdeiros. E nisto concorda Stryk. supr. §. 8. Mas conforme o sentimento do Card. de Luc. de Donat. disc. 30 n. 21, para não caducar he necessario que os herdeiros do donatario sejam pelo doador contemplados *principaliter et per se*; e de outro modo caduca, e não se transmite a doação.

Assentão os DD. que se o doador, e donatario perecem juntamente no mesmo incendio, naufragio, ou ruina, fica confirmada a doação na incerteza de qual morreo primeiro, e se transmite aos herdeiros do donatario, Portug. n. 65, Voet n. 7, Furgol. n. 59 pela L. 26 ff. de mort. caus. Donat. Conf. Guerreiró tr. 2 liv. 7 cap. 14 n. 71. O mais a este respeito se póde ver nos Citados DD.

N. 28. Revogada pelo doador expressa, ou tacitamente a doação *causa mortis*, o dominio reverte (se d'elle se sem feito tradição) ao doador *ipso jure*. Portug. a n. 27 ad 3.º. E se o donatario tem alienado a coisa assim doada, tem o doador acção electiva, ou contra elle pelo preço, ou de reivindicação contra o terceiro possuidor, Furgol. dito cap. 14 n. 69, Struv. Exerc. 40 thes. 29. Se porém a doação foi zahda, e solenne, o doador a não revoga, e não fez tradição ao donatario; passa *ipso jure* o dominio a este por morte do doador. E ainda que Portug. a n. 32 autoriza o donatario para entrar na posse por autoridade propria, independente de receber a coisa doada.

da da mão do herdeiro do doador ; o contrario, e
 melhor diz Furgol. supr. n. 45, a menos que o do-
 natario não seja coherdeiro, ou o doador lhe tivesse
 dado expressamente essa faculdade, ou lhe tivesse fei-
 to tradição em vida. E á excepção destes casos, de-
 ve usar da reivindicacão, Struv. Exercit. 40 thes. 27
 Bem que a doação *causa mortis* não depende que
 haja herdeiro, ou de adicão de herança (como por
 via de regra o legado), e não caduca por isso, Voet.
 supr. n. 8, Portug. n. 37 et 39. Coccey Jus controv.
 liv. 39 tit. 6 q. 1. Finalmente sendo muitos os Con-
 donatarios, tem lugar entre elles o direito de accres-
 cer, Coccey supr., Struv. et Mul. Exerc. 40 thes. 30.

TIT. 10 §. 5 RUBR.

Nativitate Liberiorum quando Donatio revocetur.

C Onfirase Guerreiro tr. 2 liv. 7 cap. 14 n. 52 et
 80, aonde limita que a doação das *arrbas* se não re-
 voga pelo nascimento dos filhos, et eod. liv. 7 cap.
 7 a n 9. *Quid vero* se os filhos nascerem, mas mor-
 rerem em vida dos conjuges, se convalesce a doação?
 Esta questão he opinativa, como se vê no Repertor.
 debaixo da conclusão = *Nascimento do filho que so-
 breveia depois de feita a doação* =, aonde faz huma
 distincção. Porém que, sem embargo de tal distinc-
 ção, a doação se não convalida, ainda que morrão os
 filhos nascidos, o decide o Cod. Civ. dos Francezes
 art. 960 962 964, e se deduz da generalidade da
 nossa Ord., que não distingue caso de morrerem ou
 sobreviverem os filhos, pelo nascimento dos quaes fi-
 cou revogada a doação. Omitto as mais questões a

este respeito por serem alheas deste lugar, Veja-se os DD. que refere o Repertor. debaixo da conclusão = *Doação feita pela que não tinha filhos* may. e sobre todos o moderno Furgol. tom. 6 nas questões notaveis sobre as doações q. 11, e seguintes.

TIT. X. §. 6 RUBR.

De Donatione Concubinæ factâ.

JA' tratei da materia deste §. ao Tit. 8 §. 18 e 19 a N. 20 et 21, e só me occorre de novo a doutrina de Stryk. Us. mod. L. 24 T. 1 § 9. Veja-se a minha especial Dissert., que he a segunda na Collecç. e Supplement. ao meu Tr. das Acções Summarias.

LIV. II. TIT. XI. DE TUTELLIS.

§. I RUBR.

Tutela cujus juris sit ?

N. 1. „ **C**omo he buma consequencia necessaria do estuda da familia, e do de Cidadão, que „ todos aquelles, que são membros de buma familia, „ ou Cidadãos de buma Cidade, devem-se proteger mutuamente, a necessidade das Tutelas de- „ riva naturalmente deste principio. „ Cod. Freder. p. 1. liv. 3 tit. 1 §. 3. „ He igualmente da Religião, „ e da Policia, que aquelles que são privados dos „ seus pais antes de chegarem a buma idade em „ que elles possam conduzir-se a si mesmos, sejam

33 mantidos até esta idade debaixo da conduta de
 33 alguma pessoa, que lhe substitua o lugar de pai,
 33 quanto for possível, e que seja encarregado da sua
 33 educação, e do cuidado de seus bens: e ds pessoas,
 33 que são chamadas a este encargo, he que se dá
 33 o nome de Tutores. ,, Domat. Loix. Civ. liv. 2
 tit. 1 no Prefacio.

N. 2. He por tanto a tutela hum encargo publi-
 co, L. 2 §. 1. ff. Ne de Stat. defuncti. L. 1 §. 15
 reutr. nom. Stryk. Us. mod. liv. 26 tit. 1 §. 2 Hein.
 Elem. J. N. p. 2 Not. ao §. 169, Gueteir. tr. 3 liv.
 1 cap. 2 n. 1. E sendo huma obrigação dos Magis-
 trados Politicos providenciar de Tutores aos Pupilloa,
 ex DD'supra; elles se exonerão surcariegando da Tu-
 tela em primeiro lugar aos consanguineos: ,, Nam
 33 1.º, omnes qui familiam constituunt, unu nobis-
 33 cum caro, vel caro carnis nostræ sunt: uti igitur
 33 quisque suum corpus, ita et ejus portiones
 33 conservare tenetur, quod sine tutela fieri nequit.
 33 2.º, quia pupilli membra sunt ejusdem corporis
 33 familie, corpus igitur sua membra defendere, et
 33 conservare tenetur. Probat. id 3.º, ex medii ne-
 33 cessitate; quia sine ejusmodi tutela impuberes
 33 educari, adeoque genus humanum subsistere ne-
 33 quit: 4.º, ex perfectione Divina, quia frustra
 33 alias creasset humanum genus, quod sine tutela
 33 conservari non potest. 5.º, Ex consensu gentium;
 33 nam apud omnes gentes familia eorum impuberum,
 33 qui ad eandem familiam pertinent, curam habet. ,,
 Coccey Justit. Natur. et Roman. nov. System. §.
 187. ,, Dativa quoque tutela (continua Coccey §.
 188) a natura est. Quoties enim agnati non ex-
 33 tant, vel impediuntur, familie quidem tutela
 33 cessat: ut quia plures familie ea lege, eaque in-
 33 tentione societatem Civilem contraxere, ut et ju-
 33 ra, et persone singularum communi ope defen-

„ dantur; ideo Civitas ex eodem pacto quoque tene-
 „ bitur prospicere pupillis; qui se ipsos propter eta-
 „ tem defendere non possunt; atque hactenus quo-
 „ que dativa tutela naturalis merito dici potest. „
 Este com effeito he o consenso das Nações, Veja-se
 Heinec. Exercit. 18. de *Suprem. Princip. Tutel.* E
 só a Testamentaria tem fundamento no Direito Ci-
 vil. Coccey §. 185.

TIT. XI. §. 2 RUBR.

Quomodo definienda; et quæ illius species?

A Definição de Mello he a genuina; e de todas
 as Leis, e DD., Cod. Freder. p. 1 liv. 3 tit. 2 §. 4.
 Coccey supra §. 185. Cada huma das partes desta
 definição se explica admiravelmente por Mül. ad Struv.
 Exercit. 31 thes. 3, e por Vin. ad §. 1 Inst. de Tu-
 tell. A mesma divisão de tutelas se nota na nossa Ord.
 liv. 1 tit. 88 §. 49, liv. 4 tit. 102, e a fizeram o
 Cod. Freder. §. 5 Guerreir. tr. 3 liv. 1 cap. 6. For-
 mey Extract. de Wolph. liv 7 cp. 4 §. 98, Stryk.
 Us. mod. liv. 26 tit. 1. §. 13, Struv. Exerc. 31
 thes. 12.

TIT. XI. §. 3 RUBR.

Qui sub tutela sint?

Por Direito Romano durava a tutela só até os 14
 annos: dahi até 25 se davão Curadores §. 2 3 Inst.
 de Curator. Stryk. Us. mod. liv. 26 tit. 1 §. 5, Ha-
 Part. II. Bbbb

via entre os Tutores, e Curadores varias differenças, das quaes as principaes se referem ás leis, (ou outras que referem os DD.) ; mas todas estas differenças tem os seus fundamentos nas obrigações dos Tutores, e Curadores ; e os Direitos delles. tanto na Alemanha, Stryk supra §. 6 ad. 22 ; como no Belgio, e em outras Nações ; Voet, ad Paach. liv. 17 tit. 10 n. 1. Vin. ad princ. Inst. Quib. mod. tutel. finiat. n. 3. in fin. ; e mesmo no nosso Reino, Guerreiro tr. 3 liv. 4 cap. 1 n. 5 10, 31, et cap. 2 tot.

Ainda se conserva neste Reino a differença, mas só nominal, dos Romanos, dos Tutores, e Curadores ; dizendo-se Tutores os que o são dos Pupillos menores de 14 e 12 annos ; e dizendo-se Curadores o que são effectivamente tutores dos maiores de 14 a 12 annos como se nota na Ord. liv. 1 tit. 88 §. 19, 20, 21, 25, 26, 29 ; e mais claramente se faz a differença nominal na Ord. liv. 3 tit. 41 §. 8 e 9, e liv. 4 tit. 102, tot. Esta mesma, só nominal, differença conservavão as leis de 19 de Junho de 1775 §. 1. de 29 de Novembro do mesmo anno ; e a de 6 de Outubro de 1784 §. 1, 2, 4, 9.

TIT. XI. §. 4 RUBR.

Tutor viro patre.

Por Direito Romano se podem dar Tutores os que são *Sui juris*, não os que estão debaixo do *patrio poder*, Stryk. Ut. mod. liv. 26 tit. 1 §. 3. Ainda mesmo hum pai sensato não pode dar Tutor em quanto vive a seu filho a menos que não o emancipe, Stryk.

supra. Sendo porém o pai demente ou captivo se dá Curador a substancia dos bens Mul. ad Struv. Exerc. 31 test. 8. Mas o pai tal não perde a administração em quanto elle não he dado Curador Peg. tom. 7 ad Ord. liv. 1 tit. 8 §. 6 n. 194. E ainda depois de dado Curador ao pai furioso, elle não perde os effectos civis do poder patrio. Arouc. na L. 20 de Stat. hom. an. 300, e na L. 8 ff. De his qui sunt sui n. 2. p. Por isso os Curadores que se dá ao pai furioso, ou a outro que se firmam juntamente das filhos delle em nome delle Fabr. in Cod. liv. 6 tit. 35 Def. 7. Arouc. na L. 8 De his qui sunt sui n. 2. E esta curadoria assim dada ao pai enfermo, expira logo que elle recupera daude, Guerreiro. tr. 3 liv. 4 cap. 3 n. 93.

TIT. XL §. 5 RUBR.

Tutela pactitia.

DA L. 15 §. 1 ff. de Excusat. tut. da L. 29 tit. de Testam. tut. e do §. 9. Inst. de Excusat. tut. deduzem alguns DD. ser tutela *pactitia*, quando qualquer promette a hum pai de familias ser depois da sua morte tutor de seus filhos : Porém o que dahi se infere he que o tal não pode excusar-se, porque prometteo ; e adstringio a sua fé Cod. Fiedenc. p. 1 liv. 3 tit. 3 §. 6 : Mas essa tutela não xaria de espree, e fica na classe das testamentarias Heinecc. ad Von. ad §. 9. Inst. de Excusat. tutor.

Podem com effecto celebrar-se em testamentos contractos que figurem obdacialmente irrevogáveis subscrevendo-se (sendo o testamento cerrado)

os contrahentes, na cedula, e no Acto da Approvação. Solam. Cogit. 2. Em tal caso a tutela assim convencionada ahás *testamentaria* pode tomar o nome de *pacticia admistar* d' outras que referem na Alemanha Stryk., e Ludiwig. citados por Hen. supra. O Simile dos testamentos reciprocos que aqui lembra Mello, he inadequado porque nelles o Testador sobrevivo pôde revogar a promessa, e o que convencionou ser Tutor, e o promette não pode excusar-se.

TIT. XI. §. 16. RUBR.

Tutor in testamento à patre datus.

N. 1. **H**um pai (diz o Cod. Freder. p. 1 liv. 3 tit. 3 §. 1.) ,, não somente he obrigado de tomar cuidado de seus filhos durante a sua vida ,, mas elle deve ainda pensar a providenciar a sua segurança depois da sua morte. Esta he a razão ,, porque as Leis lhe tem dado o poder de nomear ,, a seus filhos hum ou muitos tutores ,, Esta he a mesma razão da nossa Ord. liv. 4 tit. 102, que se amplia a poder nomear Tutor ao Postumo Struv. Exerc. 31 thes. 14, e tanto aos varões como as femas Guerr. tr. 3 liv. 1 cp. 4 a n. 6 aonde amplia de muitos modos este poder do pai.

N. 2. Quanto aos filhos desherdados o Direito Romano permite ao pai nomear-lhes Tutor, porque a exherdação não tira o patrio poder Stryk Us. mod. liv. 26 tit. 2 §. 13 Struv. Exerc. 31 thes. 14 Cod. Freder. Supra §. 2 n. 3 Guerr. tr. 3 liv. 1 cap. 4 n. 15 Cocc. Jus Controv. liv. 26 tit. 2 q. 2 O nosso

Mello aqui diz que apenas isto pode verificar-se quanto aos desherdados. Mas Stryk refere dois casos em que he possível. No filho emancipado nada se duvida, que não pôde o pai dar-lhe tutor testamentario §. ult. Inst. de tutel. Mul. ad Struv. Exerc. 31 thes. 14, só Curador sendo o filho prodigo ou mentecapto Veja-se Guerreir. tr. 3 liv. 1 cap. 3 n. 6 e 7.

N. 3. Quanto aos filhos *naturaes dos peões* seus herdeiros necessarios ex Ord. liv. 4 tit. 92. Estes não estão debaixo do poder patrio Valasc. Cons. 94 n. 3 et Cons. 151 n. 1 et 11 Arouc. in L. 11 ff. et Hisqui sunt sui, (*quidquid dicant Caldas et Barboza quos ipsemet Arouc. reprehendet*): Por isto he que a nossa Ord. liv. 4 tit. 102 §. 2. Sim permite ao pai *natural* deixar Tutor testamentario a hum tal filho, mas só como a mãe que carece do poder patrio de forma que em differença dos Tutores deixados aos legitimos, este deixado ao *natural* depende de Confirmação Arouc. supra n. 7. Cald. na L. *Si curatorem Vbo Sine Curatore* n. 87, *quidquid dicat* Guerreir. tr. 3 liv. 1 cap. 4 n. 26.

N. 4. Requer a c toda Ord. que o pai seja testavel e não das Pe soas que a Ord. liv. 4 tit. 81 prohibe testar. Requer tãobem que o Tutor seja nomeado pelo pai em hum *testamento* solemne (ou em codicillo confirmado em testamento Struv. Exerc. 31 thes. 15.) Porém se a praxe deste Reino tem interpretado valer o testamento entre filhos sem as solemnidades da Ord. liv. 4 tit. 80 Mell. liv. 3 tit. 5 Peg. tom. 4 ad Ord. liv. 1 tit. 50 pag. 254 n. 122. Segue-se que hoje pode o pai nomear Tutor em hum testamento menos solemne Guerreir. tr. 3 liv. 1. cap. 4 n. 36 et 37 Isto mesmo permite o Cod. Freder. p. 1 liv. 3 tit. 3 §. 2 n. 4 poder o pai nomear tutor testamentario ou por escripto ou verbalmente perante

duas *testemunhas*. Se bem que neste caso adverte Guerreir. tr. 3 liv. 1 cap. 4 n. 23, e cap. 6 n. 31 et 32 á cap. 8 a n. 17 et 18 que o Tutor assim nomeado depende de confirmação; (o que duvido huma vez admitida a validade do testamento menos solemne inter liberos.) Veja-se Coccey Jus contr. liv. 26 tit. 2. q. 1.

Ainda que pelo Direito Romano só aos filhos *impuberes* se podião nomrar pelo pai os Tutores testamentarios, a nossa Ord. liv. 4 tit. 102, o permite também quanto aos *puberes*. As razões desta cessação de Direito Romano se podem ver em Stryk, Us. mod. liv. 26 tit. 2. §. 12.

N. 5. Semelhantemente permite a Ord. liv. 4 tit. 102 que o avô possa nomear tutor testamentario ao Nêpto. Aqui segue o Romanismo: Porque por Direito deste Reino ex Ord. liv. 1 tit. 88 §. 13 ubi Feg. n. 13 não tem o avô poder paterno. Restringe porém Guerr. tr. 3 liv. 1 cap. 3 n. 8 esta faculdade só ao avô paterno, e não ao materno, e ainda assim por gradação, isto he só sendo morto primeiro o pai Cod. Freder. supra §. 2 ubi = *Para que a tutela testamentaria tenha lugar he preciso que seja o pai ou depois da sua morte o avô paterno que nomeie o tutor etc.* Struv. Exerc. 31 thes. 14 Neste sentido devemos entender o indistincto da Ord. liv. 4 tit. 102 §. 1 nas palavras = *o pai o avô etc.*

N. 6. *Quibus verbis testamento tutores dari possunt?* Consulte Guerreir. tract. 3 liv. 1 cap. 6.

N. 7. He bem certo que esses Tutores testamentarios dados pelo pai legítimo ou pelo avô paterno morto o pai não são obrigados a affiançar como se nota na Ord. §. 1 no fim em differença dos nomeados pelo pai natural ou pela mãe et §. 2: E isto ainda

que de facto os taes Tutores nomeados sejam pobres em quanto não consta que mudão de estado Phæb. 1. p. Ar. 50 Cod. Freder. Supra §. 6 veja-se Guerreir. tr. 3 liv. 1 cap. 7.

He bem notavel que a nossa Ord. liv. 4 tit. 102 no princ. incumbe ao Juiz dos orfãos dar tutores e Curadores aos Menores dentro de hum meza e manda fazer entrega dos bens delles por Inventario feito pelo Escrivão do seu cargo (ou que supõem feito pelo preceito da Ord. liv. 1 tit. 88 §. 4) Sob pena de privação de Officio: Por tanto parece que neste Reino cessa nos Tutores a obrigação de requererem Inventario, e não tem contra elles lugar quando deixão de o requerer, o juramento in Litem e outras penas a que os sacrificão as leis e DD. de quib. Struv. Exerc. 31. thes. 36 Stryk. Us. mod. liv. 26 tit. 7 §. 18 Voet. ad Pand. liv. 26 tit. 7 n. 5 Guerreir. tr. 1 liv. 4 cap. 1 a n. et tract. 3 liv. 1 cap. 9 n. 30.

N. 8. Também esta Ord. no §. 1 2 e 3 não manda que sejam juramentados os Tutores de que ahí tracta mas só os de que tractou nos §§. 5 e 8 por haver entre huos e outros especiaes e diversas razões: Porém Guerr. tr. 3 liv. 4 cap. 9 a n. 43 com a generalidade da Ord. liv. 1 tit. 88 §. 24 sustenta que todo o Tutor antes de principiar a administrar os bens deve jurar, ainda que seja testamentario, ou qualquer outro *Tu cogita* Porque a Ord. liv. 4 tit. 102 §. 1 2 3 quanto á esses Tutores não exige tal juramento e só quanto aos outros de que tracta nos §§. seguintes; podendo entender-se destes a Ord. liv. 1 tit. 88 §. 24.

TIT. XI. §. 7 RUBR.

A matre, vel extranea.

Esta faculdade concedida á mãe na Ord. liv. 4. tit. 102 §. 2, se entende só quando o pai predefuncto não tem nomeado Tutor aos menores, e não quando o pai o tivesse nomeado; nem quando a mãe testa sobrevivendo o pai dos menores Guerreir. tr. 3 liv. 1 cap. 2 n. 12. A razão porque esta Ord. requer que o Tutor testamentario nomeado pela mãe deva ser confirmado a exhibe (não sei se genuina) Guerreir. tr. 3 liv. 1 cap. 8 n. 2. e 3.

N. 2. Qualquer outro que não tenha patrio poder pode no Testamento (em falta do pai) nomear Tutor testamentario ao menor, com tanto que o institua herdeiro. E isto ou seja avô materno tio, irmão ou qualquer outro consanguíneo ou extranho mãs com a differença que o que não he nomeado por pai legitimo a filho familias ou avô paterno (unicos especializados no Direito Romano, e na nossa Ord.) devem ser confirmados pelo Juiz antes de se lhe deferir a administração; confirmação que consiste em huma inquirição, e sentença sobre a idoneidade conduta, e faculdades do tal Tutor, e se será interessante aos orfãos ou prejudicial a elles optime Jul. Capon. Discept. 119 tot. Struv. Exerc. 31 thes. 17 et sequentib. Guerr. tract. 3 liv. 1 cap. 8, aonde referem os mais casos em que he necessaria confirmação do Juiz: Add. Vin. ad §. 5. Inst. de Tutell.

N. 3. Adverte porém Voet. ad Pandect. liv. 26 tit. 1 com Grocio Groenewegenio e Leuven e Montano de Tutel. que „ *Hæc ex jatis Civilis principis, neque per omnia sicusa servantur dum non*

„ *modo pater liberis emancipatis æque ac Suis,*
 „ *ut et avus paternus, qui nepotes nunc in sua non*
 „ *habet potestate sed et mater avusque maternus*
 „ *liberis recte tutorem dat, licet is pater tutorem*
 „ *jam suo constituerit testamento, imo et cognati*
 „ *alii ac prorsus extranei quantum ad res illas quas*
 „ *suo testamento impuberibus relicta cupiunt, quasi*
 „ *in rem potius quam in personam tutorem dare vi-*
 „ *deantur... Præsertim cum tutores testamentarii*
 „ *nunc plerumquæ, præmissa levi causæ cognitione*
 „ *a Magistratu confirmari Soleant, Sive expressè*
 „ *Sive tacitè, dum non reprobantur a Judice. Esta*
 pelo que tenho observado, he a actual praxe deste Reino.

N. 4. E quando segundo o Direito Romano, os Tutores se devão confirmar com Inquirição ou sem ella, com fiança; ou sem ella, o compendiou bem o mesmo Voet. liv. 26 tit. 3 n. 2 digno de ser visto. Os effectos da confirmação podem ver-se em Guerreir. tr. 3 liv. 1 cap. 8 a n. 30 em Stryk, Us. mod. liv. 26 tit. 3 §. 17.

TIT. XI. RUBR.

Qui testamento tutores dari possunt.

SAberá (o Juiz se o pai ou avô) deixou por Tutor ou Curador pessoa que *por Direito* „ *o póde ser,* que não seja menor de 25 annos, ou „ *sandeu,* ou prodigo ou inimigo do orfão ou pobre „ *ao tempo do fallecimento de defuncto ou Escravo,* „ *ou infame, ou religioso ou impedido aº algum ou-*
 Part. II. Cccc

„tro impedimento perpetuo „ Ord. liv. 4 tit. 102 §. 1.

N. 2. Para intelligencia desta leis deve advertir-se com o Cod. Freder. p. 1 liv. 3 tit. 2 §. 7 „ *Que ha „ pessoas, que não podem em alguma maneira ser „ estabelecidas por Tutoras : que ha outras, que „ não podem ser estabelecidas sem consentimento Re- „ gio, ou do Magistrado : outras em fim que não „ podem ser forçadas a aceitar huma tutela. „* Dos primeiros trata a dita Ord. liv. 4 tit. 102 §. 1 Dos segundo, e terceiros o Tit. 104. Porém o §. 1 do dito Tit. 102 fallou exemplificativamente, dinumerando esses incapazes, que expressou. Mas ella se conformou com o Direito Romano, e os exemplos que referio não firmão regra em contrario para ficarem habilitados outros mais que pelo mesmo Direito não podem ser admitidos ainda voluntarios, a serem tutores, ex Castilh liv 5 cap. 95 a n. 36.

N. 3. Ora (alem dos que a O.d. especifica) são prohibidos 1.º, para serem tutores testamentarios os *Devedores* ou *Credores* dos pupillos se o testador ignorava estas circumstancias, *aliter* se as não ignorava (mas em duvida sempre se presume que as ignorava) porque sem embargo dellas se presume approved pelo pai. Veja-se Mul. ad Struv. Exerc. 31 thes. 16 Stryk. Us. mod. liv. 26 tit. 1 § 17 Guerreir. tr. 3 liv. 1 cap. 5 n 19. Veja se Coccey Jus Controv. liv. 26 tit. 1 q. 4. A excepção de ser ascendente o Tutor nomeado Novell. 72 cap. 1 Novell. 94 cap. 1. O que com tudo Voet. ad Pand. liv. 26 tit. 1 n. 4 deixa ao prudente arbitrio do Julgador com Groeneweg. ad L. 8 Cod. qui dar. tutor. Leeuven, Censur. for. p. 1 liv. 1 cap. 16 a n. 17.

N. 4. São prohibidos 2.º, *os que tem bens em commum com o pupillo*; os que possuem bens a elle *pertinentes*, os que lhe podem mover questão do

estado, Stryk. supra §. 15. Mas sendo testamentarios nada ha que obste a que se execute a vontade do pai, nomeando-se ao pupillo outro Tutor para as controversias que o pupillo tiver com o Testamenteiro.

N. 5. São prohibidos 3.º, as *mulheres* que não sejam ascendentes, Stryk. Us. mod. liv. 26 tit. 1 §. 21, e geralmente os mais que dinumerão, Guerreir. tr. 3 liv. 1 cap. 5 a n. 23 (entre os quaes no n. 31 comprehende os *Fidalgos de linhagem*). Voet. ad Pand. liv. 26 tit. 1. Id Guerreir. tr. 3 liv. 2 cap. 2.

N. 6. Quanto ao *Filho familias*: Thomaz. ad Insit. liv. 1 tit. 14 pag. 78, nega que o filho familias possa ser nomeado tutor testamentario, porque a Tutella he hum officio publico de que são repellidos os filhos familias. Isto segue o nosso Mello, supprindo Tomazio. Veja-se porém Guerr. tr. 3 liv. 3 cap. 3 n 6. Voet. liv. 26 tit. 1 sub n. 3 Domat. Loix Civil. liv. 2 tit. 1 Sect. 7 § 7 pag. 142, aonde que „ *O filho familias maior, ainda que esteja de- „ baixo do poder de seu pai pôde ser Tutor, mas o „ pai não será obrigado da administração de seu „ filho se elle não se obriga, ou expressa, ou taci- „ tamente; como se exercita elle mesmo a adminis- „ tração dos bens do menor, mas hum simples con- „ sentimento á nomeação, e á administração de seu „ filho não o obriga. „* Quanto a mim, sendo hum filho familias maior nomeado Tutor *testamentario*, e approved pelo Testador, nada ha que obste a esta tutela, porque os filhos familias não são incapazes de encargos publicos, sem que aqui obste a Ord. liv. 1 tit. 93 que falla em diversos casos.

O moderno Cod. Civ. dos Francezes Art. 442 incapacita para a Tutella, 1.º, *os menores*, exceptuado o pai ou mãe. 2.º, os *Interdictos*, v. g. prod gos, sandeus, etc. : 3.º, *as mulheres* á

excepção das ascendentes : 4.º, todos os que tem com o menor hum processo em que se dispute o estado do menor a sua fortuna, ou huma parte notavel dos seus bens : 5.º, os condemnados a huma pena afflictiva ou infamante : 6.º, as pessoas de huma conducta notoriamente má. O Cod. Freder. p. 1 liv. 3 tit. 2. §. 8 concorda dizendo que não se podem nomear Tutores 1.º, os que são privados do uso da razão : 2.º, os mudos, e surdos. 3.º, as mulheres, exceptuadas as ascendentes : 4.º, os menores de 25 annos, ainda que supplementados na idade, a menos que não sejam chamados a tutela por testamento de pai, mas neste caso deve o Magistrado nomear hum Tutor interino até os supplementados passarem os 25 annos : 5.º, os prodigos, mas só depois de julgados taes : 6.º, os Ecclesiasticos, que não tem bens proprios : 7.º, os inimigos capitaes dos pupillos, ou de seus pais : 8.º, os que tem, ou podem ter demanda com o pupillo sobre huma parte consideravel de bens. Sendo porém testamentarios nomeados por pai se lhe dará hum Curador particular para esses processos : 9.º, os devedores, ou credores do pupillo de somma avultada, a menos que o pai, sabendo da existencia destas dividas, declarasse que sem embargo disto os nomeava Tutores : 10.º, as pessoas infames : 11.º, o que sendo escriptor do testam nto se escreve elle mesmo tutor : 12., os de diversa Religião, etc. Estes Codigos modernos illustrão a nossa Ord., e se conformão com as melhores Leis Romanas, e exposições dos DD.

TIT. XI. §. 9 RUBR. (junta a Nota ao §. 8.)

De Tutella sub conditione, ex die vel in diem.

VEja-se o §. 1. Inst. de Atilian. Tut.; o §. 3 Inst. Qui testam. tut. Thomas. ad Institut. liv. 1 tit. 14 §. 80 (que aqui segue Mello, como costuma). Distingue-se melhor entre o pai, e o Magistrado. e o pai pôde nomear Tutor sub *conditione ex die, vel ad diem*, o Magistrado não, Veja-se Mul. ad Struv. Exerc. 31 thes. 15, Voet. ad Pand. liv. 26 tit. 2 §. 4 Cod. Freder. p. 1 liv. 3 tit. 3 §. 5, et tit. 5 §. 2, Guerreiro, tit. 3 liv. 3 cap. 4 a n. 67, Coccey Jus controv. liv. 26 tit. 5 q. 3.

TIT. XI. §. 10 RUBR.

Tutella legitima.

VEde omnino Guerreir. tract. 3 liv. 2 cap. 4 et seqq. Ord. liv. 4 tit. 102 a §. 3, Cod. Freder. p. 1 liv. 3 tit. 4 a §. 14.

TIT. XI. §. 11 RUBR.

Matri et Avicè primò defertur.

AN. 1. Ord. liv. 4 tit. 102 §. 3 em falta de Tutor testamentario dá a primeira preferencia na tutela legitima ás mãs, e avos, querendo ellas, com

tanto que se obriguem, e cumprão o que determina a dita Ordenação (Confira-se para illustração della o Cod. Freder. p. 1 liv. 3 tit. 5 §. 9, Stryk. Us. mod. liv. 26 tit. 4 a §. 30). Nota-se que esta Ord. permite ao Juiz dos Orfãos deferir esta tutela ás mãis, e avos; tendo as mãis preferencia ao avô paterno, não estando (como neste Reino) os netos em patrio poder do avô, Stryk. supra §. 31.

N. 2. A Ord. liv. 1 tit. 62 §. 37 permite aos Provedores, que requerendo-lhe alguma viuva a tutela, e Curadoria de seus filhos, e obrigando-se na fórma determinada no mesmo §. 37, lha confiração, e lhe fação entregar os filhos, e bens delles em quanto for sua tutora, e se não cazar. Isto não passando de 6000 reis a fazenda dos orfãos. Passando desta quantia, manda o dito §. 37 se recorra ao Desembargo do Paço para conceder esta tutela na fórma do §. 112 do seu Regimento (Estas quantias estão hoje triplicadas pelo Alv. de 26 de Setembro de 1814).

N. 3. Qual seja o mysterio, e a conciliação destas Ordenações, não attingio Mello neste §. O nosso Pona cap. 8 a n. 31, com o Addicionador de Oliveira de Muner. Provis. cap. 3 n. 15, e com a pratica do Foro, entende que a mãe ou avô providas tutoras pelo Juiz dos Orfãos na fórma da Ord. liv. 4 tit. 102 §. 3 ficão obrigadas como os mais tutores a dar contas, e metter no cofre os alcances dos rendimentos, porém as provisionadas ou pelo Provedor, ou Desembargo do Paço, supposto dem contas, não são obrigadas metter no cofre os alcances. O nosso Guerreir. tract. 3 liv. 3 cap. 5 a n. 39 concilia, que o Juiz dos Orfãos pela Ord. liv. 4 tit. 102 §. 3 deferre só a tutela; mas o Provedor, ou Tribunal Palatino deferem também a *administração* dos bens, que he mais vantajosa ás mãis, do que a simples tutela. (Isto coincide com a conciliação de Pona).

N. 4. Destas mãis assim provisionadas diz o mesmo Guerreiro tr. 3 liv. 5 cap. 16 n. 47, et 48 et tr. 4 liv. 5 cap. 11 n. 15 que a mãe, a que assim se confere a tutela com o onus de alimentar os filhos pelos proprios redditos, aonde não cheguem os dos filhos, não póde depois repetir delles o que despenceo do seu, alem do dos filhos, e assim o refere julgado. E no Tract. 4 liv. 1 cap. 2 n. 87 diz o mesmo Guerreiro que „ *Viduae nobiles ex Regia Provisione, filiorum tutrices factae cum onere alimentandi ex suo filios, non coguntur rationes reddere, ubi constiterit, vel ex inspectione legitimarum, vel ex primis rationibus redditus, quod patrimonia filiorum quoad redditus alimenta eorum non ferant.* „ Mas não sendo nobres, manda a Ord. liv. 1 tit. 62 §. 37 que sendo os filhos de qualidade, para andarem á soldada a mãe lha pagará, e consequentemente os rendimentos. E só quando muito pelas fianças abonadas, que presta, goza do favor de não metter no cofre os alcances dos rendimentos (N. 3), *quidquid indistinctè dicat.* Peg. tom. 7 at Ord. liv. 1 tit. 87 §. 18 n. 3, porque deve entender-se na mãe nobre, e não na plebea.

TIT. XI. §. 12 RUBR.

Deindè propinquis.

HE bem clara a disposição da Ord. liv. 4 tit. 102 §. 5, que exorna Guerreir. tr. 3 liv. 2 cap. 3, e recebe illustração do Cod. Freder. p. 1 liv. 3 tit. 4 a §. 14. E so advirto 1.º, que neste caso a proximidade se regula pelo direito da representação, Cod. Freder. supra §. 18. 2.º, Que se se trata de morgados, e fideicommissos devem preferir no encargo os futuros

successores, Cod. Freder. Silva §. 15 Mul. ad Struv. Exerc. 31 thes. 25, bem como quando se trata da curadoria do absente (Veja-se Tit. §.). 3.º, Que o parente, que ambiciona a tutela com esforços deve ser repellido, Guerreiro tr. 3 liv. 2 cap. 3 a n. 40, et liv. 3 cap. 4 a n. 36.

Em quaes casos o legitimo tutor deve preferir ao *testamentario*, e o *dativo* ao *legitimo*? Veja-se Guerreiro tr. 3 liv. 2 cap. 3 a n. 62, et liv. 2 cap. 2 Cod. Freder. p. 1 liv. 3 tit. 5 Coccey Jus Controv. liv. 26 tit. 7 q. 2 et liv. 26 tit. 5 q. 1.

TIT. XI. §. 13 RUBR.

Tutor dativus.

EM que casos seja o Juiz obrigado dar hum Tutor *dativo* em falta do *testamentario* ou *legitimo*? Cod. Freder. supra, Guerreiro tr. 3 liv. 3 Coccey Jus Contr. liv. 26 tit. 5 q. 1. Qual seja o Juiz que deva dar o tutor, ou confirmar o *testamentario*? Veja-se Guerreiro Silva cap. 2 Stryk. Us. mod. liv. 26 tit. 5 §. 7. Struv. Exerc. 31 thes. 29 et 30, os quaes se devem consultar quando houver alguma duvida sobre a execução do §. 8 da Ord. liv. 4 tit. 102.

TIT. XI. §. 14 RUBR.

De Satisfactione Tutorum.

N. 1. **H**E bem certo que os Tutores testamentarios não devem satisfar, porque os desobriga

a Ord. liv. 4 tit. 102. Só as mãis quando não são nomeadas em testamento, e pedem a tutela, bem como os mais tutores legitimos, e dativos. Toda a materia recapitulou Guerreiro tract. 3 liv. 2 cap. 9 Stryk., Voet. Boehmer., Struv. ad Pand. liv. 26 tit. 7 Richer. Jurispr. univers. tom. 2 a §. 239. Porém a regra (quanto aos *legitimos*, e *dativos*) limita-se especialmente pela nova Ord., ou quando são notoriamente opulentos, Guerreiro Silva n. 47; ou quando são de *probidade notoria*, Guerreiro n. 44; ou quando *po-bres*, que não achão fiador, porque satisfazem com caução *juratoria*, sendo aliás pessoas honestas conscienciosas, e dignas de credito, de que possa confiar-se a administração, e satisfação, Ord. liv. 4 tit. 102 §. 5. Concorda o Cod. Freder. p. 1 liv. 3 tit. 6 §. 8.

N. 2. Attesta Guerreiro supra n. 51, attesto eu, que tal fiança (ainda nos casos que a Lei não exceptua) geralmente se não costuma prestar neste Reino. Declama Guerreiro, e declama Stryk. Us. mod. liv. 26 tit. 7 §. 7 8 9 contra tal abuso das Nações em que os Magistrados não exigem dos Tutores as devidas satisfações. Que razão para se não executar a nossa Ordenação? Se a mãi Tutora legal presta fianças, porque não os mais Tutores? Este abuso tão prejudicial aos orfãos, como mostra a experiencia, provém da indulgencia dos Juizes, e da esperanza de impunidade; porque nunca jámais os miseraveis orfãos se atrevêrão a demandar-lhes *subsidiariamente* os seus prejuizos. Os Juizes porém que virem o que ao diante notarei ao §. 17, os que esperão salyar as suas almas não deixarão jámais de cumprir este dever. Eu vejo que elles inventão novos meios de exigir salarios, aonde se não devem, e aqui cumprindo elles a sua obrigação, podião lucrar muito. Ou pois indolencia, ou ignorancia, mas sendo culpavel.

De officio, auctoritate, et administratione Tutoris.

P R E L U D I O.

N. 1. **A** Ntes que o Tutor se proponha á administração deve preceder 1.º, Mandato do Juiz: 2.º, Inventario: 3.º, juramento: 4.º, Satisfação, quando ella he necessaria: 5.º, promessa de *zelar* os bens dos orfãos, (se bem que se subentende debaixo do juramento). E tudo o que o Tutor obra antes de prederem estes requisitos he nullo, a menos que não seja util aos orfãos, Guerreiro tr. 3 liv. 4 cap. 9, et liv. 6 cap. 8 a n. 17, Stryk. Us. mod. liv. 26 tit. 7 Cod. Freder. p. 1 liv. 3 tit. 6 tot., Voet. liv. 26 tit. 7 a n. 22, Struv. Exerc. 31 thes. 35, e seguintes. Todos estes requisitos preambulos da intrancia na administração, se deduzem (por quem pensar) da Ord. liv. 4 tit. 102 §. 8 junta a Ord. liv. 1 tit. 88, e §. 24.

Nota. Adverte porém Stryk. Si va §. 11 com Brunneman, e Fabro, que se o Juiz admite á administração o Tutor sem satisfação, e elle Tutor exercita as suas funções como tal, não póde jámais ser repellido com a excepção de não ter satisdado, *alter* se fosse mandado satisfar, e sem o fazer se arrogasse á administração, *Ita servat praxis*. Mas sem juramento, não póde jámais ser admittido a exercitar o officio de tutor; pois a Ord. o requer: *quidquid Rieber. tom. 2 §. 261.*

Quanto á autoridade.

N. 2. A autoridade do Tutor (define o Cod. Fre-

der. p. 1 liv. 3 tit. 7 §. 2.) he o *consentimento*, que „ elle dá ao acto feito pelo pupillo mesmo para sup-
„ plementar o que lhe falta de intelligencia, e de
„ juizo. „ De outro modo define Guerreiro tr. 3 liv.
6 cap. 1 n. 1. „ *Vis illa atque potestas quam Tu-
„ tores vel ex testamento, vel ex Lege vel a Judice
„ receperunt in persona pupillorum defendenda, re-
„ busque illorum administrandis.* „ Mais concisa-
mente Voet. ad Pand. liv. 26 tit. 8 n. 1. „ *Auctori-
„ tas est consensus de presentí et probatio ejus quod
„ agitur.* „ A definição do Cod. Freder. he a mais
propria.

N. 3. Quando são muitos Tutores, ou Curadores se devem simultaneamente concorrer a prestar sua autoridade? Veja-se Guerreiro tr. 3 liv. 6 cap. 5, Cod. Freder. supra §. 2. Voet. supra n. 7, Fabr. in Cod. liv. 6 tit. 19 Def. 16. Em quaes casos deve intervir essa autoridade? Guerreiro supra cap. 6 Cod. Freder. p. 1 liv. 3 tit. 7 §. 3, Voet. supra a n. 3. Quando subsiste o que o pupillo faz sem essa autoridade, Voet. supra Cod. Freder. supra, Guerreiro tract. 3 liv. 6 cap. 7. Quando possa o Tutor ser constringido prestalla? Guerreir. cap. 9. Os effeitos della? Guerreiro cap. 10 Et ad omnia Struv. et Mul. Exercit. 31 thes. 40, e seguintes.

N. 4. Em quanto o nosso Mello neste §. diz, que basta qualquer consentimento do Tutor *expresso*, ou *tacito*, *antecedente*, ou *subsequente*, ainda sem solemnidade prestado por Carta, ou Mensageiro, etc., parece plagiado de Stryk. Us. Mod. liv. 26 tit. 8. §. 1 Thomas. ad Instit. pag. 95; Groeneweg. ad § 2 Instit. de Auctoritat. et Consens. Tutor, Voet. ad Pand. liv. 26 tit. 8 n. 1. in fin., os quaes todos dizem o mesmo que Mello. Mas o contrario, e que essa autoridade do Tutor deva ser *expressa*, no *mesmo acto*, e que *não basta tacita*, etc., Guerreiro tr. 3

liv. 6 cap. 3, Moraes de Execut. liv. 5 cap 5 n 16 §. *Item tutoris*, Reinoz. obs. 43 n. 26 Cald. de Extinct. cp. 11 n. 5, 14, 15, Idem Guerreiro tr. 3 liv. 6 cap. 8. a n. 1 et 19, Cod. Freder. p. 1 liv. 3 tit. 7 sub §. 3. E só esta regra se limita nos casos que refere o mesmo Guerreiro, tr. 3 liv. 6 cap. 3. a n. 9. Quando porém se presume que interveio esta autoridade, Veja-se eund. Guerreiro liv. 6 cap. 13. E o que he prohibido aos Tutores, e Curadores a respeito da administração das pessoas, e bens dos orfãos? Veja-se eund. Guerreiro liv. 6 cp. 14.

N. 5. Não basta porém só a autoridade dos Tutores ou Curadores para convalidar os contratos dos menores, he sim juntamente preciso o *Decreto judicial*, quando se trata da alienação dos bens de raiz, ex tot. tit. ff. de Reb. eor. qui sub tut. vel cut. sunt Ord. liv. 1 tit. 88 §. 26, ou quando o credor trata de satisfazer, e remir o capital de huma divida, ou censo, L. 25 e 27 Cod. de Administr. tut., Voet. liv. 26 tit. 8 n. 5, Stryk. Us. mod. liv. 26 tit. 8 § 7, a menos que a solução não seja de juros, censos, ou redditos annuos, ex DD. supra. Nem, (sendo os orfãos já maiores de 12 e 14 annos) basta o Tutor sem intervenção delles, maxímè em negocios de maior momento, Stryk. supra §. 5 conduz a Ord. liv. 3 tit. 41 §. 8, como nas *transacções*, Urceol. de Transact. q. 21, et q. 20, Harprectr. vol. 1 Disp. 10 de *transacção in Causis Minorum*. Quid nos Alendamentos? Veja-se Pacion de locat cap. 8 a n. 18, et infra a n. . . .

Quanto á administração do Tutor, respectivè ás pessoas dos orfãos.

N. 6. A administração do Tutor consiste principalmente na educação dos pupillos, e depois na regen-

cia de seus bens, Cod. Freder. p. 1 liv. 3 tit. 4 §. 11. Convem Mello neste 3 §. *Administratio pupilli*. Thomas ad Instur. pag. 94. Na administração obra o Tutor só por si. Aos contratos do pupillo, que passa da infancia presta autoridade. As obrigações que Mello aqui recopila, que incumbem ao Tutor quanto á pessoa dos pupillos, se vêm largamente estofadas por Guerreiro tract. 3. Quanto á educação dos pupillos até a idade de tres annos, veja se o mesmo Guerreiro, l.v. 5 cap. 1 e 2. Passados os tres annos, a quem se deva incumbir a educação dos pupillos, e quaes consanguineos tenham preferencia? Vejam se o mesmo Guerreiro tr. 3 liv. 5 cap. 3 o Cod. Freder. p. 1 liv. 3 tit. 4 art. 1, Stryk. Us. mod. liv. 27 tit. 2. Voet. ad Pand. liv. 27 tit 2, Bersan. de Pupill. cap. 1 q. 11. Richer. tom. 2 á §. 310. Sobre a obrigação que incumbe aos Tutores de collocarem á soldada os orfãos peães, e obrigação de lha satisfazerem se se servirem delles, veja-se Guerreiro tr. 3 liv. 5 cap. 12, Pon. cap. 10 a n. 24, et cap. 13 n. 38. Ou aos officios mechanicos, Guerreiro supra cap. 13. Sobre a obrigação de proporem os nobres aos estudos das sciencias, Guerreiro cap. 14. Como para tudo se lhes devião arbitrar alimentos, Guerreiro Silva cap. 15 Voet. liv. 27 tit 2 a n. 2, Richer. Silva a §. 335, Pon. cap. 10 a n. 16, et cap. 11 n. 52. Como o Tutor deva ser sollicito em buscar para o orfão hum honesto cazaamento, Guerreiro tr. 3 liv. 5 cap. 15. E se algum donativo, ou dinheiro recebeo por negociacção de cazar o orfão? Veja-se Pon. cap. 8 n. 49.

N. 7. Adverte ao proposito Stryk. Us. mod. liv. 27 tit. 2 §. 4 que ,, *Ipse modus educandi adornandus est secundum facultates, et dignitatem pupil-
lorum, et tutissimum est Magistratus aeterminacionem requirere*, L. 2 §. 3 ff. ubi Pupil. educ.
,, *Et cum tutor non rebus dumtaxat, sed etiam*

„ moribus pupilli proponatur, imprimis mercedes
 „ proceptoribus, non quas minimas poterit, sed pro
 „ facultate patrimonii, pro dignitate natalitium
 „ constituere debet. L. 12 §. 3. ff. de administrat.
 „ et peric. tut. Patris loco enim sunt tutores, et
 „ proutè ejus officium implere, et sollicitam curam,
 „ et inspectionem in ipsam educationem habere de-
 „ bent; in specie autem ut pupilli ad veram ducan-
 „ tur morum probitatem, verumque Dei cultum: un-
 „ de non dubium est, quin tutor quoque eo nomine
 „ teneatur, et ut suspectus removeri possit, si edu-
 „ cationem pupilli in tantum neglexerit, ut hic non
 „ modo nihil addidicerit, ex quo postea alimenta sibi
 „ querere possit, sed et insuper ad pessimos mores
 „ ab ipso tutore fuerit seductus... Si ulla ex cau-
 „ sa tutores, ut suspecti essent removendi; id in
 „ primis ob neglectam educationem pupillorum fieri
 „ deberet, ut pote ex qua damnum sæpè irrepara-
 „ bile ipsi Reipublicæ pariter et Ecclesiæ inferitur. „

Administração respectiva aos bens.

N. 8. As obrigações, que incumbem aos Tutores,
 e Curadores de zelarem em juizo, e fóra d'elle, co-
 mo bons economicos, os bens, direitos, e acções dos
 pupillos, e menores, bem as recopilou Stryk. Us. mod.
 liv. 26 tit. 7 §. 22, bem as exemplificou, e estofou
 Voet. ad Pand. liv. 26 tit. 7 a n. 7, e não menos
 Struv. et Mul. Exerc. 31 thcs. 37, e bem attemperou
 á sua Nação o Cod. Freder. p. 1 liv. 2 tit. 4 art. 2
 a §. 25. Quanto á obrigação de promover, e defender
 as demandas sobre bens, e direitos pertencentes aos
 pupillos, veja se Guerreiro tr. 3 liv. 6 cap. 20 „ Sed
 „ quoniam experientia docuit non raro tutores sub
 „ pretextu litium pupilli nomine movendarum, aut
 „ excipiendarum privatas suas exercere simultates,

„ et pupillorum impendio, ac dispendio odia fovere,
 „ ac persequi ultiones, hinc hodie tutor pupilli cau-
 „ sam dubiam in judicium deducturus, magistratus
 „ decretum ad id impetrare tenetur, alioquin ipse,
 „ ubi succubuerit, litis impensas subiturus. „ Ita
 cum Zypæo, Grotio, Groenewegen. et alius, Voet.
 ad Pand. liv. 26 tit. 7 sub n. 12.

Seria para desejar que assim se praticasse nes-
 te Reino, aonde os Tutores *temerariamente* pro-
 põem, e defendem demandas, humas vezes por
 caprichos, outras por máos conselhos de Rabu-
 las, á custa dos orfãos nellas sacrificados. Sim en-
 tre nós vigora a regra, que ao Tutor se não de-
 vem abonar despezas de demandas injustas, Peg.
 1 for. cap. 3 sub n. 705, ex Valeron. de Tran-
 sact. tit. 2 q. 3 n. 11, et 12. Veja-se Richer-
 tom. 2. a §. 778. Mas qual he o Tutor, que
 não excogita pretextos para se justificar de boa
 fé no sequito da demanda a mais injusta? Quan-
 tos Letrados ignorantes não grassão no foro? Com
 os conselhos delles será facil exculparem-se os
 Tutores (.Veja-se ad §. 16 n. 29.)

N. 9. A nossa Ord. liv. 1 tit. 88 §. 22 geralmen-
 te providencia a conservação, e indemnidade dos bens
 dos orfãos, fazendo responsaveis pelas damnificações
 aos que os damnificão com reposição ao primeiro es-
 tado, e restituição de fructos *perceptendos*. Esta ge-
 ral providencia; ou 1.º, pôde ser relativa contra os
 terceiros intrusos nos bens dos orfãos; e então só pô-
 de exercitar-se por acção ordinaria na fórma da Ord.
 liv. 3 tit. 41 §. 8. Ou 2.º, contra os arrecadarios,
 se na fórma do §. 23 do dito tit. 88 se derão de ar-
 rendamento os bens. Ou 3.º, contra os Tutores se
 não requererão os arrendamentos em praça, e ficarão

cultivando os bens, ou não havendo quem os arrendasse, ex d. §. 23. Qualquer pois destes, que os damnifique está responsável pela determinação geral do §. 22.

N. 10. Por Decreto commum podião, e devião os Tutores dar de arrendamento os bens dos orfãos *ad breve tempus* sem outra autoridade judicial, Pacion. de Locat. cap. 8, Guerreiro tr. 3 liv. 7 cap. 10. Mas no nosso Reino a Ord. liv. 1 tit. 88 §. 23 obriga os Tutores requererem que em hasta pública, e com autoridade judicial se arrendem, e com seguranças, os bens dos menores: tanto, que os arrendamentos dos bens dos menores, que não são feitos em praça são nullos, Phæb. 2. p. ar. 66, Pon. cap. 12 a n. 4, Guerreiro tr. 3 liv. 7 cap. 10 a n. 176, Peg. ad Ord. liv. 1 tit. 87 §. 23 n. 4. E se na praça não ha quem arrende, manda a dita Ord. encarregar o Tutor da cultura, e o sugenta a contas da receita, e despeza dos fructos. Porém attesta Pon. cap. 13 n. 31 com Oliveir. de Muner. Provis. cap. 10 §. 4, que não requerendo os Tutores se arrendem os bens em praça, e ficando com elles, o costume he pagarem os Tutores o rendimento a 5 por cento conforme os valores, em que os bens estão avaliados no Inventario.

Esta pratica he contra a Lei, carregar o rendimento de 5 por 100 aos Tutores, quando elles não cumprem a obrigação de pôr em praça para se arrendarem os bens dos orfãos. Póde ser que os Tutores vendo-os estimados em preços diminutos (como he frequente nos inventarios, Peg. 1 for. pag. 549) deixem de requerer se arrendem em praça para lucrarem muito no rendimento. Observado pois o rigor da Ord. devem nesse caso dar contas, não a 5 por 100, mas da receita, e despeza dos fructos. Porém

como obrigando-se assim os Tutores, he para temer que elles dem em contas despezas arbitrarías, que talvez equivallão á receita; e despezas, que basta provarem por seus juramentos, sendo diarias, e muitas, Guerreiro tr. 4 liv. 5 cap. 3 a n. 65. Esta talvez seria a razão, porque a dita praxe entre dois males elegeo o menor de carregar aos Tutores o rendimento de 5 por cento, evitando despezas dadas; e juradas, que absolvão o real, e verdadeiro. Se bem que esse rendimento de 5 por 100 he só presumido, e não obsta a que os menores possam depois provar que os seus bens rendião muito mais; bem como os Tutores, que rendião menos, Guerreiro tract. 4 liv. 8 cap. 1 n. 25, et cap. 9 n. 74. Das caças em que viveo o menor com o Tutor não deve este rendimento. Pon. cp. 13 n. 31. et 34.

N. 11. Também, supposto por Direito Romano o Tutor ou Curador por si só, sendo impubere o pupillo; ou com elle sendo já pubere, podião celebrar quaesquer outros contratos sobre moveis, ou dividas (que não fossem alienações de bens de raiz) sem Decreto judicial, Voet. liv. 26 tit. §. Neste Reino não pôde o Tutor, ou Curador sem autoridade judicial, nem dar dinheiro a juro; ainda a lucro honesto; nem emprega os dinheiros dos orfãos em compras, ou em outros contratos, como se dedúz da Ord. liv. 1 tit. 88 §. 23, e 25, Guerreiro tr. 3 liv. 7 cap. 15 n. 9. Nem ainda vender alguns bens moveis sem autoridade do Juiz. Attendão porém os Juizes dos orfãos á declamação, que contra elles faz Guerreiro tr. 3 liv. 7 cap. 2. a r. 98, quando tratão de vender em leilão os moveis dos orfãos.

Quanto á alienação dos bens de raiz, e solemnidades precisas para a sua *validade*, temos a Ord. liv. 1 tit. 88 §. 26 com a exposição de Peg. *ibidem*, e de Guerreiro tr. 3 liv. 7 cap. 3. Se he ou não necessaria a arrematação (que a Ord. omittio) Veja-se Posth. de Subhast. Jus p. 4 Cœcey Jus Controv. liv. 27 tit. 19 q. 4 Cod. de Sardanh. liv. 5 tit. 11 a §. 3 Cod. Freder. tom: 1 p. 1 liv. 3 tit. 6 Art. 2 §. 42, Bersan. de Pupill. cap. 2 q. 5 Guerreir. tr. 3 liv. 7 cap. 17. Em que casos subsiste a alienação sem essas solemnidades? Cod. Freder. *suprà* a §. 44 Richer. tom. 2 a §. 664. Quando, e como se presume que intervierão as solemnidades necessaria, para a alienação dos bens de raiz dos orfãos? Veja-se Guerreiro tr. 3 liv. 7 cap. 3 a n. 27 e forens. q. 60, Bersan. de Pupill. cap. 2 q. 7 Richer. Jurisp. univ. tom 2 a §. 74. Que bens para este fim se reputão *immovéis*? Richer. a §. 449.

N. 12. Sobre as palavras de Mello neste §. = *Hac cum ita sint*, etc. Que actos póde o pupillo, depois da infancia obrar effcaz, e validamente por si sem Tutor, quaes actos o Tutor sem elle; e em quaes devão ambos intervir? Veja-se Guerreiro tr. 3 liv. 6 cap. 5, 6, 7, 8, 11, 12, 14, 15, e seguintes, e liv. 5 cap. 5, 6, 7, 8. Bersan. de Pupill. cap. 2. tot. Richer. tom. 2 a §. 791.

N. 13. Sobre as palavras = *Pro rebus magni momenti* etc. Quanto aos esponsões temos a Lei de que já tratei neste liv. tit. §. Quanto ás Procuções para os actos judiciaes, temos a Ord. liv. 1 tit. 41, §. 8, com a exposição de Silva, e Peg. tom. 15 *ibidem*. Quanto ás extrajudiciaes, Veja-se Golin. de Procurator. p. 2 cap. 2 a n. 6 et ibi Luca Altmar.

tom: 2 rubr. 11 q. 15, et *ad omnia*, Guerreiro tract: 3 liv. 6 cap. 19. Quanto ás Apresentações em Beneficios, de que o menor he Padroeiro, Veja-se Guerreiro tr. 3 liv. 6 cap. 17, e ainda que ahí envolve, deve seguir-se o que meliõr expõe, Bagn. cap. 48 a n. 69 (*quidquid dicat*; Stryk. Us. mod. referido por Mello). Em fim, sobre as palavras finais deste §. = *Illud autem non requiritur*, etc. Veja-se Guerreiro tract. 3 liv. 6. cap: 22 a n. 25. Voeta ad Pand. liv. 26 tit. 7 n. 7.

TIT. XI. §. 46 RUBR.

De periculo tutoris: rationibus reddendis: et ubi condemnari debet.

N Este §. fuma o nosso Mello três conclusões: 1.^a, que o Tutor está responsavel ao pupillo pelo dano, que lhe causou por culpa, ou negligencia, ex Ord. liv. 3 tit. 41 §. 3.^a 2.^a, que he obrigado prestar comas, não no fim da tutela, como por Direito Romano, mas em cada anno: 3.^a, que deve prestalas no juizo do domicílio, e perante o Juiz, que o decretou Tutor. Tratei separadamente de cada huma destas conclusões, porque frequentes no foro.

Quanto á primeira.

N. 1. ,, *Todos os Tutores são obrigados no exercicio da tutela de responder por culpas leves; por onde se entende que elles são obrigados de applicar, abi os cuidados que todo o bom pai de familias, emprega nos seus proprios negocios.* ,, Cod. Freder. p. 1 liv. 3 tit. 6 art. 2. §. 34. Com effeito, que os Tutores por yia de regra são responsaveis pe-

Eccc 2

las culpas *lata*; e *leve* o prováo com muitos DD. Peg. 1 for. cap. 3 a n. 670, Struv. Exerc. 31 thes. 38 et. ibi, Mul. Richer. tom. 2 a §. 1133.

N. 2. Limita o cit. Cod. Fred. esta regra „ *Se o Tutor, elle mesmo se tivesse offerecido, a tutela, ou tivesse dado dinheiro, para ser admittido á administração, ou se tivesse feito responsavel por culpa levis culpa* „ Confirma-se Peg. supra a n. 670, Struv. et. Mul. Exerc. 31 thes. 38, Richer. Silva a §. 1135, aonde discute os mesmos, e outros cas. s.

N. 3. Semelhantemente o seguinte Tutor está responsavel pela fallencia do antecedente, se foi omisso em exigir contas d'elle „ Mal. ad Struv. supra, Guerreiro tr. 4 liv. 1 cap. 2 n. 95, Fabr. in Cod. liv. 5 tit. 31 Def. 4 et 6, Voet. liv. 27 tit. 3 n. 5. Adverte porém o citado Fabr. Def. 6 que „ *non liberat ea res tutorem a pupillo, si malit pupillus contra secundum tutorem* „

Justamente digo, que esta conclusão não póde ser praticavel no nosso Reino, porque tal obrigação não se vê imposta aos Tutores novos na Ord. liv. 1, tit. 88 a §. 23, antes pelo contrario o tomar contas com entrega aos Tutores, que acabão, e fazer nova entrega aos que succedem, he hum dever que aos Juizes impõem a Ord. liv. 4 tit. 102 no princ., e no §. 9. E assim nada de deixar de requerer contas ao antecedente he imputavel ao novo Tutor (Veja-se infra n. 12). Confirma-se a Ord. liv. 1 tit. 88 §. 50.

N. 4. Mas o herdeiro do tutor, que continuou a administração, só responde da culpa *lata*, e não da *leve* do defuncto, a menos que a demanda não tivesse sido contestada com o defuncto, e á excepção de alguns casos, em que os herdeiros do Tutor podem ser accio-

nados em nome proprio. Sobre o que se veião Struv. e Mul. Exerc. 31 thes. 38, et 80, Peg. 1 for. cap. 3 a n. 809, Guerreiro tr. 4 liv. 1 cap. 2 a n. 72, Cod. Freder. p. 1 liv. 3 tit. 9 Art. 5 a §. 40.

N. 5. Pelo que respeita á culpa em não exigir em tempo oportuno as dividas activas do pupillo, e quando lhe seja ou não imputavel a fallencia dos devedores, veião-se Peg. 1 for. cap. 3 a n. 795, Voet. liv. 26 tit. 17 n. 8, Olea de Cess. jur. tit. 5 q. 12 n. 22, Guerreiro, tract. 4 liv. 4 cap. 13 a n. 56.

N. 6. *Quid*, quando são muitos con-Tutores, se são *in solidum* obrigados, ou em quaes casos? Veja-se Struv. Exerc. 31 thes. 39.

Os casos especificos, e as circumstancias, em que o Tutor está ou não responsavel por culpa *lata* ou *leve*, podem ver-se largamente expostos por Guerreiro tract. 3 liv. 6 cap. 36, e tract. 4 liv. 2 cap. 2, et cap. 12, e mais largamente no liv. 4 cap. 13.

Quanto á segunda conclusão.

N. 7. Dormia Mello, quando neste §. com Stryk. e Schilter, disse que se devem tomar contas *annualmente* aos Tutores. Esqueceo-se da Ord. liv. 1 tit. 88 §. 49, e liv. 4 tit. 102 §. 9, que só de dois em dois annos as manda tomar aos Tutores *dativos*; de quatro em quatro aos *legittimos* (ainda que o costume tem introduzido tomarem-se-lhe de tres em tres annos, Pon. cap. 13 sub n. 1, Guerreiro tr. 4 liv. 2 cap. 8 n. 74, et cap. 9 n. 24). Esqueceo-se da Ord. liv. 1 tit. 62 §. 37, que manda tomar contas de dois em dois annos ás mais Tutoras dos filhos. Esta he a regra alterada pelo referido estulo. „ Porém (continúa o citado Pona) poderá o Juiz tomar contas ao tutor todas

as vezes que for informado que rege mal a tutora, ou curadora, e fará outro Tutor, ou Curador, a quem entregará todos os bens dos orfãos com todas as perdas, e damnos, que satisfará o tutor removido por sua conta, Ord. liv. 1 tit. 88 §. 50. Ou quando a mãe tutora passa a segundas nupcias, Escob. de ratiocin. cap. 6 n. 3. Pon. cap. 13 n. 12; ou quando o orfão se emancipar, e antes da entrega dos bens, Addicionador ad Oliveira de Mun. Provis. cap. 3 n. 28. Pon. cap. 13 n. 24.

N. 8. Esta obrigação de prestar contas procede ainda mesmo quando o pai, ou aquelle, que tem feito hum legado em favor do pupillo tivesse declarado em seu testamento que não quer que o Tutor as preste. E ainda mesmo, quando o pai tivesse prohibido aos filhos exigirem contas ao Tutor debaixo de pena de se verem reduzidos só á sua legitima, não se terá algum *respeito* a huma semelhante disposição; porque a Justiça he obrigada a fazer proceder de officio á prestação das contas, Cod. Freder. p. 1 liv. 3, tit. 6 art. 3 §. 49, Guerreiro tr. 4 liv. 1 cap. 2 n. 65, et tract. 1 liv. 4 cap. 6 a n. 307, et tract. 4 liv. 3 cap. 5 a n. 3. Adverte porém Voet. ad Pand. liv. 27 tit. 3 sub n. 12 com varias LL., Berlich., e Gomes que „ *tamen rationum remissio tam a patre respectu tu-* „ *tele gerende, quam a pupillo, aliisque respectu tu-* „ *tele jam gestæ factæ; id operatur, ne scrupulosa* „ *fiat inquisitio, et negligentia ratio non habeatur, sed tantum fraudis.* „ Confirma-se sobre este numero largamente, Guerreiro tr. 4 liv. 3 cap. 5 com ampliações, e limitações.

N. 9. Amplia-se esta obrigação aos herdeiros do Tutor, Pon. cap. 13 n. 3, Guerreiro tr. 4 liv. 1 cap. 2 a n. 68. Amplia-se ao *Protutor*, que sem judicial autoridade administrou os bens dos orfãos, Pon. cap. 13 n. 4, Guerreiro tr. 4 liv. 1 cap. 2 n. 58, Cod.

Freder. p. 1 liv. 3 tit. 9 art. 3; Peg. tom. 7 ad Ord. liv. 1 tit. 87 §. 24 n. 15, Stryk. Us. mod. liv. 27 tit. 5 §. 1. Se o *Protutor* está obrigado tãoobem á culpa levissima? O citado Cod. Fred. §. 25 o obriga á *levissima*, Stryk. §. 2 só á *leve*, Vide Richer Jurispr. univ. tom. 2 a §. 1023, aonde o melhor de todos tratou a materia dos *Protutores*.

N. 10. Amplia-se ao caso (que he frequente) em que o Tutor deixou os bens em poder da mãe, ou dos avós dos orfãos com promessa de indemnidade, Voet. ad Pand. liv. 27 tit. 3 n. 6, Richer. Jurisprud. univ. tom. 2 §. 1148, advertindo no §. 1149 que póde o pupillo neste caso demandar electivamente a mãe, ou avó pela acção *Negotiorum gestorum*.

N. 11. Amplia-se contra todos os Tutores *in solidum*, ainda que entre si tenham dividido a administração, Peg. tom. 7 ad Ord. liv. 1 tit. 87 §. 24 n. 14. Porém esta regra não he tão geral, e absoluta como figura Pegas. Ella tem as muitas distincções que expõe Guerreiro tr. 4 liv. 4 cap. 2 e 3, e mais methodicamente, e com mais solidez Richer. Jurispr. univ. tom. 2 a §. 1013 ad §. 1020.

Praxe de tomar as contas aos Tutores.

N. 12. „ Sendo chegado o tempo (diz Pon. cap. 13 a n. 13) „ de se tomarem as contas, deve o Juiz „ mandar notificar os tutores para as darem perante „ te elle precedendo mandado assignado pelo mesmo „ Juiz, e que as dem em 24 horas, e não obedecendo, póde o Juiz mandar proceder contra os taes „ tutores, ainda que sejam Clerigos ou nobres. Não se achando ou não vindo logo os Tutores, póde o Juiz tomar as contas á revelia, etc. Esta mesma praxe se vê em Peg. 1 for. cap. 3 n. 785, e em Guerreiro tract. 4 liv. 1 cap. 8 a n. 1, et a n. 47, et liv. 8

cap. 1 a n. 2. O Tutor leigo, sendo contumaz pôde ser prezo até prestar as contas, mas o mais frequente he tomarem-se á revelia, Guerreiro, tr. 4 liv. 1, cap. 8 n. 51 et 52.

N. 13. Se o Tutor comparece, e se offerece prestar contas (o que pôde fazer por Procurador, Guerreiro tr. 4 liv. 1 cap. 10 et liv. 8 cap. 1 n. 10), deve prestallas com toda a especificação da receita, e despeza; e cada partida com declaração do tempo, das pessoas, quantidades, valores, etc. na fórma da L. Cum servus ff. de Condit. et demonstr., e de outras, que expõem Peg. 1 for. cap. 3; a n. 704 *optime et practice*, Richer. Jurispr. univ. tom. 2 a §, 1067.

N. 14. Não he de precisa necessidade que o Tutor faça, e exhiba livros de razão, porque sem elles, e só pelo inventario se podem prestar contas. Este he o estulo do nosso Reino, Guerreiro tr. 4 liv. 2 cap. 8 n. 74, et cap. 9 n. 24, et liv. 5 cap. 3 n. 85 (*quidquid* nas mais Nações).

N. 15. Fazer inventarios dos bens dos orfãos, e por elle a entrega ao Tutor, he precisa obrigação do Juiz, Ord. liv. 2 tit. 88, §. 4, e liv. 4 tit. 102 no principio. Se o Juiz não cumprio este dever, não he imputavel ao Tutor dar contas de bens, que por inventario se lhe não entregáão: Peg. 1 for. cap. 3 n. 826, Guerreiro tr. 4 liv. 2 cap. 9 n. 2. O inventario pois assim feito *ex officio* he a norma das contas. Por estilo fazem os Escrivães entrega aos Tutores dos bens por hum rol copiado do inventario. (Cessa neste Reino o muito que os DD., segundo o Direito commum, escrevêrão sobre ser o Tutor obrigado fazer inventario). Se com effeito assim se praticou, he bem certo que o acto das contas principia pela receita; e depois se contrapõem a despeza. Devo por tanto expôr em particular o de que deve onerar-se, e como exonerar-se nas contas o Tutor.

Quanto d' parte da receita.

N. 16. Deve 1.^o, o Tutor dar conta da existencia dos moveis, a menos que não tenham sido vendidos em hasta publica na fórma da Ord. liv. 1 tit. 88 §. 25. E sendo deteriorados por culpa do Tutor he fará o Juiz carga das damnificações, Guerreiro tr. 4 liv. 8 cap. 1 n. 19, et 47. *Miser* sendo moveis de que os orfãos se servirem, ou em seu uso se gastarem, Ord. liv. 1 tit. 88 §. 5 e 6.

N. 17. 2.^o, Se na herança fica dinheiro, ou o Tutor depois o recebeu dos devedores dos menores, o mais a que neste Reino pôde ser obrigado he amettello no cofre, sem que lhe seja imputavel em pregallo em compras ou a juro. E isto pelo Direito de Novell. 72 cap. 6, e da Auth. Novissime Cod. de Administr. tit. que o nosso Guerreiro tr. 4 liv. 8 cap. 15 n. 23 diz que foi adoptado pela Ord. liv. 1 tit. 88 a §. 3 e abrogado o Direito antigo. E na verdade, reflectido o §. 34 da dita Ord., elle só promove a diligencia do Tutor para que metta no cofre o dinheiro dos orfãos; e não o obriga ás usuras, ainda que seja moroso em cumprir esta obrigação. E o §. 43 incumbe aos Juizes, e Provedores o promoverem o ingresso dos dinheiros dos orfãos no cofre.

Assim neste Reino cessa o muito que escrevêrão os DD. incumbendo aos Tutores o dever de fazer empregos lucrosos dos dinheiros dos orfãos; e fazendo responsaveis aos Tutores pelos interesses cessantes, como se vê em Voet. liv. 26 tit. 7 a n. 9, Stryk. ibid. §. 20, e outros mais. Maiormente advertindo-se que a dita Ord. liv. 1 tit. 88 §. 23 e 25 prohibe aos Tutores darem o dinheiro á usura, ou comprar bens sem autoridade.

de do Juiz: e em quanto o Juiz o não manda, não são obrigados como bem advênte o citado Guerreiro tr. 4 liv. 8 cap. 15 n. 24, Conf. Peg. tom. 7 ad Ord. liv. 1 tit. 87 §. 23 n. 13; admitto só serem os Tutores obrigados á usura legal, ou quando negociação com o dinheiro, ou depois das contas. Sendo interpellados não mettem no cofre os dinheiros. No que concorda o Cod. Frederic. p. 1 liv. 3 tit. 6 Art. 3 §. 59; Mas eu não o admitto reflectida a nossa Legislação, que só obriga o Tutor recolher no cofre o dinheiro, e em nenhum caso o obriga as usuras que aliás detestava o Legislador. Veja-se a minha especial Dissert. que he a undecima da Collecção ao Tracto das Acções Summarias.

N. 18. 3.º, Se na herança ha dinheiro a juro, deve-se dos juros fazer carga ao Tutor, porque tem obrigação exigitos dos devedores. Pon. cap. 13 n. 25; N. 19. 4.º, Se ha animaes, deve tambem fazer-se conta; e carga dos fetos, lans, e leites, Pon. cap. 13 n. 26; Guerreiro tr. 4 liv. 2 cap. 10 a n. 37 ad 48; Peg. tom. 7 ad Ord. liv. 1 tit. 87 §. 24 n. 54; N. 20. 5.º, Se o mesmo Tutor servio outros tres annos, deve entregar-se-lhe em junta de conta o alcance atrazado, Guerreiro tr. 4 liv. 8 cap. 15 a n. 16.

He huma pratica iniqua carregar aos Tutores juros, e juros de juros, que já formaráo o total do alcance atrazado, como se vê nos Praxistas que refere, e segue Pon. cap. 13 n. 29 et 30. Contra este erro declamão Stryk. Us. mod. liv. 22 tit. 1 §. 18, liv. 26 tit. 7 §. 23 Brunneinan. na L. ult. Cod. de usur., Struv. Exerc. 27 thes. 51. Voet. ad Pand. liv. 27 tit. 3 sub n. 8. Mui-

to mais neste Reino, aonde o Tutor não he obrigado nem pôde voluntario fazer empregos do dinheiro dos orfãos sem mandato do Juiz (N. 16 Not.), e só he obrigado mettello no cofre, e quando não faça requerimento para esse fim, a Lei promove o officio do Juiz, e Provedor para que o constranja (Ord. liv. 1 tit. 62 §. 37 et tit. 88 §. 43); e em quanto não mette no cofre o dinheiro, a Lei o não obriga a interesses alheios. Portanto cessão neste Reino as razões; pelas quaes os DD. obrigão os Tutores aos interesses dos dinheiros, e interesses de interesses; pois que não podem nem devem fazer empregos delles em favor dos orfãos sem autoridade judicial; e a Lei não os obriga a que os fação, tenham ou não occasião de os fazerem; e cessa o muito que dizem os DD., com os quaes Peg. 1 for. cap. 3 a n. 688, et a n. 700, et tom. 7 ad Ord. pag. 355 a n. 10. Se hem que não será facil para ser responsavel o Tutor verificat-se o que requer Peg. supra, e se vê no Arrest. 10 a n. 7 apud Franç. ad Mend. O Senador apud Peg. tom. 7 ad Ord. pag. 300 impõem essa obrigação aos Tutores com Provisão Regia, porque juntamente são Administradores. E em consequencia se não a cumprem heão responsaveis ás usuras, e interesses. Porém eu sigó gerchmente o meu systema conforme o espicito da nossa Legislação. E em nenhum caso admitto que se devam carregar juros aos Tutores, a menos que elles compensados para metterem no cofre os dinheiros que re. e. n. ou rendimentos, se obriguem ás usuras com autoridade do Juiz, evitando que se lhe executem seis bens pelos mesmos alcances. Veja-se a minha especial Dissert. sobre as usuras pupillares, que he a 11.ª na Collecção delias em Supplemento do meu Tract. das Acç. Summ. Flif 2

N. 21. 6.º, Deve fazer-se carga aos Tutóres, e Curadores das dividas que fallirão, e por culpa *lata* deixarão de exigir dos devedores em tempo opportuno em que erão solvaveis, Guerreiro tr. 4. liv. 8. cap. 15 a n. 27 Peg. 1. for. cap. 3 pag. 328 et 329, et tom. 7 ad Ord. pag. 303 n. 59. Mas, como tal culpa se não presume sem que se prove, Guerreiro supra n. 27 et 32; Peg. tom. 7 ad Ord. liv. 1. tit. 87 §. 24 sub n. 59; e o Summario das contas não admite a prova da *culpa*, que depende de alta indagação; deve salvar-se direito ao menor, ou ao novo Tutor para essa disputa em acção plenaria (Conf. supra n. 5).

N. 22. 7.º, Quanto á receita do rendimento da raiz, se os bens se arrendarão na fórma que fica dito; carregão se em receita os rendimentos, porque se arrendarão, incumbindo-se ao Tutor a obrigação de os exigir, e metter no cofre, Pona cap. 13 n. 25. Se se não arrendarão em hasta publica, e o Tutor os ficou administrando, se lhe faz carga a 5 por 100, como fica notado ao §. 15 deste Tit. n. 10. Se bem que tal pratica he contra a Lei, como ali adverti, e deve reprovar-se.

N. 23. Se os rendimentos se arbitrãrão para alimentos dos orfãos, não no todo, mas só em em parte, se faz carga ao Tutor do resto não arbitrado, como em receita. Se porém os rendimentos se arbitrãrão inteiramente, he nada se faz carga ao Tutor; bem que o menor em todo o tempo póde arguir excessivo, e lesivo o arbitramento se fosse exorbitante, Guerreiro tr. 4. liv. 1. cap. 2 n. 97: n. 100.

N. 24. E quanto á mãe nobre provisionada, se pela inspecção do inventario consta que os redditos dos filhos apenas chegãrão para seus alimentos, se lhe não faz carga alguma nas contas que presta, Guerreiro tr. 4. liv. 1. cap. 2 n. 87. Nem ella póde pertender repetição do que de mais, e do seu gas-

tasse em alimentos dos filhos, porque com essa obrigação de supprir do seu o a que não chegassem os rendimentos dos filhos se lhe conferio a tutela, e administração, Idem Guerreiro tr. 3. liv. 5. cap. 16 n. 47, e tract. 4. liv. 5. cap. 11 n. 15.

Quanto á parte da despesa.

N. 25. Não deve o Juiz dos orfãos ser *plus justo* rigido, mas antes benigno em admitir aos Tutores as despesas, e deve propender mais para os exonerar, que para os onerar, Guerreiro tr. 4. liv. 8. cap. 15 a n. 36, et liv. 2. cap. 8 a n. 66, et liv. 5. cap. 3 a n. 78, Stryk. Us. mod. liv. 27 tit. 3 §. 11 Richer. Jur. pr. univ. tom 2 §. 1073.

N. 26. Quaes despesas devão attende-se, e quaes reprovar-se se póde ver em Guerreiro tr. 4. liv. 5. cap. 1 e 2, e liv. 8. cap. 15 a n. 36. Os modos, e meios como os Tutores as devão, e possão provar, quaes sem prova devão attende-se só porque verosimeis; e quaes provaveis pelo seu juramento. Veja-se Guerreiro tr. 4. liv. 5. cap. 3, e liv. 8. cap. 15 a n. 39, Peg. 1. for. cap. 3 a n. 705, Pon. cap. 14 a n. 1, Voet, Stryk, Struv. ad Pand. liv. 27 tit. 4, Peg. tom. 7 ad Ord. liv. 1. tit. 87 §. 24 a n. 20, Cyriac. Contr. 503. Cod. Feder. p. 1. liv. 3 tit. 9 art. 2.

N. 27. Só sim advirto (ó que he muito frequente) que se os orfãos erão nobres, e o Tutor no ingresso da tutela não usou da precaução de requerer, que se lhes assignassem para alimentos os rendimentos, ou parte delles; póde o Tutor nas contas pedir esse arbitramento, e conforme a elle desconto nos alimentos prestados aos orfãos, Pon. cap. 14 n. 4; Peg. tom. 7 ad Ord. liv. 1. tit. 87 §. 24 n. 21 Guerreiro tr. 3. liv. 5. cap. 15 a n. 4. Bem como póde pedir excomputação dos alimentos prestados ás pessoas, que o or-

vão era obrigado alimentar, Peg. supra n. 22 ubi *judicatum*. Com tanto que o Tutor prove essa prestação de alimentos (E como se possa provar?) Peg. supra ad §. 15 a n. 22, *et ad omnia*, Bersan. de Pupill. cap. 1 q. 12.

N. 28. Se porém os orfãos não são nobres, e servirão ao Tutor, ou ainda sendo nobres se lhe fazião algum serviço, que merecesse os alimentos, como, e quando devião estes compensar-se com aquelle? Veja-se Gam. Dec. 216, e 361, Cancr. 1 var. cap. 16 n. 35, Peg. tom. 7 ad Ord. pag. 253 n. 25, et pag. 293 n. 23, optime Coler. de Aliment. liv. 2 cap. 6 a n. 19, Bersan. supra n. 29 et 30.

N. 29. Já vimos ao §. 15 n. 8 que os Tutores não devem *temerariamente* mover demandas injustas: se pois o exito o mostrou, e assim constar pela inspecção dos processos, não se lhe devem abonar as custas, e despesas. Adde eund. Peg. tom. 7 ad Ord. pag. 293 p. 24, et tom. 4 ad Ord. pag. 214 a n. 269.

N. 30. Também o Tutor pôde compensar no alcance ou na execução das contas o que o menor lhe deve, Pon. cap. 14 n. 36. Com tanto que a compensação não seja illíquida, nem dependa de alta indagação, Stryk. Us. mod. liv. 27 tit. 3 §. 11 no fim, Mul. ad Siruv. Exerc. 31 thes. 31 no fim, Veja-se Guerreiro tr. 4 liv. 8 cap. 7 a n. 53. E com tanto que o Tutor não vá obter cessões dos credores do menor, porque lhe he prohibido pela Novell. 72 cap. 5. Sobre cuja intelligencia veja se a magistral Decisão 51 post Oleam de Cess. jur., aonde se vê bem exposta a intelligencia da dita Novella: e veja se o mesmo Olea tit. 2 q. 6 tot.

Praxe depois de tomadas as contas.

N. 31. Tomadas as contas deve o Juiz mandar

ovir sobre ellas as partes. Se não as impugnaõ deve confirmallas per Sentença condemnando o que nellas for reliquado, Pon. cap. 14 a n. 26, Peg. 1 for. cap. 3 a n. 752, Guerreiro tr. 4 liv. 8 cap. 1 a n. 61. Isto quando o orfão já cazado ou emancipado requer as contas. Quando porém se tomão aos Tutores durante a minoridade, e *ex officio* pelos Juizes, logo se confirmão, sem dar vista ás partes.

N. 32. Se o Tutor se sente gravado, e pede vista para embargar as contas, só se lhe dá por traslado, Phæb. p. 1 Ar. 50, Pon. cap. 14 n. 29. Pôde embargallas assim mesmo em separado, com erros *mathematicos*, ou *juridicos*, que nellas interviesses; Pon. Silva a n. 36. *Videndus*, Guerreiro tr. 4 liv. 8 cap. 5 e 6. Se estes embargos suspendem, ou quando a execução? Veja-se Pon. cap. 14 n. 27, Peg. 1 for. cap. 3 sub n. 755, Olveir. de Mun. Provis. cap. 3 n. 13, Guerreiro Silva Assento na Coll. 3 á Ord. liv. 3 tit. 87. Senão se embargando as contas, só se appella da Sentença que as confirma; se tem a appellação; ou quando ambos os effeitos? Veja-se Guerreiro tr. 4 liv. 8 cap. 2 et 3.

Nota. Supposto que o Tutor depois de dadas as contas, não mettendo no cofre o alcance dentro em 9 dias, possa ser prezo, Ord. liv. 4 tit. 102 §. 9. Com as antigas limitações que recolligio Guerreiro, tract. 4 liv. 8 cap. 4 tot.); hoje depois do Assento de 18 de Agosto de 1774, parece revogada a dita Ord. E se bem que este Assento não se entende, como o vulgo commum dos Rabulas o interpreta, como pôde ver se no meu Tratado das Execuções a §. a razão da dita Ord. consiste em que o Tutor, e administrador, que não offerece promptamente os dinheiros que deve, e os converteo em seu uso, he

doloso, e he ladrão: e por isso logo pôde ser prezo não mettendo no cofre o alcance nos nove dias, Salgad. in Labyr. p. 1 cap. 11 n. 11 et 12, Guerreiro supra n. 11. Mas depois de prezo pôde hoje fazer cessão de bens, que he o favor do dito Assento; e só depois de prezo a pôde fazer, como mostrei no dito Tratado.

Quanto á terceira, e ultima conclusão de Mello neste §. 16.

N. 33. Em que Juizo devão os Tutores, e Curadores prestar contas da tutela, e administração; a despezas de quem, etc. Está largamente tratado por Guerreiro de Ration. reddend. liv. 1 cap. 4; e alem dos que cita, veção-se o Cod. Freder. p. 1 liv. 3 tit. 6 Art. 3 §. 6 Vin. Partit. Jur. liv. 3 cap. 10 Stryk. Us. mod. liv. 27 tit. 3 §. 10, Voet. liv. 27 tit. 3 §. 17, Richer. Jurisprud. univ. tom. 2 a §. 1062. É ainda que Pon. cap. 13 n. 13 com alguns DD. diz que sendo Clerigo o Tutor he mais acertado ser compellido no seu Juizo, para lá se lhe tomarem as contas, passando-se Precatorio do Juizo dos Orfãos para esse Juizo, com tudo, veja-se o que hei de expor nas Notas ao Tit. 12 §. 13.

TIT. XI. §. 17 RUBR.

De Fidejussoribus, et Magistratibus conveniendis.

N. 1. **Q**uanto aos fiadores: entre estes, e os mais fiadores ha (alem de outras) estas principaes differenças: 1.^a, Supposto por Direito

commum o fiador do Tutor não era responsavel pela administração, que o Tutor continuava depois que o pupillo passava a idade de 14 annos, Liv. 46 § 4 ff. de Administrat. et peric. tut.; não he assim neste Reino, em que continuando o Tutor a tutela passados os 14 annos da idade do pupillo, está sempre responsavel o fiador por tudo até que o Tutor deixe de o ser, ou até que o menor complete os 25 annos de idade, como refere julgado Guerreiro tr. 4 liv. 4 cap. 8 n. 20, Conf. in simili Richer. Jurispr. univ. tom. 2 §. 1263.

N. 2. Ainda que os mais fiadores renunciando de algum modo dos que declara a Ord. liv. 4 tit. 59 §. 2 e 3 o beneficio da ordem, podem ser demandados, antes que o devedor; contudo os fiadores dos Tutores não podem ser demandados para que dem contas por elles, mas só para que paguem os alcances prestadas que sejam pelos Tutores as contas; e ainda mesmo devem ser citados para assistirem a ellas, Guerreiro tr. 4 liv. 4 cap. 8 a n. 21, Peg. tom. 4 ad Ord. pag. 224 a n. 267, Ansaldo de Commerc. Disc. 31, Escobar de Ratiocin. cap. 34, Richer. supra § 1022 e 1271. *Quid verò* se o Tutor expressamente renunciar este beneficio? Veja-se Fabr. in Cod. liv. 5 tit 33 Def. 5 Richer. Silva a §. 1272.

N. 3. 3.^a, Que supposto os mais fiadores se possam excusar da fiança, passados cinco ou 10 annos, não he assim quanto a estes fiadores dos Tutores, a menos que não limitem a sua fiança só a hum certo tempo, Phæb. 1 p. Ar. 55, Barboz. ad Ord. liv. 4 tit. 59 n. 10. Guerreiro tr. 4 liv. 4 cap. 8 n. 37. Constantin. ad Stat. Urb. Annot. 47 n. 63 Cancer. 2 var. cap. 5 n. 89. Se bem que Phæbo acima citado lhe permite pedir hum fiador de *indemnidade* logo que o Tutor principiar a malversar-se na tutela, ou Curadoria.

Part. II.

Gggg

O mais que respeita aos fiadores dos Tutores se achava em Guerreiro tr. 4 liv. 4 cap. 8, em Voet. Struv., e Stryk. ad Pand. liv. 27 tit. 7 em Richer, tom. 2 a §. 1262. E sobre que o nosso Mellb. diz = *Nominatores, et adfirmatores jura nostra, et mores ignorant.* = Veja-se Guerreiro supr. a n. 4, Stryk. supra §. 5 Thomas. ad Pand. liv. 27 tit. 7 Richer a §. 1288.

N. 4. Quanto aos Magistrados: não só as Ordenações que refere Mello neste §., mas a do liv. 3 tit. 11 §. 9, e liv. 4 tit. 202 §. 8 fazem responsavel ao Juiz dos orfãos pelos damnos, e prejuizos dos menores, se os Juizes não cumprem o que lhes determina a Ord. liv. 1 tit. 88, liv. 3 tit. 41 §. 9, e liv. 4 tit. 102. Se esta acção não está em uso em algumas Nações, Guerreiro tr. 3 liv. 2 cap. 10 n. 48, Thomas. ad Instit. liv. 1 tit. 24 no fim, Groenneweg. ad §. 2 Instit. de Satisfat. tut. Contudo em outras está em uso, e o deve estar, sem que possa prevalecer costume contrario, Stryk. Us. mod. liv. 27 tit. 8 sub §. 1 Voet. ad Pand. liv. 27 tit. 7 n. 5, Vin. ad §. ult. Instit. de Satisfat. Tutor., Richer. Silva §. 1306 et 1307.

N. 5. Porém esta acção contra o Juiz dos Orfãos só he *subsidiaria*, Stryk. de Act. for. Sect. 1 membr. 9 §. 18 Richer. supra §. 1310. E com quaes razões, e fundamentos se possa elle defender? Veja-se Richer. supra a §. 1297, Stryk. supra Guerreiro tract. 3 liv. 2. cap. 10 a n. 40, et n. 55., aonde com a Ord. liv. 1 tit. 88 §. 54 trata da acção contra os fiadores, que prestão os Juizes dos Orfãos, Cont. Fragoz. de Regim. p. 1 liv. 6 disp. 15 §. 1 n. 5 aonde diz, que este fiador do Juiz dos Orfãos póde ser demandado primeiro que elle. Logo ex vi da dita Ord. §. 54 deve praticar-se neste Reino esta acção contra os Juizes dos Orfãos,

TIT. XI. §. 18 RUBR.

Excusationes Tutorum.

N. 1. **T**emos huma Lei tão clara, e digesta, qual a Ord. liv. 4 tit. 104. Temos Guerreiro tract. 3 liv. 3 cap. 11, e seguintes, que trata largamente a materia deste §. 18, e gira pela mãos de todos. Temos sobre o Digesto liv. 27 tit. 11 os vastos Commentarios de Voet., Stryk., Boehmer., Hein., Struv. etc. Bem como outros a Instit. liv. 1 tit. 25. E por tanto me dispenso de substanciar o mesmo que dispoem a nossa Ord. quasi em tudo conforme ao Direito Romano. Confira-se-tambem Richer. tom. 2 a §. 847.

N. 2. Só sim advirto que o termo de 50 dias, que as Leis Romanas espaçavão aos Tutores para proporem suas excusações, com as ampliações, e limitações do mesmo Direito, que podem ver-se em Guerreiro tr. 3 liv. 3 cap. 16 Voet. liv. 27 tit. 1. Este tempo, digo, e estas Leis Romanas estão abrogadas pelo uso das Nações, aonde os districtos dos Magistrados não são tão extensos como são nós Romanos. De fórma que em humas Nações se limita a tres dias o tempo de propor as excusas da tutela, e em outras a 14 dias, Thomas. ad Instit. liv. 1 tit. 25 pag. 116, Stryk. Us. mod. liv. 27 tit. 1 §. 10. E entre nós he costume propor o Tutor a sua excusa dentro de dez dias depois de ser citado para tomar juramento, e servir a tutela.

N. 3. Tambem (por ser muito frequente) devo advertir com Voet. ad Pand. liv. 27 tit. 1 n. 5, que supposto em quanto pende a demanda sobre a excusação do Tutor, não seja obrigado tomar a administração; contudo se depois a final as causas da excusação

sa são regeitadas ; ou porque não justas , ou porque não verdadeiras ; todas as perdas , e damnos que interinamente resultão aos menores , recahem sobre esse Tutor ; bem como , ainda quando se excusa por causa inteiramente falsa , Conf. Guerreiro tr. 3 liv. 3 cap. 17 a n. 5 , Veja-se eund. Guerreiro liv. 3 cap. 14. E por tanto aquelles , que não forem assistidos de justas , e legaes causas , não devem pedir temerariamente a excusa , nem disputalla com outro parente ; porque succumbindo a final , se expõem ao perigo de recahirem sobre elle os interinos prejuizos dos Orfãos , Veja-se etiam Richer. tom. 2 cap. 3 a §. 922 §. 943.

TIT. XI. §. XIX. RUBR.

Quomodo Tutela finiatnr.

POr costume do nosso Reino da Alemanha , e da Hespanha , diz Guerreiro tr. 3 liv. 8 cap. 6 n. 7 e 8 , não se extingue a tutella quando o pupillo passa de puberdade ; mas dura , e continúa até que elle passa os 25 annos. No mesmo cap. 6 relata Guerreiro 24 casos , em que por Direito se extingue a Tutela. Veja-se as Instituições de Justiniano , liv. 1 tit. 22 , e seus Commentadores , Confira-se o Cod. Freder. p. 1 liv. 3 tit. 10.

TIT. XI. §. XX. RUBR.

De Suspectis Tutoribus.

COm a Ord. liv. 4 tit. 102 §. 1 aqui citada por Mello , concorda melhor a Ord. liv. 1 tit. 88 §. 504

Estas Ordenações determinão , que o Juiz *ex officio* remova o Tutor suspeito ; como na Alemanha attesta Thomas. ad Instit. liv. 1 tit. 26. Sendo o Juiz omisso , incumbe essa inquisição , e remoção ao Provedor da Comarca a Ord. liv. 1 tit. 62 , §. 33 , Conf. Guerreiro tr. 3 liv. 8 cap. 3 a n. 18 , et cap. 5 a n. 33. Porém , sendo esta accusação huma acção popular , e publica , he permittida a qualquer do povo , Guerreiro tr. 3 liv. 8 cap. 3 a n. 2. O mais he , que sendo as mulheres repellidas das acções populares , o não são da accusação do Tutor suspeito , sendo ellas mãis , avós , irmãs , etc Arouc. na L. 9 ff. de Stat. homin. n. 140 , Guerreiro supra cap. 3 n. 13. Os puberes mesmos podem accusar , e delatar a suspeita dos seus Tutores , Guerreiro supra a n. 31. O mesmo Guerreiro liv. 8 cap. 1 e 2 , e o Cod. Freder. p. 1 liv. 3 tit. 12 referem as causas , pelas quaes o Tutor se faz suspeito , e póde ser removido ; e expõem a ordem , e fórma do procedimento. Não se omitta Richer. tom. 2 á §. 967 ad §. 1006 ; nem Voet. ad Pandect. liv. 26 tit. 10 n. 7.

TIT. XI. §. 21 RUBR.

Tutela illustrium.

Veja-se Heinec. Syllog. opuscul. tom. 2 Exercit

TIT. XI. §. 22 RUBR.

De Regis Impuberis tutela.

A Lei de 23 de Novembro de 1674 se vê transcrita em Guerreiro tr. 3 liv. 2 cap. 8 sub. n. 15. So-

bre o mais deste §. confirão-se Portug. de Donat. liv. 2 cap. 24 a n. 70, Guérreiro tr. 3 liv. 1 cap. 4 a n. 19, e liv. 2. cap. 8 n. 14 *optime et reliquis* Altumar. de Nullit. tom. 8 q. 1. Sect. 1 sub n. 769 §. = *Tutor datur etiam Regibus.*

LIV. II. TIT. XII.

De Curatoribus,

§. I. até o V.

JA' vimos no Tit. II. §. N. que a differença dos Tutores, e Curadores quanto ás pessoas, e bens dos orfãos he só *nominal*, dizendo-se com analogia ás Leis Romanas *Tutores* os que o são dos infantes pupillos, e impuberes; e dizendo-se *Curadores* os que o são dos puberes maiores de 14 annos até os 25. Já vimos que entre nós se não observão essas essenciaes differenças segundo o Direito Romano entre Tutores, e Curadores de Orfãos; e que as obrigações de todos são identicas sem differença. Por tanto o que está dito no precedente Titulo procede nos Curadores dos puberes.

TIT. XII. §. VI. RÚBR.

Quibus minoribus Curator non detur?

Diz Mello neste §. que se não dá Curador 1.º, aos menores de 25 annos emmancipados pelo pai (esquecido do que disse no tit. 5 §. 23 na Nota, aonde

que os filhos familias não podem emmancipar-se antes da idade de 25 annos, e suppondo aqui o contrario): 2.º, aos cazados: 3.º, aos que obrem supplemento de idade. Cita a Ord. liv. 1 tit. 88 §. 6 e 27: junte-se a do liv. 3 tit. 41 §. 8 no fim, e liv. 3 tit. 42. Mas estas tres conclusões precisão de huma mais clara exposição.

N. 1. O cazado neste Reino só he havido por maior de 25 annos livre da Curadoria, e com plena administração de seus bens; com tanto que 1.º, tenha a idade de 20 annos: 2.º, que tenha cazado com consentimento do Juiz dos Orfãos, e se lhe haja feito pelo mesmo Juiz entrega dos seus bens. De fórma que 3.º, ainda que com licença do Juiz dos Orfãos caze antes dos 20 annos, e os bens lhe sejam entregues, nunca he havido por maior antes dos 20 annos como bem concilião a Ord. liv. 1 tit. 88 §. 19 27 e 28, Moraes de Execut. liv. 2 cap. 20 a n. 78, Guérreiro tr. 3 liv. 5 cap. 9 n. 8 et 13.

N. 2. O menor de 25 annos, que cazou sem licença do Juiz dos Orfãos, como está ainda sujeito á sua Jurisdição, póde declinar para o seu juizo sendo citado para outro, como com o Addicionador de Oliveira de Muner. Provis. pag. 179 n. 5, diz julgado Peg. tom. 15 ad Ord. liv. 2 tit. 42 n. 29.

N. 3. Se o menor de 25 annos cazado, morto o conjugue, reincide na minoridade, e effeitos della? Varião os DD. como se póde ver em Phæb. Decis. 146, ou 147, que segue Moraes de Execut. liv. 2 cap. 20 n. 81, assentando que reincide nos effeitos da minoridade. O contrario se deduz de Thom Valac. all. 29 a n. 46, e por esta segunda opinião refere duas Decisões, Guérreiro tr. 3 liv. 5 cap. 9 n. 10, quem vide.

N. 4. Não póde porém o menor de 25 annos cazado alienar bens de raiz sem autoridade, e Decreto judicial, Guérreiro tr. 3 liv. 5 cap. 9 a n. 15, Peg.

tom. 7 ad Ord. liv. 1 tit. 87 §. 28 n. 6. E ainda alienando com Decreto judicial, se não he nulla a alienação, sendo ella lesiva, sempre o menor cazado goza do beneficio da restituição para a fazer rescindir, Guerreiro supra n. 16. Mas vejam-se em contrario Silv ad Ord. liv. 3 tit. 42 §. 2 n. 37 Peg. tom. 7 ad Ord. liv. 1 tit. 87 §. 28 n. 12, a menos que a lesão não seja enorme, Silv. n. 38.

N. 5. Se a mulher he menor de 25 annos, cazada por Carta de ametade, e consente na venda feita pelo marido maior de 25 annos, sem intervir Decreto judicial por parte da mulher, he a venda nulla (sem necessidade do beneficio da restituição) conforme a opinião de Moraes de Execut. liv. 2 cap. 20 n. 82 Guerreiro tr. 3 liv. 5 cap. 9 a n. 16, Silv. ad Ord. liv. 3 tit. 42 §. 41. E ainda que Phæb. Dec. 60 a n. 4 defendeo o contrario, he confutado pelos sobreditos DD., e a sua opinião só pôde proceder quando a mulher menor era cazada conforme o Direito commum sem communicacão de bens, Silv. supra n. 45.

N. 6. Isto que venho de dizer procede quanto á alienação dos bens de raiz. Quanto porém aos mais contratos, em que o marido maior de 25 annos he leso, ou seja nos mesmos contratos, ou seja em juizo. Se elle por cabeça da mulher menor pôde implorar o beneficio da restituição? Veja-se a Ord. liv. 3 tit. 42 §. 4, e Silva ibidem, bem como Peg. ibidem n. 30. Duvidou-se apud Peg. supra a n. 31 com Reinos. obs. 30 a 17, e Gam. Dec. 162 (em contrario). Se a dita Ord. procede só quanto aos contratos em que intervem a mulher menor, ou se tãobem quanto aos em que ella não intervem? E se julgou contra Reinoso, Gama, e Caldas na L. *Si curatorem*; que á restituição compete ao marido por cabeça da mulher menor, ainda mesmo dos contratos em que ella não intervem. Bem como quando o marido foi lezo na fiança,

ça, porque ainda que a Ord. liv. 4 tit. 60 salva a meação da mulher, sempre ella he lesa em consequencia na ametade dos fructos da meação do marido, que se arrematão para pagamento da divida da fiança, Peg. supra n. 36 Gam. Dec. 162 n. 4 et 5 Phæb. Dec. 61 n. 2, Silv. ad Ord. liv. 3 tit. 42 §. 4 n. 4. Se porém o marido morre, não se transmite a seus herdeiros este beneficio da restituição que lhe competia por cabeça da mulher, Peg. tom. 15 ad Ord. liv. 3 tit. 42 n. 38 no fim. Mas se o marido por cabeça da mulher menor implora restituição para fazer suspender a execução de alguma sentença nos termos da Ord. liv. 3 tit. 41 §. 4, não he attendido, e só o exequente deve affiançar a restituição dos bens penhorados, vencendo-se depois os embargos oppositos á execução, Phæb. Dec. 61 n. 9, Peg. tom. 15 ad Ord. liv. 3 tit. 42 n. 38.

N. 7. Quanto aos que impetrão supplemento de idade. Faz dúvida o Regimento do Desembargo do Paço §. 13, que denega aos Senadores a facultade de dispensarem na idade as mulheres, parecendo que este novo Regimento revoga a Ord. liv. 3 tit. 42. Porém Peg. no tom. 2 á Ord. pag. 157, e tom. 15 á Ord. liv. 3 tit. 42 n. 10, diz que foi erro manifesto; porque tendo as mulheres 25 annos, já não he necessario o supplemento de idade; pois a Ord. liv. 1 tit. 88 §. 27 manda que nessa idade se lhe entreguem seus bens. E attesta o mesmo Pegas, que tendo a mulher 22 annos completos se costuma conceder o supplemento de idade com as justificações, que aliás requer a Ord. liv. 3 tit. 42, Conf. Portug. de Donat. liv. 2 cap. 19 n. 29. Esta com effeito he a praxe do Reino.

N. 8. O supplementado na idade consegue 1.º, a entrega e administração de seus bens: 2.º, fica havido por maior para todos os actos, e contractos judiciaes,
Part. II. Hhhh

e extrajudiciaes, como que se fosse maior sem jámais gozar do beneficio da restituição; bem entendido, que quanto aos actos subsequentes á graça do supplemento; e não quanto aos antecedentes, contra os quaes ainda pôde implorar a restituição, dentro do quadriennio contado do tempo, em que impetrou a graça: 3.º, consequentemente pôde estar em juizo sem necessidade de Curador, ou se trate de bens moveis, ou de raiz; e sem jámais gozar de restituição contra os actos judiciaes. Mas he necessario 1.º, que apresente em Juizo a Provisão do supplemento; e só desde então, e não desde o tempo da sua data, he que principia a surtir os effectos: 2.º, não pôde alienar bens de raiz sem Decreto judicial, sob pena de nullidade, a menos que a graça lhe não conceda expressamente essa faculdade. E intervindo o Decreto Judicial he com elle valida a alienação, sem jámais poder gozar do beneficio da restituição por lezão modica; mas só se pôde dizer lezo, quando intervem *Lezão enorme*. Com tanto porém, que ao Decreto preceda justificação da causa verdadeira, como quando se trata do Decreto judicial para a alienação dos bens dos menores. Tudo isto se comprova com a Ord. liv. 3 tit. 42. Vejão-se Portug. de Donat. liv. 2 ep. 19 tor., Peg. tom. 7 ad Ord. liv. 1 tit. 87 §. 28 et tom. 15 ad Ord. liv. 3 tit. 42, Guerreiro tr. 3 liv. 4 ep. 4 liv. 5 cap. 9 e liv. 4 cap. 3 a n. 128, Silva á mesma Ord. Moraes de Execut. liv. 2 cap. 20 a n. 76 ad 83, Cod. Freder. p. 1 liv. 3 tit. 13 sub §. 9 pag. 394. E nestes DD. se achará o mais, que deixei de compendiar, e em Altamar. tom. 6 q. 38 a n. 204.

N. 9. *Quid verò* se hum Testador deixa hum legado a hum menor com esta condição, que se lhe não entregara em quanto não tomar estado, ou for emmancipado *sui juris*; se sendo o legatario filho familias, e emmancipando-se antes dos 25 annos com con-

sentimento do pai por Provisão, se lhe deva entregar o legado, antes de ter os 25 annos? Esta questão se vê largamente disputada em Solan. cog. 67, e julgada pela affirmativa.

N. 10. E quanto aos emmancipados: já disse contra Mello liv. 2 tit. 5 § 23 n. 3, que o pai pôde emmancipar hum filho menor de 20 annos. Em Solano proxivamente citado está hum exemplo. Se pois o emmancipa sim fica o filho livre do patrio poder para todos os effectos civis, como testar, adquirir para si etc. Porém como a emmancipação lhe não supprime a perfeição do juizo, fica com todos os favores dos menores de 25 annos, ainda que tenha pai, Coccey vol. 2 disp. 41 §. 21. Por tanto hum emmancipado menor nunca he havido por maior, nem deixa de gozar de restituição nos ditos judiciaes, e extrajudiciaes, em quanto não passa dos 25 annos; nem pôde alienar bens de raiz sem Decreto judicial, bem como o não podem fazer os menores de 25 annos; ainda que aliás são pelo casamento emmancipados. He pois necessario que o filho emmancipado obtenha supplemento de idade para ficar livre da curadoria do pai, poder contratar independente d'elle, estar em juizo etc. Cancr 2 var cap. 1 a n. 194, Silv. ad Ord. liv. 3 tit. 42 § 1 n. 2, Peg. ibidem n. 13. E se o casado, e por isso emmancipado: se o menor que não tem pai, e he *sui juris*, e impetra supplemento de idade não podem alienar bens de raiz sem Decreto judicial (N. 5 et 7). Segue se, que ainda que o filho familias seja emmancipado, e ainda que obtenha supplemento de idade não pôde antes dos 25 annos alienar bens de raiz sem Decreto judicial. E se não obtem o supplemento está sujeito á curadoria do pai até os 25 annos.

Em Peg. tom. 7 ad Ord. liv. 1 tit. 87 §. 28 n. 2 se vê hum aresto, ut ibi = *Limita no de*
Hhhh 2

„ nbeiro dado a razão de juro; porque distra-
 „ ctando-se se ha de depositar, e não entregar em
 „ quanto não tiver 25 annos, porque onão gas-
 „ te, ainda que seja emmarcipado, e tenha Car-
 „ ta de supplemento de idade, e se lhe mande
 „ fazer entrega: ut judicatum fuit, etc.

TIT. XII. §. 7 RUBR.

Curatio Furiosi.

N. 1. **S**eria muito extenso se me propozesse individuar todas as especies de doidos, e as differenças entre os furiosos, manicacos, freneticos, insanos, mentecaptos, stolidos, fatuos, etc. Quem for curioso póde consultar sobre os mais DD. Paul. Rub. de Testam. cap. 12 Paul. Zacch. QQ. Medico leg. liv. 2 Tit. 1 Scalon. de Testam. cap. 7 e 8, Menoch. liv. 6 Præsumpt. 45. Também excederia o Instituto se me propozesse expor como deva provar-se a demencia, e como o bom juizo. Satisfaço-me com remissão a Peg. tom. 4 ad Ord pag. 291, Castilh. liv. 4 cap. 28, Altimar. tom. 2 Rubr. 11 q. 8, Arouc. alleg. 32, Thomas. D ssert. de *presumptione furoris*. Id' Peg. de Major. tom. 4 §. 45.

N. 2. So sim ao proposito advirto 1.º, que nem todos os que parecem doidos o são na realidade, pois que huns por força de alguma vehemente imaginação, *maxime* triste, gerão hum humor melancolico, que lhe occupa o cerebro, e este humor quando se excita, e agita pela imaginação, só affecta o sujeito a huma especie de delirio, em quanto dura a imaginação, que lhe move o humor; como naquelle homem, que re-

fere Moraes de Execut. liv. 2 cap. 20 n. 10, e em outros que relata Paul. Rub. supra cap. 19, os quaes só padecem alguma lezão na imaginativa sem total peida do uso da razão. Conf. Paul. Zacch. liv. 2 tit. 1 q. 7.

N. 3. Advirto 2.º, que outros não são loucos, mas só *rudes, simples, grossolanos*, como *estupidos, obtusos*, e de juizo menos fino, e perspicaz, etc. E estes sem curador podem contratar, doar, e ainda testar. Veção-se Maced. Dec. 2. a n. 10 Puttman. Adversar. Jur. liv. 1. pag. 183 no fim Leyzer ad Pand. Specim. 352 Medit. 1, Stryk. de Cautell. Testament. cap. 3 §. 25 optimè Paul. Rub. supra cap. 19 Conf. Altimar. tom. 2. Rubr. 11 q. 8 n. 56. E ainda que a estes *fatuos, e grossolanos* se dê effectivamente curador, nem por isso ficão intestaveis. Paul. Rub. supra n. 705 Altimar. n. 57.

N. 4. Advirto 3.º, que supposto aos fatuos *qui mente totaliter capti non sunt aatur curator*, L. 2 ff. de Postuland. Paul. Rub. supra n. 705. Com tudo, como se não póde aqui dar regra certa, porque huns ha que são mais fatuos que outros, Paul. Zacch. supra q. 7. O mais seguro he fazer por Medicos exames, e experiencias nos que se supõem doidos, não confiando de testemunhas as provas da demencia, Paul. Zacch. liv. 2 tit. 1 q. 1. Conduz a Ord. liv. 4 tit. 17 §. 7. Bem como quando se trata de punir por delicto algum *fatuo*, se examina por Medicos, Renaz. Elem. Jur. criminal, liv. 1 cap. 7 §. 6 no fim. O moderno Cod. Civ. dos Francezes Art. 496 manda com effeito neste caso fazer exame no que se diz demente, antes de se lhe dar curador.

N. 5. Na verdade: a experiencia mostra que muitos parentes para fazer intestavel algum parente rico, que vem affeiçãoado a outro, *et maximè* se he velho, logo em vida o fingem pateta, e demente, e lhe re-

querem curador. Portanto, e porque a curadoria priva a qualquer do livre arbitrio, e administração de seus bens, se deve proceder com grande cautella, não se deferindo sem preceder huma exacta, e plena indagação da demencia, e sem citação do que se suppõem demente, Guerreiro tr. 3 liv. 4 cap. 3 n. 20 et cap. 13 n. 117, Altum. Silva n. 22, et q. 9 a n. 23. Voet. liv. 27 tit. 10 n. 3, Mul. ad Struv. Exerc. 31 thes. 91, Cod. Civil dos Francezes, Art. 498. Se bem, quanto á citação do demente para se lhe dar curador, que não seja necessaria o segue contra Tiraquello, Anton. Fabr. in Cod. liv. 5 tit. 40 Def. 7 in colleg. n. 6.

N. 6. Esta curadoria dada ao demente cessa *ipso jure*. Logo que elle convalesce da queixa, e notoriamente he reputado livre della, regulando prudentemente suas acções, bem que por melhor cautella se deve recorrer ao Magistrado para que por contraria sentença o declare habil para administrar seus bens, Richer. tom. 2 liv. 1 tit. 19 §. 133 134. E se o demente tinha lucidos intervallos, ainda que aliás lhe fosse dado curador, he valido tudo o que contracta na duração do intervallo, independente do curador, L. 6 Cod. de curat. furios. ubi Bruunneman. n. 1 et 2, Richer. supra §. 128. E quando se duvida se o acto foi celebrado no intervallo, ou na demencia, „ *ex natura et qualitatibus negotii erit judicandum: si actus prudenter gestus appareat, quemadmodum ab homine sane mentis fuisset celebratus, tempore dilucti interval factus præsumerat; ita ut onus contrarium probandi incumbat ei, qui negat* „ Richer. supra §. 129, Moraes de Execut. liv. 2 cap. 20 n. 6 Conf. Ord. liv. 4 tit. 81 §. 3.

Se se deve dar curador ao de 80 a velho delirante, veja-se Guerreiro tr. 3 liv. 4 cap. 13 n.

85 et liv. 5 cap. 10 n. 14 et 56, Renaz. Elem. Jur. Crim. liv. 1 cap. 7 §. 8. Quanto aos surdos e mudos juntamente ou só surdos, ou só mudos, veja-se Guerreiro tr. 3 liv. 4 cap. 3 a n. 37 ad n. 60 et liv. 5 cap. 10 a n. 35, Michalor. de Cæc. Surd. et Mut. cap. 40, Altum. tom. 2 Rubr. 11 q. 10 Cald. na L. *Si curatorem vbo = Cum non absimilis* = a n. 60 Renaz. liv. 1 cap. 7 §. 6, Richer. Silva a §. 65. Veja-se tamen Voet. ad Pand. liv. 27 tit. 10 n. 13, aonde adverte que os curadores dados a estes só o são para os actos que elles por si, e pelos vícios, e defeitos corporaes não podem aliás exercitar. Não se dá porém curador ao cego, Guerreiro supra n. 120.

TIT. XII. §. 9 RUBR.

De Curatore Prodigii.

N. 1. **O** Mitto as razões, porque as Leis Romanas introduzirão a necessidade de se dar curador aos prodigos; as quaes podem ver-se em Voet. ad Pand. liv. 27 tit. 10 n. 6. E só vou tratar o que a este respeito se deve praticar.

N. 2. Antes que se nomee, e dê curador ao prodigo, deve elle ser necessariamente citado para ver justificar a sua prodigalidade; e toda a sentença que o julga prodigo sem esta citação, e justificação he *ipso jure* nulla, Altimar. de Nullit. tom. 2 Rubr. 11 q. 9 a n. 23, Struv. et Mul. Exerc. 31 thes. 9 et 91. Stryk. Us. mod. liv. 27 tit. 10 §. 1, Guerreir. tr. 3 liv. 4 cap. 3 n. 70 et 117, Scalon. infra n. 18. A formula da jurisdicção do prodigo, e de que usavão os Romanos, referida por Mello ex Paul. Recept.

Sentent. liv. 3 tit. 4 §. 7, também a transcrevem Voet., e Stryk. supra. Accrescenta o citado Scalon. n. 19 que para este processo se deve dar curador ao supposto prodigo.

N. 3. Quaes circunstançias devão concorrer para qualquer se poder julgar prodigo? Vejão-se Altimar. supra a n. 5, Portug. de Donat. liv. 3 cap. 15 n. 34 Scalon. de Testament. liv. 1 cap. 8 §. 1 a n. 4, que por ser livro raro, transcrevo as suas palavras, ibi =
 „ *Prodigus est, qui neque tempus, neque finem ex-*
 „ *pensarum habet, sed bona sua dilapidando profun-*
 „ *dit. Seu qui sermone quidem videtur sapiens, sed*
 „ *factis est insipiens... Prodigus dicitur quasi pro-*
 „ *cul a regimine positus. Illum sic Tullius liv. 12*
 „ *de Offic. circumscreibt. Omnino sunt duo genera*
 „ *largorum, quorum alteri prodigi, alteri liberales.*
 „ *Prodigi, qui epulis, viscerationibus, et gladiato-*
 „ *rum numeribus, ludorum, venationumque appa-*
 „ *ratu pecunias profundunt in eas res, quarum me-*
 „ *moriam, aut nullam, aut brevem sunt relicturi.*
 „ *Remque comprobans Carol. Paschal. in lib. virtut.*
 „ *et vitior; sic erudite loquitur. Donat liberalitas*
 „ *circumspectè prodigalitas effuse, ac nullo delectu.*
 „ *Liberitati est modus, prodigalitati nullus. Cer-*
 „ *te prodigalitati, re imminuta, et fractis opibus,*
 „ *nullus restat fundus. Ex his colligitur prodigali-*
 „ *tatem esse depravationem mentis pronæ in effusio-*
 „ *nem propriæ substantiæ, rationis et iudicii pro-*
 „ *negam fugam famæ contemptricem, in consultæ ejusdam*
 „ *anmi impotentæ feralem postum, etc. etc. etc.*

N. 4. Por tanto, e para se provar a prodigalidade para este fim, não basta que a testemunhas jurem simplesmente, que algum individuo he prodigo. Devem sim depor com as razões de dito que fazem precisas os DD. Portug. supra sub n. 34. Scalon. supra a n. 15 ibi = *Videamus modo quo pacto quem pro-*

„ *digum esse probetur? Et eo communiter itum est,*
 „ *ut probandum sit apud conjunctos, et propinquos,*
 „ *itã læsam esse existimationis opinionem, ut penes*
 „ *eos pro prodigo habeatur. Testesque rationem, et*
 „ *causam assignare debent, nempe, quod cum vi-*
 „ *derint bona sua dilapidantem, et dissipantem, ac*
 „ *supra vires suarum facultatum expendentem....*
 „ *Debent testes deponere de actibus ex quibus infer-*
 „ *tur, quem prodigum esse, et dilapidatorem, ut*
 „ *scilicet deponant de epulis, viscerationibus, mu-*
 „ *neribus, ludorum, venationumque apparatu pecu-*
 „ *nias profundere... Prodigus non probatur ex eo*
 „ *quod testes deponant de publica voce, et fama tan-*
 „ *tum, debent enim, quanvis non interrogati, cau-*
 „ *sam scientiæ reddere, etc. Confirção-se Altimar.*
 „ *supra n. 30, Muler ad Struv. Exerc. 31 thes. 90 ibi.*
 „ = *Prodigus nemo præsumitur, sed probari debet.*
 „ *Id quod fieri poterit per testes deponentes de acti-*
 „ *bu prodigalitate præcise importantibus, si qui-*
 „ *dem, ut simpliciter quis deponat, aliquem esse*
 „ *prodigum non sufficit, nisi et simul asserti sui*
 „ *rationem det, forsitan, quia illum quotidie vidit*
 „ *luxuriose, vel ludendo, vel donando, vel pretiis*
 „ *vilibus, et ex causa non subsistente bona sua alie-*
 „ *nantem, aut id genus alia facientem.*

N. 5. „ *Equidem (advertet Stryk. Us. mod. liv.*
 „ *27 tit. 10 sub §. 1) rariora apud nos exempla cura-*
 „ *tele prodigorum occurrunt, cujus causa quidem*
 „ *non querenda est in defectu prodigorum, nec in*
 „ *eo quod hæc curatela non sit recepta, sed magis*
 „ *in Magistratus negligentia, qui ex officio prod-*
 „ *gis interdicere bonis debebat, eis que curatores*
 „ *constituere, prout non tantum jure communi cau-*
 „ *rum, sed præterea statutis locorum confirmatum*
 „ *est, etc. Eu não vi já mais que algum Juiz dos Or-*
 „ *faõs cumprisse ex officio o dever, que a este respeito*
 „ *Part. II,*

lhe impõem a Ord. liv. 4 tit. 103. E só apenas procedem a requerimento de algum parente do prodigo, não zeloso, mas avido dos bens d'elle, e com as vistas em o transtornar intestavel. Verifica-se neste Reino o que da Alemanha diz Strykio no lugar citado.

N. 6. Por via de regra são validos os contractos celebrados pelos prodigos, antes de serem julgados taes, e de se lhe prohibir a administração de seus bens, e só são nulos os posteriores á doação de curador, Guerreiro tr. 3 liv. 4 cap. 3 n. 70 et 76, Moraes de Execut. liv. 2 cap. 20 n. 33, Altumar. supra n. 25 et 33, Voet. ad Pand. liv. 27 tit. 10 n. 7, Peg. 3 for. cap. 3 n. 16, Mul. ad Struv. Exercit. 31 thes. 90; regra que se confirma com a nossa Ord. liv. 4 tit. 103 nas palavras = *dabi em diante* =. Bem entendido, que para se annullarem os contractos feitos pelo prodigo, não basta haver sentença que julgue a prodigalidade, que prohiba ao prodigo a administração de seus bens; que lhe nomee curador etc. He sim necessario que concorra publicar-se por edictos a sua prodigalidade, e que se annuncie ao Publico, que ninguem contrate com o tal prodigo. Só depois de executado tudo isto, he que ficão nulos os contractos com elle celebrados. Assim se deduz da nossa Ord. liv. 4 tit. 103, §. 6, Moraes supra a n. 36, Altumar. supra n. 36, Voet. n. 8 Veja-se Cald. in L. *Si curatorem Vbo Cum non abstulit* n. 18. *Quid verò* se huma pessoa de territorio diverso, aonde se não publicou a prodigalidade, contrata com o prodigo? Veja se Fabr. in Cod. liv. 3 tit. 38 Def. 1, e distingua-se com Richer. tom. 2 liv. 1 tit. 19 a §. 114 Voet. Silva n. 11.

N. 7. Esta regra porém no commum sentimento dos DD. se limita se o prodigo, quando contratou, já era notoriamente prodigo, tido, e reputado tal, e o contrato em si mesmo respira lezão, e effectos de

huma prodigalidade, Guerreiro tr. 3 liv. 4 cap. 3 n. 75, Moraes de Execut. liv. 2 cap. 20 n. 34 et 35, Egid. na L. *Ex hoc jure* p. 1 cap. 6 n. 3, *Videndus distinguens late*, Richer. tom. 2 a §. 102 Fabr. in Cod. liv. 5 tit. 40 Def. 7.

N. 8. Esta Curadoria he *legitima*, como se nota na Ord. liv. 4 tit. 103, e só em falta de consanguíneos he *dativa*, Stryk. Us. mod. liv. 27 tit. 10 §. 2. Ella tem duração em quanto o prodigo persiste na prodigalidade, e em quanto não torna á prudencia, economia, e boas costumes, e ainda então não cessa a curadoria, nem recupera a administração dos seus bens, nem são validos os seus contractos, em quanto por outra sentença, depois de justificações da sua frugalidade, não se declara que tem cessado a curadoria, e se lhe entrega a administração de seus bens, Voet. ad Pand. liv. 27 tit. 10 n. 7, Guerreiro tract. 3 liv. 4 cap. 13 n. 72, 73, 74, Struv. ad Muler. Exerc. 31 thes. 92, Richer. tom. 2 §. 136, Peres in Cod. tit. de Curator. furios. n. ult. Groenewegen. ad L. 1 ff. de Curat. furios. E isto ainda que a sentença, que o julgou prodigo, fosse fundada *em falsa causa*; porque em quanto se não revoga por outra contraria produz os seus effectos, Voet. supra §. = *Cujus etiam* = Peres supra n. 2 Zpez. ad Pand. liv. 27 tit. 10 n. ult. O que com Fachin. Controv. liv. 2 cap. 25 declara Salgad. in Labyr. p. 1 cap. 32 a n. 49, entre o caso de ser dado curador ao prodigo *juris ordine servato* com citação d'elle, e justificação da prodigalidade julgada por Sentença, e entre o caso de lhe ser dado curador *ex abrupto* sem esta ordem judicial: de fórma que no primeiro caso procege a referida conclusão, no segundo não.

Outros DD. pelo contrario sustentão validos os actos celebrados pelo prodigo, depois de julgado tal, e antes de haver sentença contraria. Ou 1º, quando

a tal sentença que o prohibio da administração foi nulla, proferida sem citação, ou com falsa causa, ou falsa prova: ou 2.º, quando se verifica que o prodigo antes de celebrar esse contracto, já havia dois ou tres annos era prudente, economico, frugal, e tido por homem de bom juizo etc. Altim. supra a n. 38, Moraes n. 40, et 54, Scalon. supra a n. 21. Vide Egid. d. cap. 6 a n. 22, Cald. in L. *Si curatorem* Vbo = *Cum non abstulit* = n. 81. Porém pela primeira opinião indistincta está a generalidade da nossa Ord. liv. 4 tit. 103 §. 7. E só quando muito pôde admittir-se a distincção de Salgad. supra, porque a dita Ord. como he regular em todas as Leis, supõem os termos habeis de se haver dado curador ao prodigo, *Servatis servandis, e juris ardine servato.*

As obrigações do curador do prodigo, e furioso se podem ver em Mul. ad Struv. Exerc. 31 thes. 91 pag. 611, Alim. supra n. 53, e mais largamente Richer. tom. 2 a §. 6. Senão he que basta ver-se a nossa Ord. liv. 4 tit. 103. Equiparação alguns DD. ao prodigo para o fim de se lhe dever dar curador, o bebado continuo, Guerreiro tr. 3 liv. 4 cap. 3 n. 121 ad 124, et liv. 5 cap. 10 a n. 10. O jogador continuo, e tãful. Mul. ad Struv. supra (*quidquid dicat Mello bic.*)

TIT. XII. §. 10 RUBR.

Vidua.

N. 1. **A** Diferença entre o caso em que procede a Ord. liv. 4 tit. fin., e o da Ord. liv. 4 tit. 103 §. 6; bem advertio (contra Pinello e Caldas) Egid.

na L. 1 Cod. de Sacros. Eccles. p. 1 §. 2 n. 6. A Ord. liv. 4 tit. 103 §. 6 requer prova que „ *alguma* „ *peessoa como prodigo desordenadamente gasta e* „ *destruo a sua fazenda.* „ E no tit. 107 fin. não se encontrão as palavras = *Como prodigo* =. Por isto a Ord. tit. 107 he especial no seu caso *quanto ds viuvas.* A sua razão intrinseca, ou pôde ser (ex Egid. supra sub n. 8.) cohibir o luxo das viuvas, conforme o Apost. ad Thimoth. cap. 5. = *Vidua*, „ *quæ in deliciis est, vivens, mortua est.* = Ou pôde ser hum desempenho da obrigação, que as Sagradas Letras impõem aos Imperantes de vigiarem na protecção das viuvas, como se vê nos muitos lugares, que recolligio Velasc. de Privil. Pauper. et miserab. person. q. 3. n. 202.

N. 2. O certo he ex Arouc. in L. 9 de Stat. homin. n. 157, et 158 que esta Ord. procede „ *quantum* „ *vis vidua nec prodiga sit, nec luxurie dedita,* „ *si probetur tantummodo eam vel multosè dissipa-* „ *re bona, vel sine ratione alienare. . . Ut Or-* „ *dinat. dispositio observari valeat, timor solus di-* „ *lapidationis non sufficiet; quia dissipationis ipsius,* „ *vel irrationabilis alienationis probatio requiritur,* etc. etc. E no n. 160 propondo o mesmo Arouca esta questão „ *Quæ sint dissipationes, et irrationa-* „ *biles alienationes, quæ locum faciant ordinationi* „ *predictæ liv. 4 tit. fin.?* Resolve assim: „ *Puto* „ *fore omnes illas, et similes, per quas DD. tra-* „ *dunt maritum vergere vel vergi incipere ad ino-* „ *piam in materia assicurandæ dotis, de quibus per* „ *scribentes in L. Si constante ff. solut. matrim.,* „ *et in L. ubi adhuc, Cod. de Jur. Dot.*

N. 3. O certo he que esta Ord. liv. 4 tit. fin. sendo especial nas viuvas, não comprehende as solteiras. Quanto a estas diz a L. 15 ff. de Curat. furios. „ = *Et mulieri, quæ luxuriosè vivit bonis inter-*

„ *dici potest.* = Os DD. tem notavelmente variado sobre a intelligencia daquella palavra = *Luxuriose* = . Nas Leis Romanas tem esta palavra muitas accepções apud Vicat. Vbo = *Luxuria* = . Mas no mais commum sentimento, e da glossa de Gothofredo a mesma Lei se toma na accepção de *prodigalidade, e profusão.* Concordão Voet. ad Pand. liv. 27 tit. 10 n. 12. Mulser. ad Struv. Exerc. 31 thes. 30 pag. 609 col. 2. Altimar. de Nullit. tom. 2 Rubr. 11 q. 9 n. 62. De fórma que, só porque huma mulher he meretriz, que lucra pela prostituição, se lhe não deve dar curador, mas se he prodiga, *et maxime se nella se unem ambos os vícios,* ex DD. suprâ. Confira-se o cit. Egid. a n. 9 ad 14.

TIT. XII. §. II RUBR.

Ad litem (Curator).

Nota Peg. tom. 15 ad Ord. liv. 3 tit. 1. §. 9 n. 157 que „ *Jure speciali hujus Regni inventum* „ *fuit dare minoribus curatores ad litem, ut Bar-* „ *bosa noster advertit in remissionibus hoc loco.* „ *Attento nempe jure communi habenti tutorem sine* „ *causa non dabatur, et datio erat nulla; solum cu-* „ *rator ad litem dabatur minori ad postulationem* „ *actoris, quando minor erat reus, et tutorem, seu* „ *curatorem non habebat. Si vero actor minor, non* „ *dabatur sibi curator ad litem, nisi petenti. No-* „ *tabis ergo, meliorem juris esse nostri dispositio-* „ *nem; que magis vel idem minoribus, et egentibus* „ *providet, ac consulit, multiplicando scilicet defen-* „ *sores, ne causa pereat, periclitentur bona, minor* „ *ve aliquod incommodum patiat. Hic curator da-* „ *tus ad litem omnia gerere potest, etiam absente*

„ *tutore, vel curatore in causa criminali, Phab. 2* „ *p. Dec. 139 n. 4 et 5. ... Notabis, curatorem ad* „ *litem semper dari hominem literatum; ac ita* „ *unum ex insignibus advocatis etc. O mais, que* „ *pertence á exposição da dita Ord. liv. 3 tit. 41 §. 9,* „ *se veja em Peg., e Silva ibidem; e em Guerreiro tract.* „ *3 liv. 4 cap. 4, et tract. 2 liv. 3 cap. 11, et tract. 1* „ *liv. 4 cap. 5 a n. 27, Conf. Richer. tom. 2, a §. 46.*

TIT. XII. §. 12 RUBR.

Et bonis dando.

DEbaixo da epigrafe deste §. se comprehendem 1.º, os curadores que se dão aos bens dos absentes; 2.º, aos bens das heranças jacemes; 3.º, aos bens das fallidos, que fazem cessão delles; 4.º, ao venire, quando a *viuva fica pejada.* Estas materias são muito frequentes; e Mello neste §. 12 foi *plus justo* comprehendario, e muito diminuto. Tratarei pois de cada huma em distinctas Secções; e com a concisão que me for possível, não omitindo o que he mais pratico.

SECÇÃO I.

Quanto aos Curadores dados aos absentes, e bens delles.

N. 1. **D**Eixando de dizer, que se chama *absente* o que não está no lugar L. 139 ff. de Verb. Sign., ou no territorio do Juiz L. 51 §. 5 ff. de Fi-

deicom. Libert., ou fóra da Cidade, L. 173 §. 1 ff. de Verb. Sign., ou fóra da Provincia, L. ult. Cod. de Long. temp. præscr., ou o que estando presente não entende o que se trata, L. 2 §. 6 ff. de Jur. Codicil. etc. Aqui só propriamente se diz absente aquelle, que se ignora aonde habita, ou se existe, L. 10 ff. de Rit. Nupt. Richer. tom. 2 §. 195.

N. 2. Ao assim absente se dá curador, ou 1.º, a instancia de algum credor, que quer demandar o absente: ou 2.º, a requerimento dos consanguíneos: ou 3.º pelo Juiz *ex Officio*, Richer. *suprà* §. 196.

N. 3. Por diversos Magistrados; por diversos modos, e com diversos effeitos se defere neste Reino a curadoria dos bens dos absentes, de cuja habitação, vida, ou morte não ha certeza; ou 1.º, pelo Juiz dos Orfãos, já *ex officio*, já a requerimento de qualquer pessoa do povo nos termos da Ord. liv. 1. tit. 90: ou 2.º, pelos Provedores das Comarcas no caso da Ord. liv. 1 tit. 62 §. 38: ou 3.º, pelo Desembargo do Paço no caso do §. 50 do seu Regimento no fim da Ord. liv. 1.

N. 4. Se o absente deixou, ou mandou Procurador sufficiente, em nenhum dos casos, e para nenhum dos fins expressos naquellas Ordenações póde privar-se da administração o Procurador, e dar-se curador qualquer que elle seja extranho, ou consanguíneo ao absente, Guerreiro tr. 4 liv. 4 cap. 12 n. 8, Maced. dec. 37, Peg. tom. 4 ad Ord. pag. 225 n. 272, et tom. 7 ad Ord. liv. 1 tit. 89 in pr. n. 13, Escobar de Ratiocin. cap. 6 n. 50, Muler ad Struv. Exerc. 10 thes. 66 pag. 659 col. 1, a menos, que ou o tal Procurador não seja omisso, e negligente na zelosa administração dos bens do absente; ou a menos que a ausencia deste passe a ser tão diuturna, que já haja presumpções de ser morto, Barbos. ad Ord. liv. 1 tit. 89, Peg. *ibidem* n. 15 et 16, Repertorio sub

verbo = *Contador dos Resíduos manda entregar a fazenda etc.* = Fabr. in Cod. liv. 5 tit. 40 defin. 9, Richer. Jurisprud. univ. tom. 2 §. 197, 200, 202, 203.

N. 5. O nosso Guerreiro no tr. 4 liv. 4 cap. 12 com notavel miscellanea confunde huns, e outros curadores, quando a dação delles, os fins, e os effeitos se convem em algumas particularidades, differem em muitas. Sim conferem 1.º, que huns, e outros se dão aos absentes, cuja habitação, vida, ou morte he incerta: 2.º, que huns, e outros devem fazer inventario, e dar fiança, Guerreiro *supr.* n. 15, et tr. 3 liv. 4 cap. 3 n. 88: 3.º, que huns, e outros estão responsáveis a contas dos bens, que se lhe entregão, Guerreiro n. 20: 4.º, que huns, e outros podem mover as acções *tempore perituras* competentes ao absente, Peg. tom. 4 ad Ord. pag. 222, n. 259, Guerreiro for. q. 31 n. 2, et tr. 4 liv. 4 cap. 12 n. 17.

N. 6. Differem porém 1.º, que os curadores *simples*, e *dativos* se dão pelos Juizes dos Orfãos nos termos da Ord. liv. 1 tit. 90, ou se são consanguíneos, ou extranhos, e os que são providos pelos Provedores na fórma do §. 38 da Ord. liv. 1 tit. 62, ou pelo Desembargo do Paço na fórma do §. 50 do seu Regimento, devem ser necessariamente os consanguíneos mais próximos, e herdeiros *ab intestato* do absente.

N. 7. Differem 2.º, em que a curadoria deferida pelo Juiz dos orfãos se regula pelas regras da Ord. liv. 4 tit. 102, como qualquer tutela disporde o assim o dito tit. 90; e a que se confere aos consanguíneos, se regula pelos ditos §§. 38, e 50 dos Provedores, e Desembargo do Paço; e esta Curadoria já tem de mais a mais admixta a causa da successão *ab intestato*, Arouc. na L. 9 ff. de Stat. homin. sub n. 48 ob *successionis præoccupationem*, Stryk. Us. mod.

liv. 42 tit. 7 sub §. 4, et *quasi successione intestati pramatura, quanvis licita, occupatio*, Fabr. in Cld. liv. 4 tit. 40 defin. 1; ou como diz Peg. tom. 14 ad Ord. liv. 1 tit. 62 n. 108 = *bona quasi successione deferuntur.*, Bunneman na L. 2 ff. de Curat. B. n. dat. n. 16 ibi = *pramatura successione praoccupatio est*, etc.

N. 8. Differem 3.º, que para se conferir a curadoria pelo Juiz dos Orfãos nos termos da Ord. liv. 1 tit. 90, basta huma simples ausencia, e a ignorancia da habitação, vida, ou morte do absente. Porem a curadoria aos consanguineos na fórma dos ditos §§. 38 e 50 só se defere, e confere quando, além de huma ausencia de 10 annos, concorrem fama, ou algumas presumpções de ser morto o absente, como requer o mesmo §. 38, Peg. tom. 4 ad Ord. pag. 221 n. 251.

N. 9. Differem 4.º, em que supposto deferida a curadoria na fórma da Ord. liv. 1 tit. 90 não possuem as mulheres ser curadoras dos absentes (que são os termos em que só póde entender-se, Guerreiro tr. 4 liv. 4 cap. 12 n. 11), Arouc. na L. 9. ff. de Stat. homin. n. 47, com tudo deferida a curadoria na fórma dos ditos §§. 38 e 50 aos consanguineos mais proximos, preferem as mulheres, se o são, para serem só ellas providas, ou em igual gráo entrão com outros consanguineos em concurso; e isto ainda que taes mulheres sejam menores, e ainda que o sejam quaesquer outros consanguineos, ou mentecaptos etc, que aliás sejam regidos por tutores, Arouc. supr. n. 48, Escubar de Ratiocin. cap. 6 n. 52, Stryk. Us. mod. liv. 42 tit. 7 sub §. 4, Mul. ad Struv. Exerc. 10 thes. 66 pag. 657 col. 2 in fin. Fabr. in Cod. liv. 5 tit. 40 defin. 1, Peg. tom. 4 ad Ord. pag. 255 n. 274, Oliveir. de Muner. Provis. cap. 4 n. 3, Bru-

neman. na L. 2 Cod. de Curat. bon. dat. n. 16 et 17, Richer. supra §. 206, 207, 208, 209.

N. 10. Differem 5.º, que os mais curadores simples sendo propriamente tutores destinados para a conservação, e defeza dos absentes, e seus bens, Ord. liv. 1 tit. 90 §. 1 no fim junta a Ord. liv. 4 tit. 103, a que aquella se refere: e por isso nestes he que se verifica propriamente a proposição, que só podem propor as acções *tempore perituras*, sem embargo da generalidade de qua Reinos. obs. 28 n. 27, Fabr. supr. Peg. tom. 14 ad Ord. liv. 1 tit. 62 n. 110, e o Repertor. supr., Altim. de Nullit. tom. 2 Rubr. 11 q. 32 n. 85. Porém quando são providos na fórma do liv. 1 tit. 62 §. 38, como esta curadoria he já quasi huma preocupação da successão etc. (N. 7); nestes he que propriamente se verificão as doutrinas de Guerreiro for. q. 31 n. 2 et tr. 4 liv. 4 cap. 12 n. 17, Cald. for. Consil. 12, Cabed. p. 2 At. 6 Altim. tom. 2 Rubr. 11 q. 32 n. 87, doutrinas que os habilitão para propor as acções ainda que *tempore non perituras*. É assim conciliaria eu as diversas opiniões. Conf. Richer. Silva a §. 222 et 223.

N. 11. Differem 6.º, quanto ás contas: os curadores dados na fórma do liv. 1 tit. 90 são obrigados prestallas de dois, ou de quatro annos equiparados aos mais tutores (N. 7), Ord. liv. 1 tit. 88 §. 49, et liv. 4 tit. 102 §. 9, et tit. 103 §. fin. Os providos porém na fórma do liv. 1 tit. 62 §. 38 não são obrigados prestallas, nem metter no cofre os redditos annuos, mas só ao absente, se apparece, ou aos herdeiros, quando for julgado morto, Peg. tom. 4 ad Ord. pag. 222 n. 256, et tom. 14 ad Ord. liv. 1 tit. 62 n. 111. Bem como as tutoras provisionadas, Guerreiro tr. 4 liv. 1 cap. 2 n. 87, Pon. cap. n. Veja-se eund. Guerreiro tr. 3 liv. 3 cap. 5 n. 41, Richer. §. 227 (aonde diz que presta estas contas ou ao

absente se elle reverte á Patria , ou a seus herdeiros quando se julga morto.)

N. 12. Differem 7.º, os curadores *simples*, e *dativos* na fórma da Ord. liv. 1 tit. 90 são removíveis; tanto que requerendo os consanguíneos a sua remoção, e affiançando, tem preferença, Mul. ad Struv. Exercit. 10 thes. 66 pag. 659, col. 1 in fin., Berlich. p. 3 concl. 21 n. 78, Fontanell. de Pact. claus. 7 glos. 3 p. 1 n. 37. Porém os providos na fórma do dito §. 38 são tão perpetuos, que ainda que morrão transmitem a curadoria a seus filhos, sem que estes possam ser removidos por outros consanguíneos do absente, que então se digão mais proximos. Esta he a melhor opinião, que sustentão Mul. supra col. 1 §. 9 et col. 2. §. Morte curatoris = Arouc. na L. 9 de Stat. homin. sub n. 48, Stryk. Us. mod. liv. 42 tit. 7 sub §. 4.º, Voet. ad Pand. liv. 10 tit. 2 n. 19, Cald. consil. 12 n. 5, Repertor. sub vbo = *Contador dos Resíduos manda entregar a fazenda* etc. = aonde refere huma Decisão do Senador Themud., Peg. tom. 4 ad Ord. pag. 222 n. 153 ubi judicial, et tom. 14 ad Ord. liv. 1 tit. 62 n. 110 (quidquid dicant Thom. Valasc. all. 79 n. 14, Peg. supr. a n. 254) adde Brunneman. na L. 2. ff. de curat. bon. dand.

A quaes consanguíneos se defere a curadoria na fórma dos ditos §§. 38 e 50 da Ord. liv. 1 tit. 62, e do Regimento do Desembargo do Paço.

N. 13. He bem conforme á disposição do dito §. 38 que a curadoria se confira a hum parente, e herdeiro do absente, e que não faja outros parentes mais chegados que o requerente. O dito §. 50 ainda he mais expressivo, em quanto manda ao Tribunal Palatino que „ *conceda Provisões para seem-tregarem as fazendas dos absentes aos seus her-*

„ *deiros mais chegados a quem in solidum pertencião se elles fossem falecidos sem testamento.* „ É isto ou sejam varões, ou fêmeas, maiores, ou menores, sensatos, ou insensatos (DD. N. 9), e segundo a ordem da successão *ab intestato*, como que se nesse momento falecesse o absente, Rox. de incompatibilit. p. 6 cap. 3 n. 15, Peg. tom. 14 ad Ord. liv. 1. tit. 62 n. 108, Mul. ad Struv. Exerc. 10 thes. 66 pag. 658 col. 1, Repertor. sub vbo = *Curador se dá aos bens do ausente*, etc.

N. 14 De fórma que preferem (dentro dos grãos em que se admite a representação) os consanguíneos *bilateraes* aos *unilateraes*, e mesmo entre os que concorrem a curadoria do absente se admite representação, representando os filhos aos pais para serem providos na curadoria do tio, Peg. tom. 14 ad Ord. liv. 1 tit. 62 n. 114, et tom. 4 ad Ord. liv. 1 tit. 62 §. 38 n. 11, *optime Coccei*, Jus controv. liv. 5 tit. 9. 21 Repertor. sub vbo = *Contador dos Resíduos manda entregar a fazenda* etc. = Thom. Vas. alleg. 29 a n. 10. Sendo ou erronea, ou devendo entender-se só no caso, em que a curadoria se defere nos termos da Ord. liv. 1 tit. 90, a doutrina de Guerreiro tr. 3 liv. 4 cap. 8 a n. 10, que dá preferença entre muitos ao mais habil.

N. 15. *Quid verò*, se hum indivíduo se propõe ao Provedor, ou ao Desembargo do Paço, e se justifica que he o unico, e mais proximo parente, havendo aliás outros, ou mais proximos do absente, ou em igual gráo, e debaixo desta ob-e subrepcão obtem a curadoria, e he nella provido; *quid juris?* Distingue-se 1.º, se os consanguíneos, ou mais proximos, ou em igualdade de gráo não forão scientes, e consensientes de que esse indivíduo se proveesse, elles podem fazello remover, convencendo-o mais remoto, Berlich. p. 3 conclus. 21 n. 79. E sendo parentes em igual

gráo podem requerer simultaneamente a curadoria, e prover-se nella tambem, affiançado, Fabr. in Cod. liv. 5 tit. 40 defn. 1.

N. 16. Distingue-se 2.º, se esses consanguíneos, ou mais próximos, ou em igual gráo com o individuo provido forão scientes, e consentientes de que elle se promette na curadoria; esta subsiste *in solidam* nelle somente; não podem jámais arguilla; mas esse expresso, ou tacito consentimento para a curadoria não os prejudica ou na preferencia, ou no concurso, que hajão de ter na futura successão quando o absente se julgar morto. Bem como se transaccionarem sobre a mesma curadoria, sim vale a transacção quanto a administração, mas não quanto a successão lá quando o absente se venha a julgar morto, Fabr. in Cod. liv. 5 tit. 4 defn. 1 in allegat. n. 3 et 8, Conf. Mul. ad Struv. Exercit. 10 thes. 66 pag. 658, col. 2 in fin. et 659 col. 1 in pr.

N. 17. São excluidos desta curadoria, ou os que são incapazes de succeder ao absente, Thom. Vaz all. 79 n. 13 Arouc. in L. 9 ff. de Stat. hom. n. 48. Ou os que tem renunciado a herança delle, Fabr. in Cod. liv. 5 tit. 40 def. 5, ad omnia Rox. de Incompat. p. 6 cap. 3 n. 44 et 45.

N. 18. E quanto á curadoria do Morgado, de que he administrador algum absente, ella se deve deferir ao immediato successor, que o seria se o absente então fosse falecido, Peg. de Maior. tom. 3 cap. 91 tot.; Guerreiro tr. 3 liv. 8 cap. 8 n. 37, idem Peg. tom. 4 ad Ord. pag. 216 a n. 226, Rox. de incompat. p. 6 cap. 3 a n. 26. O mesmo procede quando o absente he emphyteuta de algum prazo; porque prefere na curadoria o immediato successor, ex DD. supra. O fideicommissario semelhantemente passados 10 annos da ausencia do herdeiro gravado com alguma presumpção da morte, póde reivindicar o fi-

deicommissio, offerendo-se caucionar a restituição ao herdeiro, Fabr. in Cod. liv. 4 tit. 7 def. 2. Veja-se Fontanell. de Pact. cl. 7. glos. 3 p. 1 a n. 33.

Casos, em que podem ser repellidos, ou removidos desta curadoria os consanguíneos mais próximos.

N. 19. Se algum consanguíneo não affiança idoneamente na fórma do duo §. 38 he repellido; e se da fiança, que depois se faz insolvel, e fallida, he removido até que a reforme, e preste outra idonea, e abonada, Mul. ad Struv. Exerc. 10 thes. 66 pag. 659 col. 1, Coccey Jus controv. liv. 5 tit. 3 q. 21 no fim. E qual seja neste caso a fiança idonea, declarão Mul. supr. col. 2, e Peg. tom. 4 ad Ord. liv. 1 tit. 62 §. 38 a n. 15, e geralmente Bagn. cap. 7 a n. 157, Lim. de Gabel. a pag. 333 a n. 290, Hering. de fidejussor. cap. 8. Que se não admite caucão *juratoria*, e refere julgado na Fria Harpprect. disp. 6 a n. 1513, e firma Peg. supr. n. 14. Porém que aquí possa entrar hum prudente arbitrio do Julgador quando o immediato herdeiro jura que não acha fiadores. Veja-se Harpprect. Silva a n. 517.

N. 20. Com effeito, se huns consanguíneos são providos na curadoria com fianças idoneas, e estas depois vão a fallencia, podem ser comprellidos a instancia de qualquer interessado, que as reformem, e prestem outras idoneas, e abonadas. com comminação de remoção da curadoria, Peg. tom. 4 ad Ord. liv. 1 tit. 62 §. 38 n. 16, Bagn. cap. 7 a n. 168, citando muitas Leis, e DD.

N. 21. Já vimos no §. 10 que ainda que morrão es curadores providos transmitem a seus tilhos (tão-bem consanguíneos do absente. ainda que o ficou m sendo em gráo mais remoto, e haja então consanguíneos mais próximos) o direito da curadoria, e que

não podem della ser removidos pelos outros consanguíneos, que então se disserem mais proximos. E isto conforme a mais seguida opinião, *quidquid dicant alii*.

N. 22. A questão, se esta curadoria se defere *jure hereditario*, ou só *jure curatorio*, em que tanto se envolveu Oliveir. cap. 4 com formal, e propria contradicção, Guerreiro tr. 3 liv. 8 cap. 8 n. 40 et tr. 4 liv. 1 cap. 2 n. 103, et liv. 4 cap. 12 n. 14; hem como Peg. nos lugares ahí citados. Esta questão, digo, quanto a mim, deve decidir-se, seguindo-se que a curadoria que se defere na fórma do § 38 do liv. 1. tit. 62, se deve entender *jure hereditario*: ou 1.º, porque só he propria curadoria *ad instar* da tutela a que se defere nos termos da Ord. liv. 1 tit. 50, a que tem tantas differenças da outra, quantas ficão expostas a N. 6: ou 2.º, porque a deferida na fórma do dito §. 38 he ji quasi successão, ou como pieoccupação da successão, etc. (DD. citados N. 7): ou 3.º, porque com muitos DD. segue Rox. de Incompat. p. 6 cap. 3 n. 39 que *„Ista cura seu administratio „ bonorum absentis non datur hoc casu per Præto- „ rem proximioribus consanguineis tanquam curato- „ ribus, sed tanquam heredibus* etc.: ou 4.º, porque assim he mais conforme aos ditos §§. 38 e 50.

Estas questões 1.º, em que idade. ou em que circumstancias se deva presumir, e julgar morto o absente para se deferir a sua herança *pleno jure* aos consanguíneos? 2.º, se o absente julgando-e morto muitos annos depois que excedeo a idade de 70 annos, se deve declarar morto nesta idade, ou só do dia da sentença, e isto para o fim de se regular a ordem da successão pela proximidade dos consanguíneos em hum ou outro tempo? 3.º, se os providos na herança do

absente por curadoria, morrendo antes que o absente passe os 70 annos, transmittem algum direito aos seus herdeiros? 4.º, se os providos na curadoria são responsaveis pelos rendimentos aos herdeiros do absente quando este se julga morto? Estas questões digo são proprias para o liv. 3 tit. 8 quando ahí tratar das successões *ab intestato*. Veja-se a minha especial Dissertação na Collecção das annuas impressa em 1808.

SECÇÃO II.

Quanto aos curadores dados aos bens das heranças jacentes.

N. 23. **D**A-se curador á herança como jacerente 1.º, quando o herdeiro instituido debaixo de condição nem a quer cumprir dependendo ella do seu poder, nem quer caucionar cumprilla quando não depende do seu arbitrio, L. 1 in princ. et §. 1 ff. de curatore bon. dand.: 2.º, quando entre muitos herdeiros ha controversia sobre a herança, e devendo, não devem caucionar huns a outros, L. 5 §. 2 ff. de Carbonian. Edict.: 3.º, quando os herdeiros escriptos, ou legitimos *ab intestato* repudião a herança, Richer. tom. 2 §. 182. Bem entendido que neste Reino a herança deve repudiar-se por termo judicial, Valasc. de Partit. cap. 15 n. 50, Nett. de Testam. liv. 5 tit. 13 n. 6.

N. 24. Também se nomea 4.º, curador á herança, quando qualquer esputio he instituido herdeiro debaixo da condição = *Si a Principe legitimetur* = em quanto não obtem legitimação, ou dispensação Regia para succeder na herança do pai, que assim o intitui-

tuio, providenciando-se só interinamente de competentes alimentos, Peg. de Spur. cap. 21.

N. 25. Da mesma fórma 5.º, quando qualquer herdeiro *ex testamento*, ou *ab intestato* só acceita a herança a beneficio de inventario, caso em que se não confundem as acções, que lhe competião contra o defuncto pois querendo exercitallas contra a herança assim addida, se lhe deve nomear curador com quem litigue, e contra o qual obienha sentença, Guerreiro tr. 1 liv. 4 cap. 5 n. 24, Peg. 3 for. cap. 36 n. 91, Amat. var. resol. 56 a n. 21 et 31, Noguerol. alleg. 36 n. 33, Richer. supra §. 184.

N. 26. Se não apparece herdeiro que accite, ou repudie a herança do defuncto, deve o Juiz dos Orfãos *ex officio* nomear-lhe curador, e fazer-lhe entrega dos bens por inventario, ex Ord. liv. 1 tit. 90. E se o Juiz he omisso em cumprir este dever, e ha credores que queirão propor suas acções contra a herança, elles podem requerer ao Juiz do territorio que lhe nomee o curador com quem exercitem suas acções, com tanto que 1.º, havendo herdeiros sabidos os fação citar primeiro, e assignar-lhe termo para addirem, ou repudiarem debaixo de alguma cominação; e sendo incertos devem citar se por proclamas: 2.º, requediando os mais proximos, se citem os immediatos (porque repudiando aquelles devem ser ouvidos estes), Guerreiro tr. 1 liv. 4 cap. 5, Mul. ad Struv. Exerc. 31 thes. 93: 3.º, se o herdeiro *ab intestato* ou habite em região remota, ou se ignore se vive, e se lhe dá curador para aceitar, ou repudiar a herança, Peg. tom. 7 ad Ord. liv. 1 tit. 89 §. 1 n. 4.

N. 27. Este curador pelo nosso direito patrio he dado pelo Juiz, ex d. Ord. Póde ser hum dos credores, consentindo os mais, ou podem ser muitos; mas sem grave, e urgente causa ninguém póde ser obrigado a accceitar este encargo. Veja se o Codig. de Sar-

danh. liv. 3 tit. 4 a §. 12, Richer. Silva §. 186. E com este curador proseguem as demandas, e execuções até a arrematação, como por praxe testifica Peg. sup. n. 9. Elle tãobem póde propor todas as acções competentes a herança, ainda mesmo aquellas que não tem em direito termo abbreviado para se proporem, Cod. de Sardanh. supr. §. 14, Fabr. in Cod. liv. 5 tit. 40 defin. 11, Richer. supr. §. 187, *quidquid dicitur*, Guerreiro supr. n. 40. O mais que aqui pertence póde ver-se nos citados Guerreiro, Richer., Muler, e em Salgad. in Labyr. cap. 1 32.

Supposto as heranças vagas pertença aos captivos por effeito da doação Regia referida na Ord. liv. 1 tit. 90 §. 1, hoje entrão no Erario pela determinação do Alvára de 26 de Agosto de 1801 §. 1.

S E C Ç Ã O III.

Quanto aos Curadores que se dão aos bens do devedor fallido que faz cessão delles, em quanto dura o concurso dos credores.

N. 28. **Q**uaes sejam os deveres desse curador, e administrador dos bens do devedor fallido, em quanto dura o concurso de credores? Vejam se Guerreiro tr. 1 liv. 4 cap. 12 a n. 39, Richer. tom. 2 a §. 145, Salg. in Labyr. creditor p. 1 cap. 13, e o Codig. Civ. do Imperador José II., cap. 9 §. 78 81 et 105.

SECÇÃO IV.

Quanto aos curadores que se dão ao ventre.

N. 29. **Q**uando huma mulher depois da morte de seu marido se declara pejada, podem os herdeiros do marido requerer exame; e certificando-se por elle ficar pejada, se nomea hum curador ao ventre, que recebe os bens por inventario, e presta pelos rendimentos alimentos á viuva até o parto, ut patet ex tit. ff. de ventre in possession. mitt. Richer. tom. 2 a §. 140, Codig. Freder. p. 1.^a liv. 2 tit. 7 §. 5. Providencia que está em uso nas Nações. Veja-se Stryk. de Success. ab intest. dissert. 9 cap. 7 §. 10, tendo dito no §. 9 que se devem alimentos á viuva dos bens do marido durante a prenhez, ainda que ella seja rica, e isto pela razão de que taes alimentos mais se prestão ao feto do que a mãe, L. 5 ff. eod. tit. Richer. supr. §. 243.

TIT. XII. §. 13 RUBR.

De Clerico Tutore, vel Curatore.

N. 1. **O** Clerigo de Ordens menores, que nem he Beneficiado, nem está addido a Igreja com os requisitos do Concilio, póde ser obrigado pelo Juiz Secular a ser tutor, quando a tutela he *legitima*, ou ainda *dativa*, Thom. Valasc. all. 48 n. 31, Barbos., e outros, com os quaes Cortead. Dec. 157 a n. 25.

N. 2. O Clerigo *in Sacris* não póde pelo Secu-

lar ser obrigado a aceitar qualquer tutela *testamentaria*, *legitima*, ou *dativa* pelo privilegio das Leis de Justiniano, e dos Canones que refere com muitos DD. o mesmo Cor ead. a n. 27. O que se comprova mesmo com a Ord. liv. 2 tit. 1; porque suppondo em geral o privilegio do foro das pessoas Ecclesiasticas, trata debaixo daquelle Titulo = *Em que casos os Clerigos, e Religiosos hão de responder perante as Justizas Seculares* = . E dinumerando no contexto os casos em que a presuppuesta regra geral se limita, não connumerava este: *Regula ergo inhaerendum dum limitatio non demonstratur*. Barb. et Fab. verbo Regula axiom. 7. O contrario, que supõem Mello, *scilicet* poder ser constringido involuntario a aceitar a tutela, he erro (com o devido respeito).

N. 3. Sim o Clerigo he hum membro da familia; goza dos direitos reciprocos da successão aos sanguineos. Neste Direito, e no Natural (de que o Clerigo não he exceptuado) tem fundamento a obrigação dos consanguineos para serem tutores huns dos outros: e ainda mesmo nos Direitos da sociedade, de que tambem são membros (Tit. 11 §. 1 a n. 1). Se pois o Clerigo nomeado Tutor pelo Juiz Secular se excusa de o ser, justamente fica desherdado pela Ord. liv. 4 tit. 102 §. 6 da successão do orfão, ainda que se caze, com esse privilegio. Pois quem não cumpre os deveres de consanguineo, que lhe são impostos por todos os Direitos, e não quer esse incommodo, he bem que fique privado do respectivo commodo. E a Lei que regula as successões temporaes, e exclue da herança do orfão todo o parente, que se escusar, comprehende aos Clerigos na sua generalidade: nisto sigo o sentimento de Mello.

N. 4. Se o Clerigo de Ordens Sacras porém acei-

ra voluntario a tutela qualquer que ella seja, fica efficazmente obrigado a todos os deveres de tutor sem excusa, Thom. Val. all. 47 n. 29, Barbos. de Jur. Eccles. liv. 1 cap. 39 §. 5 n. 73, et cap. 40 n. 113, Fontanel. Dec. 192 a n. 16, vel Dissert. 43 n. 23 et 24, Cortead. dec. 157 n. 78. E póde ser demandado e obrigado pelo Juizo Secular a dar contas da sua administração perante o Juiz dos Offiãos, conforme a mais fundamentada opinião, que com muitos seguem Guerreiro de Privil. Famil. cap. 15 a n. 13, et tr. 4 liv. 1 cap. 4 n. 7, *Latissime*, Cortead. dec. 223, aonde ainda que no n. 7 refere opinião contraria; depois no n. 20 21 22 atesta muitas vezes julgado conforme a primeira. Também o refere julgado neste Reino Cabed. p. 2 ar. 88, Sequitur Peg. tom. 8 ad Ord. liv. 2 tit. 1 §. 20 n. 18, Bersan. de Pap. cap. 5 q. 11 n. 22. Bem como em nome do pupillo póde ser demandado por qualquer acção, como Tutor, no Secular, Cortead. supr. a n. 30, aonde muitas vezes o refere julgado, Vella dissert. 40. Neste sentido de aceitar o Clerigo voluntario a tutela he que procedem as antigas Leis que aqui cita Mello. Videndus Altumar. tom. 8 q. 1 Sect. 1 a n. 1176.

E ainda que Cortead. Silva Dec. 223 a n. 25 diz que dadas as contas no secular, se deve deprecicar a execução dos alcances para o Juizo Ecclesiastico, tal doutrina cessa neste Reino á vista da Ord. liv. 2 tit. 7 junta ás citadas Leis antigas. Só neste sentido de aceitar o Clerigo a tutela he que podemos salvar a doutrina de Mello.

N. 5. *Vice versa*. Se se trata de dar tutor, ou curador a hum Clerigo menor *in Sacris* para lhe administrar seus bens em geral, ou quando o Clerigo

he prodigo, ou mentecapto, esta tutela deve ser deferida pelo Juiz Ecclesiastico, como largamente prova Cortead. Dec. 157 a n. 3, Barbos. in Repertor. vbo = *Tutella* =. Assim he que se vé julgado em Cabed. dec. 80 n. 3, que aqui cita Mello *contra producentem*. Mas se o Clerigo he *in minoribus*, pertence ao secular dar-lhe tutor, e curador, ou seja offião, prodigo, ou mentecapto, Cortead. dec. 157 n. 5.

N. 6. Quando porém só trata de Curador *ad litem*, se o Clerigo *in Sacris*, e menor litiga no Juizo secular (nos casos em que nelle póde, e deve litigar) pertence ao Juiz da causa dar-lhe curador. Isto he o que só diz o citado Cabed. n. 3, e largamente prova Cortead. Dec. 157 n. 9, citando innumeraveis DD., Guerreir. tr. 3 liv. 5 cap. 7 n. 55. Veja-se Altumar. supra = §. *Sed quæstio est*. =

TIT. XIII. RUBR.

De personarum aliis divisionibus.

§. 2. e 3.º RUBR.

Impuberes qui? Puberes.

N. 1. **E**ntre os antigos Juris Consultos Romanos havia duas Seitas, e Escolas, huma dos *Cassianus*, que determinavão a puberdade pelo habito, e estado do corpo, e os *Proculeyanos*, que a terminavão pelos annos, Ulpian. in Fragment. tit. 11 §. 28 (Seitas sobre as quaes largamente dissertou Berard. tom. 3 Dissert. 4 cap. 2, Vin. ad Pr. Instit. Quib.

mod Tut. finiat. Porém Justiniano na L. ult. Cod. Quam. tut. esse des., e no Princip. Instit. Quib. mod. Tut. finiat. prefine os annos da puberdade nas fêmeas nos 12, nos machos os 14 completos.

N. 2. Qual se possa dizer proximo á puberdade varião notavelmente os DD. Sendo muitas, e diversas opiniões a este respeito, huns quizerão se dissesse proxima a puberdade a fêmea tendo nove annos e meio, e o varão 10 e meio. Outros que qualquer dos pupillos varão, ou fêmea só se póde dizer proximo á puberdade quando eó dista della 6 mezes: outros que só quando della dista 3 dias: outros em fim commettem esta decisão ao precedente arbitrio do Julgador; e esta ultima he com effeito a mais segura opinião, como tudo se póde ver em Menoch. de Arbitr. Cas. 57, Paul. Zacch. QQ. Medico-Legal liv. 1 tit. 1 q. 5, Bersan. de Pupil. cap. 1 q. 2, e mais largamente Stryk. vol. 4 Disp. 22 De Pæn. Impub. cap. 4 tot. Conf. Moraes liv. 2 cap. 20 a n. 52, Altim. tom. 2 Rubr. 11 q. 3 a n. 13, aonde refere seis opiniões.

N. 3. Adverte porem o mesmo Bersan. sub n. 11 et 12 que „ *In hoc autem præcipue versari debet prudentis Judicis officium, ut diligenter consideret pueri ætatem, e usque naturam, sive indolem, et malitiam, facti qualitatem, aliasque circumstantias; namque plerumque, et præsertim in pueris modernis, in quibus dolus, et malitia præmatura est, accidere potest, ut judicari debeat proximus pubertati, dolique capax etiam, qui ab ea distat plusquam sex mensibus, secundum ea, que meminit Corras. in miscell. jur. lib. 6 c. 23 n. 8 et Calvin de equitat. liv. 3 cap. 251 n. 42 exemplum afferri potest in ea puella annorum decem, que sub pretextu petendi elemosinam surripuit in quadam domo pateram argenteam, illamque deinceps vendidit aurifici. Cujus-*

„ *modi causa cum proposita esset in Parlamento Delphinatus, judicatum fuit puellam tanquam doli capacem pro hoc delicto puniendam esse, sicuti testatur Marc. dec. 812 n. 4 vol. 2. Alia quamplurima exempla prætorum, qui licet valde remoti essent a pubertate, nihilominus puniti fuerunt ob delicta per eos commissa eleganter recenset Calvin. de equit. in præ alleg. liv. 3 cap. 251 n. 35 et seqq. O citado Stryk. a n. 19 quer que a primeira, e ultima das ditas opiniões se unão: de fórma que com Covarruv. que transcreve, e segue, conclue assim „ *Hoc autem arbitrium Judicis ante illam ætatem communi opinione desiniam, (decem annorum nempe cum dimidio) non est passim exhibendum, imo Judex, qui ante illam ætatem arbitrari debet, puerum esse proximum pubertati, maximis adducendus est conjecturis, et cautissima id aget, ac tandem raro. At post illam ætatem non exiget Judicis arbitrium ita urgentes conjecturas: sat enim erit, aliqua mediocritas signa perpendere, ex quibus arbitretur, puerum esse proximum pubertati. Illum vero puerum, cui sex tantum menses ad ætatem perfectam deerant, audacius ac levisoribus argumentis proximum esse pubertati arbitrabitur. Concorda substancialmente Altim. supra n. 23. Vejaõ se Sikor. Conspectus A. e. decine legalis p. 2 cap. 1 §. 7 Renaz. Elementa Juris crimin. liv. 1 cap. 7 §. 3 et 4.**

N. 4. Conforme o Direito Romano a plena puberdade principia nos 18 annos, text. in §. 4 Instit. de Adoptionib., L. 14 §. 1 ff. eod. tit., L. 14 §. 1. ff. de Aliment. et cibar. Legat. Guerreiro tr. 3 liv. 5 cap. 7 n. 2. Porém aquella Legislação só se entende quando se trata ou da adopção, ou dos alimentos legados até o tempo da puberdade, casos, em que segundo as ditas Leis, a puberdade nos variões se ex-

tende até os 18 annos, e nas femeas até 14. Neste sentido he que devemos entender a doutrina de Mello neste §. ; porque aliás para todos os mais fins que não sejam os expressos naquellas Leis, a puberdade das femeas se deve marcar na idade de 12, e nos varões na idade de 14 annos completos. Veja-se Voet. ad Pand. liv. 4 tit. 4 n. 1. E se medianamente queremos arbitrar a puberdade plena nos varões, devemos marcalla nos 16 annos. Sikor. supr. §. 6, *aliter* Zacch. QQ Medico-Legal. liv. 1 tit. 1 q. 6 a n. 64. Sobre os termos de todas as idades do homem, veja-se Altim. tom. 2 Rubr. 11 q. 3, Antonel. de Tempor. Legal. liv. 2 cap. 1, Moraes liv. 2 cap. 20 a n. 49, e melhor Henr. Coccey vol. 2 Disp. 41 a §. 10.

TIT. XIII. §. 4 RUBR.

Quæ gerere possint minores vel non?

N, 1. **Q**Uanto aos officios publicos. he certo que os menores de 25 annos os não podem servir sem especial dispensa, ainda que sejam casados, e ainda que tenham supplemento de idade, Portug. de Donat. liv. 2 cap. 19 n. 60 61 62, Silv. ad Ord. liv. 3 tit. 42 §. 1 a n. 9. De fórma que se algum for provido na serventia do officio, em quanto o proprietario não chegar á legitima idade, não póde o proprietario removello antes dos 25 annos, ainda que tenha supplemento de idade, veja-se com Peg. e Phæb. Silv. a n. 11 ad 14. Justamente amplia Mello aos Serventuarios, e já Peg. tom. 7 ad Ord. liv. 1 tit. 93 in pr. n. 10 arguiu os Corregedores, que providão serventias de officios em menores.

N. 2. Quanto ao officio de Procurador: sobre a conciliação da Ord. liv. 1 tit. 48 §. 3 e 20 com a Ord. liv. 3 tit. 9 §. 5. Veja-se Peg. tom. 13 a este §. sub n. 3 até o n. 6, aonde reprova Thom. Valasc. all. 20 n. 9. Veja-se etiam Guerreiro tr. 3 liv. 5 cap. 7 a n. 29, Repertor. debaixo da palavra = *Idade cumprida, e perfeita de vinte e cinco annos.* =

TIT. XIII. §. V. §. 6 RUBR.

De obligatione Minorum tam Judiciali: quam extrajudiciali.

N. 1. **Q**Uis sit infans; et quid agere possit per se vel per tutorem? Veja-se Guerreir. tr. 3 liv. 5 cap. 5.

Pupillus maior infante quid tam in judicio, quam extra per se, et cum tutore facere possit? Veja-se Guerreir. tr. 3 liv. 5 cap. 6.

Adultus sine curatore quid agere possit tam circa negotia, quam circa judicia? Veja-se Guerreir. tr. 3 liv. 5 cap. 7.

Adultus curatorem habens quid efficere possit tam in contractibus, quam in judiciis sine curatore, vel cum illo? Veja-se Guerreiro tr. 3 liv. 5 cap. 8.

In quibus causis seu negotiis auctoritas pupillis, seu minoribus necessaria sit? Veja-se Guerreir. tr. 3 liv. 6 cap. 6.

A pupillo gesta absque auctoritate tutoris an semper irrita sint? Veja-se Guerreiro tr. 3 liv. 6 cap. 7.

Pupillus an naturaliter obligetur sine tutoris auctoritate? Guerreir. tr. 3 liv. 6 cap. 11.

De tutore sine pupillo gerente, et de pupillo si-

ne tutore gerente. Veja-se Guerreiro tr. 3 liv. 6 cap. 12.

De negotiis et rebus, quas tutores, et curatores per se facere non possunt. Veja-se Guerreiro tr. 3 liv. 6 cap. 14.

Quando ex facto Tutoris, vel curatoris minores agere, et conveniri possint. Veja-se Guerreiro tr. 3 liv. 6 cap. 15, Stryk., Struv., Voet., Heinec., Boehm. ad Pand. liv. 26 tit. 9, Bersan. de Pupil. cap. 5 q. 1 et seq.

Et ad omnia Moraes de Execut. liv. 2 cap. 20 a n. 49 ad n. 93, Bersan. de Pupillis, Altim. tom. 6 q. 38 a n. 255, aonde refere muitos casos, em que vale o contrato do menor, sem solemnidades, plenissime Altim. tom. 8 q. 1 Sess. 1, Richer. tom. 2 a §. 778 cum seqq.

TIT. XIII. §. 7 RUBR.

In delictis quomodo obligantur.

Vejá-se Stryk. vol. 4 Disp. 22 de *Pœnis impuberum*, Bersan. de Pupill. cap. 3 q. 1, Optime Berard. tom. 4 p. 1. Diss. 1 cap. 3, Renaz. liv. 1 cap. 7 §. 3 e 4, Latissime Altim. tom. 8 q. 1 Sect. 1 a n. 758, aonde recopilou tudo quanto até o seu tempo havião escripto os DD.

TIT. XIII. §. 8 RUBR.

De restitutione Minorum.

PRELUDIO.

N. 1. **A** Restituição *in integrum* tanto geral como especialmente quanto aos menores, se define pelos DD. pelos muitos, e diversos modos que expoz Altim. de Nullit. tom. 6 q. 38 a n. 1. Eu me satisfaço com a definição de Coccei vol. 2 Disp. 41. = *De lubrico ætatis* = §. 52 ibi „ *Restitutio in integrum in genere sic solet definiti. Ut sit pristini status amissi recuperatio. Sed in præsentia indigitatam volumus restitutionem in integrum, quæ minoribus saltem ex causa lesionis, ut per eam in pristinum redigatur statum. Hinc restitutio est facienda, ut unusquisque jus suum in integrum recipiat.* = Alter Richer. Jurisprud. univers. tom. 2 liv. 1 tit. 28 a §. 1321.

N. 2. He a restituição *in integrum* hum remedio extraordinario, Ord. liv. 3 tit. 41 §. 2 no fim, Vin. Sellalectar. liv. 1 cap. 10. E nunca se subentende denegado pela Lei aos menores este beneficio em caso algum a menos que a Lei expressamente lho denegue, Guerreiro tr. 3 liv. 5 cap. 11 n. III, Richer. supr. §. 1666.

N. 3. Regra geral he (diz a Ord. liv. 3 tit. 41 §. 2, e concorda o Regimento do Paço §. 28 e 31) „ *que ao que tem remedio ordinario no que require, não lhe seja dado, e outorgado o remedio extraordinario (da restituição)*; Ord. que parece ter por fonte a L. 16 ff. de Minorib. ibi = *In causa cognitione etiam hoc versabitur, num forte alia actio*

„ *possit competere citra in integrum restitutionem.*
 „ *Nam si communi auxilio et mero jure munitus*
 „ *sit, non debet ei tribui extraordinarium auxilium;*
 „ *ut puta cum pupillo contractum est sine tutoris*
 „ *auctoritate, nec locupletior factus est. (Et §. 3)*
 „ *Et generaliter probandum est, ubi contractus non*
 „ *valet, pro certo Praetorem se non debere interpo-*
 „ *nere = .* Sendo por tanto regra geral, que quando
 o acto, o contrato, o juizo he em *si nullo*, e com-
 pete o meio ordinario da *nullidade*, cessa o *extraordi-*
nario do beneficio da *restituição*, Ord. liv. 3 tit.
 41 §. 2, Pereir. de Revis. cap. 13 n. 11, Voet. liv.
 4 tit. 4 n. 52, Struv. Exerc. 8 thes. 50, Coccei Jus
 controvers. liv. 4 tit. 4. q. 23, Richer. supr. §. 1660.

N. 4. Por exemplo 1.^o, se o menor tendo cura-
 dor alienou alguns bens sem authoridade d'elle, L. 3
 Cod. de Resit. in *integr.*: 2.^o, se fez outro algum
 contracto sem o curador, L. 16 ff. de Minorib.: 3.^o,
 se o menor, e tutor, ou curador alienarão algum pre-
 gho sem as necessarias solemnidades, ou fosse por ven-
 da, doação, ou outro titulo, L. 2 4 8 11, Cod. de
 Prædis et alijs reb. minor., L. 2 Cod. si advers. do-
 nat.: 4.^o, se se profere huma sentença contra o me-
 nor indefeso, Ord. liv. 3 tit. 41 §. 2, L. penult Cod.
 Si advers. rem judicat.: 5.^o, nos casos no Codig. liv.
 2 tit. 41 *In quib. caus. in integr. restit. necessaria*
non est, Voet. supra n. 52, Coccey supra vol. 2 Disp.
 41 §. 53 et 54, tetigit Guerreir. tr. 3 liv. 5 cap. II
 a n. 229 E geralmente nos mais casos em que o acto,
 ou contrato he nullo por defeito da fórma, ou sole-
 midade legal, ainda mesmo quanto aos maiores de
 29 annos; porque em todos estes casos ha o remedio
 ordinario da nullidade, que faz cessar o *extraordi-*
nario da *restituição*, Groeneweg. ad Cod. liv. 2 tit. 41
 in Rubr. Bem que o mesmo Groeneweg. a n. 14
 aconselha por boa, e permittida a cautela de se pro-

por a nullidade do acto, ou contrato primariamente,
 e de se implorar o beneficio da *restituição* subsidia-
 riamente para o caso em que o contrato se julgue va-
 lido, Conf. Boehm. de *Cumulat. action.* §. 6 pag.
 (wihl) 755.

N. 5. Limitão os DD. esta regra quando hum, e
 outro remedio competem *relativè* contra pessoas di-
 versas, Silv. ad Ord. liv. 3 tit. 41 §. 2 n. 24; como
 nos casos que figurão Voet n. 53, Richer. a §. 1663.
 Limitão tambem quando o remedio *extraordinario* da
restituição he mais util, e providente ao menor, do
 que o remedio *ordinario* da nullidade, como com
 Cald., e Barbos. Silv. supr. n. 25 et 26. Por exem-
 plo nos casos que refere o mesmo Voet. sub n. 53 §.
Sed et si, Fabr. in Cod. liv. 5 tit. 39, defin. 2 n. 6,
 Coccei dict. Disp. 41, §. 27. Coccei filho Jus controv.
 liv. 4 tit. 4 q. 10, Altim. tom. 6 q. 38 n. 41 com
 os muitos DD. que cita.

N. 6. Entre a *nullidade*, e a *rescisão* do contra-
 to, ou acto, ha esta differença, que a nullidade ope-
 ra o mesmo como que se o contracto não existisse, e
 a *rescisão* o suppõem valido, mas rescisivel. A nul-
 lidade obra os seus effeitos *ex tunc* desde o dia do
 acto, e a *rescisão* obra *ex nunc*; e isto para diversos
 effeitos Juridicos, como se póde ver largamente nos
 DD., com os quaes Altim. de Nul. tom. 6 q. 37 a
 n. 1 et a n. 560. Sendo porém especializada a rescis-
 são do contracto pelo remedio da *restituição in inte-*
gram, competente aos menores, e outros privilegia-
 dos (em differença das mais rescisões) se restituem
 os fructos desde o dia do acto, Altim. supr. n. 565.
 Veja-se infra N. 14.

N. 7. Ainda ha outra differença entre a nullidade
 do acto, e a *rescisão* pelo beneficio da *restituição*;
 porque aquella só prescreve por 30 annos, Stryk. Us.

mod. liv. 4 tit. 4 §. 11. Sentit Guerreir. tr. 3 liv. 7 cap. 2 a n. 120; e a restituição só tem a duração para se impetrar até os 29 annos da idade, como logo veremos a n. E o contracto nullo pelo defeito de solemnidades só se subentende ratificado sendo oneroso, pelo espaço de 5 annos depois dos 25 de idade; e sendo lucrativo, só pelo espaço de 10 annos depois da idade de 25, Lei fin. Cod. si maior factus alienat. Coccei Jus controuv. liv. 4 tit. 4 q. 24, Moraes liv. 2. cap. 20 a n. 84, Guerreiro sup. n. 103.

S E C C Ã O I.

Restituição nos actos Judiciaes.

N. 8. **S**obre a Ord. liv. 3 tit. 41 fizeram com os mais Reinicolas largos Commentarios, Sylv., e Peg. na obra posthuma tom. 15. Só para melhor intelligencia dos §§. 4 e 5 da dita Ord. Lembro Moraes de Execut. liv. 6 cap. 9 a n. 39, o caso julgado em Peg. tom. 7 ad Ord. liv. 1 tit. 87 §. 4 a n. 272, Guerreiro tr. 3 liv. 5 cap. 11 a n. 3740 42 et seq. Quando se possa o menor dizer leso, e implorar restituição contra as arrematações de seus bens. Veja-se Moraes liv. 6 cap. 14 a n. 19, Coccei Jus controuv. liv. 4 tit. 4 q. 14, Richer. vol. 2 §. 1381. Quando possa implorar segunda vez restituição depois de huma vez negada? Veja-se Coccey supra q. 15; e quando contra a sentença valida Coccei q. 16, et *ad omnia*. Richer. a §. 1490.

S E C C Ã O II.

Restituição nos actos, e contractos extrajudiciaes.

N. 9. **O** Nosso Guerreiro no tr. 3 liv. 5 cap. 11 com bastante miscellanea, e indigestão recopilou os casos em que aos menores lesos compete o beneficio da restituição; e de Guerreiro os plagiou Lim. á Ord. liv. 4 tit. 79 §. 2 a n. 25. Mas melhor, mais clara, e fundamentalmente os expozição Voet. ad Pand. liv. 4 tit. 4, Coccei vol. 2 disp. 41 *De Lubrico etatis*, Mul. ad Struv. Exerc. 8 Thes. 42 et seq.; e com bella digestão discorrendo por todas as especies de actos, e contractos o citado Richer. tom. 2 a §. 1380, e largamente Altum. tom. 6 q. 38, aonde tratou *ex professo* a materia da restituição competente aos menores, e semelhantes privilegiados. Em summa conclue o citado Coccei ibi = *In quibuscumque factis, seu causis minores, quod habuerunt, amiserunt; aut quod acquirere potuerunt, omiserunt; aut se oneri non necessario subjecerunt, in illis in integrum restitui possunt.*

S E C C Ã O III.

Requisitos necessarios para obter este beneficio; pratica de o propor, e effectos delle, quando se concede.

N. 10. **P**Ara competir aos menores este beneficio he necessario que 1.º, se provem menores no *Part. II.* Nnnn

tempo do acto, ou contrato: 2.º, lesos senão engrmemente, ao menos na sexta parte, Guerreiro supra tr. 3 liv. 5 cap. 11 a n. 215 et liv. 6 cap. 7 a n. 159, Lim. ad Ord. liv. 4 tit. 79 §. 2 a n. 182, Richer. tom. 2 a §. 1327, 1329 (aonde expõem os modos de provar a lesão ao tempo do contrato até o §. 1334). Não sendo porém necessaria a prova de lesão nos actos, e contratos em si mesmos lesivos, como quando o menor doa seus bens, ou he fiador de alguma pessoa, quando toma empréstimos inuteis, etc. Voet. supr. n. 12 et 13, Richer. §. 1335, Mul. ad Struv. Exercit. 8 thes. 43 44 et 48, Guerreiro tr. 3 liv. 5 cap. 11 n. 219 et liv. 7 cap. 3 a n. 150. He necessario 3.º, que prove estar dentro do quadriennio, Cald. in L. *Si curatorem* verbo = *Infra legitimum tempus* n. 19, Guerreiro dito cap. 11 n. 224, et *ad omnia*, Hermosilh. Liv. 4 tit. 5 Partit. 5 glos. 12 a n. 24.

N. 11. O modo pratico de impetrar em Juizo o beneficio da restituição o expozirão largamente, segundo o Direito Romano, o citado Richer. a §. 1543 et a §. 1587, Cocci d. Disp. 41 a §. 63, Struv. Exercit. 8 thes. 63, e o nosso Cald. na Lei *Si curatorem* verbo = *Implorandum*. =

N. 12. Entre nós a pratica he: se o menor foi lesado nos processos, e actos judiciaes póde, ainda mesmo depois da sentença, e até o fim da sua execução implorar por embargos, mostrando-se menor, e lesado o beneficio da restituição contra todos os actos prejudiciaes, Ord. liv. 3 tit. 41 §. 4, tit. 87 §. e tit. 88. E se a sentença passou a executa-se totalmente, resta-lhe a acção ordinaria. Se se trata de actos extrajudiciaes, ou se usa da reclamação conforme a praxe de Vanguerve; ou (e melhor) por acção ordinaria ainda contra terceiro, ex Struv. supr. thes. 62. Bem que Altim. tom. 6 q. 38 n. 159 só permite acção directa contra o terceiro que teve sciencia de haver sido

do menor a cousa por elle possuida; e ignorando-o, só contra elle concede huma acção *subsidiaria*.

N. 13. Conforme o Direito Romano deve o menor implorar a restituição perante o Juiz do domicilio do réo demandado, Cocci d. Disp. 41, Richer. supr. §. 1588. Entre nós se o orfão, em quanto menor, e sujeito á jurisdicção do Juiz dos Orfãos usa deste remedio, póde attrahir o réo ao seu Juizo, Ord. liv. 1 tit. 88 §. 45. Se porém implora a restituição depois de maior de 25 annos, cazado, ou emancipado, e dentro do quadriennio, ficamos na regra geral de dever seguir o foro do réo, Peres in Cod. liv. 2 tit. 47 n. 5., Guerreiro tr. 3 liv. 5 cap. 11 a n. 225 sed veja-se Altim. tom. 6 q. 38 n. 174.

N. 14. Os effeitos (depois de provada a minoridade, e a lesão) são dever o menor ser restituído ao estado em que estava quando foi lesado, com rendimentos, e interesses, sendo só responsavel restituir o que recebeu, e com que se locupletou, Struv. et Mul. Exerc. 8 thes. 65, Cocci d. Disp. 41 §. 69, Voet. supr. n. 37, Altim. tom. 6 q. 37 n. 565, et q. 38 n. 507, *ubi ad satietatem*. Veja-se Richer. tom. 2 §. 1607. E com tal especialidade, que no caso da venda, ainda que o comprador se offereça supprir ao menos o justo preço, não goza neste caso da alternativa que lhe concede a Ord. liv. 4 tit. 13 *maxime*, se o menor propoem algum apparente interesse em recuperar a cousa alienada, Cocci Jus controv. liv. 4 tit. 4, e com muitos DD. o citado Altim. q. 38 n. 381, Voet. ad Pand. liv. 4 tit. 4 n. 54 = *Si tamen* (continua Voet.) *in nullo alio minor laesus sit, quam in eo quod viliori pretio, res ejus distracta sit, dum de cetero non docet, sua interesse, ipsam ut rem habeat, non iniquum fuerit, audiri emptorem, pretii supplementum una cum mediis temporis usuris minori offerentem: sic enim inficias iri non*

„ poterit ; quin restitutio tantum minori præstet ,
 „ quantum læsio abstulit , in sola consistens pretii
 „ utilitate , arg. L. si rei 12 §. si mulier. 1 ff. de
 „ Fur. Dot. Etque ita forte in concordiam redigen-
 „ di , qui hac in controversia a se mutuo discedunt
 „ interpretes , Pinellus ad L. 2 Cod. de rescind. ven-
 „ dit. part. 3 c. 1 n. 21. Fachinæus controuv. L. 2
 „ c. 89 cum Oddo , aliisque ab eo allegatis , de res-
 „ titut. part. 2 q. 57 art. 4. „

Quem deva provar a versão do dinheiro em
 utilidade do menor, e como possa provar-se.²
 Veja-se Coccei Jus controuv. liv. 4 tit 4 q. 18,
 Stryk. Us. mod. liv. 12 tit. 1 a §. 61 et 71,
 Altim. tom. 6 q. 38 a n. 242 com os mais que
 c ta. mas veja-se a differença, que faz Egid. L.
 ex hoc jure p. 2 cap. 5 n. 14, Veja-se etiam Her-
 mosilh. in L. 5 tit 5 part. 5 gloss. 12 a n. 75,
 pag. (mihi) 448.

SECCÃO IV.

Casos, em que cessa o beneficio da restituição.

N. 15. **O** Nosso Guerreiro tr. 3 liv. 5 cap. 11
 desde o n. 120 até o n. 253, e no liv. 7 cap. 3 a n.
 67 miscellaneou 75 casos, em que cessa este beneficio.
 Seu plagiador Ljma á Ord. liv. 4 tit. 79 §. 2. desde o
 n. 97 até o n. 201 recopilou 61 casos. Todos em sum-
 ma se reduzem aos que compendiarão Coccei vol 2
 disp. 41 desde o §. 52, Voer. liv. 4 tit. 4 a n. 43,
 Struv. e Mul. Exerc. 8 desde a thes. 49, Richer. tom.
 2 liv. 1 tit. 28 cap. 8 a §. 1364. E quem quizer

nausear-se recorra a Altim. tom. 6 q. 38, aonde acha-
 rá toda a materia.

SECCÃO V.

*Quadriennio para implorar a restituição: quinquen-
 nio para reclamar os contractos nullos onerosos:
 decennio para reclamar os lucrativos.*

N. 16. **E**Ncontrão-se no Codigo tres diversos
 Titulos. No liv. 2 o tit. 46 = *Si maior factus ra-
 tum babuerit* =. No mesmo liv. o tit. 53 = *De
 temporibus in integrum restitutionis* =. E no liv.
 5 tit. 74 = *Si maior factus alienationem factam si-
 ne decreto ratam babuerit* =. O commum dos DD.
 confunde estes Titulos, sem as essenciaes distincções,
 como já notou Hermosilh., L. 4 Gloss. 12 tit. 5 par-
 tit. 5 n. 46.

N. 17. No liv. 2 do Codigo tit. 46 trata-se do
 beneficio da restituição competente aos menores nos
 actos, que sendo em si solemnes, e validos, só são
 lesivos aos menores. No Tit. 53 se assigna o espaço
 de 4 annos a principiar depois de completos os 25 da
 idade, para implorar essa restituição, só pelo funda-
 mento da lesão contra os actos validos. E no liv. 5
 tit. 74 se trata, não já da restituição contra os con-
 tratos validos, mas da tacita ratificação dos actos, e
 contratos, que aliás forão nullos, ou pela falta do
 Decreto Judicial, ou por qualquer outro defeito, Brun-
 neman. na L. ult. Cod. si maior factus alienationem
 sine decreto etc. a n. 7, Moraes de Execut. liv. 2
 cap. 20 n. 85, Coccei infra q. 24.

N. 18. De fórma que Justiniano no dito Liv. 5

tit. 74 tratando dos actos, e contratos nullos, estabeleceu que os *onerosos* se subentendem ratificados com a taciturnidade de 5 annos depois dos 25 da idade; e as *doações* feitas pelo menor, se subentendem ratificadas com a taciturnidade de 10 annos depois da maioridade, Mul. ad Struv. Exerc. 8 thes. 52, Voet. ad Pand. liv. 4 tit. 4 sub n. 44, Peres in Cod. liv. 5 tit. 74 n. 6, Brunneman. in Rubr. Cod. liv. 2 tit. 46, Coccei Jus contr. liv. 4 tit. 4 q. 24 optime et omnino videndus Menoch. de Recuper. posses. remed. 15 a n. 106.

Assim : para implorar restituição contra os actos, e contratos validos, só pelo fundamento da lesão, são prefixos 4 annos, para reclamar os nullos celebrados sem as precisas solemnidades, e para se não presumirem ratificados com a taciturnidade, assignou Justiniano o quinquennio, quanto aos *onerosos*, e o decennio, quanto aos *lucrativos*.

N. 19. Limita-se porém esta regra para o menor poder, passados os 5 ou 10 annos, arguit a nullidade do contrato nos 10 casos que compendiou Guerreiro tr. 3 liv. 7 cap. 2 a n. 109 ad 120; e alem dos DD. que refere Guerreiro, por Hermosilh. na L. 4 tit. 5 partit. 5 gloss. 12 a n. 61; como quando o contrato foi *simulado*, e *pignoraticio*; quando alem da nullidade interveio *lesão enorme*, ou *enormissima*, ou quando interveio *dolo*; ou quando o tutor alienou a coisa *como sua* propria; ou quando o contrato foi celebrado pelo menor *com o tutor*; ou quando o menor só *contrahio sem curador*; ou quando o contrato foi nullo pelo defeito de alguma solemnidade legal commum a todos os instrumentos publicos (solemnidades que expõem Moraes liv. 4 cap. 1, e Bagna cap.

3); ou quando o menor depois dos 25 annos *ignorava*, e *tinha razão de ignorar a nullidade*, etc. Consultem-se os citados DD., e Barbos. na L. fin. Cod. si maior fact. De fórma que em todos estes casos, não obstando o lapso de 5 annos nos contratos *onerosos*, e de 10 nos *lucrativos*, tem acção de nullidade, duração de mais tempo. Veja-se infra Not. ao n.º 32.

SECÇÃO VI.

Quando tem principio o tempo para implorar a restituição contra os actos validos, ou reclamar os nullos.

N. 20. **O** Quadriennio para implorar a restituição, e o quinquennio, ou decennio para reclamar os actos nullos, tem principio no primeiro dia, que se segue, depois de completos os 25 annos, Ord. liv. 3 tit. 41 §. 6, L. ult. Cod. de Tempor. in integr. liv. 2 tit. 53, Peres ibidem n. 4. *An dies bissextilis in restitutione minorum pro uno habeatur?* Veja-se Coccei Jus contr. liv. 4 tit. 4 q. 1.

N. 21. Quanto aos cazados antes dos 25 annos, e quanto aos que impetrarão supplemento de idade. Se se trata do beneficio da restituição contra os contratos validos, principia no cazado a correr o quadriennio depois dos 20 annos; e ao supplementado depois dos 22 annos (em que já vimos concederem-se neste Reino os supplementos de idade). Porque a Lei *Ea que* Cod. de Tempor. in integr. restitut., procede propriamente nos contratos validos. E depois de concedida aos cazados, e supplementados a administração dos seus bens, e poderem estar em Juizo sem curador, já estão habilitados para pedir restituição con-

tra o acto valido, Lim. ad Ord. liv. 4 tit. 79 §. 2 n. 122, Arouc. na L. 15 ff. de Stat. hom. n. 5 et 6, *Addicionator* ad Phæb. dec. 156 §. *Queritur*, Barbo. na L. fin. Cod. si maior fact. n. 21.

N. 22. Se se trata de reclamar os actos nullos, só principia o quinquennio, ou o decennio depois que o menor cazado ou supplementado passão a idade de 25 annos, o que procede pelo que respeita aos contratos feitos *com nullidade* por falta de Decreto Judicial antes de elles serem cazados, ou supplementados na idade, Cald. verbo = *Infra legitimum* a n. 22, Phæb. dec. 156 n. 12; Portug. liv. 2 cap. 19 n. 42 et 43, Sylv. ad Ord. liv. 3 tit. 42 §. 1 n. 4, Moraes liv. 2 cap. 20 a n. 91, *quidquid dicat*, Peg. ad Ord. liv. 1 tit. 87 §. 28 sub n. 3.

N. 23. A differença consiste em que o contrato nullo só pôde ratificar-se, ou presumir-se ratificado *ex nunc*, e não *ex tunc*, Moraes supr. n. 84, Peg. n. 96 et sub n. 101. Ora, em quanto os cazados, e supplementados não completão os 25 annos não podem alienar *ex nunc*, Ord. liv. 1. tit. 88 §. 28, et liv. 3 tit. 42 §. Logo em quanto não passão a idade de 25 annos, assim como não podem alienar, tãobem não podem de modo algum ratificar a alienação nulla. Pelo contrario os contratos validos só estavam sujeitos a se rescindirem pelo beneficio da restituição: e por isso os cazados, e supplementados, tendo a livre administração dos seus bens, não tem obstaculo a proporem em Juizo o remedio da restituição contra o acto valido, que não depende da ratificação *ex nunc*. Esta differença attingio muito bem Hermostilh. supr. n. 73. E aindaque Arouc. supra n. 5 e 6 queira fazer differença entre os cazados de 20 annos, e os supplementados, espaçando áquelles o quadriennio depois dos 25, e a estes só depois do uso da graça do supplemento, contudo huas, e outros são equiparadas

para o quinquennio, e para o quadriennio, Portug. supra n. 40 et 41, Guerreiro tr. 3 liv. 5 cap. 11 n. 153, Sylv. ad Ord. liv. 3 tit. 41 §. 6 n. 4 et 5. Por Direito Romano (que nesta parte não alterou a nossa Ordenação) principia o quadriennio ao supplementado no dia em que apresenta a graça ao Magistrado, Mul. ad Struv. Exerc. 8 thes. 64.

Já vimos N. 19 os casos em que não obsta o quinquennio ou decennio para accusar a nullidade do contrato. Os casos em que se suspende o quadriennio competente para implorar a restituição, os refere com Barboza Sylv. ad Ord. liv. 3 tit. 41 §. 6 a n. 8 Guerreiro tr. 3 liv. 7 cap. 3 a n. 141 ad n. 149. Hermostilh. L. 4 gloss. 12 tit 5 part. 5 a n. 14 pag. 440, Cald. in L. *Si curatorem*, vb. *Infra legitimum tempus*, Richer. tom. 2 a §. 1562.

SECÇÃO VII.

Transmissão, ou communicação destes remedios competentes aos menores.

N. 24. **E** Ste Direito tanto de pedir a restituição contra os actos validos dentro do quadriennio, como de reclamar no quinquennio, ou decennio os actos nullos, passa aos herdeiros do menor defunto dentro de todo o tempo que lhe restava, ou para implorar a restituição, ou para propor a nullidade. Esta he a regra, L. 5 §. 1 Cod. de tempor. in integr. restit.; Struv. Exerc. 8 thes. 64, Coccei Pai vol. 2 Disp. 41 §. 24, Coccei Filho Jus contr. liv. 4 tit. 4 q. 8. *Part. II.*

rém admiravelmente distingue Brunnem. na L. 5 Cod. de Tempor. in integr. restitut. ut ibi = *Aut minor minoris hæres existit, et quadriennium, quod defuncto competebat, non currit minori, nisi major effectus sit, nec tamen computatur tempus defuncti L. 19 ff. de minor. vid. Oddus q. 10 art. 8. Aut minor succedit majori, et restituitur tantum tempus, quantum restabat defuncto, ut tamen hoc non currat majori nisi majorenni facto, d. L. 19 §. plane et §. 2 h. t. Aut major succedit minori ubi statim ab hereditate adita vel agnita bonorum possessione (antea enim justum est impedimentum, quo minus possit hæres petere restitutionem Odd. d. q. 20 art. 9 et seqq) currit quadriennium §. ult. L. 5 h. t. Aut major majori succedit, qui casus est omnisus, ut indubitabilis, et tunc post aditam hereditatem tantum tempus quantum restabat defuncto. Estas mesmas distincções compendiou Mul. ad Struv. supra, e estofou com toda a clareza Richer. Jurisprud. univers. liv. 1 tit. 28 cap. 5 a §. 1581 tom. 2.*

N. 25. Na causa communa, e individua se communica este direito dos menores aos consocios, ou coherdeiros, Coccei Pai vol. 2 Disp. 41 §. 28 e 29, Coccei Filho Jus contr. liv. 4 tit. 4 q. 11, Guerreiro tr. 3 liv. 5 cap. 11 n. 162, Lim. ad Ord. liv. 4 tit. 79 §. 2 n. 133, e 134.

Qual seja a causa individua, veja-se Gom. 2 var. cap. 10, Julio Capon. de stipulat. q. 8 et 9, Stryk. vol. 4 Disp. 25 §. 6 n. 78. Os mesmos Coccey Pai e Filho firmão esta regra geral = *In hac materia interpretes illud individuum vocant, quod, si is, qui restituendus est in integrum, non possit sentire effectum restitutionis plene, et integre, nisi illa præsit, et*

, communis sit cæteris litis consortibus; licet, alia restitutio ipsa is non competeret. Il Hum bello exemplo temos em Gama dec. 291, aonde o beneficio da restituição, que competia a hum coherdeiro menor, aproveitou-se aos maiores contra a prescripção de huma acção de lesão enorme: outros exemplos praticos se veção em Richer. tom. 2 a §. 1616, e seguintes: e melhor em Stryk. vol. 4 Disp. 25 cap. 5 a n. 78, et n. 97.

N. 26. Em quaes casos a restituição competente ao menor se communica, ou não a seu fiador? Veja-se Vin. Selectar. liv. 1 cap. 9, Struv. Exerc. 8 thes. 60, Coccei Disp. 41 a §. 23, Coccei Filho Jus contr. liv. 4 tit. 4 q. 9, Richer. tom. 2 a §. 1623.

SECCÃO VIII.

Se basta a reclamação extrajudicial do acto nullo dentro do quinquennio, ou decennio por escriptura, sem citação de Partes interessadas.

N. 27. **E**Sta questão acha-se largamente disputada, e julgada em Peg. tom. 7 ad Ord. liv. 1 tit. 87 §. 28 desde o n. 30 até o n. 101 e ahi se vê tencionado, e julgado que a reclamação de huma doação, ou qualquer contrato *lucrativo* que o menor tivesse feiro sem as legaes solemnidades, pôde dentro da minoridade, ou do decennio celebrar se por huma Escripura, sem necessidade de fazer citar ao donatario. Porém a reclamação do contracto nullo, que seja da classe dos *onerosos*, e *receptivos*, como *compra*,

e *venda*, e *semelhantes*, deve necessariamente intimar-se ao interessado. A Peg. neste lugar segue Guerreiro tr. 3 liv. 7 cap. 2 n. 115. Porém nos mais contratos *onerosos* he preciso que a reclamação delles, dentro do quinquennio se intime ao adversario judicialmente, como requerem os Senadores apud Peg. supr., e Gam. dec. 275 n. 3; ou em falta do adversario, e na impossibilidade de o citar, deve fazer-se o protesto perante o Juiz, como no simili da Ord. liv. 4 tit. 51 §. 2, Gam. supr. E neste sentido he que se devem entender, quanto a mim, as doutrinas de Guerreiro supr. n. 114, como bem declara Hermosilh. L. 4 tit. 5 partit. 5 gloss. 12 n. 69.

S E C Ç Ã O IX.

Ratificação expressa, ou tacita dentro do quinquennio, ou decennio.

N. 28. **H**E sem duvida que tanto o beneficio da restituição contra os actos validos, como da reclamação contra os nullos dentro do quadriennio, ou quinquennio cessão, se o já maior ratifica realmente o acto, Hermsilh. L. 4 tit. 5 partit. 5 glos. 12 a n. 47, Guerreiro tr. 3 liv. 7 cap. 2 a n. 99. Latissime Richer. tom. 2. a §. 694.

N. 29. Esta ratificação se pôde fazer expressamente com palavras; ou pôde inferir-se de factos significantes, e approvativos do acto feito na minoridade, Hermsilh. supra a n. 50, Guerreiro a n. 100, Menoch. Recuper. remed. 15 a n. 111, Brunnem. na L. 2. Cod. si maior fact. alienat. Richer. supr. §. 697.

N. 30. Quanto á ratificação expressa. Ou ella se

faz durante a minoridade, e então devem reiterar-se todas as solemnidades, que aliás são necessarias para a alienação dos bens dos menores, Mor. de Execut. liv. 5 cap. 5 a n. 16. Se se faz depois de passados os 25 annos, então basta que o menor sem outras solemnidades ratifique expressamente o contracto, ou que testando deixe os bens ao mesmo individuo, Moraes supr. n. 19, ad omnia Rich. supr. a §. 706.

Porém para ser valida a ratificação expressa, he necessario que o menor ratificante tivesse especifica sciencia do vicio, e nullidade do contracto, e da formalidade delle; se bem que esta sciencia he provavel por conjecturas; e he preciso que na ratificação não influisse dolo, nem intervesse lesão enorme, Richer. supr. a §. 699. Confirraõ-se Conciol. all. 60 a n. 22, Moraes liv. 5 cap. 5 a n. 34, e as geraes regras apud Peg. 1 for. cap. 5 a pag. 439, tetigit ad rem Coccei Jus Controv. liv. 4 tit. 4 q. 24 in fin.

N. 31. Quanto á ratificação deduzida de factos positivos. Esta se induz dos que referem Gallerat. de Renunciat. liv. 5 cap. 6 n. 8, Moraes liv. 5 cap. 5 a n. 26, Altim. tom. 3. q. 1 a n. 436, et 479, et *ad rem* Menoch. Recuper. remed. 15 a n. 118, Voet. ad Pand. liv. 4 tit. 4 a n. 44, Hermsilh. supr. a n. 50, Richer. tom. 3 a §. 717; et a §. 1633. Porém se não pôde subsistir huma ratificação expressa do acto nullo sem que conste que o ratificante tinha sciencia da nullidade; ainda menos por aquelles factos positivos, que referem os citados DD. se pôde inferir ratificação faltando a prova do requisito da sciencia da nullidade; pelas genuinas razões que discorreo, e exhibio Richer. tom. 3 a §. 703, et a §. 1650; e não se admite tal ratificação por inferencia dos factos ne-

cessarios, e executivos que refere o mesmo Richer, a §. 1654, Conf. Conciof. for, all. 60 a n. 22. Urceol. for. cap. 44 n. 25.

N. 32. E quanto á ratificação tacita. He certo, como temos visto, que sendo nullos os contratos pelo defeito do Decreto judicial, ou por qualquer outra nullidade, como pelo defeito de causa necessaria para a alienação; basta só o lapso de 5 annos de taciturnidade depois de completa a idade de 25 annos, quanto aos contractos *onerosos*, e de 10 annos quanto aos *lucrativos*, para entrar a ratificação tacita pela determinação da L. fin. Cod. si maior factus alienat. sin. decret. rat. habuerit, como com os nossos Reimcolas prova Mor. de Exec. liv. 2 cap. 20.

Já no N. 19 referi os casos em que cessa esta regra citando varios DD. Na verdade he questão muito controversa se a disposição da dita L. fin. Cod. si maior fact. rat. etc. só procede quando a alienação não laborou em outra nullidade mais que ou não intervir Decreto judicial, ou ser falsa a causa com que se pretextou, e se procede também quando a alienação foi nulla por outros defeitos de solemnidades legais precisas em todo o acto, ou contracto? Por huma, e outra parte refere muitos DD. o citado Hermosilh. d. 70 et 71, e Guerreiro tr. 3 liv. 7 cap. 2 n. 120. Porém eu com Urceol. Cons. 44 a n. 23, e com os que elle cita, sigo firmemente que a dita L. fin. só procede quando a nullidade provem *da falta de Decreto judicial*, ou da *falsidade da causa*, com que elle se pretextou; e não quando a nullidade provem do defeito de outra solemnidade legal commua para todo o contrato, ou instrumento. Pois se qualquer maior póde allegar até 30 annos qualquer nullidade, porque a acção de

a propor só prescreve por 30 annos; não ha razão para que não tenha a mesma duração a respeito dos contratos dos menores toda a acção de nullidade, que não seja alguma das expressas na dita L. fin. justamente restricta, e limitada só aos casos *da falta do Decreto*, ou da *falsidade da causa* com que se pretextou.

N. 33. Se a ratificação expressa ou tacita dos casos que ficão referidos quando valida se retrotrahe ao dia do acto ratificado para valer, e produzir todos os seus effeitos *ex tunc*, ainda em prejuizo de terceiro; ou se só vale *ex nunc*; he huma questão duvidosa, que largamente disputa Richer. tom. 2 a §. 709; porém elle no §. 714 conclue que obra *ex tunc*, só com estas limitações „ *Nisi aliud actum appareat; sicut enim potest minor major factus eum non approbare, ita et sub conditione, et lege confirmare: aut si intermedio tempore jus alteri questium fuerit, puta si interim alteri legitime distracta res sit, neque enim equitas patitur, ut alter possit jus alteri questum pro arbitrio auferre.* „ Confirma-se o muito que sobre não poder haver retroacção em prejuizo de terceiro que no meio tempo tenha direito adquirido, escreveo Peg. 3 for. cap. 36 a n. 191.

TIT. XIII. §. 9 RUBR.

Et quasi minorum.

N. 1. **N**este §. equipara Mello aos menores (quanto ao beneficio da resutuição) a Republica, o Bispo, a Igreja, as Cidades, os Collegios, e Hospi-

taes, ou Casas de Recolhimentos, as Casas Religiosas, os furiosos, os mentecaptos, os prezos, as *viuvas**, e pessoas miseraveis, atando-os todos como em hum feixe. Assim mesmo os atarão (com muitos DD.) Altim. tom. 6 q. 38 n. 401; Peg. tom. 15 ad Ord. liv. 3 tit. 41 n. 17, Id^o Altim. n. 460.

* As viúvas hoje não, depois do Assento de 29 de Março de 1814, e antes do Assento Leiser. ad Pand. Spec. 61. Med. 9.

N. 2. Com effeito a nossa Ord. liv. 3 tit. 41 §. 4 no fim, e §. 7 concede este beneficio a toda a pessoa que delle goza conforme o Direito, id est o Romano. Não só vemos expressamente privilegiados os menores com este beneficio na Ord. liv. 3 tit. 41, e no liv. 4 tit. 79 §. 2, mas 1.º, o furioso, o prodigo, o mentecapto na Ord. liv. 3 tit. 41 §. 4: 2.º, o soldado, e o rustico na Ord. liv. 3 tit. 87 §. 2: 3.º, o prezo na Ord. liv. 3 tit. 9 §. 12.

N. 3. Por Direito compete o beneficio da restituição á Republica L. 4 Cod. ex quib. caus. maior. L. 3 Cod. de integr. restitut., ás Cidades L. 13 §. 1. ff. de Publican., L. 3 Cod. qui post in pignor. E por identidade de razão L. 32 ff. ad Leg. Aquil.; a todas as Uuiversidades que se regem por Administradores, e Reitores, Losæus de Jur. universitat. p. 3 cap. 18, Richer. tom. 3 §. 364, Struv. et Mul. Exerc. 31 thes. 61.

N. 4. As Igrejas gozão do mesmo privilegio, não só pelo Direito Canonico, ex cap. 1 de Restit. in integr., cap. 7 eod. tit. in 6.º, Clement. unic. eod. tit.; mas pelo Direito Romano L. 35 Cod. de Episc. et Cler. Semelhantemente os Collegios de Orfãos L. 32 Cod. eod. tit.; e geralmente as Confrarias ou seções leigas, ou ecclesiasticas; e as mais causas pias, L. 32

Cod. de Episc. et Cler. (Entre nós a respeito das Misericordias está julgado em Cabed. p. 1 dec. 51 n. 6; e quanto ás mais Confrarias ha a variedade de opiniões, que se vê em Barbos. de Jur. Ecclies. liv. 2 cap. 11 n. 90, e em Altim. tom. 6 q. 38 sub n. 401 pag. 194 col. 2) Veja-se Mul. ad Struv. supra.

N. 5. O Fisco goza do mesmo privilegio, L. *Respublica* Cod. ex quib. caus. maior, L. *Rempubli- cam*, Cod. de Jur. Reip. liv. 10, Larrea all. 71 n. 8, Ansald. de Commer. disc. 18 n. 16, Altim. supr. n. 455. Os soldados, e suas mulheres na L. fin. Cod. de Restit. milit., L. 1 et 2 Cod. de uxor. milit. Os prodigos Altim. supra n. 403. Ou velhos decrepitos, Altim. a n. 431. Os prezos Velasc. de Privil. Miscrabil. q. 11 a n. 46. Mudos, e surdos, Altim. n. 431 y. Muti. Os absentes por causa da Republica. As viúvas sendo pobres, ou velhas (quidquid sit quanto ao privilegio da Ord. liv. 3 tit. 5 §. 3.) Arias de Mez. supra n. 20 et 21. * Et ad omnia Peg. supra tom. 15 ad Ord. liv. 3 tit. 41 n. 17, Struv. Exerc. 31 a thes. 61 et 69, Guerreiro tra. 3 liv. 5 cap. 10 a n. 45.

* Hoje não gozão as viúvas deste beneficio, como declarou o Assento de 29 de Março de 1814.

N. 6. Declara a Ord. liv. 3 tit. 41 §. 7 que „ as , restituições, que se concederem aos menores, ou „ outras pessoas, que conforme o Direito gozão do „ beneficio da restituição não se concedêrao senão nos „ casos, e na fórma que o Direito manda. „ Em que casos pois gozão, ou não os sobreditos do privilegio da restituição, se veja abundantemente no citado Altim. q. 38 desde o n. 408. E pôde applicar-se tudo quanto fica discorrido a respeito dos menores.

Part. II.

Pppp

Em quaes casos , e em que circumstancias gozão as Republicas , Cidades , Universidades , e as Igrejas deste favor. Veja-se Richer. tom. 3 a §. 367.

N. 7. As Cidades , Universidades , e Igrejas gozão da mesma fórma do quadriennio para implorar a restituição *ad instar* dos menores ; o qual se conta não do dia do contrato , ou da lesão , mas da noticia da lesão (ainda que aqui hesitou Mello) cap. 1 de Restit. in 6 , Richer. supra §. 374 , Losæus de Jur. Universit. p. 3 cap. 18 n. 20 , Stryk. Us. mod. liv. 4 tit. 6. §. 5 , et liv. 4 tit. 4 §. 17 , Coccei Jus contr. liv. 4 tit. 4 q. 25. Veja-se Struv. et Mul. Exerc. 8 thes. 64 , aonde distingue : Veja-se *etiam* , Altim. tom. 6 q. 38 a n. 486 com os que cita ; e então resolve : *Quid* quanto á que se concede a furiosos , surdos , mudos , etc. Veja-se Guerreiro tr. 3 liv. 5 cap. 10 n. 31.

As alienações dos bens das Cidades , e Universidades dependem das solemnidades , que recapitulou Richer. tom. 3 a §. 295 , Stryk vol. 4 Disp. 18 tot. Peg. 3 for. cap. 3 a n. 41 Gob. Cons. 5 ; o mesmo Peg. tom. 2 for. a pag. 926 , Portug. de Donat. liv. 3 cap. 3 a n. 39. As que se requerem nos bens da Igreja , o mesmo Richer. a §. 311. Entre nós os bens de Confrarias só podem alienar-se com as solemnidades da Ord. liv. 1 tit. 62 §. 45. Ou pois quando os bens de taes pessoas moraes se vendem em hasta , se procede com as necessarias solemnidades , ou não : *si prius* , só gozão do benefício da restituição (se bem que he assás disputavel se lhes compete nas arrematações em hasta publica para se remover o lanço ao arrematante , ut videre est apud Guerreiro tr. 1 liv. 1 cap. 3 a n. 33 não havendo lesão na sexta parte) : *Si secundum* , não he

necessaria restituição , ex Guerreiro *supr.* a n. 39 , Richer. tom. 2 §. 1660 , et tom. 3 §. 378.

TIT. XIII. §. 12 13 RUBR.

Alia divisio personarum: earum jura.

N. 1. 1.^a conclusão deste §. = *As mulheres não podem ser prezas senão por delicto grave.* Tal conclusão não prova a Ord. liv. 3 tit. 31 §. 4 , e liv. 4 tit. 76 §. ult. Sim , a regra , que a mulher não póe ser preza por divida civil. Esta regra se limitava *in illo tempore* 1.^o , na meretriz solteira , e ainda na casada quando o marido era consentidor : 2.^o , pela divida da administração da tutela : 3.^o , quando ella occultava bens para se não penhorarem : 4.^o , por dividas de tributos : 5.^o , por divida que descendia de maleficio , Silv. ad Ord. liv. 3 tit. 31 §. 4 , Peg *ibidem* , Lim. ad Ord. liv. 4 tit. 76 §. ult. , Peg. tom. 12 ad Ord. liv. 2 tit. 52 §. 4 n. 118.

N. 2. Hoje pelo Assento de 18 d'Agosto de 1774 rãobem os homens não são prezos por dividas civis ou crimes. Esta he a regra que só procede nos devedores *de boa fé* , que *fallirão* ; nos que *não occultão bens* ; nos que *sem culpa propria* , e por hum accidente da fortuna estão impossibilitados a pagar condemnações crimes , etc. , devendo porém depois da prizão , e não em soltura fazer cessão de bens , como bem demonstrei no Tratado das Execuções a §. Se pois huma mulher for meretriz , se quanto á divida da tutela for devedora de má fé ; se ella occultar bens para não pagar ; se a divida proceder de tributos , ou de maleficio ; e então em quanto não fizer

cessão de bens, ainda para com ella ficão practicaveis as ditas limitações para poder ser preza.

N. 3. 2.^a conclusão. *Podem accusar por Procurador na primeira, e segunda instancia.* Assim he; mas 1.^o, devem comparecer a primeira vez a requerer dispensa da residencia, *ad instar* dos que obtem dispensa do Desembargo do Paço para accusar por Procurador: 2.^o, são obrigadas dar fiança *de Judicio sisti*: 3.^o, devem residir sendo reaes, *Addicionator* ad Phæb. Dec. 139. Quando assim são dispensadas de accusar pessoalmente, esse favor não se communica ao réo, que nesse caso he obrigado residir nas audiencias, em differença do caso em que qualquer obtem Provisão para accusar por Procurador; porque o mesmo favor se communica ao réo para tambem por Procurador se defender, *Addicionator* ad Phæb. supra.

N. 4. 3.^a conclusão. *Nos delictos são hum pouco mais brandamente castigadas.* Esta he a regra; mas Renazio a limita nas mulheres impudicas, abjectas, perversas, etc.

N. 5. 4.^a conclusão (quanto aos homens). *Devem ser cazados os que servem Officios da Republica, maxime sendo julgadores.* Esta he a Lei na Ord. liv. 1 tit. 93 §. 1. Mas Cabed. p. 2 ar. 106 a limita nos Serventuarios; e quanto aos Julgadores, está geralmente esta Lei em desuso.

Si dicendum quod res est; talvez seja hoje mal menor o serem solteiros; porque se nestes ha o temor de alliciarem as mulheres, que perante elles requerem (razão da Lei ex Peg. ibidem). Lá está a Ord. liv. 5 tit. 20 e 21 comminando lhes castigo, e o temor d'elle, quando não o de Deos os pôde cohibir. Sendo porém cazados, e com filhos, talvez estejão neste seculo mais expostos a outras tentações para perver-

ver a Justiça. Varião os tempos, e os costumes; devem variar as Leis, Proemio do Alvará de 12 de Maio de 1769.

N. 6. 5.^a conclusão. *Os velhos septuagenarios são excusos da tutela, e dos encargos publicos; assim he.* A sua miseria, e fraqueza os faz dignos de toda a commiseração para todos os objectos civis, e criminaes, como largamente ponderão Velasc. de Privil. miserabil. personar. q. 18, Tiraquel. da Peenis temperand. Caus. 8, Renaz. liv. 2 cap. 5 §. 7. Veja-se o Repertorio debaixo da palavra = *Idade de 70 annos*, etc., aonde cumulo com grande apparato os favores, e privilegios dos taes velhos.

Parece que a Ord. liv. 2 tit. 54 faz dependente de Regia sentença, precedendo informações, a immuniidade dos velhos, e para serem aposentados. Porém Peg. ibidem n. 2, et 3 entende que só he necessaria aquella sentença para gozarem de huma immuniidade geral, e absoluta, ainda mesmo dos encargos de que os velhos não são ordinariamente isentos: mas para obterem os menores privilegios, como excusas de tutellas, encargos publicos pessoaes, ou gozarem do beneficio da restituição, etc., não he necessario, segundo a praxe, recorrer ao Rei, na fórmula da dita Ord., como distingue o mesmo Peg. Veja se Brunneman. in L. 3 ff. de Jur. inimmunat. et in L. 13 ult. Cod. qui ætate, etc.

N. 7. 6.^a conclusão. *Os conjuges entre si gozão dos mesmos Direitos, e o beneficio da minoridade de hum, aproveita ao outro.* Quanto á primeira parte, confira-se Guerreiro tr. 2 liv. 6 cap. 1 a n. 71. E quanto a segunda parte, veja se o notado ao Tit. 12. §. 6 a n. 5.

N. 8. 7.^a conclusão. *A viúva goza dos privilegios do marido*, Veja-se Guerreiro supr. n. 83. *Aliter* quanto ás viúvas dos que só tinham privilegio *ad instar* dos Senadores, porque morto o marido, não ficão gozando do privilegio *ad instar* concedido ao marido, veja-se o Repertorio de baixo da palavra = *Mulheres que ficarem viúvas de Desembarçadores* = etc.

N. 9. 8.^a conclusão. *A viúva, ou seja aubora, ou ré, pôde eleger o Juizo das acções novas, ou o ordinario do seu domicilio*. As ampliações, e limitações desta regra se podem ver em Peg. tom. 13 ad Ord. liv. 3 ut. 5 §. 3.

N. 10. 9.^a conclusão. *Semelbante privilegio tem os orfãos de pai, e quaesquer mulheres solteiras sempre honestas, e as pessoas miseraveis*. Quanto aos orfãos, quaes se devão entender? Veja-se Peg. tom. 13 ad Ord. pag. 177, e seguintes. Quanto ás donzellas, veja-se eund. Peg. pag. 212. Quanto ás mais pessoas miseraveis, e quaes se possam dizer taes, veja-se o mesmo Peg. pag. 181, e tom. 2 for. cap. 11 a n. 103. Como se habilitem estes para affectar o privilegio de miseraveis, veja-se Peg. dito tom. 13 pag. 182 n. 55, Almeid. de Num. quin. cap. 29 a n. 9 Reinos. obs. 52 n. 13.

N. 11. 10.^a conclusão. *Os infames são repellidos dos empregos, e honras da Republica, como de serem Juizes, Vereadores, Almotaces; advogar e procurar por outros; serem tutores; serem incapazes de successões ex testamento, ou ab intestato; não poderem contratabular os testamentos dos irmãos; não serem testemunhas legaes*. Ao mesmo tempo faz Mello huma boa nota sobre qual pessoa se deva hoje dizer infame.

N. 12. Os criminosos de Leza Magestade, e seus

descendentes, he certo que são infames, L. de 3 d'A-gosto de 1770 §. 11. Os mais crimes graves que infamão, e mesmo fazem perder a nobreza, sugeliando os nobres a penas vis, recopilou Thom. Valasc. all. 13. Quaes requisitos devão preceder para qualquer se julgar infame, e ficar com essa nota, veja-se Luc. Ferraris verbo = *Infamia*.

„ *Recte vero notat Stryk. Us. mod. liv. 3 tit.*
 „ 2 §. 1 *quod sive de infamia juris, sive de*
 „ *infamia facti agatur, ad mores Provincia-*
 „ *rum præcipue recurrendum sit, et exinde in-*
 „ *famia sit adjudicanda; idque quia quod olim*
 „ *infamiam irrogabat, contraria lege, vel con-*
 „ *suetudine ab infamiae macula liberari potuit.*
 „ *De carnificibus, lictoribus, prodeuntibus in*
 „ *scenam, tutoribus pupillas ducentibus, infra*
 „ *annum luctus nubentibus etc.* „ Adicionat. ad
 Ferraris verbo *infamia* n. 3. ¶. *Omnino Stryk.*
 supra. Finalmente o Duque da Toscana no seu
 Código Crim. §. 57 legislou a este respeito ut
 ibi = „ *E considerando quanto he contrario*
 „ *aos principios de toda a sociedade, que por*
 „ *Leis, ou abusos introduzidos, e adoptados*
 „ *pelo publico, certas companhias de pessoas,*
 „ *de officios, de artes, ou de profissões sejam*
 „ *olhadas como infames, e especialmente a pes-*
 „ *soa dos executores da Justiça, necessaria ao*
 „ *serviço dos Tribunaes, e ao mantimento da*
 „ *boa ordem; queremos que daqui em diante*
 „ *este abuso seja totalmente abolido, e que es-*
 „ *tas pessoas sejam igualmente admittidas co-*
 „ *mo todas as outras a todas as vantagens*
 „ *civís, e especialmente a servir de testemu-*
 „ *nhas nos differentes Tribunaes, e a gozar de*

„ todos os Direitos, de que gozão em geral
 „ todos os membros da sociedade, não devendo
 „ mais ter respeito a outras excepções que
 aquellas, que provem da conduta pessoal dos
 individuos, e ninguem poderá mais reprovar o
 seu estado. Finalmente a Provisão do Desem-
 bargo de 8 de Junho de 1750 declarou, que o
 Officio de Cortador não induz infamia nem
 vileza. Ind. Chronolog. pag. 326.

F I M.

E R R A T A S.

Pag.	Lin.	Erratas.	Emendas.
6	19	aut fiunt?	aut fiunt.
7	13	a si	assim
8	30	dellas. Reco- mendarei	dellas.... (§. 5.) Enco- mendarei
11	21	Stryk. Silv.	Stryk. <i>supra</i>
15	16	Peg. Silv.	Peg. <i>supra</i>
22	29	Peg. Silv.	Peg. <i>supra</i>
24	23	França Silv.	França <i>supra</i>
28	16	Porum	Forum
44	2	Peg Silv.	Peg. <i>supra</i>
51	31	Repertor. Silv.	Repertor. <i>supra</i>
58	26	à razão dos seus	a razão dos seus
—	—	Privilegios. Co- mo tambem a mesma	Privilegios Como tambem a manha
—	30	direitos	directos
66	14	ainda hoje	ainda que hoje
67	32	Testamenteiro	Donatario
74	17	tambem	tão bem
80	29	Porcip.	Pomp.
83	32	dilatação	delatação
94	29	Har pr. Silv.	Harpr. <i>supra</i>
96	8	impubres pubres	impubres e pubres
100	34	á boa fé	a boa fé
101	17	eorundem	eorum
—	18	pignoris	pignori
105	18	transactione utilitas	transactione utili- tas vero
—	21	recessum an	recessum.... an
—	22	celebratur in- dubioque	celebratur indubio- que
—	24	pecuniæ. Cete- rum	pecunia.... Ceterum

ERRATAS.

Pag.	Lin.	Erratas.	Emendas.
110	14	Corregedor	Cuidador
114	12	Cap. 2. an. 12	Cap. 1.
—	35	<i>datum in occasione</i>	<i>datum ita in occasione</i>
115	1	<i>data præsumentur</i>	<i>ut alias datum non fuisset et peculium castrense dicitur....</i>
—	5	<i>dicuntur. Si autem</i>	<i>dicuntursi autem</i>
117	12	<i>ad filium</i>	<i>ad filium fam.</i>
125	7	<i>præsumentum</i>	<i>præsumentum</i>
127	17	<i>haverd</i>	<i>haverá</i>
135	30	<i>cum</i>	<i>eum</i>
157	8	<i>Icto</i>	<i>Sito</i>
158	10	<i>possit; hæc enim</i>	<i>possit. Hic enim</i>
160	11	<i>convenire</i>	<i>conveniri</i>
—	22	<i>ipso</i>	<i>eo</i>
163	2	<i>convertat</i>	<i>convertit</i>
—	16	<i>ipsum</i>	<i>ipsi</i>
171	26	<i>notificação</i>	<i>ratificação</i>
202	18	<i>mnis</i>	<i>omnis</i>
205	6	<i>entre</i>	<i>entre</i>
—	18	<i>Dispensaveis</i>	<i>Dispensações</i>
210	9	<i>autem non obtinebunt</i>	<i>autem obtinebunt</i>
—	17	<i>ulgada huma</i>	<i>ulgada nulla huma</i>
244	22	<i>partus</i>	<i>partu</i>
—	24	<i>adeo lognosrenda</i>	<i>adeo causa cognoscenda</i>
265	15	<i>se ipsum</i>	<i>semet ipsum</i>
269	24	<i>principaliter attendendum</i>	<i>principaliter esse attendendum</i>

ERRATAS.

Pag.	Lin.	Erratas.	Emendas.
—	29	<i>vita, ne querere</i>	<i>vita, et salutis, ne querere</i>
—	31	<i>militiæ. Et</i>	<i>militiæ, in facto aut in fieri excusatur frater. Et</i>
274	22	<i>ipse</i>	<i>ipsi</i>
315	10	<i>infima</i>	<i>infirma</i>
319	13	<i>communicacionem</i>	<i>communicationis</i>
—	26	<i>in putativæ</i>	<i>in putativo</i>
320	16	<i>hæredunt</i>	<i>hæserunt</i>
336	19	<i>potest</i>	<i>posset</i>
350	5	<i>ne scitur</i>	<i>nescitur</i>
—	6	<i>Lucra</i>	<i>Lucrata</i>
—	8	<i>habetur</i>	<i>habentur</i>
368	24	<i>ensdo</i>	<i>sendo</i>
368	16	<i>aculta</i>	<i>faculta</i>
387	17	<i>communicantur</i>	<i>communicentur</i>
—	—	<i>et ex communi</i>	<i>et soluto matrimonio ex communi</i>
413	4	<i>se faz</i>	<i>se fizer</i>
447	8	<i>ou fosse</i>	<i>ou fizesse</i>
450	15	<i>tinha</i>	<i>tenha</i>
—	24	<i>procede</i>	<i>pádece</i>
452	5	<i>aabuc</i>	<i>adbuç</i>
453	18	<i>reitallo</i>	<i>reitallo</i>
502	22	<i>druidem</i>	<i>druidem</i>
528	12	<i>Dizem</i>	<i>Dizer</i>
543	10	<i>acquirit</i>	<i>adquirat</i>
573	11	<i>coguntur</i>	<i>cogantur</i>
604	9	<i>TIT. II §. N.</i>	<i>TIT. XL. §. 3.</i>
612	34	<i>80 a velho</i>	<i>80 annos velho</i>
641	20	<i>possit</i>	<i>potest</i>

ERRATA S.

<i>Pag.</i>	<i>Lin.</i>	<i>Erratas.</i>	<i>Emendas.</i>
642	7	<i>et conveniri</i>	<i>vel conveniri</i>
643	29	<i>Minorib. ibi =</i>	<i>Minorib. in princ.</i> <i>ibi =</i>
656	6	q. 10	q. 20.
—	35	<i>illa præsit</i>	<i>ille prosit</i>