

MANUAL

DO

DIREITO CIVIL PORTUGUEZ

SEGUNDO A NOVISSIMA LEGISLAÇÃO

POR BRUGNEY

SEGUNDA EDIÇÃO

VOLUME I

LISBOA

EDITORES, ROLLAND & SEMIOND

RUA NOVA DOS MARTYRES, 3

1868

A publicação de um Código civil é na vida dos povos um facto importantissimo, pelo alcance que as suas disposições teem nas relações de familia, de sociedade e de propriedade.

Não pode, portanto, passar desaperecebida a promulgação do novo Código civil portuguez.

Dedicados por gosto e por officio ao estudo do Direito, seguindo mais ou menos voluntariamente o exame dos mui diversos e vastissimos capitulos em que elle se divide, não podiamos deixar de applicar-nos ao estudo da nova legislação, pela qual tinhamos de aconselhar outros, pois seguimos a difficillima vida de advogado.

À proporção que estudavamos o Código civil, robusteceu-se na nossa alma a convicção da necessidade (ao menos para nós) de comparar o que era o Direito civil portuguez anterior ao Código, e o que ficava sendo depois. Tomámos como representando aquelle estado as *Instituições do Direito civil portuguez*, de Coelho da Rocha, a mais aprimorada obra que sobre a materia conhecemos, do novo Direito civil a expressão era necessariamente o Código.

Um Código que, por mau fado seu e nosso, soffreu tantas revisões, não podia deixar de apresentar difficuldades de interpretação

scientifica, e mais ainda quando se tractasse de o applicar aos factos occorrentes.

Em taes casos tinhamos de formar uma opinião nossa; e ahi a expomos, não pela vaidade de crear escola, que não é isso para nós, mas impellidos da necessidade e franqueza, porque, se, quando consultados, temos que dar a nossa opinião, que duvida pode dar-se em a publicar?

A cada passo encontrámos a necessidade de recorrer ás fontes da jurisprudencia moderna, e fizemol-o sem parcial admiração, mas tambem sem presumpção hostil.

O que pensamos foi o que escrevemos.

À Universidade de Coimbra, onde no melhor tempo da nossa vida estudámos a sciencia do Direito, pelo menos com boa vontade, dedicamos este nosso pobre trabalho; não é para a illustrar, que não carece ella de illustração ainda quando lh'a pudessemos dar; mas como testemunho de gratidão, coisa que vemos custar tanto a tanta gente, mas que para nós foi sempre o mais natural e grato dos sentimentos.

Com isto cumprimos um dever, sem tornarmos solidaria essa ALMA MATER, dos defeitos da obra; esses são nossos, e muito nossos:

não foi lá que os tomamos; o que pode haver de bom é o que copiamos dos outros: damos a cada um o que é seu, e já com isso administramos justiça.

O publico júlque da obra, se acaso se quizer dar a esse trabalho; nós quasi que a condemnariamos ao fogo, se a pena ultima não estivesse abolida.

Não démos ás nossas reflexões a fórma de commentarios, porque nos pareceu que o não eram, nem podiam ser. Uma exposição do que fica sendo o nosso Direito depois da promulgação do Codigo é cousa muito differente de um commentario ao texto do Codigo.

A casa dos srs. Rolland & Semiond tomou a si editar este nosso trabalho, o qual, querendo Deus emprestar-nos alguma saude, e prolongar a vida, se ha de concluir com a maior rapidez; mas esta indispensavel celeridade de publicação ha de conhecer-se pelos descuidos da phrase, e faltas typographicas.

Desculpem, se quizerem.

Façam melhor — é o que desejamos.

ERRATAS

Pag.	lin.	Erros	Emendas
19	28	loucos ou exercicios.	loucos, com exercicios
30			Antes do periodo que começa = Como promettemos etc. deve fazer-se a seguinte divisão = PARTE II, <i>Do direito das pessoas.</i>
42	41	moderna, era logico	moderna, eram logicos querendo,
44	1	Capitulo V	Capitulo IV
48	12	Capitulo VI	Capitulo V
53	8	Capitulo VII	Capitulo VI
65	21	deve contar-se .	devem contar-se
69	25	pelo que	pelos que
71	3	e de poder paternal	e a de poder paternal
76	36	se estiver	se estivesse
79	21	(morto)	(morte)
»	33	convivencia	convivencia
81	16	Examinemos	Examinamos
88	16	exerce	exige
»	23	porque	para que
89	21	(ou 300 dias X 30)	(ou 300 dias - 30
96	24	a F. por seu marido o perfilhar	a F. por seu filho pelo perfilhar
»	38	(1741)	(1841)
»	40	na disposição da lei;	uma dispensa na lei
98	12	depois no 512	depois em 512
99	14	aos estuprados e adúlteros	aos filhos do estupro, e adúlteros
»	35	nihilominus	nihilominus
105	20	tem desde o § 9 inclusivè a inscripção = ... e até o § 12, onde vem o trecho	desde o § 9, inclusivè a inscripção = ... até ao § 12, onde vem etc.
104	»	»	O periodo que começa = Já se vê etc. = deve vir depois do que se lhe segue = Era este etc.
114	47	Demais, força é dizel-o, mal vae esse tolle contra ficções juridicas, quando a ordem publica e administrativa se funda e viva, e se pode dar um passo é á força de ficções.	Demais, força é dizel-o, mal vae esse tolle contra ficções juridicas, quando a ordem publica e administrativa nasce e vive de ficções, e sem ellas não dá um passo
112	20	§ 102	§ 111
113	6	Vasto campo etc.	É o começo do § n.º 112
115		Capitulo VI	Capitulo VII
122	20	A Sé romana via augmentar de dia para dia as suas relações com os povos de origem germanica, ... e assim começou a adoptar	E a Sé romana que via augmentar de dia para dia as suas relações com os povos de origem germanica começou a adoptar, etc. .
131	11	bispos, e concillos e bispos	bispos, e concilios com os bispos
132	33	que os pobres para evitarem o mal, gratis, isto é o que manda o Direito canonico : é isto o que defendemos	e que para os pobres para evitarem o mal, seja gratis. É isto o que manda o Direito canonico. É isto o que defendemos
144	1	Capitulo VII	Capitulo V
147	14	E levando ainda além da morte o cuidado de os dirigir e proteger, é attribuição do pae,	E por levar ainda é attribuição, etc.

Pag.	lin.	Erros	Euandro
151	16	... a muitos dos nossos usos da família que provieram os pecunios	a muitos dos nossos usos de família, e foi d'ella que provieram os pecunios, etc.
155	20	... trará á collecção	trará á collação
164	*	... Capítulo IX	Capítulo VI
165	*	... Capítulo X	Capítulo VII
169	*	... Capítulo XI	Capítulo VIII
"	8	... hade fallar	hade fallar
184	*	... Mas esta regra soffre excepções—Se não ha parentes senão de uma das linhas, nomeam-se para vogaes da outra os amigos daquelle dos paes do pae do pupillo, com a differença que neste caso, essa linha de que unicamente ha parentes, a materna, a qual pela regra só devia dar dois vogaes, dará tres, vindo a ser dos extranhos somente dois	Mas esta regra soffre excepções—Se não ha parentes senão de uma das linhas, nomeam-se para vogaes da outra os amigos daquelle dos paes do pae do pupillo, com a differença que neste caso, se a linha de que ha parentes é a materna, a qual pela regra só devia dar dois vogaes, dará tres, vindo a ser extranhos somente dois.
187	38	... 5.ª Confirmar a tutela que a mãe confada por testamento ao segundo marido	5.ª Confirmar a tutela que a mãe houver nomeado por testamento no segundo marido
190	54	... tendo a tornar	tende a tornar
193	12	... porque isso entendemos pela palavra etc.	porque é isso o que entendemos pela palavra
193	22	... O não haver resultado proveito ao menor	O não haver resultado em proveito ao menor
194	30	... mas isso nada livre de estabelecer um absurdo, e vem a ser ... e logo outro a par do primeiro, e vem a ser — que não marcando o valor dos dias de prisão ... fica plenamente arbitraria a duração da prisão, ou a mesma, quer o alcance não pago seja de 5 réis ou de 5 milhões.	mas isso não a livra de estabelecer um absurdo e vem a ser ... e logo outro absurdo a par do primeiro, e vem a ser — que não marcando o valor dos dias de prisão, como se falta no Projecto art. 261, mas só a pena do Código penal. ... fica plenamente arbitraria a duração da prisão; ou a pena será a mesma, quer o alcance não pago seja de 5 réis ou de 5 milhões.
200	21	... mas assistir é menos que tomar mas é o direito de exame, e fica-se etc.	mas assistir é menos que tomar, mas ainda é o direito de examinar, e pode por isso approvar ou desapprovar?
209	41	... Secção II	Secção III
213	5	... thermometro da utilidade	thermometro da oferta e do pedido
217	21	... invannia	infancia
223	8	... porque tem para lhe	porque, para lhe fazer etc.
225	29	... marcavam	marcava-se
226	20	... escrivão n.º 16	escrição n.º 1.
228			Os periodos d'esta pagina devem ler-se pela seguinte ordem = 1.º O Código. ... 2.º É uma definição. ... 3.º Preferimos. ... 4.º Dissemos. ... 5.º Diz o Código. ...
"	1	... Preferimos esta definição	Preferimos a definição
236	29	... quando está no menor	quando se dá no menor
244	26	... alguns direitos	alguns dinheiros

INDICE

	Pag.
LIVRO I — PROLOGOMENOS	1
PARTE I—Noções de direito civil, lei e seus elementos	"
CAPITULO I—Noções geraes	"
1 Direito	"
2 Só o homem é capaz de ter direitos	2
3 Pessoa	"
4 Personalidade e capacidade juridica	"
5 A lei protege a pessoa juridica	"
6 Capacidade juridica civil	"
7 Código civil	"
8 Não contém todo o direito civil vigente	4
9 As disposições do Código são leis	5
10 Lei	"
11 Partes da lei	6
12 Fundamentos da lei	"
13 Competencia e legitimidade da auctoridade	"
14 Emquanto ao fim	"
15 Emquanto ao objecto	7
16 Emquanto á forma	"
CAPITULO II—Noções especiaes da lei	8
Secção I—Promulgação	9
17 Publicidade legal	"
Secção II—Retrosactividade	10
18 O que seja	"
19 Quando se dá	11
Secção III—Redacção	13
20 Causas da má redacção de muitas das nossas leis	"
Secção IV—Interpretação	15
21 Sua necessidade	"
22 Suas especies	16
CAPITULO III—Divisão do Código	"
23 Razão de ordem	"
24 Bases da divisão	"
25 Divisão	17
CAPITULO IV—Fontes da nossa legislação	"
Secção I—Código	"
26 Regra legal	"
27 Necessidade de um Código civil	19
Secção II—Fontes antigas	21

	Pag.
28 Ordenações philippinas.....	21
29 Leis não codificadas.....	"
30 Assentos da Casa da Supplicação.....	22
Secção III — Direito subsidiario.....	23
31 Direito natural.....	"
32 Direito romano.....	24
33 Direito canonico.....	25
34 Codigos modernos.....	26
35 Opiniões e sentenças.....	27
CAPITULO V — <i>Termos juridicos</i>	"
36 Tempo.....	"
37 Titulo e modo.....	29
38 Suas divisões.....	"
PARTE II — DO DIREITO DAS PESSOAS.....	30
CAPITULO I — § 39 Dos escravos.....	30
40 Dos libertos.....	31
CAPITULO II — <i>Classificação de pessoas</i>	32
41 Das pessoas physicas.....	"
CAPITULO III — <i>Menoridade</i>	33
42 Puberdade, impuberdade.....	"
43 Procreação, nascimento, vida.....	34
44 Nacidos e estrangeiros.....	36
45 Portuguezes.....	37
46 Da perda dos direitos de portuguez.....	40
47 Dos portuguezes em paiz estrangeiro.....	41
48 Dos estrangeiros.....	42
CAPITULO IV — Das pessoas moças.....	44
CAPITULO V — Do domicilio.....	47
51 Origem do domicilio.....	"
52 Suas especies.....	49
53 Voluntario.....	"
54 Necessario.....	50
CAPITULO VI — <i>Da visinhança</i>	52
CAPITULO VII — <i>Das ausentes</i>	53
56 O que sejam.....	"
57 Curadoria provisoria dos ausentes.....	54
58 Curadoria definitiva.....	56
59 Como se instala.....	57
60 Como se exerce.....	59
61 Atribuições do curador.....	"
62 Como acaba a curadoria.....	62
63 Herdeiros do ausente.....	"
64 Disposição do Codigo.....	63
65 Disposições antigas.....	64
66 Ração de decidir.....	"
67 Reapparecimento do ausente.....	"
CAPITULO VIII — <i>Da ausencia no estado conjugal</i>	65
Secção I — Não havendo filhos.....	67

	Pag.
70 Ausencia de um dos conjuges.....	68
71 Havendo filhos.....	"
72 Especialidade.....	"
PARTE III — DAS PESSOAS INCAPAZES DE SE REGEREM.....	69
CAPITULO I — <i>Da menoridade</i>	"
73 Sua incapacidade legal.....	"
74 Consequencias d'este estado.....	"
Secção I — Do patrio poder.....	70
75 Ração de preferencia.....	"
76 Definição legal e doctrinal.....	71
77 O que seja patrio poder.....	"
78 Diversas funcções.....	72
79 A origem é a natureza.....	73
80 Provas — lei romanas.....	"
81 Povos orientaes — Tribu.....	76
82 Povos septentrionaes — Feudalismo.....	"
83 Codigo wisigothico.....	77
84 Entre nós.....	78
85 Pelo Codigo.....	"
Secção II — Dos filhos.....	"
86 Especies de filhos.....	"
CAPITULO II — <i>Dos filhos legitimados</i>	79
87 Elementos de legitimidade filial.....	"
88 Prazos de existencia.....	"
89 Presumpção de paternidade.....	82
90 Nem só os filhos são fim do matrimonio.....	84
91 Quaes são os filhos legitimados.....	85
92 Epocha de que deve datar-se a legitimidade.....	87
93 Meios de a sustentar.....	88
96 Exige-se para ter este direito o ser homem.....	90
CAPITULO II — <i>Modo de provar a filiação legitima</i>	"
97 Quantos e quaes são.....	"
98 Registo de nascimento.....	"
99 Documento authenticico.....	91
100 Posse de estado.....	92
101 Como se prova.....	93
CAPITULO III — <i>Dos filhos legitimados</i>	94
102 Da legitimação por subseqüente matrimonio.....	94
103 Pelo nosso Direito antigo.....	96
104 Particularmente em relação ao subseqüente matrimonio.....	97
105 Por Direito canonico.....	99
106 Por Direito portuguez antes do Codigo.....	103
107 Systema do Codigo.....	106
108 Pelo Codigo.....	108
109 Quando aproveita.....	110
110 Emquanto aos adulterinos e incestuosos.....	112
111 Do casamento putativo.....	"
112 Seus effeitos.....	113

113	Como se fazem os perfilhamentos.....	Pag. 115
CAPITULO IV—Grãos e linhas de parentesco..... 114		
114	Linha e grãos o que sejam, e suas especies.....	117
115	Como se contam os grãos.....	120
116	Até que grãos se dá o incesto.....	121
117	Segundo as leis antigas.....	122
118	Por direito canonico.....	123
119	Grãos prohibidos.....	133
120	Consanguinidade-affinidade.....	135
121	Parentesco espirital.....	137
122	Como se faz a perfilhação.....	139
123	Outros filhos illegitimos.....	141
124	Dos sacrilegos.....	142
125	Da investigação do patrio poder.....	144
126	Investigação da malernidade.....	145
127	O pae não pode usar d'acção de filiação.....	148
128	Quando se poderu intentar.....	149
CAPITULO V—Effeitos do patrio poder..... 144		
Secção I—Emquanto aos filhos legitimos.....		
129	Em relação ás pessoas e bens.....	145
130	O pae reúne ambas.....	148
131	Differença da mãe.....	150
132	Emquanto ás pessoas.....	151
133	Emquanto aos bens.....	153
134	Diversidade dos bens dos filhos e dos direitos dos paes sobre elles.....	154
135	Dos peculios.....	156
136	Especies de peculios, castrense e quasi-castrense.....	158
137	Outros peculios.....	159
138	Direito dos paes nos peculios.....	161
139	Direito francez.....	163
140	Direito portuguez.....	164
Secção II—Do poder paternal, dissolvido o matrimonio..... 158		
141	Dissolução por morte de um dos conjuges.....	159
142	Obrigações communs a ambos os conjuges.....	161
143	Especies da viuva.....	163
144	Quando a mãe passe a segundas nupcias.....	164
145	Quando se dissolver o matrimonio sem ser pela morte ou pela separação judicial.....	165
CAPITULO VI—Effeitos do patrio poder em relação aos filhos illegitimos..... 164		
146	Dos não perfilhados.....	165
147	Dos perfilhados.....	167
CAPITULO VII—Suspensão e terminação do patrio poder.....		
148	Suspensão.....	168
149	Terminação.....	169
CAPITULO VIII—Dos alimentos.....		
150	O que sejam.....	171
151	A quem são devidos.....	172

152	Especialidades.....	Pag. 171
153	Alimentos conjugaes.....	172
154	Alimentos provisionaes.....	173
155	Quando cessam os alimentos.....	175
CAPITULO IX—Das tutelas.....		
Secção I—Generalidades.....		
156	Necessidade da tutela.....	176
157	Em que consiste.....	177
158	Antiga e actual organização.....	178
159	Quando funcionam.....	180
Secção II—Especies de tutelas.....		
160	Da testamentaria.....	182
161	Da legitima.....	183
162	Da dativa.....	185
Secção III—Do pro-tutor.....		
163	O que seja.....	191
Secção IV—Do conselho de familia.....		
164	Sua organização.....	192
165	Atribuições.....	197
Secção V—Do curador dos orphãos.....		
166	O que seja.....	200
Secção VI—Dos direitos e obrigações do tutor e pro-tutor.....		
167	Dos do tutor.....	203
168	Dos do pro-tutor.....	207
Secção VII—Dos que não podem ser tutores, pro-tutores, nem vogaes do conselho de familia.....		
169	Dos que não podem exercer cargos de tutela.....	209
170	Dos que podem ser removidos e excluidos.....	211
171	Dos que podem excusar-se dos cargos tutelares.....	213
Secção VIII—Da administração dos bens do menor.....		
172	Da administração.....	214
173	Do arrendamento dos bens.....	216
174	Da venda dos bens.....	219
Secção IX—Da tutela dos filhos illegitimos.....		
175	Dos perfilhados.....	221
176	Dos spurijs.....	222
Secção X—Da tutela dos expostos e abandonados.....		
177	O que era pelo antigo Direito.....	223
178	PeloCodigo emquanto menores.....	225
179	Quando maiores.....	227
Secção XI—Da tutela dos filhos das pessoas miseraveis.....		
180	Em que consiste esta tutela.....	228
Secção XII—Consequencias das tutelas dos menores.....		
181	Rescisão dos seus actos.....	229
182	Do registo das tutelas.....	230
Secção XIII—Conselho de tutela.....		
183	O que seja e como se fórma.....	231
184	Processo do recurso.....	232

Secção XIV—Como findam as tutelas dos menores.....	Pag. 230
§ 185 Maioreidade.....	231
§ 186 Da emancipação.....	»
CAPITULO X—Dos interdictos.....	235
Secção I—Da demencia.....	»
§ 187 O que seja e como se processa.....	»
§ 188 A quem se defere a tutela dos mentecaptos e qual sua acção.....	238
§ 189 Estado do interdicto emquanto a pessoa e bens.....	240
§ 190 Como acaba.....	241
Secção XI—Dos surdos-mudos.....	»
§ 191 Quando se dá a tutela.....	»
Secção III—Dos prodigos.....	242
§ 192 O que sejam e qual a tutela.....	»
§ 193 Estado do prodigo e como acaba este estado.....	244
Secção IV—Da incapacidade accidental.....	246
§ 194 Em que consiste e quaes os seus effeitos.....	»
Secção V—Da incapacidade por effeito de sentença penal condemnatoria.....	247
§ 195 O que seja o seu remedio.....	»

MANUAL

DO

DIREITO CIVIL PORTUGUEZ

SEGUNDO A NOVISSIMA LEGISLAÇÃO

LIVRO I

PROLOGOMENOS

PARTÉ I

NOÇÕES DE DIREITO, CAPACIDADE CIVIL, LEI, SEUS ELEMENTOS

CAPITULO I

Noções geraes

§ 1

DIREITO

Entre as varias noções que da palavra *Direito* se podem dar, pondo de parte as que são puramente philosophicas e abstractas, ou aquellas em que metaphoricamente se toma o continente pelo conteúdo, e assim dizemos Direito divino, ou Direito natural todas as regras deduzidas, ou da revelação divina, ou da razão humana; e também dizemos Direito romano, Direito penal etc. a collecção de principios, quando só em theoria, ou de disposições com promulgação e sancção, quando escriptas, das leis romanas, ou penaes; temos ainda em sentido theorico-practico a *faculdade moral* que tem o homem de *practicar ou deixar de praticar certos factos*; e por obrigação a *necessidade moral de praticar ou não praticar certos factos*. (art. 2.º C. civ.)

É neste sentido que o tomou o Codigo Seabra (1), e portanto é d'elle que nos occupamos.

(1) Quaesquer que hajam sido as alterações feitas ao Projecto do Codigo apresentado pelo sr. Seabra, todavia cabem-lhe todos os direitos da paternidade, e paternidade gloriosa.

A corôa de loiro de legislador que cinge a cabeça de Napoleão, pelo seu Codigo, é por certo mais esplendida do que as palmas de mil batalhas.

Não adulamos, dando ao Código o nome do seu A.: se nem sempre concordamos com elle, temos a franqueza de o admirar e dizer com justiça — *sum cuique*.

§ 2

SÓ O HOMEM CAPAZ DE TER DIREITOS

E sendo certo que só o homem, animal racional, essencialmente sociavel, pode ter a faculdade ou a necessidade de praticar certos factos, segue-se *que o direito presuppõe a faculdade moral; e a obrigação a necessidade tambem moral*.

E porque, tanto a faculdade, como a necessidade, são *moraes*, e sendo em ambos os casos o homem o *subjecto* que tem a faculdade ou a necessidade, segue-se que *só o homem é susceptivel de direitos e obrigações* (art. 1.^o).

§ 3

PESSOA

Mas do principio de ser o homem social, e de representar ou ser representado por outros, mesmo por coisas, nasce adoptar-se na linguagem juridica a expressão PESSOA, que, sendo um só homem, chama-se *physica*, e quando muitos, ou mesmo uma coisa que represente os homens, mas com abstracção dos individuos, chama-se *peessoa moral*.

§ 4

PERSONALIDADE E CAPACIDADE JURIDICA

Mas isto não altera a unidade do principio, que é o da personalidade; embora resida em um, em muitos homens, por si, ou representados; e assim a PERSONALIDADE JURIDICA *consiste em haver capacidade para direitos e obrigações* — e neste sentido tomaremos as expressões PESSOA = PERSONALIDADE (art. 1.^o).

§ 5

A LEI PROTEGE A PESSOA JURIDICA

Pode-se, e de facto se adquire, muitas vezes esta capacidade ou personalidade, independentemente de acto ou vontade do homem; e portanto, embora para a adquirir *seja necessario o nascimento*, todavia o *individuo logo que é procreado*, ou pelos principios physio-

logicos se deva julgar tal, *fica debaixo da protecção da lei* (2) e *tem-se por nascido para os effeitos* marcados na lei (art. 5). (3)

(2) A lei protege assim os individuos ou entes capazes de personalidade, e tambem as coisas, como instrumentos do desenvolvimento da mesma personalidade: no caso em que estamos, o *homem possivel* que a lei protege desde o momento da procreação recebe uma protecção *pessoal*, ou *protecção real*?

Seremos muito parcios e resumidos em notas; não fazemos *commentarios*, mas uma simples exposição, mas ponho este? porque o *nasciturus pro nato habetur* dos Jctos romanos, não podendo ter por base um facto sujeito à prova, como o momento da copula, para d'ahi datar a procreação do feto, depois homem; nem mesmo se o embryão já devia carecer de tutela, tomou-a a doutrina de Hippocrates (noster Hypocrates) dos limites extremos, dentro dos quaes se deve dar a gestação, e tomou-os como *momentos juridicos* para marcar a animalisação do embryão humano.

(3) Basta a palavra *tem-se* para prova de que ha um *fição*! Tão indispensaveis são ellas nas materias juridicas! Effectivamente só depois de nascida a creatura se pode dizer humana e adornada dos meios de desenvolver a sua razão, e mesmo de ter d'ella consciencia, e portanto só então se pode chamar homem, e não coisa. Mas no caso contrario os actos que se deram na presumpção de que o ente que estava nas entranhas da mulher era uma creatura humana, são annullados, e devem ser dados como taes.

§ 6

CAPACIDADE JURIDICA CIVIL

Os direitos e obrigações, cuja reunião em um só individuo constitue a sua capacidade juridica, podem variar infinitamente, quando se irradiam em relação aos seus objectos, ou fins, pela mesma fórma que do centro de um circulo podem partir innumeraveis raios para a circumferencia; mas o Código, por isso que é civil, occupa-se unicamente daquelles *direitos e obrigações que se limitam ás relações reciprocas dos cidadãos entre si como meros particulares, ou entre os cidadãos e o estado em questões de propriedade ou de direito puramente individuaes, os quaes constituem a capacidade civil dos cidadãos, e são regidos pelo direito privado contido no Código civil; excepto havendo lei especial* (art. 3).

Aqui temos ainda a palavra *direito* tomada no sentido de leis, e portanto o direito do Código são as disposições legislativas contidas no mesmo Código.

§ 7

CÓDIGO CIVIL

Código, porém, é ou a collecção systematica de tantas leis quantas são as disposições nella contidas, ou uma lei contendo multipli-

ces disposições. E segundo regula os actos politicos, os civis *qua* taes, os que importam infracção de leis penaes, etc. assim se chama Código politico, civil, penal, commercial, etc.

Differe porém das *collecções* ou *collações*, mais ou menos systematicas, das leis publicadas, bem como da exposição doctrinal de qualquer legislação.

§ 8

NÃO CONTÉM TODO O DIREITO CIVIL VIGENTE

Assim, ainda depois da publicação do Código Seabra, não fica nelle contido todo o direito civil portuguez; porque, variando infinitamente as questões, muitas e muitas não haverão sido previstas pelo Código; mas então—*não podendo ser resolvidas, nem pelo texto da lei, nem pelo seu espirito, nem pelos casos analogos, prevenidos em outras leis, serão decididos pelos principios de direito natural, conforme as circumstancias do caso* (art. 16)=(4).

Hoje a invasão das theorias do Código francez, ou antes dos seus commentadores, porque aquelle Código está, como succede a todos os Códigos depois de alguns annos de vida, quasi um mytho, talvez careça deste remedio; mas vejamos o que fica de pé—texto da lei=(não entendido pharisaicamente ou á ingleza)—espirito da lei=casos analogos prevenidos em outras leis=principios de direito natural.

Quem tiver experiencia dos perigos do abuso da dialectica juridica não achará exagerada nem terrorista a nossa apprehensão.

=Outras leis = parece-nos vago de mais, porque não explica, se as posteriores, ou coevas, se são as anteriores ao Código, e mesmo se as que serviram de fonte ao mesmo Código, elemento indispensavel para se entender o texto, e poder extrahir o espirito.

As leis das nações modernas, o Direito canonico para as questões que prendem com a Igreja, o Direito romano, a mais abundante e pura fonte de principios racionais do Direito positivo, continuam a ser subsidio *non ratione imperii, sed imperio rationis*?

Entendemos que sim, porque Direito natural, de que ha tantos systemas e Códigos quantas as cabeças, não pode ser tomado senão pela collecção dos principios que a sabedoria dos Jctos. e das nações tem universalmente adoptado para base e principios racionais das suas legislações e systemas.

Além d'isso a civilisação da Cruz veio alterar profundamente, não os principios de eterna verdade, que a revelação primitiva plantou no coração de todos os homens, mas alargar-lhe tão indefinidamente os horisontes, que se confundem com a propria, infinita e inerente

verdade de Deus; sendo até d'ahi que nasce o perigo do novo pantheismo germanico; quando, abandonada a revelação, dogma catholico, se segue unicamente o pharot da razão, a principio, seguro e claro, emquanto finito, mas que, alargando-se, enfraquece de brilho, empalidece, e a final apaga-se, deixando o pobre que por ella sòmente se guiava, offuscado e cego no meio das trevas (duvida e scepticismo) e se ainda ahí não pára, e caminha, necessariamente cahe no abysmo, e morre.

Já se vê que, para nós, nada mais indefinido do que = principios de Direito natural, como Direito subsidiario, e que entendemos o preceito do Código, como referindo-se aos principios em que estão de accordo todas as leis e todos os povos da civilisação christã; e quando entre estes dados positivos houver divergencia, devemos não seguir a maioria, mas o que a analyse dos motivos e hypotheses e as regras da hermeneutica nos declararem melhor, por mais conforme ao espirito de civilisação practica christã.

§ 9

AS DISPOSIÇÕES DO CODIGO SÃO LEIS

O Código ou collecção systematica de preceitos, a que se chama *disposições* (mas que nem por isso deixam bem de merecer o nome de *leis*) é por si a LEI CIVIL.

§ 10

LEI

Lei é a regra estabelecida por auctoridade competente, e é por essa regra que os homens, sujeitos a essa auctoridade, devem affirir os seus actos; ou, não o fazendo, sujeitar-se ao *castigo*, á nullidade, e deve de ser sufficientemente promulgada (5).

(4) Julgamos (salvo o respeito) que o remedio é peor que o mal. A lei de 18 de agosto de 1769 quiz cortar a ruim e supersticiosa veneração para com os glossadores, e mesmo Jctos, romanos, e combater a influencia dos canones, mas, como lei de reacção, foi além do justo.

(5) Não escrevemos de *jure constituendo*, e muito menos theorias ou philosophia de Direito; mas confessamos que no profundo sentir dos Jctos. romanos a noção de lei era eminentemente moral, e que a distincção, não moderna, mas hoje geralmente adoptada, de separar o justo do bom, o direito da moral, se tem sido proveitosa, e muito, para methodisar o estudo das leis, tem tido talvez o inconveniente de desautorisar as mesmas leis. Quizeramos poder em vista do Código adoptar por lei a definição de Marcian. Fr. 2 D. de leg. (L. 3). *Norma juxta aique injusta* = ou como mais practica, a de Celso adoptada por Ulpiano = *Ara boni et aequi* (Fr. 1 D. de Just. et Jur. l. 7.)

§ 11

PARTES DA LEI

Tem por tanto necessariamente duas partes toda a lei, a *dispositiva*, ou expressão de vontade do legislador, e a *sanção*, ou motivo de obrigar a cumprir-se essa vontade, castigo, pena, nullidade, da obrigação de responder pelos damnos da omissão ou commissão da infracção do preceito.

§ 12

FUNDAMENTOS DA LEI

As disposições são umas vezes fundadas na exposição de princípios, outras não; porque os subentendem. Aquellas, ainda podem tomar por base factos, princípios ou fins geraes, ou hypothèses, mais ou menos restrictas; e assim serem geraes ou hypotheticas (talvez o maior defeito dos fragmentos do Digesto e das Ordenações).

§ 13

COMPETENCIA E LEGITIMIDADE DA AUCTORIDADE

A competencia da auctoridade é mui differente da sua legitimidade. A competencia é correlativa á obediencia ou subjeição. Em materia civil não importa saber se justa ou injustamente exerce o poder soberano de legislar quem o deve ter ou não; uma vez que somos obrigados a obedecer-lhe, uma vez que lhe estamos subjeitos, a sua vontade é lei civil, ou regula os nossos actos civis. Assim os Filippos, usurpadores da corôa portugueza, legislaram pelas leis civis, que não foram revogadas; os actos civis feitos segundo as prescripções de Napolcão I, rei de Portugal, e em seu nome nunca foram invalidadas pelo restabelecimento do legitimo governo portuguez.

Já assim não é emquanto á legitimidade, a qual não prescreve pela obediencia e subjeição, por diuturna que seja.

§ 14

EMQUANTO AO FIM.

Consideradas as leis civis ainda em quanto ao seu fim são — *imperativas*, *prohibitivas*, *facultativas* ou compostas d'estas feições (6).

(6) Fr. 7 D. de leg. (l. 2.) *Modestino* — *Legis virtus est imperare, vitare permittere punire*. Estas ultimas são as penas.

a) Assim o art. 1114, ordenando, que *As dividas contrahidas pelo marido na constancia do matrimonio, sem outorga da mulher, FICAM OBRIGADOS OS BENS PROPRIOS DO MARIDO* — é uma lei *imperativa* como tambem *hypothetica*.

b) O art. 1535 é *prohibitivo*, porque prohibe sob uma pena — o emprestimo feito a menor sem auctorisação — sendo a sancção não se poder exigir. *O emprestimo feito a menor, sem a devida auctorisação, não pôde ser exigido, nem do mutuario, nem do fiador, se o houver.*

c) E finalmente o art. 1875 é uma lei *facultativa*, mas condicional. Os herdeiros legitimos podem ser privados pelo testador da sua legitima, nos casos que a lei expressamente o permite.

d) Os art. 1739 e seguintes contêm leis *facultativas*; porque deixam livre o testar ou não; imperativas e prohibitivas porque declaram de nenhum effeito a disposição que depender de instrucções secretas e imperativas, mandando vigorar os testamentos authenticos, mas quanto ás datas, anteriores aoCodigo — vigoram — se tiverem os requisitos exigidos ao tempo da sua feitura.

§ 15

EM QUANTO AO OBJECTO

Ainda em quanto ao seu objecto, as leis podem ser *reaes* ou *personaes*, conforme regulam as coisas (em opposição) *personas* e assim marcam as condições de propriedade que regulam as servidões, onus reaes etc. etc., ou as *personas* como as que marcam unicamente a maioridade (condição) patrio poder etc., e finalmente mixtas, quando se occupam de uma outra coisa, como as que regulam as successões e partilhas.

§ 16

EM QUANTO Á FÓRMA

Finalmente emquanto á forma, entre nós variam muito, porque neth oCodigo acabou com as que existiam, senão emquanto ao que elle regula, nem depois deixarão de publicar-se decretos, alvarás, cartas regias, etc.

Antes de entrarmos no exame destas differentes fontes de legislação, tractaremos das condições geraes e communis a todas ellas.

CAPITULO II

Noções especiaes da lei

SECÇÃO I

Promulgação

§ 17

PUBLICIDADE LEGAL

É por certo inútil o mostrar-se a necessidade da promulgação da lei, que tomamos aqui como synonymo de publicidade, pois sem se tomar conhecimento da disposição não pode haver obrigação de a cumprir.

Mas a lei civil deve, por uma ficção, partir do principio—que as suas disposições são conhecidas, e, como na verdade nunca isto se possa dar, por falta de sufficiente promulgação de uma parte: e de outra, de capacidade para comprehender o que se publica, o legislador vê-se levado a crear a par da ficção de ampla publicidade, a de haver em todos a capacidade de comprehender a sua disposição.

Em quanto a primeira ficção, a lei para ter publicidade *legal* (isto é, força de obrigar) deve ter os seguintes requisitos—*em quanto ao modo*—IMPRESSA—*ao logar*—FOLHA OFFICIAL DO GOVERNO—*emquanto ao tempo*—LISBOA E SEU TERMO 3 DIAS DEPOIS DA PUBLICAÇÃO (7)—NO RESTO DO CONTINENTE DO REINO 15 DIAS (8)—ILHAS ADJACENTES—8 DIAS DEPOIS DA CHEGADA DA PARTICIPAÇÃO OFFICIAL (9).

Em relação á capacidade de entender a lei, ou no facto de não saber da sua existencia, o nosso Direito civil moderno *não exige de cumprir as obrigações impostas por lei, com o pretexto* (10) *de ignorancia desta, ou com o seu desuso* (C. civ. art. 9.) (11).

(7) Estando o governo fóra de Lisboa (e não ha lei que tal prohiba)? Dependo da casualidade da folha official publicar-se neste ou naquelle ponto: mas nesse caso Lisboa entrará na regra dos 15 dias, e esse local da publicação e seu termo ao dos 3 dias.

Sabemos de uma importante e curiosa questão que dependeu de um computo similhante, por causa do decreto de 13 de agosto de 1833, publicado em Lisboa, mas não em Bemfica.

(8) D. de 13 de agosto de 1833 § 2.

(9) L. de 9 de outubro de 1841.

(10) E se não fôr pretexto, mas uma realidade? ex. g. o individuo fez uma viagem de mar que durou um mez, quando regressou contava 20 dias de publicidade uma lei civil que alterava o direito anterior: o viajante chega e pratica um acto juridico, válido por o anterior direito, nullo pela lei novissima (exg. testar autcupativamente.) Será nullo este acto?

Entendemos que não, e que lhe aproveita a ignorancia por ser verdadeira e não um *pretexto*, que é o caso doCodigo. (Doctrina adoptada pelo Cod. da Prus. Intr. art. 16.º e 17.º)

Bem vemos que d'aqui se segue que a ignorancia se póde allegar, e ser atleodida, quando fôr verdadeira; e que isto tem inconvenientes. Mas antes isso.

OCodigo fr. de proced. art. 506.º, penal art. 183.º e civ. art. 4.º não admittem que o Juiz deixe de despachar por não haver lei; e os commentadores dão como razão que na falta de lei, ou sua obscuridade, o Juiz tem sempre uma lei gravada no seu coração, o direito natural.

(11) Já apontamos o reparo que nos merece a doctrina doCodigo, com a palavra—*pretexto*—mas agora temos que lembrar uma outra coisa. Se póde aproveitar a ignorancia da lei, cumpre todavia marcar bem seus limites.

Os Jelos romanos, que mais detidamente trataram esta materia, estabeleceram duas regras: a primeira que as leis negativas, *non nocendo, non agendo*, não podiam ser ignoradas—a segunda que as positivas o podiam ser quando alheias á vida e profissão; o militar, em quanto a direito civil, o rustico, o estrangeiro, etc. e por equidade n'esta classe, os menores e mulheres, segundo a sua idade e instrucção.

A nossa antiga legislação (Decr. de 9 de sept. de 1747) estabelecia o principio de que as leis do reino, escriptas, diuturnas, publicadas, não podem ser ignoradas: logo a sua promulgação exige o ser escripta, ter certa duração, e serem publicadas.

Era então a publicação pela Chancellaria mór do Reino, e de officio communicadas a todas as auctoridades.

O Marquez de Pombal, que tanto innovou, pronunciou-se nas suas leis contra as *leis novas*, exigindo a diuturnidade.

A eschola juridica, creada pela legislação pombalina, e de que é chefe o eminente Juris-consulto Mello Freire, estabeleceu o principio de que entre nós devia ser regra aproveitar a *ignorancia*; o que importa a necessidade de provar a obrigação do saber. Em razão d'esta opinião era sobremaneira accetavel, porque no meio da confusão e desordem da nossa legislação, complicada com o Direito commun, canonico, Codigos modernos, e chamado Direito natural, devia presumir-se a ignorancia (Mello Freir. L. 4.º, § 10.º, Lobão, 2.º lin., not. §35, Dir. emphy. § 419.) O que já seguiam os allemães.

A moderna eschola (Borges Carneiro, Coelho da Rocha, Correia Telles, etc.) seguindo os principios dos novos Codigos parece adoptar, que a ignorancia póde dar-se, e sem distinguir se é ignorancia de facto, se de direito (Cod. civ. fr. art. 1110, Cod. da Pruss. P. 1.º, T. 4.º, art. 75, e Austria 1431—e mui expressamente o de Sardenha art. 1197—Vid. Coll. de S. Joseph, admitta que sendo substancial annulle o acto juridico e dá logar a exame, quando não se provar o contrario.

OCodigo parece seguir este caminho, porque usando da palavra *pretexto*, quando não aproveita, a contrario sensu não sendo pretexto aproveita.

Os entendidos em materia de legislação hão de desculpar-nos, se não resumimos bem estas diferentes opiniões.

(12) Bem conhecemos a impossibilidade de satisfazer a todas as considerações nestas questões de prazos legais: mas parecia-nos muito melhor que se adoptasse o systema das zonas concentricas ao ponto da publicação, do que dar o mesmo prazo a Cintra, Almada ou Villa Franca etc. e a Bragança. Os habitantes das primeiras terras tem 15 dias para obedecerem á lei, e os de Bragança terão 8 ou 9.

E porque terão os das ilhas só 8 dias quando os do continente teem 15? Não achamos razão para estas diferenças, as quaes na practica muitas vezes importam sérias difficuldades.

A expressão Lisboa e seu termo entendemos, que deve estender-se aos concelhos de Lisboa, Belém e Olivaes; aliás a freguezia de S. Jorge extra-muros estaria fóra da saneção da lei, doze dias mais que a outra intra-muros.

As leis francezas segundo o art. 1.º do C. civ. produzem effeitos juridicos, em virtude da promulgação feita pelo imperator, 24 horas depois, na residencia do imperante, e nos departamentos contam-se vinte e quatro horas em razão de dez myriametros de distancia do lugar da publicação á capital do departamento. A lei de 25 thermidor a 11 publicou o quadro dessas distancias legais. Depois a lei de 27 de novembro de 1816 determinou como data para contar os dias, a recepção da folha official pelo ministro da justiça, o qual terá um registo destas recepções. Finalmente a Ord. de 18 de janeiro de 1817 authorizou o governo a modificar estes prazos, mandando entregar extraordinariamente ao prefeito de qualquer departamento o Boletim das leis publicadas, casos em que o prefeito deve immediatamente mandar imprimir copias, e, com mandado seu, fazel-as affixar nos logares publicos.

Como são confiamos muito no resultado do subsidio do direito natural, confessamos que em caso de duvida seguiríamos as mui sensatas disposições da lei franceza. Demais a publicação do novo Codigó já foi uma innovação ás suas disposições, dando-se-lhe seis mezes de publicidade sem força de obrigar.

(*) Temos visto citada por todos esta lei, nunca a podemos ver.

SECÇÃO II

Retroactividade

§ 18

O QUE SEJA

A lei civil não tem effeito retroactivo, ou não podem ser julgados nulos os actos contrários á lei, uma vez que sejam praticados antes da promulgação desta.

Este principio do art. 8 do Codigó é tirado do art. 143 da C. Const., e esta o foi buscar a mui antigas fontes; mas tambem é daquelles principios que, sob uma apparencia de verdade simples e indisputavel, offerece na practica sérias difficuldades, que não podemos calar de todo, apesar da rapidez com que temos de tractar estas materias.

O Codigó em seguida á disposição apresenta logo uma excepção—*exceptua-se a lei interpretativa*, a qual é applicada *retroactivamente*—mas tambem juncta a esta excepção uma restricção que a faz entrar na regra—*salvo se d'essa applicação resulta offensa de direitos adquiridos*.

O nosso trabalho, tendendo unicamente a apresentar o quadro da nossa novissima legislação depois da publicação do Codigó Sea-

bra, e não um commentario ao Codigó, desculpa-nos o sermos concisos, mas não queremos ser omissos, pelo principio de Horacio—*brevis esse laboro, obscurus fio*.

Por mais longe que se suba em materia de legislação, a não retroactividade acha-se sempre garantida; e se o Direito natural algum preceito gravou no coração do homem, e que possa, sem o soccorro da revelação, ser conhecido, é este um; porque sendo a lei regra das acções, antes d'ella existir não pode haver regra. Isto é de primeira intuição; mas cheguemos á practica!

Este principio geral á primeira vista parece mui simples, na practica encontra muitas difficuldades. Diz o grande practico Coelho da Rocha.

«Os romanos já estabeleceram este principio (L. 7. C. de leg.) e na «nossa antiga legislação era principio corrente; mas ainda sem fallar-
«mos em materia crime como alheia a este assumpto, é ainda fre-
«quente apparecerem graves duvidas sobretudo em materia de con-
«tractos.

«Não fallaremos de leis absurdamente odiosas, como as do curso
«forçado da moeda fraca, etc.; essas aberrações, ou violentos meios
«de governança, nunca podem entrar na classe de principios.

«Ha quasi sempre nos contractos condições as quaes são feitas
«debaixo de uma certa legislação, e conforme a ella, mas a execu-
«ção pelo mesmo contracto só tem logar d'ahi a tempos. Neste in-
«tervallo vem nova lei, que altera ou mesmo annulla os actos pra-
«cticados na forma antiga. — É o mesmo caso da marcação de pra-
«sos; que sendo differentes nas duas leis, antiga e moderna, todavia
«esta annulla.»

Que ha muitos casos d'estes só o poderão negar os que forem completamente leigos nesta materia, e assim não admira que todos os Jctos. estabeleçam principios reguladores d'este assumpto; e força é confessar que é ao Direito romano que as teem ido buscar.

Fugindo, quanto possivel, a deixar-nos arrastar pelo vastissimo campo a que nos conduziria esta materia, bastará ajuntarmos o que fica sendo legal (ainda assim é ao nosso ver muito).

§ 19

QUANDO SE DÁ

Segundo o Codigó, a não retroactividade das leis tem a excepção «sendo interperativa a lei,» e esta excepção limita-se para se entrar na regra geral, quando d'essa applicação resulta offensa de direitos adquiridos—mas ficam por este modo extinctos todos os casos de retroactividade?

Parece-nos que não.

Em materia vincular temos as leis de 30 de julho de 1860, 19 de janeiro de 1861 que tiveram e tem effeito retroactivo, e eram no entanto leis de abrogação.

O proprio Codigo na sua lei de promulgação apresenta mui notaveis exemplos de retroactividade.

Diz o art. 5 desta lei de 1 de julho de 1867 = *Desde que principiar a ter vigor* o Codigo civil ficará *revogada toda a legislação* anterior que recahir nas materias que o Codigo abrange, quer essa legislação seja geral, quer seja especial.

Ora antes do dia em que o Codigo começa a vigorar, um menor de 25 annos, mas maior de 21 fez um contracto de venda de que era condição ser a importancia exigivel em junho de 1868, o menor nestas mesmas circumstancias vendeu uma terra por muito menos do seu valor no fim de 67—Contracto nullo pelo antigo Direito que no entanto era o dos Contractos. Mas depois do Codigo é valido pelo art. 344 que declarou maiores os que tiverem 21 annos; e mais o art. 1640 que permite a usura, e 1582, que não admitte a lesão como uma das causas da rescisão.

Portanto em todos os casos em que a nova lei estabelecer novos prazos ou novas condições de validade serão essas as reguladoras, embora o seu effeito se retraia (DELVINCOURT. *Cours. du Cod. civ.* —MAYER.—*Inst. jur.* MERLIN. *Report.*

Quando houver materia em litigio adoptamos o principio do Decr. de 17 de julho de 1778 (12^a) de que nas questões, embora pendentes em tribunaes superiores, *se no primeiro se tiver dado a ultima sentença*, sejam julgadas no superior, em conformidade das leis vigentes ao tempo em que se proferiu a dita sentença.

Tambem naquelles casos em que a disposição ácerca de quaesquer bens ficar dependente de um facto posterior, devem regular-se pela lei que regular ao tempo da realisação do facto.

É assim que sempre entre nós se entenderam as materias de disposição do ultimo contracto, testamentos, legados pios, etc. etc. (Assent. de 5 de novembro de 1770, de 29 de março de 1770, 3 de agosto, e 20 de dezembro do mesmo anno.

Finalmente não duvidamos de abraçar o principio das velhas Ordenações Philipinas de que as leis, por utilidade publica, comprehendam algumas vezes os casos *de preterito* (13).

(12^a) Esta lei é um dos monumentos de mais decidida reacção legislativa que conhecemos.

Quando um dia houver quem escreva a historia da nossa legislação, achará decerto a essa lei os vestigios de uma reacção aristocratica a mais violenta. O genio revolucionario, e por isso mais despótico do que reformador, do Marquez de Pombal, era atacando furiosamente pela reacção, até certo ponto legitima, mas

odienta e barbara e, sobretudo, ignorante, que se desenvolveu no reinado seguinte.

Infelizmente o genio de Martinho de Mello, e do bispo inquisidor, não era para comprehender a obra colossal de Pombal, nem tinham vista que atravessasse o véu (então bem diaphano) que encobria a revolução!

Surdos, míopes e fracos eram agitados por uma vertigem mulheril (e quem sabe até que ponto esta phrase será exacta?) que os levou a doitar o camarello a legislação pombalina, e esse decreto é o boletim da sua maior batalha e victoria—Mas causa dó.

Deixaram intactos os principios contidos nos preambulos de tantas leis, que preparavam o terreno á revolução, deixaram em pé milhares de disposições, onde reina o mais despótico regalismo, para dar importancia ás joias, pragmaticas, legítimas e dotes de filhas de casas nobres, e metralhar a materia de disposições de ultima vontade.

Tudo aristocratico, tudo formulas, tudo privilegios, tudo vaidades pueris e ridiculas!

E a hurguezia emancipada de todas as peias, e o industrialismo inaugurado em systema, e a instrução civil secularizada e tirada da direcção religiosa, e o jansenismo e cesarianismo ensinados na universidade e aulas superiores?!

Tudo ficou intacto, porque n'isto não interessavam as assafatas e damas do pago; e os cortezaes não ouviam o trabalhar incessante dos encyclopedistas, e os primeiros Irons da trovada em França; ou se o ouviam, era com o desdém aristocratico da corrompida corte de Luiz XV, que diziam—*après... le déluge.*

(13) A Ord. L. 1 tit. 81 prohibindo as escripturas feitas por tabeliães estrangeiros, maximè castelhanos, declara nullas as que—*até agora forem feitas.*

A do L. 2 tit. 28 § ult. prohibe as doações de alfandegas, sizas, e outros direitos reais, e diz—O que tudo haverá lugar e se entenderá nas doações feitas pelos reis nossos antecessores etc. Doctrina confirmada em varias leis, etc. Mas sobretudo o mais frisante exemplo que apresentam as nossas leis, é o da celebre lei mental.

Embora fosse uma argucia, bem pouco digna, de seu primeiro auctor J. d'Arocas, todavia era altamente politica, e por isso passou para a Ord. L. 2 tit. 35.

SECÇÃO III

Redacção

§ 20

CAUSAS DA MÁ REDACÇÃO DE MUITAS DAS NOSSAS LEIS

Antes de fallarmos na interpretação, não podemos deixar de tocar em um ponto desgraçadamente posto de parte pelos redactores de muitas das nossas modernas leis.

O modo, pelo qual hoje se forjam as leis, é, tristemente, causa dos aleijões que trazem, e que ninguém pôde emendar; mas se a isto accresce a obscuridade de sentido por falta de propriedade de termos, coisa em que nenhuma sciencia moral é mais rica do que a Jurisprudencia, por gongorismos, ou mesmo pelo uso da lingua mascarada, o que resulta é vir a lei baralhar todos os interesses e direitos.

E no entanto uma disposição que vem regular as nossas relações com pessoas e coisas, influir assim em todos os actos da vida, deve ser redigida, por modo que seja intelligivel.

É até uma condição da necessidade da promulgação, da qual deriva a força de obrigar.

A não suppôrmos, que, por motivos particulares, o legislador tenha querido que o não entendam (caso infame, mas não inventado) o regular é que, exigindo o cumprimento da sua vontade, queira que esta seja entendida por todos.

Portanto, a primeira condição é que a redacção seja concisa e clara, coisas que não se excluem, antes combinam perfeitamente.

Para a concisão muito contribue o uso dos vocabulos na sua acceção technica, e a parcimonia de phrases equipolentes, e periphrases que servem unicamente de embarçar a interpretação, porque é necessário affirir as qualidades da lei escripta pelas regras da hermeneutica que é, como se sabe, a arte de entender o sentido pela lettra. (14)

Para a clareza contribue muito a exposição dos motivos que impelliram o legislador: mas isto nem é possível em um Codigo que enfeixa milhares de leis, nem tão pouco, quando os preambulos são emphaticos, ou alardeam erudição, e muito menos quando sophisticos.

Assim pela immensa difficuldade de haver um bom preambulo, é melhor prescindir delles.

(14) A simplicidade que, seguindo bom mestre, aconselhamos não se deve confundir com a vulgaridade.

Ha quem sustente, que a lei deve ser escripta por forma que todo e qualquer cidadão possa entendel-a.

A nossa opinião não é essa exactamente. A lei penal deve estar ao alcance de todos, e até fazer parte o seu ensino da mais elemental instrucção; mas a lei civil não pôde ser; porque, abrangendo um sem numero de hypothèses, não pôde deixar de resumir-se em preceitos geraes, sendo de pois a sua applicação nos casos emergentes o resultado do estudo da sciencia da legislação, das fontes da lei, e do seu fim, o que pertence a homens competentes.

«A lei não deve ser clara para supprir a ignorancia ou perguica dos cidadãos, mas para evitar que sirva de arma a partes contrarias» diz o Jcto. Mayer nas suas Instituições judicias.

Eis a razão por que o legislador deve ter o maior cuidado em usar dos termos sempre na mesma significação, evitar os chamados synonymos, e fugir de todos os ornatos e flores: deve ser um logico profundo, e nunca o que se chama um stylist.

Nas grandes epochas da sciencia a lei toma as fórmas do rigor geometrico, e d'ahi nasce a sua belleza.

E não depende isto só da lingua em que é escripta. E senão compare-se a grande epocha dos Jctos. romanos, escrevendo as inimitaveis obras, de cujos reatallhos se formou o Digesto; a magnifica linguagem de Gaio nas suas Institutas, com a verbosidade e enredada contextura das Novellas byzantinas, e mesmo das

Leis do Codigo *Repetita Praelectionis*, e ficará provado como a mesma lingua pôde servir para modelos de expressão (taes que ao profundo Leibnitz merecem o chamar-lhe geometria) e de confusões, fructo da corrupção do gosto e da sciencia.

É este o lugar de tocar no inconveniente das definições.

Tão necessaria entendemos ser a definição dos crimes para evitar confusões na applicação da pena, como perigoso dal-as em Direito civil; e assim não confundir o furto com o roubo, o homicidio com o aborto, o lenocinio com seducção, etc., é uma necessidade para a pena ser bem graduada e applicada: quando pelo contrario em Direito civil, não só o legislador limita a faculdade dos particulares em suas delinções, mas vae até ao ridiculo de tornar-se pedagogo.

Ou a definição é exacta, isto é—*conforme as noções que a sciencia e os costumes que já antes da lei existiam davam*, e então inutil, superflua; ou exprime uma coisa diferente, e então não serve senão de confundir, ficando com o mesmo nome coisas diferentes; o que denota ou ridiculo amor de innovação, ou pobreza de espirito, pois coisas novas devem ter nomes novos.

E' por isso que os Jctos. romanos tinham como principio o *Omnis definitio in jure civili periculosa est; parum est, enim, subverti nequeat*. Frag. 202 D. de reg. jur. Javol. (L. 17.)

Ha um meio termo, de que não conhecemos senão dois exemplos, e um d'elles nosso.

Haver um tractado ou compendio *legal* de Direito civil, no qual o legislador doctrine.

Justiniano com as suas *Institutas*, modeladas sobre as de Gaio (o mais completo fragmento do Direito civil romano que possuímos) a que deu força de lei, não no sentido de as tornar lei para os particulares, mas sim de doutrina legal, por onde se deviam regular os que aconselhassem ou julgassem os cidadãos, abriu um grande exemplo.

E' digna de ler-se e meditar-se a lei que deu força ás *Institutas*, não esquecendo ser ella dirigida aos estudantes da Direito.

Os Estatutos novos da nossa Universidade, se são um dos mais gloriosos monumentos da nossa litteratura, são tambem baseados nos principios que seguiu Justiniano; e assim embora não tam completos como as *Institutas*, todavia serão sempre uma abundante fonte para o estudo da jurisprudencia, e para dispensar definições.

Muito haveria a dizer em tão vasto assumpto, mas somos forçados a pôr ponto, exprimindo um desejo que nos parece bem simples — que ao menos as leis fossem escriptas em lingua castiga.

SECÇÃO IV

Interpretação

§ 21

SUA NECESSIDADE

Não basta que as leis tenham os requisitos expostos, é necessario que sejam entendidas; e é para isso que serve a interpretação.

Ha sempre que se faz uso de uma lei uma interpretação, isto desde o particular que a lê, até ao jurisperito que, seguindo ella

aconselha, e o juiz que a applica aos casos occorrentes. Isto ainda quando a lei seja simplicissima.

§ 22

SUAS ESPECIES

Não fallaremos desta *usual*, mas sim da *authentica* e da *doctrinal*.

Pela primeira quem faz a lei, deve saber melhor do que ninguem, o que quiz dizer ou ordenar; e portanto já os Juizes romanos diziam *ejus est interpretare leges cujus est eas condendi*; principio sempre reconhecido, e que hoje está consignado no art. 15. da Cart. const.

A consequencia é, que, ainda quando a interpretação *authentica* venha ordenar o contrario da lei (e mais de um exemplo se poderia apontar); é ella que se deve seguir.

A segunda constitue uma arte, que faz parte essencial da sciencia da jurisprudencia, quando applicada ás leis.

O seu fim é sempre descobrir a mente, ou vontade, do legislador, e para isso o Jurisconsulto, com o auxilio da logica e dialectica propriamente juridica, emprega todos os meios internos e externos que podem leval-o ao fim desejado.

A diversidade dos meios, e dos modos de os applicar dá logar a varias especies de interpretação: mas nós iriamos mui longe do nosso rumo, se nisto nos detivessemos, e por isso limitamo-nos a recommendar muito o tractado de Savigny, e o nosso Coelho da Rocha, Donat e Correia Telles.

CAPITULO III

Divisão do Código

§ 23

RAZÃO DE ORDEM

Em differentes relações podemos considerar as prescripções do direito civil; mas não fazendo questões de melhorias de methodos; adoptaremos a divisão seguida pelo Código, com quanto a não achemos a mais conforme aos principios da philosophia de direito.

§ 24

BASES DA DIVISÃO

Os homens tem direito aos meios necessarios e até uteis á sua conservação e aperfeiçoamento; e como esses meios possam provir

de coisas, ou de outros homens, segue-se: que temos direitos reaes e pessoaes em virtude dos quaes podemos obrigar os outros a fazerem ou omittirem certas acções, bem como a tornar exclusivamente nossas certas coisas.

E, como consequencia necessaria, devemos estar munidos dos meios de haver essas coisas, de as conservar ou destruir, e de excluir as outras: pessoas de exercerem em relações a ellas direitos eguaes aos nossos; e bem assim devemos fazer que os outros nos prestem o que devem, ou se abstenham dos actos que podem restringir a esphera dos nossos direitos. — O direito *real*, ou acerca de coisas — *pessoal* ou acerca de pessoas — e *acções*, em relação aos meios de tornar effectivos os nossos direitos tem estes fundamentos.

§ 25

DIVISÃO DO CODIGO

Capacidade civil

Com quanto seja esta na essencia a divisão das materias do Código, todavia a forma é differente, porque começa por tractar da CAPACIDADE CIVIL e por todas as *condições da personalidade*. — Depois tracta da *adquisição dos direitos*, quer sejam *originarios*, quer *dependentes de vontade* e facto proprio, independentemente da co-operação de outrem, ou com essa co-operação, ou só pelo facto de outrem, ou pura e simplesmente por disposição da lei: e ahi temos o

Jus personarum.

São na verdade estes os unicos modos de adquirir direitos, e corresponde ao *Jus personarum* dos *Jetos* romanos; porque a capacidade de adquirir direitos e ter obrigações constitue a personalidade juridica, de que só o homem é capaz (art. 1).

Jus reale — direito de propriedade.

Como, porém, o homem em virtude da sua capacidade juridica tenha a *faculdade de applicar* á conservação da sua existencia, e ao *melhoramento da sua condição*, tudo quanto para esse fim legitimamente adquirir, segue-se que tem o direito da PROPRIEDADE, que é essa faculdade (art. 2167).

É esta a parte, que segundo o systema romano, comprehende o direito REAL, ou *jus in re*.

Jus actionum — demonstração da verdade dos factos allegados.

Finalmente podendo ser violados os nossos direitos, tanto pes-

soas como reaes, é por tractar, deste ponto que o Código conclue: sendo o feixo os principios regulamentares das provas, porque estas são a demonstração da verdade dos factos allegados em juizo (art. 2404).

O que corresponde ao *Jus actimarum* dos Ictos. romanos.

Ha talvez na classificação das materias suas irregularidades e infracções a este methodo, mas a perfeição nesta parte é impossivel, pela impossibilidade de descriminar a verdadeira natureza dos actos.

Acostados ao systema do Código será, segundo elle, que tractaremos os pontos do nosso direito civil actual.

Antes, porém, de entrarmos no estudo das suas disposições, devemos apontar quaes ficam sendo as fontes do nosso direito civil.

(15) No fim d'esta obra junctamos uns quadros synopticos das materias do Código, segundo as divisões d'elle.

CAPITULO IV

Fontes da nossa legislação

SECÇÃO I

O Código

§ 26

REGRA LEGAL

O Código Seabra, ou antes a lei da sua promulgação (art. 5.^o), revoga toda a legislação anterior ao Código, uma vez que *recaia nas materias que o mesmo Código abrange*, ficando revogada toda a legislação em contrario (art. 10.^o).

A clareza desta revogação geral e absoluta não corresponde a condicional do periodo anterior; porque temos—que para a revogação de qualquer lei anterior é necessario que *recaia* em materia que seja abrangida no Código.

Os dois verbos offerecem obscuridade porque o *abranger* traz a idéa de estar essa materia comprehendida, ser abraçada (*ad brachia trahere*, ou *tangere*) pelo Código, mas não que nelle se legisle, providencie, disponha acerca de todos os pontos ou hypothèses, mais ou menos vulgares, e por isso pôde o Código *abranger* uma materia, e no entanto ser omisso em algum caso a ella pertinente. Mas o *readir* é mais obscuro por trazer consigo a idéa da *reincidência*, neste assumpto absurdo por impossivel, pois a lei preexistente ao Código não pôde *reincidir*; ou mesmo quando tomada no sentido de *reali-*

sar-se = *tornar-se*, *effectiva*, ou *retrahir-se*, por exemplo o dominio *recae* no *senhario util* — a successão de A *recae* em B; sub-entendemos sempre a repetição de um facto, como o do dominio util, que o *senhario* demittiu de si, e agora recupera, a successão de A volta de certo modo para elle porque B o representa etc.

Parece-nos, pois, que não a letra mas o espirito foi revogar toda a legislação relativa a pontos não omissoes no Código; mas enquanto aos omissoes *necessariamente* ficarem em vigor a leis anteriores.

Assim, dando a primazia de honra e de auctoridade em materia civil ao Código, julgamos ainda fontes mui abundantes, e em muitos casos indispensaveis a legislação anterior, e como o virá a ser a posterior.

E, ainda além disso, toda a parte que a sciencia de Direito, Códigos de nações civilizadas (16), Direito canonico e o romano nos subministrarem; e, ainda assim, milhares de vezes se verá o Jurisperito embaraçado em achar um fio de Ariadna, que o saque das intrincadas voltas do labyrintho que a multiplicidade de negócios cria, a chicanaria, a ignorancia e avaria dos rabulas e leguleios augmenta e solidifica.

(16) Confessamos que achamos este titulo altamente improprio. A bondade da disposição, e não a nação que a inscreveu nos seus Códigos, é que nos deve decidir. Quem negará a civilização dos romanos? e ao emtanto quem adoptara hoje muitos das suas leis?

Não seríamos nós civilizados quando em 1603 se promulgava uma lei que condemnava quem *ousasse lançar sortis para adivinhar, varas para achar thesouro, vér em agua, crystal, espelho, espada ou outra coisa luzente, espada de carneiro, ou fizesse para adivinhar figuras ou imagens, ou trabalhasse em cabeça de homem morto ou de qualquer animalia* (111) ou trouxesse gorila, ou barão de enforcado, etc. etc. Que se castigassem taes loucuras em um hospital de loucos, ou exercicios espiritistas e de instrucção bem; mas degra para o Brazil por toda a vida! Será civilização, mas longe de nós em casos omissoes.

Quizemos citar casos caseiros para maior clareza.

Ora bem, a par d'estes e de outros disparates, encontramos nas legislações dos antigos povos e de outros modernos, principios mui salutarees e boas disposições, ainda não segulidas. A magistratura familiar encontrarmos a nos primórdios de Roma (ainda belvagem) e na China, ao meio de uma civilização caduca e gangrenada, corroida pelos vicios mais torpes e materiaes.

Entendemos que as nações hoje regidas pelo Christianismo tem nas paginas reveladas do livro por excellencia, a fonte mais pura, ou antes o mais exacto padrão para affirmar essas disposições legislativas proprias ou de povos extranhos, sem necessidade de indagar qual a sua civilização.

§ 27

NECESSIDADE DE UM CODIGO CIVIL.

A necessidade de um Código civil era geralmente sentida, e mesmo aquelles, que não sabiam o que era um Código, clamavam por el-

le; porque ha coisas, e muitas vezes palavras, que em certas epochas se transformam em necessidades reaes e urgentes, ainda para aquelles que não as comprehendem.

A existencia dos Codigos *commercial*, *administrativo* e *penal*, e até certo ponto de *processo*, tornava mais saliente a falta do Codigo civil para complemento da collecção, ao menos por agora, pois desenvolvida a epidemia de codificação, é de esperar que em breve tenhamos o *florestal*, *municipal*, *militar*, de *minas*, *fluvial* etc. etc.

A obra do Codigo philippino estava de facto e de direito morta; pois milhares de extravagantes haviam alterado muitas das suas disposições; e as que ficaram subsistindo, de facto eram dadas como antiquadas pela praxe.

Para substituir esta falta de legislação systematica, foi escolhido o sr. Seabra (hoje visconde de Seabra).

Er. talvez da actual magistratura o homem mais asado para um tal trabalho. Juizes não são os mais adequados para semelhantes obras, acostumados a um continuo trabalho de analyse de factos, e leis, quando o Codigo deve ser eminentemente synthetico: mas o sr. Seabra era muito mais do que Juiz, porque era litterato, cultor das bellas letras, e estudioso de quanto de melhor se tem publicado.

Somos dos que entendem, que o Jcto. não pôde ter este nome sem o estudo das letras, *humandarum et divinarum rerum*.

O sr. Seabra fez um projecto do Codigo, o qual foi submettido a tantas revisões, comissões, alterações, emendas etc. que muito differi do que foi promulgado.

Finalmente levado ás côrtes, alguns minutos bastaram para ser lido, examinado, discutido, e approvedo o actual Codigo.

Esta rapida manipulação foi geralmente censurada, e todavia parece-nos haver sido uma grande vantagem, porque a não ser assim, nem vinte annos chegavam, e os disparates e desconchavos haviam de ser abis milhares, por causa das variantes das votações, e pela falta de habilitações e estudos proprios do corpo legislativo, o qual apezar do seu epitheto é mais chancellaria do que fabrica de leis.

Não diremos nada mais, senão que a obra do Codigo carece necessariamente da publicação das discussões que houve nas commissões; e além disso esperamos, que o seu auctor ainda venha ao campo da publicidade sustentar o que é seu, ou fazer notar o que lhe foi enxertado.

SECÇÃO II

Fontes antigas

§ 28

ORDENAÇÕES PHILIPPINAS

Se pela importância o Codigo Seabra fica sendo a principal fonte de legislação, não será a unica.

Temos as *Ordenações philippinas*, publicadas em 1603, em plena usurpação castelhana, e rehabilitadas depois da gloriosa restauração da independencia portugueza pela carta de lei de D. João iv de 29 de janeiro de 1643.

Estas *Ordenações* não revogaram tudo a oito, pois não só nas suas disposições chamam pelo Direito romano ou canonico, mas ainda conservaram as leis lançadas em um livro da Casa da Supplicação; e além disso as leis de Fazenda, Siza, Foraes e muitos regimentos.

Obra confusa, e compilação indigesta, as *Ordenações philippinas* são inferiores, como obra de Jurisprudencia e, muito principalmente, como litteratura, ás *manuelinas*, e cremos, que de toda a legislação hoje subsistente é a de que menos auxilio se tirará para o futuro.

E assim acaba um dos padrões da usurpação estrangeira.

§ 29

LEIS NÃO CODIFICADAS

As leis extravagantes são assim chamadas por andarem fóra da compilação das *Ordenações*.

Destas medidas legislativas ha varias especies a) *Cartas de lei ou leis que taes*. Eram as providencias de effeito permanente, com o nome do rei no principio, por elle assignadas *com guarda*, referendadas pelo Secretario de Estado, e publicadas pela Chancellaria mór do reino (Ord. L. 2. lib. 40).

b) *Alvarás*, mui semelhantes ás antecedentes, porque ainda que por lei (cit. Ord.) a sua duração não podesse exceder um anno, isto não se observou, porque se introduziu o uso de trazerem no fim a declaração de que revogavam a Ordenação que lhes limitava a duração, e a boa logica e praxe fizeram que se subentendesse em todos; pois seria absurdo que tivessem poder para revogar o Codigo de então, mas só por um anno. A formula era; começarem *Eu el Rei* — e eram

publicados pela Chancellaria mór do Reino, o que ainda mais os assemelha ás Cartas de lei.

Eram estas as leis propriamente taes, porque eram as medidas legislativas solemnemente promulgadas pela Chancellaria mór; mas havia outras disposições legislativas indirectas, ou especiaes, ou temporarias, e que por isso fornecem cabedal para a legislação.

c) *Cartas regias*, dirigidas a pessoas e autoridades que estavam no goso de directamente receberem as ordens do soberano; e como estas tinham de ser cumpridas por todos, por isso figuram como leis. Começavam *Eu el Rei vos envio muito saudar*. — Não passavam pela Chancellaria.

d) *Decretos* — Fonte abundantissima de doutrina legal. Começavam pela exposição dos motivos da disposição que continham. Não tinham formula legal, eram assignados com a rubrica do rei, e dirigidos a quem tinha de dar-lhes cumprimento.

e) *Avisos e Portarias das Secretarias de Estado* — Presuppoem haver ordens verbaes do Rei, expedidas por escripto pelos secretarios, e por isso teem a formula — *Sendo presente a S. M. etc. S. M. é servido ordenar* etc. A Ord. L. 2 tit. 41 prohibe que se faça obra por *Avisos*. No entanto alguns ha que até derogam leis, e Lobão sustenta terem força de lei. (Lob. e Mell. L. 4 tit. 1 § 35) mas é uma excentricidade de Almeida e Sousa. O abuso não pôde constituir lei, nem do absolutismo pombalino se pôde deduzir regra.

§ 30

ASSENTOS DA CASA DA SUPPLICAÇÃO

A collecção das resoluções que este tribunal tomava, resolvendo as duvidas que Juizes ou Advogados encontravam na pratica (17).

g) *Os costumes*, ou *Direito consuetudinario*, o *mores majorum* dos romanos fazem lei conforme a expressa determinação da lei de 18 de agosto de 1769, § 14, não sendo oppostos á lei expressa, e conforme á *boa razão*, phrase que deu o nome a esta celebre lei (18).

Ha ainda as *Provisões dos Tribunaes, Resoluções de consultas*, etc., as quaes, ainda que proferidas em questões particulares, todavia são negativas geraes emquanto obrigam os extranhos a respeitá-las e observá-las.

A separação do ramo administrativo do judiciario, veio ainda dar lugar a um sem numero de questões, que se julgam nos Tribunaes civis ou criminaes, quando deveriam pertencer ás camaras municipaes, ou magistrados administrativos; e tanto é confusa a linha divisoria, que em uns municipios pertence ás autoridades administrativas, e em outros ás judicias, o julgamento das mesmas causas, como suc-

cede com os coimas: no entanto não deixam de ser importante fonte de Direito as *Posturas municipaes*, correspondentes ao *Editio Edicto* dos romanos.

(17) Esconde-se na origem da nossa organização judiciaria a creação d'este Tribunal, que era a Relação (primeira do reino). Esteve por certo em Santarem, pois pela *Chronica de D. João I* por Duarte Nunes de Leão, sabemos que d'alli fóra por este monarcha mudada para Lisboa, e lhe nomeara para presidente o regedor Fernando da Guerra.

A sua organização e attribuições acham-se no L. 1. Tit. 5 das Ord., e tambem na lei de 18 de agosto de 1768.

A mais importante era por certo esta dos Assentos; porque não só era uma fonte legal de interpretação, mas alétt d'isso evitava a arbitrariedade e incerteza na applicação das leis.

Cabindo, com os outros tribunaes antigos, deixou uma lacuna mui grande, que seria de maxima utilidade encher.

Nada peor para os interesses particulares e para a magestade e força dos julgamentos, do que a incerteza das decisões.

A commissão de Jctos, de que falla o art. 7 da lei de promulgação doCodigo, será uma aurora que annuncie a vinda dos Assentos?

Oxalá! Seria retrogradar ao tempo do *responsa prudentum*; mas antes isso, do que progredir para a anarchia do chaos. O decreto de 15 de fevereiro d'este anno traz a nomeação d'esta commissão.

(18) Esta lei prohibe expressamente que o costume possa antiquar a lei escripta; mas o Alv. de 4 de junho de 1789 estabelece o contrario. — Não vale a pena disculpar esta antinomia, nem buscar salvação: houve lei não ha costume ou praxe que a deva revogar.

SECÇÃO III

Direito subsidiario

§ 31

DIREITO NATURAL

São estas as fontes do nosso Direito, que não vemos regeitadas pelo novoCodigo, comquanto por Direito subsidiario só admite o Direito natural (art. 16).

Já deixámos dicto quanto nos parece inefficaz o meio, mas não podemos deixar de ainda dizer duas palavras, para demonstrar o perigo de semelhante principio em mãos de Juizes ignorantes, maíraços e corruptos, e de Advogados eviados dos mesmos males, e seguidores do culto da chicana.

Já entre nós se experimentou.

A reforma pombalina, prevenida contra o Direito romano e canonico, por causa do abuso que de um e outro havia feito a eschola pedantesca e gongorica dos nossos praxistas do seculo xviii, e deslumbrada pelo ouropele declamatorio da eschola economico-juridica dos

encyclopedistas, entendeu que o chamado Direito natural podia vir a ser o Código das nações, bem como, que o pacto social era a origem da sociedade e soberania.

Este pensamento revela-se na lei da *boa razão*, ou de 18 de agosto, tão citada.

Esta lei no § 9 aboliu completamente toda a auctoridade externa dos textos romanos, concedendo apenas, *que se invocassem, quando conformes á boa razão, isto é, ao direito divino, natural e das gentes.*

Já se vê que não se economisava nem tempo, nem trabalho, por causa das verificações; e além d'isso, a *boa razão* ficou encaixada em tres legislações, ou ás soltas, sem termos nem limites.

Eram palavras sesquipedaes.

O resultado veiou provar isto que dizemos, e para usarmos de penna mais autorisada, e, sobre tudo, *insuspeita*, copiamos o que diz Coelho da Rocha.

«... deixando a todos a liberdade de julgar da boa razão das leis romanas, os juizes, para decidirem na maior parte dos negocios da vida civil, ficaram desligados da lei positiva, abandonados aos princípios geraes do Direito natural, de que o (note-se) legislador mesmo «não tinha podido dar idéa exacta; e por conseguinte precipitados na «**ARBITRARIEDADE.**»

O resultado ha de ser sempre este; e não tardou que nossos paes ficassem fartos de Direito natural, porque, como continua o distincto mestre:

«Ainda não eram passados dois annos, já os sabios redactores dos «*Estatutos da Universidade* de 1772 no L. 2 tit. 5 cap. 2 e 3, *lamentavam* esta fatal consequencia; proclamavam a necessidade de fixar antes para a administração da justiça uma norma positiva, ainda «que menos exacta, do que deixal-a abandonada ao indefinido da razão. Inculcando sempre a auctoridade das leis romanas, para coartar o arbitrio do juiz na selecção das que eram conformes á boa «razão, prescreveram, como regra, o *uso moderno* (19).

(19) Os Jctos. romanistas do fim do seculo 17, e grande parte dos do seculo seguinte, com especialidade os allemães, tractaram de mostrar em suas obras a applicação do Direito romano na Europa, e principalmente na Alemanha; e a esta parte das suas obras, de ordinario no fim de cada titulo, ou em notas, é que se dão o nome de *usus modernus*. São mais recommendaveis n'este genero os *Usus modernus* de Strycio, e mais que todos, a obra de Struvio com as notas de Muller.

Pothier, além da sua magnifica obra = *As Pandectas* = obra a mais colossal da escola moderna, escreveu o seu bello tractado de *Obligations*, e *tratté* de outros sobre contractos, todas as suas obras são eminentemente practicas e adaptaveis aos povos modernos.

Martin, Tronchet, Thibaut, Cambaceres e demais auctores, censores, e redactores do Código civil francez, são filhos d'esta escola; nem o Código civil podia desconhecer as duas grandes fontes de que provém, *Direito romano* e *escrito*, e *Direito consuetudinário*, formado por usanças particulares das localidades, e é este

Droit (por excellencia o romano) *écrit*, e *Droit coutumier*, que a lava revolucionaria confundiu em uma fusão, de que sahio o Código civil.

Em um ou outro ponto regeita os principios romanos, mas em geral, não faz mais do que afeiçãoal-o ás novas necessidades e relações sociais. Tirém-lhe a capa de verniz, e encontrarão o romanismo de Pothier, Cujacio, Hoffman, Pultavio, etc.

§ 32.

DIREITO ROMANO

Não queremos por certo os senatus-consultos, plebiscitos, nem as constituições dos principes, apesar da affectação com que certa escola tem tomado estas normas, para as comédias e farsas legislativas.

Não queremos, que se dêem como razões de certas disposições, muitas que se encontram no *corpus juris*; mas é impossivel dar um passo em materia de contractos, por exemplo, sem ser romanista.

E mesmo esses que lhe querem substituir as leis modernas dos povos da Europa, e excluir as romanas, o que fazem é não querer a arvore genealogica além dos primeiros ascendentes.

O Código civil francez, hoje fonte de quasi todos os Codigos modernos, foi redigido por Jctos. da escola de Pothier, que foi um romanista, e portanto esse Código tem por avós a Pothier e Jctos. romanistas do seculo XVII, e seus bisavós e terceiros avós são por um lado Ulpiano, Gaio, etc., e por outro os costumes dos povos germanicos.

Posterioros ao Código civil francez, e talvez (alguns) melhorados da tendencia anti-religiosa, e egalitaria d'elle, ha os Codigos das nações modernas, e a sua confrontação faz-se facilmente na obra de Saint-Joseph (ultima edição) apesar de bastantes inexactidões para as quaes é necessario estar prevenido (20).

Pôde, porém, dizer-se, que as doutrinas juridicas dos Jctos. francezes teem tido muita influencia entre nós, e por em quanto vencem a que tem a escola allemã, embora esta, pelos bellos trabalhos de Savigny, Hugo, Niebhur, Maresoll, Mühlenbruch, Mackeldéy, entre os modernos, Boehmer, Heinecio, Waldeck, Voet, Vinnios e outros antigos, conservem no ensino a merecida preferencia.

(20) O nosso collega, dr. Levy Jordão, já notou e castigou a leviandade com que Saint-Joseph ou seus cooperadores extractaram a legislação portugueza.

§ 33

DIREITO CANONICO

É, e será sempre, um Direito subsidiario, salvo se for intento tomado (o que nem supphr se deve) motivar conflictos entre os dois

poderes temporal e espiritual; e além d'isso a L. de 18 de agosto, § 12 considera-o como legalmente subsidiário, disposição que julgamos vigente até pela letra do Código novo, pelas mesmas razões por que entendemos ~~ser~~ o romano.

Agora como fonte, é uma d'aquellas que mais tem influido no Direito moderno, conquanto este renegue esta origem, e a causa é facil de dar, mas não de aprovar.

As *Decretales* e mais partes do corpo de Direito canonico, encerram as lucubrações de homens eminentes pelo seu saber e experiencia, e além d'isso alimentados por convicções vivas: e de taes homens não podia sair coisa mediocre.

Mesmo hoje, o Direito penal recebe do Direito canonico, embora queira negar a paternidade, o systema penitenciario e a reabilitação do culpado pela penitencia.

A *legitimação per subsequens*, a computação dos grãos, as doutrinas sobre interpretação, o valor do juramento, etc., tudo isto é puro Direito canonico.

Ora não querer que fonte tão abundante do nosso Direito seja Direito subsidiário, parece-nos tão grande loucura, como sendo filho legitimo querer passar por bastardo.

§ 34

CODIGOS MODERNOS

Seguimos a regra da lei de 18 de agosto § 9. Nós negócios commerciaes e marítimos são verdadeiro direito subsidiário; nos outros servem de meio de comparação para com as leis romanas, e parecem-nos neste caso um auxiliar poderoso (21).

(21) Não depreciamos o Código civil francez, (ou antes Napoleão porque não só em seu tempo foi publicado, mas até foi elle um dos seus mais uteis collaboradores) admiramos o seu methodo e a precisão de muitas das suas disposições; mas não approvamos o espirito materialista que presidia á sua confecção, nem o despreso que n'elle domina pela idea do justo para seguir a utilidade e conveniencia: basta ver que prescreve a prescripção nos moveis, e que segue o principio *possession vaut titre* dando ao facto a força de um direito.

Admiramos, mas não somos idolatras; e de mais, o Código civil francez não foi a ultima palavra da sciencia, basta ver a quantidade de volumosos commentarios, que acerca d'elle se teem escripto; basta ver a collecção de leis do *Bulletin des lois*, para se ver que o Direito francez vigente está tão longe de ser o Código Napoleão, como eram, aqui ha cincoenta annos, as Ordenações. (Vid. Toulhier e Spinal — Critiques des opinions de Mr. Toulhier, mais sobre tudo os *Motifs et Discussions du Code*).

§ 35

OPINIÕES E SENTENÇAS

É impossivel não dar muito peso a esta fonte de Direito — As *opinões* — porque, ainda quando não sejam adoptaveis, teem todavia a vantagem da discussão; e os *Accordãos* por causa dos precedentes que estabelecem como meio de se entender a disposição da lei.

Já em outra parte, fallando dos *Assentos* da Supplicação, emitimos o nosso pensamento a este respeito.

É, porém, muito necessario não perder de vista a sapientissima advertencia dos Estatutos da Universidade — As sentenças recahem sobre casos particulares, e *casos muito raras vezes são semelhantes* em todas as suas circumstancias. (Estat. da Univ. L. I Tit. 3. Cap. 6. § 2.º)

Como fonte doctrinal é optima a opinião dos *Jets*, e portanto dos Juizes, mas não para se allegar como fundamento de decidir, embrutece o genio, e abastardêa a sciencia, reduzindo-a a uma gymnastica de memoria.

CAPITULO V

Termos jurídicos

§ 36

TEMPO

Neste nosso trabalho, escrupulosos em citar a fonte d'onde derivamos a disposição, empregaremos frequentes vezes expressões technicas, taes como *jus in re*, *jus ad rem*, etc., que nos dispensamos de explicar, porque de certo ninguem lerá esta obra, que não saiba o que taes phrases significam.

Ha, porém, algumas de que julgamos indispensavel fixar a accepção.

Tempo é ou a epocha fixada por lei, ou por lei é vontade dos pactuantes em que alguma coisa se ha de verificar, e então é quasi synonymo de *prazo*; ou é o intervallo entre dois prazos, ou termos, dos quaes afinal muitas vezes toma o nome de *venimento*; ou finalmente exprime o momento do começo da obrigação *tempus quo*, *tempus quando*, *tempus a quo*.

Pode-se tomar subjectiva ou objectivamente, e em ambos os casos é *util*, ou *continuo*.

Subjectivamente *continuo*, é quando se conta, quer o individuo queira, quer não, quer saiba quer não, o resultado legal: assim os

21 annos completos produzem a maioridade no momento do seu complemento, quer o individuo queira, quer não. A prescrição legal corre de dia a dia *continuadamente*. Art. 1208 N. R. J.

Subjectivamente *util* é quando corre *unicamente* do momento da intimação, ou conhecimento legal do individuo. Como se dá nos dias para interpor a appellação, que se contam desde a intimação; mas este tempo de *util* torna-se *continuo*, porque feita a intimação, corre sem interrupção. Art. 684 e seus §§. N. R. J.

Objectivamente, isto é em relação á propria duração, também se chama *continuo*, quando se contam todos os dias; e *util* quando unicamente aquellos que não são impedidos, sendo d'isso mui notavel o que em relação á restituição determina a Ord. L. 3 Tit. 41 § 6

A dificuldade está em marcar o momento do começo e do fim. Temos primeiro que distinguir o dia natural do dia civil, aquelle de 24 horas contadas de momento a momento, no segundo conta-se por dia completo; embora tenha um minuto = *Dies ceptus pro impleto habetur*.

Em regra o dia da intimação não se conta (Cod. do Com. art. 266) e já dos romanos Fr. 101 D. de reg. jur. Paulo (L. 17) porque no praso de 60 dias entendiam que estava em tempo quem vinha no 61.

Devemos, porém, notar que temos na nossa legislação dia que sómente se conta do nascer ao pôr do Sol, e é o da citação—art. 204 da N. R. J. e Ord. L. 3 lib. 1. §§ 16 e 17.

Ainda se divide em *certo* e *incerto*, constando ambos de dois elementos, um — *se ha de existir* — e outro = *quando ha de existir* = distincções que juridicamente se designam pelas palavras *an* = *quando*.

O dia *certo* é simplesmente tal, quando constar de modo indubitavel *que ha de existir*, e *quando*, — por exemplo, o dia 1 de janeiro de 1880; *incerto* quando faltam ambos os elementos, ou pelo menos um, ex. g. do primeiro = *pagarei quando casar* = pois não sei se casarei, nem quando; do segundo = *pagarei quando morrer*, = porque sei que hei de morrer, mas não quando.

Quando pura e simplesmente se marca o praso final, e este o que interessa, é sempre bom designar por um signal ou data certa para evitar erros; ou, chistana, e assim dizer-se no fim de trinta dias, se fará isto ou aquillo, é bom dizer qual o dia do mez, da semana, em que se terminará o praso, ou mesmo algum facto de publica notoriedade, por exemplo, 8 de dezembro = dia da Conceição = 1.º dia de festa, etc., etc. Pelo Código (art. 560 n.º 2) o mez é sempre de 30 dias (22).

Este assumpto vem optimamente tractado por Mühlenbruh, Mackeldey, e Savigny, e para se saber qual a nossa opinião apontamos o § 407 das nossas Anotações a Waldeck.

Esperamos que ainda um dia se não creia o que se escreveu e disse

ha alguns annos, por occasiao do governo pôr em praça um contracto de Extradas.

§ 37

TITULO E MODO

Outro vocabulo cuja significação muito importa esclarecer é o de *título*, a que se contrapõe = *modo*.

É mui notavel o grande cuidado que os romanos tiveram sempre em não confundir a parte moral, theorica, e, digamos com Savigny, philosophica do Direito com a *material*, *practica*, e *usual*.

Não confundem elles nunca o Direito com o facto; nem dão a este nunca a força de produzir aquelle.

A propria prescrição, o interdicto *uti possedetis*, nunca chegavam a produzir o dominio, Direito, e só o facto de fazer minha uma coisa.

Esta distincção, a que (não o duvidamos) alguém negará os fóros de admissão nas theses materialistas da jurisprudência moderna, não deixa todavia de ter uma diaria applicação, e intelligiveis se tornam muitas questões de direito, se não a fizerem.

Adoptando pois a terminologia juridica dos romanos chamamos *TITULO* a CAUSA DOS DIREITOS, quando dizemos *MODO* é o facto ou acto material que serve de tornar sensivel a existencia do direito.

Assim nasce do *dominio* o direito de por minha morte dispor de toda ou de parte da herança; portanto é o *dominio* o *título* do testador, por ser a causa do seu direito; mas a forma, modalidade, o *modo* pode ser qualquer das especies de testamento, a doação *mortis causa*, etc., e é isto *modo*, porque não é o testamento que dá o direito ao testador, mas é a forma da sua manifestação.

§ 38

SUAS DIVISÕES

O *título* soffre diferentes divisões, Chama-se *universal* quando comprehende um conjunto de direitos; *singular* quando só diz respeito a um só sujeito ou objecto; no primeiro caso está a herança, no segundo a compra e venda.

É também *gratuito*, quando não se dá coisa alguma em troca, como nos legados etc.; caso em que de ordinario se chama também *lucrativo*; e *oneroso* diz-se quando em troca do que se recebe se dá, como na compra e venda.

Pode ser condicional ou *resolovel*, ou absoluto, *independente*, e *irrevogavel* etc.

Apontando apenas estes capitulos de noções geraes não quizermos

doctrinar, que não temos para isso *título*, mas evitar explicações na exposição do nosso actual direito civil.

Como promettemos, seguiremos na exposição do nosso actual direito a ordem do Código, e assim começaremos pelo *jus personale*.

Já vimos (pag. 3) que só o homem, por ser capaz de direitos, podia ser pessoa jurídica: mas como a somma desses direitos de que usufrue o indivíduo pôde ser maior ou menor, segundo as circunstancias, temos o maximo numero no = cidadão portuguez = o minimo no *escravo*, (23) ficando intermedlo o *extrangeiro*.

(23) O Código Seabra não tracta dos escravos, mas nós não commentamos o Código, expomos o Direito vigente, e por elle ainda temos escravos, temos libertos, etc., e por certo libertinos, no sentido juridico.

CAPITULO I

§ 39

DO ESCRAVO PORTUGUEZ.

O escravo pôde sel-o por toda a vida, ou por certo e limitado tempo, caso a que se applicou o nome de *liberto* (apesar de ser em sentido muito mal apropriado).

O primeiro é uma excepção, apenas tolerada nas colonias, porque dizem assim o exige a sua prosperidade.

A nossa antiga legislação professava por certo os verdadeiros principios economico-christãos, quando declarava que os escravos são de prejuizo para o Estado, por ter nelles vassallos, *lesos*, *baldos*, e *inuteis* (podia accrescentar = e representar cada um d'elles um crime e um peccado commettido, ou consentido pelo governo). Alv. de 16 de Jan. de 1772.

Considerados como instrumentos de trabalho, estão assim mesmo muito longe da condição dos escravos romanos.

Não são coisas, são homens; e conquanto seja injustificavel privar um homem da liberdade só porque outro homem carece de ter um trabalhador, assim mesmo os horrores que do dominio servil nasciam, e que hão de ser sempre as mais negras e indeleveis notas da civilização antiga, não mancham a nossa legislação.

Compararemos o *Jus vite et necis*, que as leis romanas davam aos senhores sobre os escravos com as determinações da Ord. L. 5 lib. 36 § 1 Lei de 30 de setembro de 1693, e Alv. de 3 de out. de 1758 para se ver grande differença.

O escravo (que só negros se admittem) não pôde ser mais maltractado, nem castigado com mais dureza do que o criado livre; e

quando seja necessario punil-o, devem ser recolhidos á cadeia, e ahí tractados a egual dos outros presos, e sustentados pelo senhor.

A côr é um principio de emancipação, pois escravos só os negros, e isso em Africa, ou andando embarcados; porque pelos Alv. de 10 de setembro de 1761 e 10 de março de 1810, em todo o continente do reino, e ilhas adjacentes é tal a força libertadora do solo, ou tão vinculados nelle os grandes principios da nossa origem christã, que ficam livres os que nelle põem o pé.

No entanto o escravo é reconhecido ainda hoje legitima propriedade do senhor, e portanto pôde este reivindicar-o, alugar-o, vendel-o, e até dal-o em penhor: o que o uso mais do que as leis tem limitado aos de sexo masculino; e é facil de dar a razão.

Adquirem-se ou pela *compra*, ou pelo nascimento por ser escrava a mãe, pelo principio do *fructus ventrem sequitur*.

Acabam pela morte, pela remissão do Estado, que paga uma indemnisação ao dono, e pela *alforria*, ou emancipação, que é efficaz logo, que a vontade do dono seja conhecida, ou por disposição de ultima vontade, ou por *acto inter vivos*.

Legalmente são inhábéis para todos os officios e cargos publicos, e não podem contractar (Alv. de 16 de Jan. de 1772).

Podem todavia casar, e o *contubernium* romano nunca foi entre nós legal; porque não havendo entre nós senão o casamento religioso, e sendo este um sacramento, aquelles laços tornavam-se santos e indissolúveis.

Esperamos em Deus que seremos os ultimos que escrevendo acerca do Direito portuguez, tenham ainda de dedicar algumas linhas a escravos.

§ 40

DOS LIBERTOS

LIBERTOS são, pela nossa legislação, aquelles negros que estão livres da escravidão perpetua, tornando-se servos obrigados a certos trabalhos por certo praso, e mediante uma retribuição.

É já bem diversa esta condição da do escravo.

A obrigação do trabalho, a designação do salario, sem ser debaixo com o interesse, mas imposto, é ainda um estado excepcional, mas é um caminho aberto para a emancipação.

Estes libertos estão debaixo da tutela da lei, e nisto ha por certo todo o rigor logico, porque, incapazes de se dirigirem pela sua ignorancia, brutesa natural e indolencia ingênita, é necessario que haja uma auctoridade que os defenda, mas corrigindo e guiando.

Transformar de repente em cidadãos liberrimos os semi-brutos habitantes dos sertões d'Africa é um absurdo juridico, porque as leis

são concedem direitos em vista da capacidade dos indivíduos, como é um erro económico, e um disparate administrativo.

A educação moral e portanto religiosa, é unicamente quem pôde operar esta transformação, que deve preceder toda e qualquer instrução.

Fagamos homens, e depois serão cidadãos. Mas como homens tenham todas as garantias (24).

(24) É altamente absurdo que por um tractado esteja limitado o numero de libertos que os navios portuguezes podem transportar de uma para outra possessão.

Assim pode qualquer transportar do Ambriz para Mossamedes centenaes de libertos, uma vez que os leve por terra, e não pode levar mais do Ambriz para a ilha do Principe!

Nas costas das possessões portuguezas podem vir francezes para angariar colonos, alugando negros por tempo certo o preço marcado; e senão haja vista o succedido com o *Charles & George*, e nós não podemos angariar os *grumets* de Bissau ou cabindas do Zaire para o archipelago de S. Thomé...

Já se vê que não é possível achar Direito onde tudo é torto.

A jurisprudencia é a da fabula do lobo com a ovelha. Mas antes o papel de ovelha.

Já vimos em um processo julgada, nulla a alforria de alguns escravos feita por testamento, por se julgar ser em fraude dos escravos.

A causa não sahiu d'Africa, mas o juizador era portuguez, e até tinha nome de Christão, e era formado, o que nos faz suppor que era christão.

§ 44

DAS PESSOAS PHYSICAS

Quando dissemos o que se entendia por pessoa, advertimos que esta denominação tanto se deve a um individuo, como a uma reunião delles, quando estes só em commum gosavam direitos e tinham obrigações; chamando-se no primeiro caso *peçoas physicas*, e no segundo *moraes*, sendo ambas *juridicas* quando tinham certa capacidade.

Por em quanto tractamos de pessoas physicas, depois de haver-mos tractado dos escravos em opposição a pessoa jurídica.

Reduzamos a um quadro as diversas condições das pessoas e de que vamos tractar.

Capazes	Physicos	Cidadão portuguez	Domiciliados
Incapazes	Moraes	Estrangeiro	Casados com filhos
			Ausentes
			Casados sem filhos
			Solteiros
Incapazes	Menores	Dementes	
Incapazes	Surdos-mudos	Prodigos	
Incapazes	Por accidente		

Mas para chegar o homem a ser pessoa jurídica tem de passar por diferentes phases, que é necessario determinar, e fixar os diferentes direitos que as leis lhe concedem.

Tomando, pois, o homem no seu estado natural e animal, temos primitivamente embrião, e, depois, percorrendo os diferentes grãos de desenvolução até a plenitude legal do gozo de todos os direitos até que conclue a vida legal.

Segundo a doutrina doCodigo, a existencia do homem começa no embrião 180 dias retraidos da epocha do nascimento (art. 101), chega á sua plenitude aos 21 annos (art. 311), e finda aos 95 annos, sem differença de sexo (art. 78 n.º 5) (25).

É por esta razão que a lei dá direitos ao procreado protegendo-o, e considera nascido desde esse momento (art. 6).

Ha pois a considerar como primeira divisão a menoridade e maioridade.

(25) Estas datas são de Hippocrates, ou pelo menos dadas como d'elle pelos Jetos romanos; só que elle marcava 182 dias: por isso transcrevemos estes textos. Fr. 12 D. de stat. hom. (1, 5). *Paul. Septimo mense nasci perfectum partum jam receptum est propter auctoritatem doctissimi viri Hippocratis* = Frag. 3 § 12 D. de suis et legit. hered. XXXVIII, 16 Ulp. — *De eo autem qui centesimo octogesimo secundo die natus est, Hippocrates scripsit, et divus Pius pontificibus scripsit, justo tempore videre natus...*

Ha aparentemente contradicção entre Ulpiano e Paulo attribuindo a Hippocrates dois prazos — 180 — 182 dias, ou septe mezes: mas não ha porque seis mezes são 180, mas nós já mostramos, que os romanos extendiam este prazo a mais dois dias: e além d'isso 182 é para contar o *dies quo* e o *dies a quo*, ou o do começo e o do fim.

O maximo da gestação era calculado nos 302 ou dez mezes = Post. *decem menses mortis natus, non admittitur ad legitimam hereditatem* (Fr. cit. § 11).

CAPITULO III

Menoridade

§ 12

PUBERDADE — IMPUBERDADE

A menoridade que, como vimos, decorre desde o primeiro instante da concepção, até ao complemento dos 21 annos, tem varias subdivisões importantes em relação aos direitos.

A primeira é a divisão em puberes, impuberes.

Pela antiga legislação, a impuberdade durava até aos 12 annos na mulher, e 14 no homem. Ord. L. 4. 104, que n'esta parte seguiu a legislação romana.

O Código civil francez (art. 144) estabelece a puberdade aos 18 annos para o homem, e 15 para a mulher.

O novo Código, coherente com o seu principio de não distinguir os sexos, marca a puberdade, para ambos elles, aos 14 annos (art. 1860), mas prohibe o casamento antes de terem 21 annos. (art. 1058).

Todavia, este ultimo praso, é unicamente como consequencia da maioridade; porque pôde haver licença ou paterna, ou do conselho de familia, e em virtude d'ella não só haver casamento legitimo, tendo o varão 18 annos e a mulher 16, mas até dar-se por este facto a emancipação (art. 306); e a prohibição de casar é nos varões até aos 14 annos, e nas mulheres até aos 12 (art. 1073 n.º 4).

Conforme é nosso proposito, não discutiremos o systema do Código, mas não podemos callar que nos parece melhor o Código civil francez, não consentindo o casamento antes dos 18 e 15 annos conforme os sexos, do que auctorisal-os de 14 e 12, como quer o Código.

O ser esta a antiga legislação não basta, porque por essa ainda devemos descer dos 12, *si malitia suppleat aetatem* (Cap. xi, *de desp. impub.*); e assim como, com toda a razão e conveniencia, se desceu de 25 para 21 para a maioridade, tambem se podiam fazer quaesquer outras alterações.

Na verdade é flagrante contradicção que o impubere não possa ser nem testemunha, e conceder-lhe a livre disposição de sua pessoa para perpetuamente ligar-se a uma sociedade tão sancta e importante como o matrimonio.

A puberdade tinha ainda por direito romano outras divisiões, taes como a infancia, proximidade da infancia, etc., que se alguma applicação tinham no nosso antigo direito; ou no direito penal, hoje em materia civil nenhuma tem.

§ 43

PROCREAÇÃO, NASCIMENTO, VIDA

Ha, porém, um momento em que é importante que a lei intervenha, e vem a ser o do nascimento.

Attendendo ao que já dissemos; a lei vae, ainda antes do nascimento, tomar debaixo da sua protecção o embrião, que para effeitos juridicos se considera nascido. Pela mesma ficção, o feto nascido morto julga-se que não existira.

Mas qual deve ser o estado do infante no momento do seu nascimento; para que, julgando-se completa creatura dotada de razão, seja susceptivel de Direito?

O *poder viver*—Mas que não consista esta possibilidade de vida no simples jogo mechanico dos órgãos animaes: assim, é tido por morto.

ainda que possua o organismo o feto nascido antes do tempo necessario de gestação intra-uterina, rasão pela qual não pôde *viver*, porque a existencia não basta para a completa conformação do ente humano; é portanto para viver. Tambem a monstruosidade, embora apparente, funcionando o machinismo da organização animal, não se deve reputar *vital*, vivedoiro, ou nascido.

Mas nascendo com todos os órgãos essenciaes a entidade humana, e ainda funcionando, será por isso *vital*?

Os romanos, que mui miudamente tractaram todas estas especies, admittiam vivedoiro o recém-nascido que vivia quando separado do cordão umbilical; e, por tanto, embora nascesse vivo, se antes da separação morria, não era tido por vivedoiro.

O Código civil francez em varios art. (314, 725 e 906) dá maxima importancia á *vitalidade* do recém-nascido; e os seus commentadores intendem, que por pouquissimos instantes que elle visse fóra do ventre da mãe, ligado ou separado das suas entranhas, deveria ser tido como *vital*; restringindo a applicação d'esta regra no caso em que os defeitos de organização, ou desenvolução tornam impossivel o viver; mas estes dados negativos (segundo Sirey, fundado em um Acordam da Relação de Limoges) só se admittem como provados, ou em vista das datas, pelas quaes se prove que a gestação foi de menos de 180 dias, ou pelo exame de peritos.

Em todo o caso, segundo a jurisprudencia doctinal dos francezes, a vitalidade *presume-se*, e só se pôde negar com provas. (Vid: Toulhier, Rogron e Mercadet.)

Ha ainda o systema das leis antigas de Espanha, adoptado pelo sabio A. do Digesto Portuguez (2 — art. 832) que só considera *vital* o infante que viveu 24 horas fóra do ventre materno.

Damos decidida preferencia ao principio dos romanos, por ser o mais conforme com o que ensina a sciencia.

O feto faz parte das entranhas da mãe, como é vulgar na terminologia dos romanos; ora em quanto está anido ao cordão umbilical a vida animal, ainda é commun na sua mais importante funcção, a circulação: o sangue que circula é injectado em todos os vasos do infante pelo systema umbilical; e então se elle vive, é porque vive da mãe, e com ella, e a *personalidade* physico-juridica deve provir de factos, movimentos proprios; é portanto indispensavel que existade pois de separado da mãe o recém-nascido.

Emquanto ao tempo, bastará verificar-se que se conservara assim alguns minutos; porque se foi diminuindo progressivamente, ainda que mui lentamente, entendemos que não houve vida, mas morte lenta.

Em todo o caso, a lei toma debaixo da sua protecção o feto desde o momento da concepção legal, e mesmo illegal para proteger a sua *pessoa*, os seus direitos, e ainda aquelles que por elles adquirem direitos.

Assim, não só castiga como uma especie de homicidio o aborto do feto, mas até lhe nomeia curador enquanto está no ventre (art. 157); e admite como seus successores os que o representam, e que aliás nada teriam na herança.

Succede muitas vezes que o nascimento de um filho posthumo vem alterar a ordem da successão dos herdeiros: ex. g. A. casando com B., mulher rica, esta tem um filho que vem herdar essa riqueza. Se o filho nasce vivo, ainda que morra momentos depois da mãe, herdou n'esses momentos, e o pae, que o representa, vem por cabeça d'elle e direito de representação, a succeder nos bens da mãe, os quaes reverteriam, em parte, para os parentes d'ella, se isto assim não fosse.

Mas, como dissemos em outra parte, o feto nascendo morto, a supposição de que nunca existira é a que se toma como regra.

E' uma subtiliza romana, que á primeira vista parece pouco logica, porque embora nasça morto o feto, elle não chegaria ao estado a que chegou se sempre houvesse estado morto, ou por outra, não podia morrer, se antes não houvesse vivido.

Considerando, porém, os Jetos., e com razão, que é coisa mui grave dar direitos, e como o feto, no estado embryonario, embora se desenvolva, todavia, só tem a vida uterina que não é o complemento da vida, e mesmo não pôde passar de ser o profacio da vida, que só se realisa fóra do ventre; então, pela mesma razão com que os romanos só consideravam vivo o recém-nascido, que vivesse separado do cordão umbilical, eram coherentes em não considerar *vital* o que sabia morto.

Concluindo, pois, com esta materia, temos que a personalidade juridica começa no feto, segue no infante, augmenta na puberdade, completa-se pela maioridade, acaba pela morte.

§ 44

DOS NACIONAES E EXTRANJEIROS

O homem, sósinho, não pôde adquirir a desenvolução e aperfeiçoamento a que tem direito, nem mesmo pôde conservar-se como tem direito e obrigação: por isso tem de se unir a outros e com elles formar sociedades naturaes ou ficticias.

A primeira pela sua importancia, e mesmo por ser a que faz variar e modificar as condições de todas as outras, é a politica, ou de cidade, e que por isso nós chamamos civil, por unicamente nos occuparmos das relações civis dos seus membros.

N'esta acceção temos *cidadãos portuguezes e estrangeiros*: aquelles gosam de todas as vantagens e estão sujeitos a todos os encargos que a lei portugueza marca, e pelo modo que esta determina; estes,

os estrangeiros, são os que fazem parte de uma outra nação, mas que estão ligados a Portugal pela residencia, sangue, ou contracto, porque n'estas tres hypotheses as leis portuguezas impõem-lhes obrigações, e reconhece-lhes direitos (26).

(26) Em rigor portuguezes e cidadãos portuguezes não é a mesma cousa.

Portuguezes, a que a Ordenação chamava — *naturaes de Portugal* — L. 2 tit. 55. eram os nascidos de pae legitimo, ou mãe illegitima, em terra portugueza; e os naturalisados. Cart. const. art. 7; e cidadãos portuguezes os que estão no gozo não só dos direitos civis, mas tambem dos civicos ou politicos; e assim pode-se ser portuguez e não gozar do direito de ser empregado publico, elegivel, etc.

Mas a verdade legal é que nem a Carta nem o Código fazem esta distincção, o que já haviam feito as leis liberaes anteriores, não obstante distinguirem direitos politicos e direitos civis. (Cart. art. 9—145), e apesar de se estabelecer que para ser cidadão não se exige o gozo de todos os direitos; assim os naturalisados são portuguezes, e não podem ser cidadãos portuguezes (Cart. art. 68 § 2 comparado com o art. 7 § 4).

Coelho da Rocha julga isto contradicções, e prefere adoptar as disposições do Cod. civ. fr.: nós intendemos que não podemos emendar os aleijões da lei.

§ 45

DOS PORTUGUEZES

Os portuguezes dividem-se ainda em naturaes, e *naturalisados*, aquelles os que desde o nascimento são portuguezes, e estes os que começaram por pertencer a uma nação estrangeira, mas depois se fizeram portuguezes (Ord. L. 2. tit. 55. Cart. const. art. 7. Cod. Seabra art. 18 e 19).

São cidadãos portuguezes (art. 18):

- 1.º Os nascidos em terra (27) portugueza, de paes portuguezes, sendo legitimos, ou só de mãe portugueza sendo illegitimos.
- 2.º Os nascidos em terra portugueza ainda que o pae seja estrangeiro, ahi voluntariamente residente, uma vez que por si, ou por quem o represente, sendo menor, não declare o contrario.
- 3.º Os filhos de pae portuguez ainda que expulso.
- 4.º Os filhos illegitimos de mãe portugueza, ainda que nascidos em paiz estrangeiro.

Em ambas estas hypotheses só se realisa o facto de nacionalidade vindo estabelecer domicilio no paiz, ou declarando ser essa a sua intenção, por si, quando maiores, por seus tutores quando menores.

- 5.º Os nascidos em terra portugueza de paes incognitos ou de nacionalidade desconhecida (28).

Estes todos são portuguezes, porque pelo sangue ou pelo nasci-

mento estão ligados á sociedade portugueza; temos, porém, outros que são portuguezes, como consequencia de um acto seu, embora por sangue e patria sejam estrangeiros — assim:

6.º Os estrangeiros naturalizados, sem distincção de religião (29).

7.º A mulher estrangeira casada com portuguez (art. 18 do Cod.).

Naturalizados são aquelles que sendo estrangeiros por um acto meramente voluntario deixam uma nacionalidade (30) para tomarem outra.

Ora para que os estrangeiros se tornem portuguezes pela *naturalisação* exige a lei de *hoje* as seguintes condições (art. 19):

1.ª Serem maiores ou emancipados, segundo a legislação da nação d'onde vem, e a portugueza.

2.ª Capacidade para ganharem a sua subsistencia (31).

3.ª Um anno de residencia em terra portugueza (32).

Os estrangeiros que tiverem sangue portuguez por descenderem delle por linha masculina ou feminina, não carecem ter o anno de domicilio (art. 19 § un.), e tambem pôde o governo dispensar esta condição, por serviços prestandos ou prestados, ou por casamento com mulher portugueza (art. 20).

A autoridade competente para estes dois pactos é o ministerio do reino (Decr. de 22 de outubro de 1836) mas depois tem de ser registada a carta, que se concede, na municipalidade que escolher o naturalisando, sem o que a naturalisação nenhum effeito produz (art. 21 do Cod.) e ahí prestará juramento de fidelidade ao rei e á lei fundamental vigente. (Decr. cit.).

As declarações dos nascidos em terra portugueza, de paes estrangeiros devem ser feitas ante as municipalidades dos domicilios: e ae dos portuguezes nascidos em paiz estrangeiro devem ser feitas perante os agentes consulares, ou competente autoridade estrangeira (33).

(27) O Codigo serve-se da expressão = reino = tanto a respeito de — Portugal, como de todas as suas possessões; e conquanto legalmente comprehenda tudo quanto é portuguez, todavia pareceu-nos melhor a expressão *terra portugueza*, por esta comprehender no sentido obvio e geographico todo e qualquer ponto dos territorios portuguezes.

Advertia-se que nesta phrase *territorio* comprehende-se a terra portugueza, e o mar que a banha na distancia em que o Direito das gentes admite que os mares participem da nacionalidade da terra.

Deixando as insustentaveis theorias e principios de nacionalidades dos mares; hoje com o commun dos publicistas, e mais ainda pelos ultimos tratados de paz, depois das guerras do Oriente, pode-se dizer que a nacionalidade estabelece-se na distancia em que o direito do possuidor da terra se pode tornar conhe-

cido e effectivo; e assim alguns querem, que até á distancia em que a luz dos pharos de noite e signaes semaphoricos de dia se percebem; porque, prestando estas cousas grandes serviços á navegação, é logico que tambem prestem o da nacionalidade, que então se traduz em protecção; outros, mais practicos, querem que essa orla de mar seja só a que fica debaixo da acção das peças de artilheria. Parece-nos mais segura e mais constante, porque se sabe qual é.

Os golpões ou grandes bahias, cuja entrada fór ou puder ser impedida pela artilheria do possuidor da foz, serão nacionalizadas?

O rigor dos principios seria pela affirmativa, mas o ultimo tractado de paz entre a Russia de um lado e as potencias que lhe haviam feito a guerra da Crimea do outro adoptou que não, visto que o mar interior banhava territorios de varias potencias.

É o caso do Baltico, do Mar negro, Mar vermelho; e Deus sabe se iria até ao Mediterraneo. As embarcações navegando com bandeira reconhecida representam a nacionalidade d'essa bandeira, embora naveguem em mares nacionalizados; mas em quanto á naturalidade, o infante pôde ser considerado como nascido em casa de um estrangeiro no territorio de uma outra nação. Assim o infante nascido em embarcação estrangeira, navegando em mar portuguez é como se tivesse nascido em casa estrangeira sita em territorio portuguez; e nascido em embarcação portugueza em mares estrangeiros, é como se nascera em terra estrangeira.

Estas distincções podem ter importância para as questões de naturalisação ou naturalidade em relação á nacionalidade e direitos civicos.

No alto mar regula a nacionalidade da bandeira.

Basta esta disposição para se vêr que favorece a declaração da nacionalidade portugueza, e por isso sempre assim se deve entender a lei.

É uma presumpção que só se destrõe por expressa declaração.

(28) A palavra de *nacionalidade desconhecida* não nos agrada, porque nos parece obscura. — Pôde essa nacionalidade dos paes não ser reconhecida diplomaticamente, como quando se levanta uma nova nação, e em nossos dias temos visto tantas, mas isso não faz com que seja *desconhecida*.

Temos os judeus, que não leem patria, nem governo, oem nenhum dos elementos de associação nacional, e tanto que todos elles teem de buscar uma bandeira, ainda que seja a da cruz, temos os polacos, temos os napolitanos, toscanos etc., todos tendo uma *nacionalidade* differente de facto ou de direito, no entanto ainda que estejam diplomaticamente confundidos com os conquistadores, todavia leem sempre uma nacionalidade que se lhes conhece. Aludirá o Codigo a algum jalefo, botentote, ou outra qualquer horda selvagem?

Ainda assim, o filho tem paes que leem nacionalidade.

(29) É necessario oão perder de vista esta disposição do Codigo.

(30) Pode, porém, dar-se o caso do individuo estar revestido de duas nacionalidades por effeito das disposições das leis de dois paizes, e não declarar o que prefere. O domicilio legal e voluntario parece-nos ser por modo de decidir a duvida.

(31) A lei ou decreto de 22 de outubro de 1836 dava tambem como motivo da naturalisação o ser perseguido por adhesão ao systema representativo. O Cod. fechou esta porta. Talvez que a experiencia entrasse muito n'esta mediação.

Entre muitas victimas nobres, illustres, martyres sempre respeitaveis, de suas convicções, vem de involta muita escoria das sociedades.

Ja tivemos entre nós as *victimas dos ultimos acontecimentos*, os francezes tiveram os *gregos* e *maiores polonais*, que vieram enlodar o nome das victimas da meia lua e do czarismo, tornando-o synonymo de *jogador*, *trapaceiro* e *valentão do barato* nas casas de jogo.

As victimas das mudanças politicas não devem nunca ser repellidos, antes a

mais franca hospitalidade lhes é devida; mas d'aqui a serem declarados naturalizados, só porque o governo é d'este ou d'aquelle gremio politico, vae um abismo: o nome de portuguez para valer é necessario, que não proteja contrabando.

(32) A residencia voluntaria é por certo o maior indicio da vontade de qualquer querer pertencer á nação, a qual escolheu a sua residencia; mas em demarcar o tempo de duração o Cod. exige um anno, a lei de 22 de outubro de 1836 exigia dois, a Cart. não marca prazo algum, a Ord. quer *dez annos*; a Const. de 1822, art. 21, não exigia tempo, mas sim lerem domicilio, e *declararem por termo* o animo de serem portuguezes. Seria o que adoptariamos. O tempo não passa de uma *presumpção*; e em assumptos taes não as approvamos; a nimia liberdade da Carta ou nasce de inadvertencia, ou da ignorancia da força dos termos empregados.

(33) Como declaração de uma vontade, parece-nos que debaixo da disposição do Cod., se devem entender os officiaes publicos com fé em juizo nos paizes onde se houver de fazer a declaração.

§ 46

DA PERDA DOS DIREITOS DE PORTUGUEZ

Os direitos que gozam tanto os naturaes como os naturalizados perdem-se, e as causas deste perdimento mencionadas pelo Cod. civ. são — (art. 22).

- 1.º Naturalisação em paiz estrangeiro.
- 2.º Aceitação de emprego ou condecoração sem licença do governo.
- 3.º A expulsão por sentença, enquanto esta durar em execução (34).
- 4.º O casamento de portugueza com estrangeiro, salvo se não fôr, por esse facto, naturalizada pela lei do paiz de seu marido.

Restaura-se ou recupera-se a qualidade de portuguez perdida por estas causas:

No 1.º caso, regressando ao territorio portuguez, e declarando que quer recuperar essa qualidade, isto perante a auctoridade municipal onde eleger o domicilio.

No 2.º obtendo essa licença que por *graça* especial rehabilita.

No 4.º caso dissolvendo-se o matrimonio pode a mulher recuperar a nacionalidade portugueza, fazendo essa declaração na municipalidade portugueza que escolher, regressando a paiz portuguez.

Estes effeitos começam desde a data da rehabilitação.

Ha, porém, a advertir que quando o marido portuguez se naturaliza estrangeiro, sendo casado com portugueza esta não perde a sua nacionalidade, a não declarar o contrario.

Tambem se um portuguez casado com estrangeira se naturalizar estrangeiro, seus filhos havidos antes da naturalisação não perdem a qualidade de portuguezes, salvo se chegados á maioridade pelos annos ou pela emancipação declararem que seguem a nova nacionalidade do paiz.

(34) Nesta parte a nossa legislação tem variado muito. Hoje pelo Cod. penal (art. 36) a pena de expulsão pôde ser perpetua ou temporaria desde 13 até 15 annos, e perden-se todos os direitos politicos.

Abolida a pena de morte, bem como a dos trabalhos publicos e prisão perpetua (art. 1, 2, 6 da lei de 1 de julho de 1867) ficou todavia de expulsão, e essa pelo art. 55 do Codigo penal priva o cidadão de todos os direitos *politicos*, mas não falla nos civis, e enão, abraçando-se o principio de não ampliar a penalidade, e conformes com a opinião de Mello Freire L. 2. tit. 2 § 13, e Coelho da Rocha, entendemos esta perda de direitos de cidadão portuguez unicamente applicavel aos direitos politicos.

A Carta no art. 9 falla só de direitos politicos perdidos pela applicação da pena, e o proprio Cod. pen. art. 54 só falla em perdas de direitos politicos nas penas maiores temporarias, como prisão, degredo. trabalhos publicos, ficando só suspensos os direitos reaes, pois os bens ficam em curatela, e nos expulsos como sendo de um ausente.

A Carta usa mal, ou abuso, da palavra *denaturalisação*, a qual na linguagem penal da Ord. (L. 3 tit. 126, §§ 7 e 8 era applicada aos condemnados á morte, ou outra pena corporal) chamando *banidos* para serem *denaturalizados*, o que auctorisava a qualquer lhe executar a pena, até matar-os.

Era pena ordenada na sentença, e como consequencia da *morte civil*, pela qual antes de dar-se a *natural* ficavam nella incursos os condemnados, privados de todos os direitos politicos e civis.

A Carta emprega-a talvez como significando essa *morte civil*, que era pena no seu tempo: mas já na Constituição de 1838 se dizia, que perdia taes direitos o *que por sentença for condemnado no perdimento dos direitos*.

Ora esta *condemnação expressa* é o que nos parece indispensavel para dar-se o caso do Codigo; e como não se pôde dar pena perpetua, nem ha a pena de sequestro, a consequencia é não haver *perda*, mas *suspensão*, de direitos, e por isso exequivel e exacta a phrase do Codigo — *em quanto durar a execução da pena*.

E ainda assim no logar para onde for *expulso* conserva o exercicio dos direitos civis; porque para a pena de *degredo* etc. lhos conserva expressamente a lei penal. Cod. pen. art. 53 § 2.

§ 47

DOS PORTUGUEZES EM PAIZ EXTRANHO

Havemos tractado dos portuguezes em territorio portuguez, mas pôde dar-se o caso de residirem provisoriamente ou definitivamente em paiz estrangeiro.

Para todos os actos que disserem respeito á sua pessoa e bens consideram-se sujeitos ás leis portuguezas, mas podem dar aos seus

actos a forma externa que for a legal e valida nos paizes em que os celebrarem.

A difficuldade, e muitas vezes a impossibilidade, de cumprirmos as solemnidades da lei portugueza, justificam esta disposição, que é a regra, porque o proprio Codigo, art. 24, exceptua os casos em que a lei ordenar outra coisa; como ainda ha pouco vimos em relação á declaração de nacionalidade.

Em todo o caso será sempre prudente legalisar esses actos pelos agentes consulares, tanto em quanto á legalidade das formulas empregadas, como em quanto a ser o acto a expressão de vontade livre.

Em relação aos portuguezes que contraem obrigações em paizes estrangeiros, podem ser demandados no reino pelos nacionaes ou estrangeiros com quem as hajam contrahido, se nelle tiverem domicilio (art. 25).

A disposição é bem clara, mas antes quizeramos a do Cod. civ. fr. art. 14 e do Cod. de proc. civ., que é mais explicito e obrigatorio, constringendo o estrangeiro que contracta com um francez a responder perante os tribunaes francezes.

Na lei portugueza os portuguezes podem ser chamados aos tribunaes portuguezes pelos estrangeiros com quem hajam contractado; e a causa segue o fóro do domicilio, o que é principio de direito desde os romanos; na lei franceza o francez chama aos tribunaes francezes o portuguez com quem contractou, isto é, por escolha do auctor chama este o reu ao foro delle, e não deste; verdadeiro privilegio por certo odioso; mas que a nossa lei não emendou com a compensação de outra igual.

§ 48

DOS EXTRANGEIROS

Segue-se tratarmos dos estrangeiros.

Esperamos que ainda virá um dia em que os estrangeiros serão reciprocamente revestidos em todos os paizes dos mesmos direitos civis, bastando para distinguir as nacionalidades o exercicio restricto dos direitos politicos.

Os romanos, que consideravam synonymos *extrangeiros* e *inimigos* (*hostis*), porque na sua organização o principio gerador era a *urbs*, e tanto, que Roma pelos seus direitos estendia-se ate onde podia penetrar um cidadão romano: na organização em que a adopção, o testamento, a alforria entre os actos pessoaes, a usucapião, *res mancipi* etc. nos direitos reaes, eram actos e direitos mais politicos do que civis, na accepção moderna, era logico que um estrangeiro apenas gozasse dos direitos de homem, vida e liberdade.

Mas hoje não ha razão que justifique estas odiosas distincções, e a egualdade d'esses direitos é um *desideratum* para o qual devem caminhar todas as leis.

No entanto exponhamos o estado actual da nossa legislação em relação aos estrangeiros.

A primeira feição característica é, que para os subjeitar ás leis portuguezas é necessario que elles estejam em terra portugueza.

Diferença radical do Direito francez, que torna subjeitos aos tribunaes francezes os estrangeiros que contractaram com um francez ainda que fosse em paiz não francez.

O Codigo commercial estabelece regras especiaes, mas que nos parecem deverem servir de subsidio em muitos casos.

Assim, na falta de expressa convenção ou tractado em vigor com os respectivos governos, podem exercer nestes reinos o commercio do mesmo modo que os portuguezes podem fazer nos estados a que elles pertencem (art. 32).

E todo o estrangeiro que celebrar actos de commercio em territorio portuguez fica subjeito por esse facto aos tribunaes e leis portuguezas, aos seus resultados e incidentes § 33.

O principio de reciprocidade que regula na Prussia esses direitos (Cod. da Pruss. Intr. art. 45), parece-nos melhor comprehendido no nosso Codigo commercial do que no civil.

Segundo este emquanto viajam ou residem entre nós teem os estrangeiros os mesmos direitos e obrigações que os portuguezes em relação aos actos que hão de produzir effeito entre nós (art. 26).

Mas a sua capacidade civil e estado são reguladas pela lei do seu paiz (art. 27).

É já um principio que os subtrahem em um sem numero de casos á acção das nossas leis e autoridades.

Podem ser demandados segundo as nossas leis, e perante as autoridades portuguezas, pelos portuguezes ou estrangeiros por obrigações com elles contrahidas, com tanto que:

a) sejam encontrados em terras portuguezas—b) que as obrigações com os estrangeiros sejam contrahidas em territorio portuguez (26 *in fin.* e 30).

As sentenças proferidas em tribunaes estrangeiros em materia civil, e em pleitos entre portuguezes e estrangeiros não podem ser cumpridas senão depois de serem as cartas de sentença subjeitas aos tribunaes portuguezes de 2.^a Inst. (N. R. J. art. 597 e segg.).

CAPITULO V

Das pessoas moraes

§ 49

O systema do Codigo Seabra leva-nos a tractar das pessoas moraes; para depois vermos as disposições, que são communs a ellas e ás physicas, ou privativas de cada especie.

Comecemos pela definição legal:

Diz-se *pessoa moral*, a associação ou corporação—temporaria ou perpetua—fundada por motivo ou fim de utilidade—publica—ou publica e particular conjunctamente—e que nas suas relações civis represente uma individualidade juridica (art. 32).

Em vista de uma definição legal não ha lugar, em trabalhos como o nosso, de definir doctrinalmente; cumpre-nos unicamente buscar fixar bem a intelligencia dos elementos de que o Codigo forma a pessoa moral.

Começa por intender que só individuos associados ou encorporados é que formam pessoas moraes; mas temos as *heranças jacentes*, as *massas fallidas*, que são consideradas por todas as leis, *pessoas juridicas*, com abstracção de quem são os individuos que nelas tem interesse, nem mesmo se os ha, como nas heranças jacentes.

A causa confunde-se com o fim, e bem; porque se attende unicamente ao que faz com que exista tal pessoa moral.

O Codigo reduz esses fins a dois—*utilidade publica*, ou mixta de publica e particular: todavia muitas vezes a utilidade publica é tão remota, que não se percebe. O essencial é que não seja pura utilidade individual.

Ora falta uma clausula essencial, e vem a ser a auctorisação legal, que não se acha na definição (art. 32) mas destacada em outro artigo (33).

O direito de associação não é offendido por estas disposições do Cod. civ. mais e muito mais o são pelo Cod. pen.; e no entanto legais e illegaes, uteis ou não, pululam ahi por toda a parte.

É difficil muitas vezes descriminar estas pessoas moraes das sociedades, no entanto, attendendo-se a quaes são os seus meios de acção, pode-se distinguir. Nas sociedades ha a reunião de esforços para bem commum dos associados—nas associações e corporações, de que parece aqui tractar o Codigo, ha reunião de esforços ou só para o bem geral, ou para este e o particular—assim nas misericórdias ha o bem physico e moral dos extranhos—em um banco de circulação o movel dos socios é o lucro dos seus capitães etc. No entanto estes não deixam de ser tomados por pessoas juridicas.

O Codigo não tracta das corporações de mão morta, no entanto applica ás pessoas moraes algumas das disposições que as nossas leis de amortisação sómente applicavam ás de mão morta, que eram, e são, aquelles estabelecimentos, ou fundações permanentes, com fim *publico* de piedade, religião, beneficencia, ou instrucção.

Estas pessoas moraes representam aos olhos da lei um só individuo juridico, nascido da auctorisação legal, e o governo exerce nellas o direito de inspecção, que pôde ser de padroado, ou de fiscalisação. No primeiro caso o governo, como que se associa; no segundo conserva-se extranho, mas, sempre que entenda necessario, examina os actos da administração. O primeiro é graça e favor, o segundo exercicio de autoridade.

De terem estas pessoas moraes capacidade juridica resulta poderem exercer todos os direitos civis relativos aos interesses legitimos do seu instituto (art. 34).

Em relação ás perpetuas, ou mais exactamente áquellas que não tem duração marcada no seu instituto, ou que o fim a que se propoem tambem o não tem, e (como dissemos) as nossas leis chamavam de *mão morta*, tem entendido os estadistas que seria conveniente obstar a que, pela progressiva acquisição de propriedade, viesse esta pelo andar dos tempos a reunir-se toda em suas mãos.

Para chegar a este resultado havia dois meios, impedir que adquirissem, ou obrigar-as a alienar os bens adquiridos. O primeiro era violar a faculdade, que qualquer tem de dar, ou deixar o que é seu, o segundo era igualmente uma excepção ou restricção odiosa, mas que a lei adoptou em nome do bem geral.

Estes principios foram adoptados pelo Codigo, e por isso hoje, como desde a Ord. L. 2. tit. 18 pr., não podem comprar bens de raiz (idem); nem tão pouco receber legados universaes, ou serem nomeados herdeiros, podendo todavia receber todo e qualquer legado com obrigação de alienar dentro de um anno todos os bens de raiz de que tomaram posse com este titulo. Assent. de 29 de março de 1770, e de 21 de julho de 1797. (Pasch. L. 3. tit. 5. § 34 C. de R. § 689).

Vae coherente com estes principios o Codigo prohibindo, que as corporações perpetuas possam adquirir por titulo oneroso bens immobiliarios excepto sendo fundos consolidados: podem adquirir por titulo gratuito, mas sendo immobiliarios, devem convertel-os naquelles fundos dentro de um anno, sob pena de os perderem para a fazenda nacional (art. 35).

Já se vê que a lei não comprehendu os bens ou propriedades immobiliarias indispensaveis para o conseguimento do fim da corporação, como as egrejas, hospitaes etc. (art. 35 § 1).

As nossas leis consideravam pessoas moraes—O Estado, repre-

sendo pelo ministerio publico, as camaras municipales, juntas de parochia, conventos, ou quaesquer estabelecimentos ecclesiasticos de piedade, ou instrucção, misericordias, confrarias, irmandades, cabidos, collegiadas, egrejas, capellas, albergarias etc. e todas estas julmos comprehendidas nas disposições do Codigo, porque embora não cite senão o Estado, a egreja, camaras municipales, juntas de parochia (art. 37) é isto exemplificativamente, como se vê das palavras: *e quaesquer fundações ou estabelecimentos de beneficencia, de piedade ou instrucção publica*.

Para estabelecer a linha divisoria entre as corporações de mão morta, e as que o não são, ha os dois caracteristicos: 1.º duração perpetua, 2.º temporarias que não tenham por objecto interesses materiaes (art. 35 § 2).

Estas são julgadas de mão morta, e quando se extinguam por qual quer motivo, os seus bens serão incorporados na fazenda nacional (art. 36).

Além disso estas corporações, começando pelo estado, não gosam do privilegio da restituição (art. 38).

Não podemos deixar de exprimir a nossa opinião.

Estes bens de raiz, de que se não quer a accumulacão, são violentamente levados á praça para ali serem trocados por fundos publicos do estado. São mal administrados pelas corporações e corpos de mão morta, o que até certo ponto é *hoje* exacto; e disemos *hoje*, porque os bens de raiz, sobre tudo rusticos, pertencentes aos frades e monges, eram os mais bem cultivados; e a historia dos conventos mostra quantos baldios os monges desbravaram, e converteram em rendosas granjas e quintas; mas isto não justifica, antes condemna, a sua reversão forçada para o Estado, de todos o peor administrador.

É para vendel-os, dizem; mas essa venda tende necessariamente a depreciar a propriedade immovel.

Demais o Estado, que absorve esses bens, é ao mesmo tempo o curador d'essas e d'outras corporações; e que se diria de um curador que forçasse o curatelo a trocar a sua propriedade por titulos de divida delle proprio curador?

E o Estado, ou fazenda publica, ganhará realmente em tornar seus credores esses estabelecimentos que soccorrem tantas desgraças e infortunios?

Longe de nós a idea de admittirmos como direito o facto de um tal devedor nunca pagar o capital da sua divida, e de poder a seu bello alvitre, diminuir-lhe os juros, e não dar outra garantia senão a faculdade de tirar das bolsas dos particulares o que necessita para pagar os juros.

Depois, ou estas corporações gastam, e bem, os seus rendimentos,

ou os accumulam: no primeiro caso (e mui raras excepções haverá) tanto importava que as rendas lhes proviessem de arrendamentos e emprazamentos, como da Junta do Credito Publico: se accumulam é em capitaes, a que depois é necessario dar sahida. Ora este remedio tão applicavel era aos bens de raiz, como aos fundos do Estado.

Em quanto á abolição da restituição achamos muito boa a disposição do Codigo.

Tudo quanto for em Direito civil evitar excepções e privilegios tanto melhor, e além disso, tendo estes corpos administradores, estes que respondam pela sua culpa ou dolo, e não sejam victimas os extranhos, que é quem soffria com a restituição *in integrum*.

CAPITULO VI

Do domicilio

§ 50

RAZÃO D'ORDEM

Embora qualquer pessoa conte entre os seus direitos derivados da liberdade, o de mudar de residencia sempre que queira, todavia os progressos da civilisação trazem muitas vezes consigo restricções a esses chamados direitos innatos.

§ 51

SUA ORIGEM

Se na historia da civilisação os povos começam por ser noma-das, logo que sobem na escala social fixam a sua residencia, e o amor da tribu transforma-se em amor da patria, mixto de pessoal e real por abranger tanto as pessoas que vivem agrupadas em nação, como o paiz em que abrimos os olhos; essas paisagens por mui detestaveis que pareçam ao commun dos homens tem encantos e dam logar a recordações que só comprehende quem tenha estado fóra da patria, é o *dulces meminisse Argos*. (35)

É por tanto uma necessidade do homem civilisado ter uma patria e por isso um domicilio, que, segundo o Codigo, é o logar onde o cidadão tem a sua residencia permanente, e sendo da pessoa moral, a residencia da sua administração art. 41.

O Codigo deduz da *permanencia* a caracteristica do domicilio. A Ord. (L. 2. tit. 56) o *Cod. civ. franc.* (art. 106), o *Direito romano* (todo o tit. *ad municip.* L. 4), os nossos praxistas Guerreiro Fr. 1.

L. 1 Cap. 3. n.º 6. L. 2., 1. Correa Tell. Dig. p. P. 2. § 16 e seg., Coel. da R. 67 Pereira e Sousa. Prim. Lin. Civ. § 40—527. N. R. J. art. 174 e seg. Cod. adm. art. 41 comprehendem como elemento para o domicílio a *intenção*, (*tenção* lhe chama a *Ord.*) de residir juncta ao facto da residência; e tanto que a lei franceza faz dependente desse conhecimento a fixação do domicílio, e marca quaes os factos que se devem tomar como indícios da intenção.

A legislação romana partindo da idéa-mãe, que era a *urbs*, considerava que todo o romano ali tinha o seu domicílio, e os nossos Jctos. consideraram Lisboa domicílio *commum* de todos os portuguezes, isto pela disposição da *Ord.* L. 3 tit. 3 (a qual não falla em Lisboa, mas na *córté*).

Em vista de tantas e tão graves auctoridades parece-nos que o Código deveria estabelecer o principio da *intenção* para se dar domicílio, e não simplesmente o facto material da residência; tanto mais quanto que para conservar a residência basta a intenção embora não se dê o facto de residir; e por isso sem declaração *expressa* de mudança ou, na falta desta, por circumstancias que façam presumir essa mudança de intenção, continua o mesmo domicílio, embora não se resida lá um só dia. (Fr. 20 D. *ad municip.* L. 1, e Cod. civ. fr. art. 404 e 405) Per. e Sous. P. L. c. not. 529.

Poderíamos acrescentar que a lei chama domicílio ao lugar que as partes que fazem um contracto escolhem, embora nunca lá residam.

Essas presumpções de intenção é que fazem que a mulher tenha o domicílio do marido, e o estudante o da sua naturalidade, e não o do lugar das escholas que frequenta. Fr. 5. § 5. D. *de in.* (V. 4.)

Repugna mesmo, com a constante progressão de mobilidade que vão tendo os homens e as cousas, que se faça depender do facto de *estar*, e do tempo de *permanencia* um dado tão importante para a administração da justiça.

E isto é tanto assim, que milhares de individuos ficariam sem domicílio, vagabundos, porque nunca *permanencem* nem residem *permanentemente*.

Parece-nos inapplicavel aos casos occorrentes a disposição do Código: mas como o dever do Jcto. seja não crear difficuldades á execução das leis, mas facilitá-la, embora use dos meios pretorios, *adjuvando, supplendo, corrigendo*; parece-nos, visto ser indispensavel a *intenção*, que isto se deve entender pelas expressões residência, como *voluntas*, e permanente, *standi*, aquelle o sujeito da intenção, este o objecto.

(35) Esta saudade da patria é tanto mais forte quanto maior for a singeleza dos costumes, e mais trabalhosa a vida. É o trabalho a fonte mais abundante de

afeições para com aquillo que adquirimos por elle. E assim se explica o amor do groenlandez e lapão pelos seus gelos permanentes, e a preferencia que dão ás misérias de uma existencia precaria a todos os confortos de uma terra amena cuberta de verdura e flores.

Os montanhezes pelas suas montanhas, e o mariuheiro pelo balouçar das ondas, lutando de continuo com os maiores perigos e mais rudes trabalhos, desdenham a segurança, abundancia e luxo das cidades.

Até nos irrationaes se nota este apego á terra natal.

E a *nostalgia* chega a ser molestia incuravel e muitas vezes mortal.

Todas estas razões tem feito considerar sempre o desterro, deportação, exportação, e degreu um como pena mui grave: mas felizmente ha hoje a tendencia de *curar* o criminoso, e não de amputar a sociedade o membro enfermo.

É um dos innumeraveis beneficios do Christianismo, e uma das glorias do Direito canonico.

§ 52

SUAS ESPECIES

O domicílio é, ou *voluntario*, quando só depende do arbitrio do cidadão, ou *necessario* quando designado pela lei (art. 42).

O voluntario dá-se sempre e como regra, porque nasce do principio de ser livre ao cidadão a escolha do lugar onde quer exercer os seus direitos civis, e responder pelo cumprimento das suas obrigações pessoaes, por tanto é escusado mencionar os casos particulares em que se dá; bastando fazer conhecer as regras geraes.

§ 53

VOLUNTARIO

O cidadão pôde escolher o seu domicílio, se, tendo diversas residencias, nellas viver alternadamente ou successivamente, haja ou não regularidade nessas mudanças, como se costuma passar o verão nas praias, o outono nas suas vinhas, o inverno na cidade, e a primavera no campo.

Quando escolha, deve declarar-o na municipalidade competente qual o que prefere, não o fazendo entende-se ser aquella residência onde for achado (art. 43); e como no caso de mudança tenha de fazer esta declaração perante as duas municipalidades, donde vem e para onde muda, (art. 44) parece-nos, seguindo a lei franceza, que tambem no caso de escolher o domicílio entre varias residencias deverá fazer a declaração em todas; pois o fim do domicílio é evitar a vagabundagem.

Estas participações, porém, só produzem effeito depois de estabelecer a sua morada na localidade escolhida (§ un. do art. 44).

Ainda por acto voluntario, pessoal, authenticico pôde qualquer es-

tipular domicilio especial para o cumprimento de qualquer acto. Mas neste caso a lei prohibe que esta escolha fique ao arbitrio de outrem, porque essa liberdade de escolha não deve produzir a incerteza do domicilio (art. 46); assim como tambem quer que os herdeiros sejam obrigados ao estipulado (art. 46 § un.): mas no caso de ser pessoa miseravel, então não. Ord. L. 3. tit. 5. § 3.

É isto o que se chama domicilio ou fôro do contracto.

Cumpra, porém, advertir que muitas vezes uma das partes renuncia ao seu fôro, ou domicilio, obrigando-se a cumprir a obrigação ainda fôra do seu domicilio.

Não vemos no Cod. disposição que contradiga esta liberdade de estipular que as leis devem sempre promover, e então julgamos adoptavel a disposição da Ord. do L. 3, tit. 6, e 41.

Tambem entendemos que qualquer pôde ter dois domicilios. N. R. J. art. 180 (36).

A Ord. citada autorisa a renuncia do domicilio, mas quer que ainda quando a parte se obrigue a responder onde o auctor a quizer demandar, assim mesmo só o possa ser no lugar onde fôr achado. Per. e Sous. Pr. L. c. not. 40 e 527.

(36) Esta disposição doCodigo do processo é muito melhor do que o condemnar todo e qualquer cidadão a não ter senão um domicilio.

§ 51

NECESSARIO

O cidadão que não tiver domicilio certo será considerado para todos os efeitos como domiciliado no lugar onde fôr encontrado (art. 45.)

Teem domicilio necessario:

1.º Os filhos não emancipados, porque teem de seguir o do pae, na sua falta o da mãe, e na falta desta o do tutor; e bem assim todos os interdictos que teem o dos tutores, art. 47 e 48 do Cod., cujas fontes são o art. 108 do Cod. civ. fr., e Fr. 9 D. *ad municip.* Ulp. L. 1, que tambem se dá com os criados; mas para estes é necessario que estejam no serviço de portas a dentro. Disposição do Cod. da Sardenha art. 72, derivado da Auth. *Habita quidem* á Cont. *Ulp.* Cod. *ne filis propath.* IV. 13. e civ. fr. art. 109. (O Cod. fr. não se refere só a criados, mas a todos que servem ou trabalham, o que passou para o nosso Cod. art. 50.)

2.º A mulher casada segue o domicilio do marido, excepto estando divorciada, ou não o acompanhando no degredo, porque en-

tão tem domicilio proprio: o que se verifica egualmente com os filhos art. 49 e 53 § 2 do Cod. (37).

3.º Os empregados publicos, que teem domicilio no lugar onde exercem os seus empregos determinando-se pela posse e exercicio das suas funções o tempo de duração deste domicilio. (Cod. art. 51)

O Codigo exige que o emprego se exercite em lugar certo; mas quando o não fôr?

Parece-nos que a mente do legislador foi, copiando a lei franceza Cod. civ. art. 107, combinar a disposição do Cod. com o art. 106 do Cod. fr., e então este lugar certo é o equivalente do emprego *vitalicio*, assim como aquelles que o não são conservam o domicilio que tinham antes do emprego.

4.º Os militares arregimentados teem domicilio no lugar onde está a guarnição o corpo a que pertencem (art. 52).

Os não arregimentados, e onde estiverem de serviço, se não tiverem estabelecimento ou morada permanente.

Esta disposição, omissa no Direito francez, foi baseada na leg. rom. Fr. 23. D. *ad municip.* Herm. L. 1. supõe-se que o soldado nada tinha na patria *si nihil in patria possideat*: por tanto só parece applicavel a disposição do Cod., sendo a guarnição fôra da naturalidade, e não possuindo nesta coisa alguma.

5.º Os marítimos, se são militares teem o seu domicilio em Lisboa (38) se andam em navios de commercio ou costeiro teem o da terra a que pertence o barco (39); salvo se tiverem por outra causa domicilio differente, art. 52 § un.

6.º Os reus condemnados teem por domicilio a prisão, desterro, ou degredo onde estiverem cumprindo a pena, ou mesmo o lugar onde estiverem, isto para os actos posteriores á condemnação, porque para os anteriores (art. 53) serve o antigo domicilio.

O domicilio necessario acaba logo que cesse a causa que o produziu art. 54.

(37) A disposição similhante que se acha no Cod. civ. fr. offerece a Rogron uma duvida, e resolve a segundo o modo de entender a lei, adoptado pelos tribunaes; e parecendo-nos que entre nós tambem se pôde apresentar tal hypothese, julgamos dever adoptar a sua resolução.

Quando succeder que a mulher exerça funções administrativas e tutelares a respeito do marido e casa, qual é o domicilio (suppondo que o tinha differente)? O da mulher, porque o marido pelo facto de interdicção fica suspenso do exercicio dos direitos de chefe de familia, e era desses direitos que se derivava o tornar o domicilio da mulher accessorio do seu.

(38) E se o marítimo estiver na estação da China? Felizmente não serão muito frequentes na pratica questões com marítimos militares; mas assim mesmo parece-nos que a providencia do Cod. não comprehende todas as hypotheses.

(39) O Cod. parece distinguir a navegação de *longo curso*, ou *alto mar* da *costeira* ou de *cabotagem* pela natureza dos vasos empregados—navio para a primeira, barca para segunda.

VISINHANÇA

Os nossos Jetos. davam antigamente grande importancia á qualidade de visinhos, e com razão; porque, gosando cada concelho (qualquer que fosse o nome, porque confundimos para o que temos a dizer, concelho, honra, couto, isento, reguengo e realengo, burgo, etc.) de uma legislação tributaria e municipal particularissima, os *visinhos* eram a taes encargos obrigados, como tambem só elles gosavam das regalias foralengas; só elles podiam ser investidos dos cargos publicos, dentro do seu termo, gosar do compascuo, mattas, fornos concelhiz, isenção de certos impostos de consumo que pagavam os generos vindos de fóra, etc. etc. Pereira e Sousa ainda sustenta a differença de visinhança a domicilio, e tambem ainda no seu *Digesto portuguez* Corrêa Telles a estabelece (como quem escrevia um projecto deCodigo civil). No entanto estas tão respeitaveis autoridades não nos convenceram da necessidade de tal distincção, ou antes de que ella existisse, depois que ha *recenseamento*. O venerando Jeto. Pereira e Sousa escreveu antes das ultimas revoluções politico-civis, e Corrêa Telles no seu *Digesto* não tem para nós a autoridade devida ao seu nome, porque escreveu sempre de *jure constituendo*, e nós queremos guias de *jure constituto*.

Luiz Teixeira, verdadeiro Eunu do Direito patrio, que precisa, mais do que o poeta, de mão caridosa e intelligente que joeire muita perola que está perdida pelos seus volumosos calhamassos, e Coelho da Rocha, o primeiro entre os nossos reinicolas pela clareza do methodo e solidez de doutrina, ainda tractam da visinhança como diversa do domicilio.

O caso de uma divisão de baldios concelhiz feita pela camara de Barrancos, e ácerca da qual fomos consultados, convenceu-nos da necessidade de considerarmos ainda em vigor esta distincção, apesar do Codigo d'ella não fazer menção.

Expendemos, talvez longamente, as razões por que entendemos ohrar assim; pois não é pela vaidade de supprir omissões.

Tem-se por visinho de uma cidade, villa; ou lugar aquelle, que d'ella, ou de seu termo é natural (40), e ali móra, bem como aquelle que n'ella tem dignidade; ou outro tal por que *razoadamente possa viver*, e de feito vive n'aquelle lugar. *Ord. L. 2, tit. 56 p.* e por conseguinte o extranho que vae exercer um emprego temporario, ou revogavel, não é visinho; mas sendo o emprego vitalicio se requerer visinhança, adquire-a: e assim egualmente aquelle que casa com *visinha*, ainda que elle seja extranho, e tenha animo de residir, se torna visinho, porque o casamento prova a intenção da residencia: e tambem o extranho que

veiu da sua naturalidade com mulher e haveres, para terra onde residir quatro annos, ou aquillo que marcar o foral, torna-se visinho.

(40) A Ordenação diz logo, Corrêa Telles, *patria*: não adoptamos este ultimo porque a não entendemos restricta a um concelho, mas só applicavel ao territorio de toda a nação; nem o outro, porque a mesma *Ord.* neste mesmo titulo tomou o termo *logar* como differente de Villa, Cidade etc., naturalidade exprime precisamente o *sítio* onde se nasce.

CAPITULO VII

Dos ausentes

Não nos agrada gastar tempo em questões de methodo, e reo-nhecemos até nexo entre o tit. vin do Liv. 1, tit. 1 do Cod. com os anteriores, porque depois de considerar o homem, o cidadão, e as pessoas moraes com domicilio, isto é *presentes*, é natural tractar dos *ausentes*, mas como a ausencia traz consigo a necessidade de certas medidas e remedios de Direito, e portanto de tutelas, curatelas, etc., segue-se que ha a tocar em pontos que só mais longe teem a sua collocação logica como especies de um genero. Prefeririamos tractar dos grãos de parentesco, e mesmo das generalidades dos Direitos reaes, formando d'esta primeira parte do Codigo uma introdução de regras generalissimas, *ad instar* do Codigo prussiano.

§ 56

O QUE SEJAM

O Codigo não define o que seja ausente, e bem haja: mas podemos doctrinalmente chamar assim áquelle cuja habitação se ignora, ou de que não ha noticias, Corrêa Telles.

Este individuo tem direito a que a sociedade vigie pelos seus interesses, porque é o todo a que elle pertence; e d'este direito nasce a obrigação á mesma sociedade de vigiar pelos bens e familia dos seus membros ausentes (41).

É d'estes deveres da ausencia de um individuo que o Codigo Seabra tracta longamente (42).

(41) Discordamos absolutamente neste e n'outros pontos da opinião que vae buscar no *interesse da comunidade* a fonte do direito della, neste e n'outros casos, substituir a acção individual.

Não entendemos ser direito o que é uma obrigação, pois os sacrificios do homem á sociedade é para ser defendido na sua pessoa, familia, e bens, isto tanto quando o reclama, como quando se deve presumir que o reclama, pois se o não faz é por força maior.

Por tanto, se a sociedade tem *obrigação*, é correlativo que o individuo tenha direito.

Vemos um alcance immenso nesta distincção, quando a sciencia do Direito tem de prover às necessidades moraes que encerram os grandes problemas economico-sociaes da transformação social.

É necessario ir mais alto, e em região mais pura que a do *interesse*, ou *utilitarismo*, buscar as razões de legislar.

(42) Ha nestas palavras um voto de agradecimento. A nossa legislação era omissa; a romana com as suas ficções inapplicavel, e canonica restricta aos ecclesiasticos, a franchezza malleitosa para nós, e por tanto, afóra algumas analogias, e disposições directas da N. R. J. o que havia era zero.

§ 57

CURADORIA PROVISORIA

Segundo o Codigo ha uma curadoria *provisoria*, e outra *definitiva*, aquella dá-se não apparecendo o ausente, ou não havendo noticia da sua morte, porque qualquer d'estes factos extingue toda e qualquer curadoria baseada na ausencia.

Assim a curadoria provisoria não é mais do que uma administração de bens d'aquelle a quem a ausencia priva de administrar.

E tanto é assim que se o ausente deixou procurador, ou legal administrador, não se lhe pôde nomear curador (art. 55), o que parte da ficção em que se funda o mandato, de que gere por si aquelle que dá a um terceiro os poderes necessarios.

Mas ha outra especie que nos parece não ter sido pelo Codigo attendida; e vem a ser quando os bens do ausente são de natureza que não carecem administração, como pôde dar-se com apolices de seguros de vidas, ou outros, em que o capital se vae augmentando pela accumulção dos juros, etc., sem necessidade de facto algum de administração: n'este caso tambem se não deve nomear—administrador sem bens, e só se for necessario prover a este respeito.

Qualquer autoridade (administrativa ou judiciaria) é competente para na situação dos bens prover á conservação e segurança d'estes (§ 2.—art. 55) mas só o Juiz do domicilio do ausente é competente para decretar a curadoria definitiva (§ 4, id.)

Como hoje o Juiz não sabe coisa alguma por si, e sómente defere ao que lhe chega á noticia officialmente, é necessario que esta curadoria seja requerida ou pelo ministerio publico, ou pelos interessados na conservação dos bens (art. 56).

Antigamente eram os provedores das comarcas os encarregados de proverem de remedio a estas curatelas; e mesmo concedendo o § 2 do art. 55 que a auctoridade do local onde o ausente tiver bens, possa prover á conservação d'esses mesmos bens, parece que tambem qualquer podesse requerer. Ha desmazelados faes, que não so

moveriam vendo arruinar o que poderia vir a ser seu, pois deixam destruir o que já lhes pertence.

O juiz na escolha do curador provisorio deve preferir os herdeiros presumidos, na sua falta os que tenham interesse na conservação dos bens (art. 57).

O primeiro acto judicial, e que deve preceder a escolha do curador é a feitura de inventario, no qual se avaliará o rendimento dos bens de raiz, (*o curador receberá, etc.*, art. 53.)

O curador para os bens de raiz prestará caução só pelo rendimento liquido de um anno, e por toda a importancia nos moveis (art. cit.).

Se o curador não puder (43) dar estas cauções, o juiz mandará depositar os bens moveis não sujeitos a ruina, porque esses serão vendidos em praça, e o seu producto será invertido em valores *productivos* (44), que offereçam sufficiente segurança (§ un. do art. cit.)

O curador não tem outros poderes senão os de administrar, dando annualmente contas *dos actos da sua gerencia* (45); e por isso não pôde intentar acções em juizo senão sendo conservatorias, ou que não possam retardar-se (46). É, porém, competente para ser reu representando o ausente (art. 59).

O curador provisorio tem direito a 5 % da receita liquida que realisar (art. 61).

Acaba esta curadoria:—1.º pela volta, ou certeza da existencia, do ausente (47)—2.º pela comparencia de procurador bastante, ou pessoa que legalmente represente o ausente—3.º pela certeza da morte do ausente—4.º pela instalação da curadoria definitiva (art. 63).

O ministerio publico é o encarregado de velar pelos interesses do menor ausente, e é sempre (48) ouvido em todos os actos judiciaes que lhe disserem respeito (art. 62).

Dando-se o caso de haver um ausente sem curador, ou quem legalmente o represente, lhe será nomeado um curador que o defenda no pleito (art. 60). É o nosso antigo curador *ad litem*, que já recebemos dos romanos.

Vê-se que o chamado *curador provisorio* do nosso Codigo é antes um administrador, sendo verdadeiro curador o agente do ministerio publico. É ao menos o que resulta da comparação dos artigos que dizem respeito ao curador com os que se referem ao ministerio publico.

(43) E se for por não querer? O Codigo não considera esta curadoria um *munus publicum*, e por tanto não vemos que o juiz possa obrigar o curador, por elle nomeado, a dar uma caução, que pode ser muito importante: terá de escolher outro.

(44) O que sejam estes valores fica dependente necessariamente do juiz, salvo o recurso do ministerio publico, coisa em que nada confiamos.

(45) É mui vaga esta phrase; e o tempo mostrará, que poucos curadores

dignos apparecerão, porque a responsabilidade é fóra de toda a proporção com o lucro.

(46) Não achamos mui juridica a expressão *acção conservatoria*, e no sentido vulgar demasiado vaga. Será somente de *interdictos* que falla o Código? Custará muito a *conservar* o patrimonio do ausente sem as acções de despejo, comminatorias etc. etc. Estamos no vago da Jurisprudencia romana com o *de lucro captando, de damno vitando*.

(47) Pode haver a certeza da existencia do ausente, todavia não deve cessar a *curadoria*, porque elle não tem quem cuide de seus bens e negocios. Assim se aquelle que partiu em navio que se julgou perdido, depois chega a porto e salvamento, ainda que tudo conste officialmente, não tem pessoa encarregada por elle para servir-lhe de mandario; temos a hypothese do Código, e ninguém negará a necessidade da nomeação de curador.

Por esta occasião diremos, que nos parece melhor que a *curadoria* provisoria não cesse senão acabada a causa, = o abandono em que se acham os haveres do ausente.

(48) A esta ingerencia do ministerio publico preferiamos o conselho de familia, apesar de todos os seus inconvenientes. Não gostamos de que o sanctuario da familia possa ser tam facilmente devassado. Por um representante da sociedade bom, ha outro máo; e não cuidam dos negocios da familia sem ganhar, e sem que se lavrem muitos autos, termos e despachos; e tudo isto é pago pelos bens do ausente.

O conselho de familia reunido, nomeando o curador, dando-lhe as auctorisações que entendesse; e só de anno a anno a tomar contas, bastaria na inmensa maioria dos casos..

§ 58

CURADORIA DEFINITIVA

Um dos modos pelos quaes acaba a ausencia é a installação da *curadoria definitiva*.

Se para haver a *provisoria* a lei não marca tempo algum de ausencia, para passar a ser definitiva exige *quatro annos* sem do ausente haver noticia, ou da data das ultimas noticias. A disjunctiva empregada pelo Código é causa de alguma duvida, pois pode muito bem succeder que o ausente não tenha escripto, e todavia existir, e haver d'elle noticias authenticas, como pelos consules, actos officiaes em que appareça o seu nome etc. etc., por isso parece-nos que a data das cartas é um meio como outro qualquer para se marcar o ponto de partida para os quatro annos.

A doutrina do nosso Código é bebida no francez (art. 112 e segg.), e d'ahi tirada tambem a curatela provisoria e definitiva = *envoi en possession* = mas na lei franceza exige-se um processo preparatorio para conhecer da falta de noticias etc., e depois profere-se uma sentença pelo tribunal (art. 119).

Ora esta exigencia é muito util, porque serve para se contar o praso para a *curadoria* passar a definitiva, e para a presumpção de morte do ausente, que não apparecer.

§ 59

COMO SE INSTALLA

A lei exige, para se installar a *curadoria* provisoria, que tenham decorrido quatro annos de ausencia, mas faz grande differença se o ausente deixou procurador ou não, e em todo o caso notamos que faz facultativo o pedido dos herdeiros para que se installe a *curadoria definitiva* = *poderão seus herdeiros* (49).

Se deixou procurador (50), não pode ser requerida a entrega dos bens ao curador senão passados dez annos, contados do dia em que desapareceu o ausente, ou houve as ultimas noticias d'elle (art. 64) (51).

Mas ainda assim, os herdeiros *poderão* requerer, passados tres annos de ausencia, quando o procurador não merecer confiança, que dê caução: e não a prestando, perde os poderes do mandato (art. cit.)

Para o conseguirem tem de justificar: 1.º a ausencia, e isto com assistencia do M. P., e depois que são seus herdeiros pelo sangue, vocação da lei, ou escolha do ausente em acto publico de ultima vontade. Corrêa Telles, trat. das Acc. § 122, not. 2.

O juiz manda notificar o ausente por editos, publicados com anticipação de seis mezes, na folha official, na gazeta da respectiva relação, e nas portas da egreja parochial do logar do seu ultimo domicilio (art. 65).

Depois, se ha testamento cerrado (52), o juiz o mandará abrir para que, conhecidos aquelles, que elle quer por seus herdeiros, se lhes deferir a *curadoria* (art. 66); sendo *aberto* de qualquer dos mencionados pelo Código, procede-se como em caso de morte.

Segue-se a publicação da sentença, nomeando-se *curadores* em conformidade com a lei; mas esta sentença não pode ser dada á execução senão quatro mezes depois da sua publicação por editos, como pare o chamamento do ausente.

Todas estas publicações se fazem por extractos, rubricados pelo juiz. (art. 65) (53).

A *curadoria* dos ausentes passa por tres phases: enquanto provisoria suppõe-se o ausente vivo a fim de attender aos bens, para lha converter em definitiva suppõe-se morto, e portanto chamados os herdeiros e legatarios, executam-se os testamentos, mas ha ainda a possibilidade da sua annullação pelo reaparecimento, e então a responsabilidade do curador é effectiva, e os bens do ausente são administrados em nome d'elle.—Finalmente chega o praso da impossibilidade de ainda viver o ausente, dá-se como morto, mas suppõe-se que morrêra na data da sentença que julgou a ausencia, e defere-se a herança a esses herdeiros (art. cit.).

É tendo em vista estas considerações, que se podem tornar harmonicas as disposições da lei emquanto aos ausentes.

§ 60

COMO SE EXERCE

(49) E se os herdeiros a não pedirem?

Esta disposição do Código, literalmente copiada do art. 120 do Cod. fr., deu lugar a dúvidas e a varias questões; mas os tribunaes francezes tem seguido em uniformes julgamentos: 1.º que os interessados não podem ser compellidos a requerer a curadoria do ausente—2.º que o interesse da sociedade exige que os bens do ausente sejam conservados (já dissemos que partimos de outro principio)—3.º que se dava o caso ou de herança jacente (não havendo herdeiro necessario) ou de bens litigiosos, aos quaes se nomeava administrador, em conformidade com o art. 112 do mesmo Cod., ao qual corresponde o art. 53 do nosso.

Ha tambem uma hypothese que nasce d'esta disposição; e vem a ser: poderá o credor do herdeiro presumptivo, chamado a curadoria definitiva (que traz consigo o usufructo do patrimonio do ausente) por ter consignado a seu pagamento todos os bens, direitos e accões do devedor, requerer que se lhe dê tal curadoria?

Os tribunaes julgaram que não, porque esta curadoria tem o caracter de provisório; e não de herança.

(50) Os praxistas francezes entendem, que ainda quando a procuração fosse limitada a alguns annos, menos de dez, assim mesmo se deve entender durar estes dez; porque: 1.º a lei não distingue—2.º o facto da procuração estabelece a presumpção de que o mandante se ausentará, cothando ser longa a ausencia, e por isso não se deve extranhar essa ausencia prolongada.

Salvo o respeito, opinamos de differente modo, a procuração de tempo limitado mostra evidente vontade de que cesse diante do facto não ha presumpções; a limitação de tempo tenota, quanto a nos, que nos calculos do ausente entrara o estar de volta, ou em sitio d'onde podesse providenciar acerca dos seus bens; e esta supposição é logica, com o facto da limitação, da procução.

(51) *Data d'elle*—é dada por elle, ou a respeito d'elle por outro qualquer meio?

Os individuos de que tracta o Cod. n'estes artigos, tirado do 113 e 121 do Cod. civ. fr., já não são os mesmos de que tracta o art. 53; agora são os herdeiros presumptivos d'elle podem; logo começa desde este momento a *feição da morte*, de que no texto nos occuparemos mais de espaço.

O Cod. usa nos dois art. 71 e 72 de expressões bem claras e precisas, a respeito de noticias do ausente, distinguindo se = *ultimas noticias d'elle* = e desde que desapareceu, *sem d'elle haver noticias*, ou desde a data das ultimas que d'elle houve, contrapondo-se *noticias d'elle*, a *haver d'elle noticias*.

Agora emquanto á duvida da phrase, a analyse grammatica do texto primitivo, leva a entender-se que são *noticias dadas por elle ausente*, e não as dadas por outrem: e por isso tambem assim entendemos o texto portuguez.

Ha n'isto mais do que uma questão de grammatica, ha importantes direitos dadas de tiradas segundo a intelligencia do texto.

(52) Testamento publico é escripto por tabellião no seu livro de notas, segundo a declaração do testador feita perante cinco testemunhas, etc., art. 1911 e seguintes do Cod.

O que não é facil de conciliar é o art. 64 fallando do testamento publico, e o de suppondo a existencia do testamento cerrado. — A conclusão é que todo o testamento: *utilis*, produz os mesmos effeitos, emquanto á curadoria dos ausentes.

(53) Apesar de todas estas cautelas e meios de publicidade, parece-nos que não seria para desprezar o fazer esses annuncios no lugar onde ultimamente ha noticias, que estivera o ausente, o mesmo ali se pôde abrir uma devassa chamando todos aquelles que o houvessem conhecido, para declararem o que souberem.

Instaurada a curadoria definitiva, como se admite a probabilidade da morte do ausente, tem de se executarem as *ultimas vontades*, e então todos os que por morte do ausente teriam direito a alguma parte dos bens, podem requerer a entrega d'esses mesmos bens (art. 67), e até, pelo art. 67 § unico, ainda antes de instaurada a curadoria definitiva, podem os interessados requerer a entrega dos seus bens, uma vez que haja decorrido o tempo que a lei (art. 64) marca para se poder instaurar a tal curadoria.

Do mesmo principio de ser a curadoria definitiva *uma quasi successão*, é tambem consequencia, que ainda quando a curadoria esteja já definida, se apparecer algum herdeiro, que deva excluir aquelle que fôra nomeado curador, pôde allegar o seu direito, para o que está ser excluido e elle nomeado (art. 68.)

É tambem consequencia da probabilidade da morte, ainda não certa, que os bens do ausente sejam inventariados, e sem isto, e sem terem os curadores definitivos dado sufficiente caução, não entram na posse d'elles os herdeiros curadores; e tanto que, não podendo prestar esta caução, é nomeado um curador provisório.

Mas se por um lado isto é consequencia da *possibilidade* de ainda estar vivo o ausente, por outro lado a possibilidade de estar morto deve ter tambem as suas consequencias, e por isso, se em virtude do primeiro motivo o herdeiro não entra na curadoria sem caução, pelo outro a lei concede-lhe metade dos rendimentos d'esses bens conservados em curadoria (art. 69-70.)

§ 61

ATTRIBUIÇÕES DO CURADOR

Os curadores definitivos tem direito a exigir a entrega de todos os bens pertencentes ao ausente no dia em que se deu a ausencia. Dos que lhe pertenceriam desde essa epocha, já para elle não vão, mas sim para aquelles que seriam chamados a succeder-lhe, se elle fosse fallecido (art. 71 e 72).

Em relação a esta especie de bens, estabelece o Cod. regras mui especiaes, e que importa muito descriminar.

Quando se dá esta hypothese de sobrevirem bens ao ausente, os curadores, ou na sua falta o M. P., só tem direito de requerer que estes bens sejam inventariados, e que aquelles que os rítiverem dêem caução por elles—durando a caução dez annos (54).

Os ausentes conservam direito a estes bens em conformidade com as regras da prescrição.

Os detentores d'esses bens fazem seus os fructos do tempo de arrecadação, ainda quando tenham de restituir esses bens, isto *não havendo má fé*, diz o Cod. art. 72 § 2.

Assim como os curadores provisórios recebem 5 % (art. 61) assim também a lei dá aos definitivos um lucro em compensação do seu trabalho; mas partindo do principio da presumpção da morte do ausente estabelece uma escala ascendente, conforme augmenta a probabilidade da morte. Nos primeiros 10 annos fazem sua a quarta parte dos rendimentos; de 10 a 20 a metade; depois de 20 annos todo (art. 73).

As faculdades que a lei concede aos curadores definitivos, além das geraes accomodadas ás curatelas e mandato de que teremos logar mais longe de tractar, ha algumas especiaes, nascidas da sua posição peculiar, e até ha uma, embora trazida da legislação franceza, que não approvamos.

Entrando na administração podem pedir contas aos curadores provisórios que os precederem, e receber os fructos (55) que existirem da anterior administração; salvas duas excepções—*a* ser o curador definitivo o mesmo individuo que fôra provisório—*b* haver já prestado contas devidamente (art. 74).

Podem alienar os moveis, não só porque o uso os gasta, por isso tendo elles uso, viriam a desaparecer com o tempo taes valores, mas também porque, sendo esta curadoria uma especie de deposito, é da natureza d'este não se compôr de coisas que se damnifiquem. Exceptuam-se, porém, moveis preciosos de facil conservação, como pinturas, estatuas, pedras preciosas, livros etc. (56).

Emquanto aos bens de raiz não os podem alienar, nem hypothecar (57) senão em casos de conhecida utilidade, e precedendo auctorisação do juiz, e em todo o caso feita a venda com assistencia do M. P. e em praça (art. 76) (58).

Podem ser demandados como representantes do ausente, e na mesma qualidade demandarem a terceiros: mas não podem transigir sem que judicialmente sejam a isso auctorisados; nem repudiar herança, mas aceitar a beneficio de inventario (art. 74 e 77).

Gozam de um incalculavel privilegio que o de não darem conta d'administração, senão ao ausente ou aos seus herdeiros, se outros, que não elles curadores se habilitarem (59).

(54) Estes prazos são contados do dia do desaparecimento ou data das ultimas noticias que do ausente houver; mas se n'esta parte a disposição do Cod. é clara e precisa, ha em outra uma opposição, e vem a ser, que, o rendimento de que o curador provisório tirar os 5 p. c. é o liquido, e para o definitivo o Codigo serve-se só da palavra *rendimento*.

Será também do liquido?

Entendemos que não. Primeiramente as condições de um e outro dos curadores são muy diferentes; o provisório é administrador simplesmente, o definitivo é um herdeiro *condomino*, e portanto aquelle recebe a paga do seu trabalho, este reparte o que é de ambos, e havendo diferença de posições, pôde-se sustentar a diferença de disposições. Além d'isso, no primeiro é necessario estimular-lhe o zelo de bom administrador, e por isso só do liquido terá parte, no segundo, como trabalha em coisa sua, isto basta.

O Cod. civ. fr. art. 127, fonte d'este nosso Codigo, estabelece uma outra escala, que, sendo em certo modo menos favoravel do que a nossa, remata todavia por uma disposição que achamos muy razoavel—Até aos 15 annos o curador faz suas 1/5 partes dos rendimentos—Dos 15 aos 30 9/10, e só depois dos 30 annos é que faz seus todos os rendimentos.

(55) O Cod. diz fructos e *rendimentos*. Confessamos achar n'esta palavra um esquecimento da boa e rigorosa phrasologia juridica. Os rendimentos são *fructos civis*; e portanto comprehendidos na generalidade—fructos.

(56) O Cod. não diz nada a este respeito; talvez porque pelo art. 88 § un. todos estes moveis são mandados vender durante a curadoria provisoria: mas não sabemos que isto baste, porque aquelle artigo manda converter os moveis não uteis (note-se) em *valores productivos* (que também podem ser moveis) por que pôde dar-se o caso de se confundirem as tuas curadorias pela identidade do curadores; e é possível que se dê a definitiva sem ter havido a provisoria, e por todas estas hypotheseas pôde haver em mão do curador definitivo moveis de importancia. Por isso se deduzimos a nossa doutrina do silencio do Codigo, que falla só dos de immoveis, foi a *contrario sensu*, porque a utilidade do ausente assim o demanda; abraçando nós a idea de ser isto um deposito, e a curadoria equiparada a dos menores—Rogron. ao art. 128 do Cod. civ. fr.

(57) O Codigo não falla em *hypothecar*, mas nós seguimos a fonte, o art. 128 do Cod. civ. fr., e o rigor juridico, pois hypothecar é já um principio de alienação, e por isso a regra, que só pôde hypothecar quem pôde alienar.

(58) Não censuramos a disposição, mas lamentamos sempre, que vemos a lei tomar o preço de praça como o melhor, tanto na cifra, como prevenção contra conluio, etc.: porque quem tiver pratica do que são arrematações judiciaes, decerto ha de dar nos casos. *Quid faciamus?*

Escrevemos de *jure constituto*, e a quem o não fizer deixamos a resolução d'este e de tantos outros problemas economico-juridicos.

(59) Esta immundade é na verdade espontanea, quando temos a possibilidade de reaparecer o ausente, e ter de haver do curador além dos bens, os rendimentos; Lobbó na sua *Diss. dos ausentes*, seguido por Coelho da Rocha, limita-se a não exigir contas todos os annos: mas como é possível manter-se a ingerencia do juiz e M. P. para alienar bens com o fim de beneficiar outros etc. (art. 76) e por outro lado não dar contas? Como é que se ha de cumprir o art. 73, arrecadando 75 ou 50 p. c. dos rendimentos sem se darem contas? O nosso dever é cumprir a lei, mas não achal a isenta de maculas.

Não nos parece justificavel, e diremos mais, nem exequivel, esta disposição em certas e dadas hypotheseas.

Supponhamos que se dá este caso ou quando a curadoria tem já quinze annos de duração, ou o ausente noventa de idade. D'alí a cinco annos expira a curadoria definitiva (art. 78 do Cod.) Acaba toda a responsabilidade. Os herdeiros ficam isentos de caução e ficara só sujeito a todos estes inconvenientes o herdeiro ou interessado de que tracta o art. 72, que são igualmente herdeiros do ausente?

Não é juridico que acabe só em partes a possibilidade de vida.

E enquanto aos credores do ausente?

Mil opiniões, mil decisões, tem tornado, mesmo no foro francez, muy duvi-

dos) este caso: toda a por analogia, e por acharmos profundamente juridico e logico o dar-se a esta curadoria o caracter do deposito entendemos, que os credores devem ser excluidos da curadoria; porque se são credores, que só pela morte do devedor tenham de pagar-se, a curadoria não é a morte; se antes, lá estão os art. 59 e 69 do Cod., aquelle prevenindo a hypothese do ausente ser demandado, e este assegurando a existencia dos bens do ausente pelo inventario e caução do curador; e por isso a hypotheca legal para os credores. (Vid. Mercader Rogron.

§ 62

COMO ACABA A CURADORIA

Falta-nos o exame das causas que fazem terminar a curadoria definitiva. — São:

- 1—Volta do ausente.
- 2—Noticia da sua existencia.
- 3—Certeza da morte.

Estas podemos chamar peremptorias, porque qualquer d'ellas que se dê, é impossivel continuar a curadoria, por lhe faltar a base; e ácerca d'estas nada temos a dizer senão que o curador passa a ser um *negotiorum gestor*, e como tal deve ser julgado, salva a retenção da parte ou totalidade dos fructos na conformidade do art. 73.

Mas a estas causas accrescenta o Cod. duas, a que podemos chamar *presumptivas*, porque não são mais do que a presumpção de responderem á verdade, mas que pode não se realizar. — São:

- 4—Lapso de vinte annos.
- 5—Ter o ausente 95 annos de idade. Art. 78.

Os effeitos d'estas causas são differentes, e são especiaes.

Assim, sabendo-se que existe a curadoria definitiva torna-se provisoria em todos os seus effeitos; differença mui importante (§ un. do art. cit.)

Nos casos 3.º, 4.º e 5.º acaba a caução, e os curadores tornam seus os bens do ausente.

§ 63

HERDEIROS DO AUSENTE

Deixando para depois as hypotheses especiaes que fazem parte dos cap. do Cod., entraremos em um importante assumpto, qual é — quem é herdeiro do ausente — porque é isso indispensavel para os casos de deferir-se a curadoria definitiva, e depois a herança.

O Codigo corta as muitas questões que a tal respeito se levantavam, chamando herdeiros os que o forem ao tempo das ultimas noticias ou annuncios; portanto a sentença que deferir qualquer das duas curadorias deve marcar a data *precisa*, desde quando se conta a ausencia (art. 64.)

Vemos no fim de mais de vinte annos triumphar uma opinião que sempre sustentámos, mas em que sempre fomos vencidos.

Podemos chamar a este ponto de doutrina o das conversões; porque Coelho da Rocha, levado das argucias de Lobão, sustentou a doutrina contraria, mas depois, com a singeleza e franqueza d'alma de que só os verdadeiros sabios são capazes, confessou que estivera em erro.

Os contrarios agarravam-se á velha Ord. L. I, tit. 62, e a mil argumentos de plausibilidade para justficarem o seu modo de entender; pouquissimos (*mui poucos*), guiados pelos principios das ficções pretorias, sustentavamos o contrario. A pobre obra dos philippistas é que não era muito respeitada (60).

O primeiro juiz que temos noticia haver abandonado as bandeiras de Lobão e Cabedo, foi o desembargador da Relação do Porto, Cardoso, em uma tenção que vem no *Archivo Juridico*, do malogrado e joven advogado Marcellino de Mattos, mas foi vencido!

Constantemente sustentámos a opinião, hoje lei, em um processo celebre vencido em todas as instancias!

Coelho da Rocha convenceu-se a si proprio (61).

Ora, esta mudança de opinião foi precedida de duvidas, como succede sempre quando a um principio se substitue outro; e não admira.

(60) Ord. L. I Tit. 62 § 38, tracta dos provedores das Comarcas, os quaes entre outros encargos, tinham o de curarem dos ausentes: e então diz, que quando qualquer requerer aos provedores, que lhe mande entregar a fazenda de algum ausente, ha de declarar isto e aquillo etc., *se a maneira pela qual o dito requerente é parente e herdeiro do ausente...* e como não ha outros parentes mais chegados do que elle

(61) Não nos soffre o animo deixar de transcrever as palavras de Coelho da Rocha:

«Na primeira edição tinhamos seguido aquella opinião de que, se ao tempo, em que o ausente completara a idade de septenta annos, os herdeiros que então lhe deviam succeder, eram differentes das que tinham obtido a curadoria provisoria, podiam preferir a estes, e pedir a definitiva entrega dos bens, por supponmos que esta idade fixara a epocha da morte, em que se transmittia a successão, e apoiados na auctoridade de Lobão, cit. disp. §§ 12 e 20. Agora, reflectindo melhor, achamos daver eliminar esta doutrina; por quanto se o ausente não apparecer depois, nem noticias certas d'elle, a presumpção da morte estabelecida pela primeira sentença... converte se em certeza.»

DISPOSIÇÕES ANTIGAS

O Direito romano é omissão, e das nossas leis apenas a Ord. L. I, tit. 62, § 62, § 38, e tit. 90 alguma coisa dispuzeram a este respeito, mas omitindo especies mui importantes. Pegas e Guerreiro confundiram muito esta materia á força de quererem achar o que não existia, disputando com palavras e auctoridades, mas deixando de fóra a boa logica e hermeneutica.

Lobão tambem se deitou aos mares na *Dissertação* e nas *Notas* a Mello; mas ou habito, ou talvez outra coisa, fê-o embrolhar ainda mais a questão, a ponto de até fazer dizer a Voet o que elle não diz; meio facil lardear de nomes auctorisados qualquer absurdo.

A praxe, cingindo-se a uma phrase da Ord. (62) fixou-se; e a regra estabelecida ficou sendo—que succediam aquelles que eram herdeiros ao tempo em que acabava a curadoria definitiva; quando a sustentada pelos contrarios, admittida pelo Codigo civil francez, é serem herdeiros aquelles que o seriam na data em que se verificasse a ausencia, embora se houvesse deferido a curadoria a outros, por darem esses outros os que na epocha de se deferir fossem os herdeiros.

(62) Pegas ad Ord. Tom. 4 Liv. 1, Tit. 50, cap. 11. — Guerreiro, Tract IV, L. IV, cap. 12.

§ 66

RASÃO DE DECIDIR

A razão é porque a curadoria do ausente é baseada na *presumpção* da sua morte, mas como o fundamento d'essa *presumpção* é a ausencia, ou *falta de noticias*, quando desde esse momento tem decorrido um tempo tal que é certo que elle deva ter morrido, a *presumpção* torna-se certeza, mas vae buscar o ponto de partida, porque é a unica data certa, para evitar a arbitrariedade.

É bem claro, que quando a data da morte se pudér precisar, então cessam todas estas *presumpções*, e succedem aquelles que a essa data seriam herdeiros

§ 67

REAPPARECIMENTO DO AUSENTE

Pode, porém, succeder (*rarissimas vezes*) que o ausente reapareça, ainda depois de findo o lapso de tempo marcado para a curadoria,

ou (*frequentes vezes*) que haja descendentes, ascendentes (herdeiros necessarios).—N'estes casos determina o Codigo, art. 80, que esses que apparecerem só possam receber os bens como se acharem, ou o preço dos alienados; e assim mesmo este direito acaba (por perscripção) dez annos depois de expirar a curadoria definitiva (63).

Outros quaesquer parentes que appareçam são attendidos depois de findar a curadoria provisoria (art. 81).

São estas especies de reapparecimentos que podem influir na entrega dos bens aos herdeiros.

(63) Parece-nos mui pouco, porque sommados todos os prazos, dão um total muito facil de attingir-se.

Annos de ausencia para se dar a curadoria definitiva.....	4
Annos de duração de curadoria.....	20
Annos depois d'ella findar.....	10

Total=annos..... 34

Já se vê que muitas e muitas vezes succederá, que o filho do ausente avoltar para a patria da seu pae, esperando achar familia e um abrigo, virá encontrar em cada parente um contrario, e seus bens na mão d'elles!

O Cod. fr. exigindo cem annos parece-nos melhor.

N'esta materia de ausencias parece-nos que se deveria attender á sua causa; assim o que desapareceu em um naufragio, em um combate, etc., deve contar-se contra elle uns prazos muito mais limitados do que ao ausente voluntario, etc.

CAPITULO VIII

Da ausencia no estado conjugal

SECÇÃO I

Não havendo filhos

§ 68

AUSENCIA DE UM DOS CONJUGES

Ha uma ausencia que deve merecer aos legisladores especial cuidado, e vem a ser a de um dos membros da sociedade conjugal.

O Codigo dedica um capitulo a esta especie de ausencia, destinando uma secção a cada uma das tres hypotheses possiveis—ausencia de um conjuge, não havendo filhos—ausencia de um conjuge, havendo filhos—ausencia de ambos os conjuges.

Tractemos da primeira hypothese. Justificada a ausencia do conjuge na forma que fica explicado: faz-se inventario dos bens do casal, e depois partilha, ou não, segundo a natureza do contracto matrimonial; tudo isto com citação dos herdeiros presumidos (art. 83); e en-

tendemos que esta partilha tem de ser sempre judicial e com intervenção do Ministério Público, porque a condição do ausente deve ser equiparada à do menor, ou interdito. O Código não o diz, mas deprehende-se do seu espirito.

Ha porém no art. 83 uma disposição singular: se o conjugue ausente não deixou filhos, o presente conserva a administração do casal por espaço de vinte annos, contados da data do seu desaparecimento, ou pelos annos que faltarem para que o ausente complete os noventa e cinco, em conformidade com o art. 78 n.º 3.

Isto não pode entender-se senão no caso em que os 20 annos accrescentados aos que tinha o ausente não perlaçam os 95; por ex.: se o ausente tinha de 75 para cima, então basta que decorram tantos annos quantos faltam para os 95; mas se tinha menos de 75, por ex. 40, então basta que decorram 20 annos.

O conjugue presente pode dispor da parte dos bens que lhe coube por inventario, e enquanto aos do ausente é equiparado ao curador definitivo, com a differença de tornar seus os fructos d'esses bens (art. 84 e 85).

§ 69

COMO ACABA

Acaba esta curadoria conjugal:

- 1.º morrendo o conjugue presente, antes de haverem decorrido os 20 annos de ausencia, ou 95 de idade para o ausente (art. 88).
- 2.º Regressando o conjugue ausente antes d'estes mesmos prazos (art. 86).

No primeiro caso os herdeiros do conjugue presente são os curadores definitivos por tanto tempo quanto faltar para completar os prazos marcados.

No segundo caso volta tudo ao estado anterior á ausencia:

Passando os annos marcados no art. 78 entregam-se os bens aos herdeiros, porque, como já dissemos, suppõe-se realisada a morte (art. 86, 87 § un., e 88).

Ha ainda a possibilidade de voltar o ausente, tendo decorrido os 20 annos de ausencia, ou os 95 de idade: n'este caso recupera todos os seus bens existentes, no estado em que estiverem, os sobregados em logar d'elles, ou o seu preço: mas no caso de ainda estar vivo o conjugue, não se julga restabelecida a communhão de bens, que existia, a não ser que os conjugues assim de novo o contractem (64): e todas estas disposições são applicaveis aos descendentes do conjugue ausente, que porventura appareçam (art. 89),

(64) Esta restituição do estado conjugal offerece bastantes difficuldades,

O Cod. civil francez, art. 139, authorisa o conjugue presente a contractar novo casamento, porque admittê o ausente a impugnar o só pessoalmente, ou por procurador munido da prova da existencia; mas isto é, como muito bem nota Maze-ral, o mesmo que dizer, que essa união é nulla, sempre que existe o marido: pois é da sua existencia, provada pela sua presença ou por attestado de vida, que se deduz o meio de impugnação.

Apesar d'isto, parece-nos que ainda ha a hypothese de voltar o conjugue ausente, e não impugnar (houve em Lisboa caso muito publico n'este genero); ou de só depois saber-se, que o conjugue ausente morrera sim, mas em data posterior á do novo casamento, e quando d'estes já havia filhos? *Quid faciendum?*

Pela nossa parte não hesitamos em adoptar as disposições do Direito canonico, o qual n'estas materias, mais do que nenhum outro, deve ser subsidario nos paizes catholicos; e vem a ser, que nunca bastam as presumpções da morte de um conjugue para fazer consentir no segundo matrimonio, é-lhe exigida uma prova authenticã. O facto da ausencia não basta, sendo necessario que este venha acompanhado de todas as circumstancias que possam fazer acreditar a morte.

Conhecendo-se que houvera erro, o segundo matrimonio dissolve-se porque nunca foi valido, voltando o conjugue hiribio para o primeiro=C. 19. x de spons. iv. l. C. x. de sec. nupt. iv. 21.—Vid. Waller.

Com quanto estas disposições sejam relativas aos conjugues, e não aos bens dos conjugues; todavia ha n'ellas os principios necessarios para regular estas questões supervenientes.

SECÇÃO II

Havendo filhos

§ 70

AUSENCIA DE UM DOS CONJUGES

A segunda hypothese é a de haver filhos. N'este caso, se os filhos forem menores, faz-se partilha, e os bens que constituem a legitima dos filhos dá-se a estes (art. 90); se forem communs, os quaes os devem conservar por espaço de 10 annos desde a ausencia, ou das ultimas noticias e só então os podem alienar (art. 91); sendo menores, serão os bens administrados pelo pae, ou mãe presente (art. 137 e 139), e sendo estes impedidos por um tutor nomeado pelo conselho de familia (art. 92, 141, § un.).

Se os bens são de difficil guarda, segue-se a regra estabelecida vendem-se, convertendo o producto em valores productivos (91 § un.)

Regressando o ausente, volta tudo ao antigo estado, como dicto fica, nas outras curadorias (art. 94).

Se o ausente tiver deixado outros filhos além dos communs do casamento com o conjugue presente, a respeito d'estes se fará o que está determinado em relação aos outros: se maiores, recebem os seus quinhões; se menores, ha conselho de familia, nomeação de curador, etc. (art. 93).

Ausência de ambos os conjuges

§ 71

HAVENDO FILHOS

Se ambos os conjuges se ausentarem, seus filhos succedem-lhes, e são curadores; sendo maiores, desde já partilham os bens, que administrarão sem poderem alienar-os, senão pela forma prescripta (art. 95). Se forem menores, ha inventario, partilhas, como se os ausentes houvessem fallecido, e nomeação de curadores pelo conselho de familia (art. 96).

§ 72

ESPECIALIDADES

Ainda que o Codigo não tracta dos pontos que vamos indicar, todavia são elles tam frequentes (relativamente fallando), que julgamos dever supprir essas lacunas.

Podem ser curadores definitivos os menores, interdictos, etc.; porque esta curadoria é-lhes deferida não em rasão da capacidade do curador, mas pela qualidade do herdeiro do ausente, e esse não se perde pela menoridade é interdicção. Lobão e Mell. L. 2, tit. 12.

Outro é emquanto ás heranças em que succederiam os ausentes.

O Codigo civil francez, art. 135, statue, que desde a sentença de curadoria, o ausente, ou em seu nome o curador, não pôde adquirir cousa alguma, e portanto não pôde herdar.

Apesar de todo o peso d'esta auctoridade, parece-nos affastar-se esta disposição do principio regulador d'esta materia de ausencia, e vem a ser possibilidade de morte, probabilidade de morte, inverosimilhança de vida, mas nunca se dá impossibilidade emquanto não passa um praso alem do qual é impossivel que exista um homem.

Ora se emquanto aos bens proprios do individuo a lei presuppõe que estão em deposito, a analogia da posição pedia que se considerasse tambem em deposito a herança. Seguindo-se a doutrina franceza, pôde dar-se o absurdo de um ausente ser para uns bens só *provavelmente* morto, para outros *com certeza*; aquelles são-lhe conservados, estes vão para terceiros.

Dissemos, que esta materia de ausencia era omissa no Direito romano; todavia entendemos que os principios reguladores do *Postliminium*, ou ficção pela qual se suppunha que o ausente prisioneiro não estivera senão escondido detraz da porta, para significar que nunca perdêra direitos, mas só tivera em suspensão o seu exercicio, tem e devem ter completa applicação aos ausentes.

PARTE II

Das pessoas Incapazes de se regerem

CAPITULO I

Da menoridade

§ 73

SUA INCAPACIDADE LEGAL

É violentados, que não deixamos o Codigo, para ir tractar do casamento em vez do patrio poder.

Desde que se tractou dos ausentes, para depois se tractar dos presentes, a ordem logica levava-nos a tractar da origem de toda a sociedade, e por conseguinte da fonte de todos os direitos pessoais.

O casamento, dando origem legitima aos filhos, é mais origem do patrio poder, do que nenhuma outra cousa; e além d'isso, a materia de tutelas, emancipações, etc., são consequencias do patrio poder, e por isso estão na genealogia das idéas no segundo grão descendente, em relação ao casamento.

Não achamos rasão que possa justificar a disposição do Codigo; imitada das Institutas de Justiniano, L. 1, tit. 7; mas *si dura lex, lex est*.

Segundo o Codigo, são menores os individuos de ambos os sexos que não tiverem completos 21 annos (art. 97).

Os menores não podem contrahir obrigações civis senão em casos expressamente exceptuados pela lei; e os contractos, sendo por isso nullo, todavia não podem ser impugnados em rasão da menoridade pelo que estipularam com elles (art. 98 e 99).

§ 74

CONSEQUENCIAS D'ESSE ESTADO

Esta incapacidade dos menores para contractar, ou antes para se obrigarem, nasce do perigo das illaqueações a que a sua inexperiencia os pôde conduzir; mas todas as vezes que esse perigo deixar de exis-

tir, como succede sempre que do contracto resulte somente utilidade, deve o contracto ser valido. Este principio exarado no Fr. 32 *pr. D. de par. tis* (II, 14, Ulp.) d'onde passou para as Institutas *pr. de auct. tut.*, I, 21 (65) tem achado acolhimento em todas as legislações, até como castigo dos que, por especulação, contractaram com os menores. Estes contractos são validos em tudo quanto aproveita aos menores, e nullo, no que lhes é desfavoravel; como no caso do Senatus-Consulto Macedoniano, em que o usurario que emprestava ao menor com enorme usura, não podia repetir o que effectivamente dera, vindo assim a ser o contracto valido em contra do usurario, ou agiota, e nullo emquanto ao que lhe era favoravel, pois perdia juros, capital mutuado e direito de o pedir.

Comquanto hoje os principios em voga da economia politica sejam oppostos a taes disposições, e tanto que o novo Codigo auctorisa até a usura, assim mesmo não faltam Macedos (66) que deveriam dar o nome a alguma lei de defeza para os inexpertos; todavia, entendemos que as expressões do Codigo *de que os outros estipulantes não podem dar*, art. 99, foram inspiradas pelos principios do Direito romano.

A incapacidade dos menores é supprida pelo poder paternal, e na falta d'este pela tutela. E é este o ponto de ligação com o capitulo II do tit. 9.

(65) As palavras da Instituta são d'onde deduzimos a doutrina expendida—*«Auctoritate tutorum in quibusdam causis necessaria pupillis est, in quibusdam, non est necessaria... Namque placuit, meliorem quidem conditionem licere eis facere, etiam sine tutoris auctoritate: deteriore vero non aliter quam cum tutoris auctoritate.»*

(66) Alludimos ao celebre usurario ou agiota romano, chamado *Macedo*, que ficou immortalisado pelos Senatus-consulto *macedoniano*, que declarava nulos os contractos de emprestimo ou venda feitos com menores.

Se entre nós se fizessem leis contra os agiolas e d'elles tomassem o nome, quantas *notabilidades* se tornariam immortaes!

SECÇÃO I

Do patrio poder

§ 75

RAZÃO DA PREFERENCIA

Verdadeiramente o Codigo só explica o que seja o poder paternal na secç. VII d'este cap. no art. 137, porque só ali se diz—*que aos paes compete reger as pessoas dos filhos menores, protegê-los e administrar os bens d'elles: o complexo d'estes direitos constitue o poder paternal.*

Sem nos demorarmos em questões de palavras para nossa justificação, diremos, que a phrase—*patrio poder*—é filha legitima da *patria potestas*, dos romanos, e de *poder paternal* tirada do *pouvoir paternal* dos francezes, e então em caso de collisão preferimos nossos paes, a nossos primos; a energia e preciosa concisão do latim de Gaio e Ulpiano, ás circumlocuções do francez.

§ 76

DEFINIÇÕES LEGAL E DOCTRINAL

Tambem notaremos que o art. 137 faz consistir o *poder* em um complexo de obrigações; quando juridicamente o poder, *potestas*, equipolente de *virtus*, significa sempre um complexo de direitos e faculdades de que é primeira, a mais importante e caracteristica a de ficar ao arbitrio do agente o usar ou não d'elles.

Preferimos a de Coelho da Rocha—complexo de direitos, que ao pae competem sobre a pessoa e bens dos filhos (C. de Dir. civ. § 302).

§ 77

O QUE SEJA PATRIO PODER

O Codigo tracta primeiro d'aquelles sobre quem se dá o patrio poder, mas nós preferimos dizer primeiro o que elle seja: e n'este sentido, embora repitamos o que ha perto de um quarto de seculo escreviamos, iremos buscar a filiação d'este *poder*, verdadeiro *poder* social, e que quizeramos ver forte, fortissimo e christianissimo, que, com esta ultima feição, certos estamos de que seria moral e humano, e todo differente do romano.

A simples razão basta para demonstrar, que a conservação da humanidade depende da procreação da especie, e para esta é indispensavel a co-habitação dos individuos dos dois sexos; mas sendo o sentimento moral, bem como o religioso, a primeira e mais pura de todas as aspirações do coração do homem, tambem n'este predomina o sentimento elevado de produzir entes racionais, capazes de desenvolvimento moral e intellectual, e não simplesmente a satisfação de desejos carnaes e sensuaes.

Assim se o varão unido á mulher, se torna *marido*, a femea unida ao homem se torna *mulher*, bem como a sua sociedade toma um nome especial, que as linguas neo-latinas beberam da sua mãe e do verbo *conjugere*; mas um dos fins d'esta união, o mais immediato, verifica-se—nasce o fructo da união—temos o filho, e a mulher passa a ser *mãe* (mater) o marido *pae*, a sociedade de pae e mãe—*matrimonio*—

e ali se completa; temos a família, germen embryonario da sociedade que por ella existe, cresce e vive, e a ella se deve amoldar e afieçoar.

Mas ao lado da família, unidade moral, ha o elemento material da sua existencia; ha a propriedade, nascida do trabalho e accumulada pelo espirito da previdencia da necessidades futuras e contingentes, e o conjunto toma o nome, entre nós tão simples, como juridico de *cazal*, (o *domus* dos romanos); e quando pela reunião dos membros da família em redor do fogo, em que se apresta a alimentação do corpo, a parte moral da sociedade vive, pela communhão das doçuras e penas do trabalho—é a vida domestica—partilhando o alimento do corpo e o do espirito e temos o *lar*, o *fogo*, e só então é que os francezes podem empregar o seu *foyer*.

E d'este cortiço, onde se elaboram tantas cousas, sahem novos varões e femeas, para irem ali, ao pé, ou mais longe, formar novas famílias e transformando-se em maridos e mulheres: mas o ancião, de que provém estes renovaes, trabalhou, accumulou, e então pela separação ou pela morte separam-se os bens, que eram d'elle—*patrimonio* (67).

Em toda esta desenvolução progressiva da familia o chefe, que o é por ser pae, toma o nome de *pae de familias* (*pater-familias*), e assim a sua auctoridade deriva da qualidade de pae, mas estende-se sobre individuos a quem não deu o ser, como netos, etc., e por harmonia os filhos emquanto debaixo do tecto paterno, sujeitos ao patrio-poder e administração paternal, são chamados *filhos familias*.

(67) As palavras mostram a diversidade das funcções. O mãe (*mater*) é a procreadora da prole; por isso a sociedade *conjugal*, no sentido de procreadora chama-se *MATRIMONIO*: o pae (*pater*) é quem alimenta e sustenta a família; adquire a *propriedade* pelo trabalho, por isso a propriedade material pertencente á sociedade chama-se *patrimonio*. Neste elemento essencial da humanidade revela-se ainda (como em tudo) a mysteriosa acção da *trindade*: tres elementos inseparaveis, eguaes, homogeneos, constituem a sociedade elemental—*Conjugium, matrimonium, patrimonium*, vontade, amor, acção.

§ 78

DIVERSAS FUNCÇÕES

Derivando a sua auctoridade do principio de haver dado origem á familia, é claro que tem de exercer differentes funcções.

Como pae e marido, o chefe do casal, ampara a mulher; defende a prole; auctor, e portanto *protector*, dá as ordens, marca os serviços, regula os actos domesticos, e por isso *legista*; castiga as faltas, mas castigar presuppõe um julgamento, e o julgamento carece de juiz; e assim *juiz*; é o primeiro que infunde as noções de Deus e do dever,

logo é *mestre*; percêbe e distribue os rendimentos dos bens, e por consequencia *administra*—para os extranhos symbolisa a familia; com elle tractam, a elle se dirigem, logo é o *representante* da sociedade; é uma especie de *sacerdote natural*, quando, abençoando em nome de Deus, chama sobre a cabeça de seus filhos a graça do creador; e assim é pessoa sagrada—mas é o primeiro a ir ao templo, a ensinar aos netos, como ensinára aos filhos as *rezas* e a *doctrina* (a disciplina e o dogma) da religião da redempção, e assim cathequista não confunde o poder temporal com o espiritual; é padroeiro da egreja, e não pontifice: e, sendo *moderador, legislador, juiz, administrador, mestre, director, defensor da fé, pessoa sagrada e representante da sociedade*, reúne todas as funcções, todas as faculdades da soberania; e apresenta o mais perfeito e mais bello symbolo, por ser o mais verdadeiro, do poder supremo.

§ 79

A ORIGEM É A NATUREZA

Não escrevemos idyllios, nem phantasiámos scenas que mal se casariam com a austeridade da Jurisprudencia; fazemos a autopsia do corpo social, e vamos buscar no seu organismo as forças essenciaes para as funcções da vida; e a analyse da vida do lar domestico, e o estudo das legislações comparadas, demonstram isto mesmo: e tanto que nenhuma ha, que nas suas regras acerca do patrio-poder, não vá mais ou menos, beber n'essa organização natural da humanidade, as regras que depois accommoda aos tempos, logares e vida dos povos.

Quem houver estudado a familia no viver dos pastores, longe do bulicio da vida artificial, e sobre tudo dos vaivens das transformações sociaes, ha de ter observado a verdade dos quadros que bosquejamos.

E se abrimos os livros da nações, onde mais exactamente se retratam, que é nos seus Codigos, havemos de vêr a mesma singeleza, harmonia e natural encadeamento de factos e idéas.

§ 80

PRÓVAS—LEIS ROMANAS

Não fallamos já n'essa vida patriarchal de que são chronica viva as sanctas paginas biblicas, deixamos ainda o que, sob as imagens mais poeticas nos appareceu, a chamada *idade de ouro*; não chamamos a terreiro as energicas organizações dos povos germanicos; em que o pae de familias vive, governa, combate, vence ou morre com a fa-

milia, que por toda a parte o acompanha, desde o berço até ao túmulo: tomemos a família romana, família jurídica e legal, rude e austera enquanto pagã, grande e severa depois que sobre ella soprou o haffo celestial do christianismo, e havemos de vêr nos possos paes pelo Direito, o que dissemos, e tanto que na phrase, cada personagem achara um nome, que ainda hoje tem conservado um sentido especial e technico na phraseologia juridica.

Copiemos o que escreviamos ha 23 annos:

«Este patrio poder dos romanos, sendo um dos pontos mais salientes da sua civilisação e organização social; e, demais, sendo uma das instituições que mais modificara o seu Direito civil, em cujas disposições a cada passo se encontram corollarios dos principios que a regulavam, é ella uma das partes da Historia juridica e da Jurisprudencia romana, que todos os escriptores tem mais detidamente examinado. Nem por pouco applicavel a nós se pôde dizer apenas curiosa, porque é essencial o seu conhecimento para intelligencia do Direito civil: e é por isso que nos exforcaremos de resumir o que a este respeito achámos nas melhores fontes.

«A família, a *domus*—tinha uma significação toda civil, e alheia da idéa, que nos dá a natureza. Era uma reunião de homens, tanto livres como escravos, reunidos sob o mando e imperio de um só do sexo masculino; o qual exercia para com elles diferentes poderes; pois para com os filhos—quer naturaes, quer adoptivos, e os descendentes d'estes, era a *PATRIA POTESTAS* (palavras que nunca se encontram invertidas) para com os escravos, *DOMINICA POTESTAS*, em quanto a mulher (*uxor*), tinha a *MANUS*, ou mesmo *POTESTAS*; em quanto a outras pessoas livres, tinha o *MANCIPIUM*.

«Portanto na família temos um todo, cujo chefe é o representante d'ella, mas por effeito do Direito civil, pois o filho emancipado já não estava na *patria potestate*, ao passo que o neto estava no patrio poder não do pae, mas do avô.

«Tinha a família uma tal importancia politica, que todos os actos, que podiam ter influencia sobre as relações dos differentes membros, que a compunham, deviam ser tractados nos comícios, isto é, como leis politicas, assim o testamento, a adopção, etc., e como estes comícios acabassem, não se deixaram de lado as solemnidades, que recordavam a origem toda politica de semelhantes actos.

«Não eram menos fortes os laços religiosos que ligavam as famílias. Tinha cada uma os seus Deuses, Lares ou Penates; a posse d'estes Deuses representava a posse da família; e quando se tractar dos testamentos, veremos a importancia d'este nexo religioso.

«A família romana é fundada completamente na *potestas*, ou imperio e mando religioso, civil e politico.

«Um só individuo é o chefe politico; e senhor de todos e de tudo; «pessoas e bens existentes na família são d'elle.

«Para isto não é mister que elle haja sido o auctor da família, «basta que não dependa de outra: assim o infante de alguns dias de «nascido, por morte do seu *pater-familias*, fica sendo *pater-familias*, «tendo todos os direitos sobre escravos, coisas e pessoas que com «pozerem a família.

«A extensão d'este poder não tem limites, porque se estende a «todas as gerações pelos individuos do sexo masculino, pois os filhos «dos filhos não estão debaixo do patrio poder do avô; e n'isto temos «uma outra singularidade, e é o parentesco civil (*adgnatio*), que somente se dava pelos varões.

«A duração d'este *patrio poder* não acabava senão pela morte do «*pater-familias*, pois mesmo a emancipação não tinha o seu fundamento expresso nas 12 Tab., e somente foi introduzida a força de ficção.

«Deve, porém, advertir-se, que, apesar de tantos elementos aristocraticos, como se nótam na organização politica da família, não se encontra em Direito romano nenhum direito de primogenitura (68).

«Foi este patrio poder estabelecido pelo fundador de Roma, e «era o mais importante dos direitos politicos, pois a perda d'estes «direitos (*capitis minutio magna*) trazia consigo a do patrio poder.

«Em resumo o patrio poder era um direito politico, enquanto «que representava um dos elementos constitutivos da sociedade, e «quem o exercia era magistrado da Republica, a quem em muitos «casos os Jctos. attribuiram a faculdade de legislar—Era um direito «quiritario; não só porque somente os romanos o podiam exercer, «mas igualmente porque sobre os filhos famílias se dava um verdadeiro dominio quiritario (ao menos no antigo direito).

«Era um Direito sagrado (*sacrum*) em quanto que o pae de famílias era o mesmo sacerdote dos deuses domesticos. Era um Direito «civil enquanto que os bens todos da família pertenciam *jure proprio* «ao pae de famílias, e as pessoas familiares mais ou menos lhe estavam sujeitos. Finalmente, como diz Gravina citando Tito Livio, o «patrio poder era uma verdadeira *magestas* (*paterna magestas*) (69).

(68) Folgamos de vêr, que ha um quarto de seculo já eramos oppostos á organização viacular; e que, comparando a vigorosa organização da família romana com a rachitica dos vinculos, viamos n'aquella um grande, senão o maior elemento da grandeza de Roma; n'esta os deploraveis exemplos das aristocracias galo-romanas, nas quaes o abastardamento physico era tal, que só pôdia ser excusado pela degradação, moral e embrutecimento intellectual que formam a sua caracteristica. A não ser a infiltração de algum sangue rustico misturado por contrabando, ha muito que as famílias aristocraticas peninsulares estariam extintas, pela logica fatal da falta de cruzamentos de raças.

Esta opinião é de Martignac e completamente comprovada pelos factos que todos conhecem.

Em Roma e em Inglaterra não houve, nem ha vínculos, e a organização da familia é robusta, cheia de vida. Duram familias, que por esta razão contam seculos e seculos de existencia, e sempre produzindo homens notaveis; o que mostra que no physico, como no moral, a educação é forte. O patrimonio é o mesmo. A familia Claudia, aos oito seculos de existencia, ainda possua no centro de um sumptuoso palacio no Aventino, a choga mil vezes restaurada, do Claudio, que acompanhara a Tacio na fundação federal de Roma.

Os Clars da Escocia conservam um culto religioso ao carvalho ou pinheiro a cuja sombra se reunia a familia ha mil e mais annos; e os lords inglezes cousa alguma conservam com mais orgulho do que o primeiro campo que possuiu a sua familia.

Em Roma, Escocia e Inglaterra nunca houve vínculos; mas o patrio poder foi e é instituição fortissima, a ampla faculdade de testar e adopção existem em todo o seu vigor.

Idoltras da familia, defensores do direito de propriedade, partidarios da grande propriede, impugnamos sempre a instituição vincular, como absurda e contrária até aos bons costumes, e sómente fonte de ignavia.

Folgamos, dizemos (e perdõem-nos os leitores esta digressão) de ver que mancebros pensavamos como hoje já velhos.

A familia romana é a mais bella instituição politica d'este povo eminentemente juridico.

(63) Braschy — Annotações a Waldeck L. 1 Tit. 9.

§ 81

POVOS ORIENTAES — TRIBU

Nos povos orientaes a tribu, que era uma modificação da familia, tem sido sempre a base de organização. Lá está o chefe, o *cheik*, que é, *mutatis mutandis*, o pater-familias dos romanos.

§ 82

POVOS SEPTENTRIONAES — FEUDALISMO

Os povos septentrionaes tinham a familia fortemente organizada, e não admira esta semelhança de organização em povos tam diferentes e sem communicação entre si, porque a unidade de origem do genero humano, devia necessariamente produzir esta uniformidade de organização, quanto mais proximo se estiver da origem.

As invasões e guerras devastadoras que rarearam as familias dos germanos, dos hunnos e godos, e a vastidão das conquistas feitas ao imperio do Occidente trouxeram consigo para esses povos o feudalismo, resultado da partilha das terras conquistadas, entre o pequeno numero de familias conquistadas.

O feudalismo de sombria catadura, mas grande, poetico, e cheio de vida, como esses seus castellos, que ainda ruínas, valem mais para

a historia, e para a arte, para a intelligencia e para o sentimento, do que nunca hão de valer todas as fabricas e chaminés collossaes da nossa epocha, revela como elles um grande pensamento, porque os torreões feudaes no pincaro de alcantilados rochedos denotam a habitação da aguia, ao passo que as nossas edificações utilitarias correspondem á vida de formigas. A organização feudal era como o seu emblema, a aguia; aquelles seus vôos eram grandes, os raios do sol não a ofuscavam, dominava, e era livre; a solidão era necessaria á sua existencia vaga e indefinida, como o espaço; feroz, ainda quando nobre na lucta, a intrepidez era-lhe vulgar; a familia era o seu viver: hoje a economia, a avareza, o labor incessante da formiga é a imagem da organização moderna. A formiga não tem familia, tem a associação; foge do isolamento, eis a multidão; o *formigueiro*: é tudo, as *reproductoras* preenchem o seu fim, e a formiga vive a enthesostrar no centro da terra, como nós vamos abi buscar o carvão e o ferro, os dois polos em que gyra a sociedade economica moderna. Os feudaes eram aguias no bom e no mau; os utilitarios teem o que teem as formigas.

Assim feudalismo repugna com as instituições vinculares; estas são a caricatura d'aquelle.

No feudalismo ha a centralisação de todos os poderes na mão do chefe de familia; no systema vincular, o morgado olha como seus os bens que seu pae ainda possui, e isto *jure proprio*; é pelo acaso do nascimento, ou do sexo que se decide o direito, que já se vê, fica dependente da sorte,

No feudalismo a familia aggrupa-se em redor do seu chefe, os bens são para todos como familiares, embora o senhor os administre; no vinculo, um só chama seu o dominio e uso-fructo de todos os bens; para os outros os alimentos bastam.

Assim o feudalismo organisa fortemente a sociedade pela familia, o systema vincular destroe uma e outra cousa.

§ 83

CODIGO WISIGOTHICO

O Codigo wisigothico que foi o elo com que nós, neo-latinos, que haviamos gozado por seculos em muitos dos nossos municipios dos Direitos quiritario e italico, nos ligámos ao Direito byzantino, representado pelas Pandectas e Basilicas, modificado para o Occidente pela *Breviarum alaracianum*, tem evidentes vestigios da legislação romana acerca do patrio poder, mas já adoptado na sua applicação pelas maximas do Evangelho; mas ha uma mistura tambem evidente do

elemento germanico: sendo notavel que na falta do pae o patrio-poder passava para a mãe Lei. 13 art. 2.

§ 84

ENTRE NÓS

Entre nós o patrio-poder nunca foi, como entre os romanos, baseado no dominio, nem foi nunca uma instituição politica, mas derivado da obrigação, que os paes tem de educar os filhos; e por isso precisam de certos direitos.

Pertence ao pae, e não á mãe, e segundo a nossa legislação ultima os paes podiam castigar os filhos até ao ponto de os encarcerar por tempo limitado (Ord. L. 5 Tit. 36 e Tit. 96) reclamar-os, escolher-lhes modo de vida, exigir serviços, nomear-lhes tutores, substitui-los pupillarmente, administrar-lhes os bens sem prestar caução, salvo delapidando (Ord. L. I, Tit. 88, e Liv. III, Tit. 9.) tem o uso-fructo dos bens do filho, obrigam-se por elles, sendo impuberes, e podem auctorisar os puberes, isto civilmente. (Ord. Liv. IV, Tit. 97 e 98, e Ss, 3, Tit. 41.)

§ 85

PELO CODIGO

Como já dissemos, o Codigo Seabra, antes de tractar do patrio-poder, tracta d'aquelles que a elle estão sujeitos.

Como a phrase indica, não pode haver patrio-poder, sem haver paternidade, e é esta a differença radical das legislações modernas comparadas com a romana; n'esta era a instituição politica que dominava todas as outras, e por isso o menor, o recém-nascido podia ser pae de familias de homens cobertos de cans; nas modernas não, só quem procria é que pode ser pae de familias; e é d'este facto que o Codigo deduz o patrio-poder, e portanto só se dá acerca dos filhos.

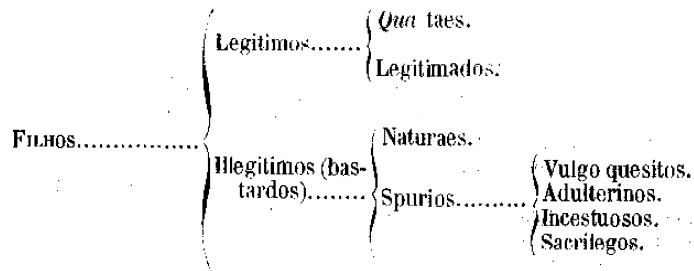
SECÇÃO II

Dos filhos

§ 86

ESPECIES DE FILHOS

São estes de varias qualidades, destas apresentamos o seguinte quadro



CAPITULO I

Dos filhos legítimos

§ 87

ELEMENTOS DA LEGITIMIDADE FILIAL.

Começaremos pelos filhos legítimos.

Na legitimidade attende-se a duas cousas, embora uma seja consequencia da outra. A 1.^a é que haja matrimonio legitimamente contrahido—2.^a que tenha logar o parto 180 dias depois, ou 300 dias antes do impedimento perpetuo (morto), ou suspensão do debito conjugal (art. 101).

§ 88

PRASOS DE EXISTENCIA

Em relação a estes prazos já dissemos alguma coisa, e pouco accrescentaremos. Enquanto ao matrimonio, somos obrigados a deixar para mais longe o muito que ha; porque o Código tractou primeiro dos effeitos (filhos), do que da causa (matrimonio).

O fundamento d'esta regra é aquelle conhecido principio dos romanos=*pater is est quem nuptiae demonstrant*. Fr. 5. D. *de in jus vot.*—Ulp. (II, 4) isto, porque as justas nupcias estabelecem uma presumpção fortissima de que os filhos havidos na constancia do matrimonio e convivencia dos conjuges são do pae.

É impossivel estabelecer um signal certo que mostre que qualquer é filho d'este ou d'aquelle; portanto em relação ao pae não pode haver senão *presumpção*: o que enquanto á mãe é diferente, por-

que o infante em quanto adherente á *placenta*, e por isso ao utero, faz parte da mãe (68).

Esta presumpção só pode ser destruida pela impossibilidade do coito entre os conjuges ou fóra dos prazos marcados.

Ora em geral o tempo legitimo estabelecido é, segundo a immensa maioria dos casos, de nove mezes entre a concepção e o parto, mas tambem é reconhecido que se podem dar casos irrecusaveis de se adiantar ou atrazar o momento do parto, e por isso haver gestações de mais ou menos mezes, que os nove; sendo, porém, mais importante, e tanto que é indispensavel fixar os dois termos que devem marcar o maximo depois de não haver cohabitação, e o minimo depois d'esta legalmente começada.

O Codigo marca para o primeiro os 300 dias, para o segundo 180. Os romanos queriam 300 dias, e 181 porque queriam o septimo mez começado: o nosso Codigo segue o de França (art. 132) e Sardenha; mas nem por isso deixa o austriaco de seguir o computo dos romanos (Cod. aust. 128). O da Baviera marca 182 e 302, e o da Russia afasta-se de todos porque marca 210 dias para um dos prazos e 300 para outro, d'onde se segue ser este o menos favoravel á mulher, ou que mais desconfia da sua fidelidade.

Pouco importa isto, depois que a lei marcou o praso, mas deve entender-se que o recém-nascido venha ao mundo com as condições necessarias para viver.

Note-se que em todas estas questões de legitimidade, partos etc., attende-se não ao momento do nascimento, mas sim ao da concepção.

Mas será isto prazos de presumpção, admitindo-se contra elles prova, ou são por tal modo imperiosos que não se contestam?

O Codigo estabelece os casos em que se admite ou não a prova assim, se ainda antes de casar o marido soube que a mulher estava grávida, o filho que nascer ainda antes dos 180 dias é d'elle—isto é não pode impugnar a sua legitimidade (art. 102 § 1).

2.º Se nascido na sua presença antes d'esse praso consentiu que no assento do nascimento fosse declarado por seu filho (id. § 2).

3.º Se por qualquer outro modo reconhecer que era seu filho o que assim nascera (id.).

Em rigor o que ha n'isto é uma legitimação *per subsequens*, suppondo que o marido lá tem suas razões para suppôr que o recém-nascido é seu filho: é um segredo de consciencia que a lei respeita.

É tambem este respeito pelo segredo da consciencia que leva a lei a admitir todo e qualquer modo de reconhecimento, isto é, quanto á declaração, porque o maior de todos é chamar-lhe seu, consentil-o quando ainda não havia seis mezes de casado.

Agora emquanto ao nascido além dos 300 dias quer o Codigo,

que seja tido como filho legitimo, provando-se que o dito filho lhe pertence (art. 114), se no assento do casamento, ou no do nascimento os paes reconheceram taes filhos como seus, ou se fizeram isto mesmo por escriptura publica, quer anterior, quer posterior ao matrimonio; e tambem os filhos podem provar isto por meio d'uma acção que obtenha sentença que passe em julgado (art. 119).

O intuito do legislador foi favorecer a perfilhação legitima, ou a que é *per subsequens*, e assim foi, talvez, demasiado indulgente.

O que nos parece resultar d'esta faculdade amplamente dada por uns artigos, e restricta depois por outros (130 e segg.) é que a regra e os prazos ficam em todo o seu rigor, sendo o mais verdadeiras legitimações, ás quaes, em bem dos filhos, sempre innocentes dos vicios da sua origem, e á consciencia dos paes, pelas faltas commettidas antes de serem conjuges, se quiz fechar os olhos, e ser amplamente generoso.

Examinemos as hypotheses de filhos nascidos antes e depois dos prazos extremos marcados pela lei. Agora no art. 108 encontra-se a regra para aquellos que nascerem dentro dos dois extremos, isto é, desde os 181 depois de casados, ou 299 depois de separados.

N'este caso, que vem a comprehender a universalidade dos casos, em todo o periodo do casamento, não se admite impugnação á paternidade senão em um só, e é quando se prôva, que o marido estava *physicamente impossibilitado* de cohabitar com a mulher nos primeiros 120 dias dos 300 que precederam o parto (art. 103).

Assim o filho nascido em 1 de janeiro pode ser dado como illegitimo, se se provar que o marido não coabitou com a mulher desde o 1.º de março até 2 de julho—porque para ser gerado em cohabitação anterior a 1 de março tem mais de 306 dias; e depois de 2 de julho, tem menos de 180 dias, e assim por tempo de mais ou de menos, em ambos os casos estará fóra dos termos da presumpção.

A logica do Codigo é exacta, e a disposição copiada do art. 312 do Codigo civil francez.

A impossibilidade a que se refere o Codigo intendemos ser unicamente aquella que nasce da ausencia, ou de um estado tal que seja impossivel haver communicação entre marido e mulher.

O resto vem abrir de par em par as portas aos mais vergonhosos e falliveis exames, indignos da moralidade e decencia dos tribunaes, e absolutamente absurdos em povos christãos. E senão haja vista o processo de D. Affonso vi; e um que ainda ha bem pouco tempo produziu o maior escandalo com as taes investigações de aptidão para o coito.

Bem sabemos, que temos contra nós a intelligencia do Codigo civil francez, fonte d'essa disposição; sabemos igualmente, que os nos-

sos praxistas (n'esta materia muito omissoes, ou de mui relaxados principios) são da opinião d'esta impugnação.

A nosso vêr ha n'estas materias dois grandes escolhos: a immoralidade do processo, a falibilidade d'elle, e o desavergonhamento d'aquelles ou d'aquellas que podem produzir-se como testemunhas: e por outro a immoralidade de admitir filhos adulterinos como legitimos.

Este inconveniente é gravissimo, e como peccado não admite reparação, mas juridicamente é muito menor do que deshonorar uma mulher, descobrindo a filiação de um innocente, e até, por boa ou má logica, cobrir legalmente um marido d'aquelle ridiculo, que bem ou mal a sociedade applica ás infelizes victimas da infidelidade da esposa.

Não ha já tantos e tantos que, ou por ignorancia ou por pouca vergonha, representam o papel de editores responsaveis matrimoniaes?

Pois, em verdade, á sociedade vae-lhe melhor com isto, do que com a exhibição das pustulas que cobrem os seus membros.

Observemos o Código, mas não callemos diante das suas disposições a nossa opinião.

(68) A etiqueta da corte franceza exigia, que os grandes dignatarios da corte assistissem ao nascimento dos principes, e vissem o recém-nascido ainda pegado a mãe pelo cordão umbilical. E bem conhecido o artoiro protêsto de Luiz Philippe, duque de Orleans, a respeito de Henrique v, quando nasceu de sua mãe, a duquesa de Berry; o filho de Philippe Egalité Orleans (se e que o era, porque no tempo da Convenção provára que era filho adulterino, sendo um moleiro seu pae) demorara-se a comparecer até que soube que as secundinas haviam sahido. Era a corôa que o deslumbra. Em todo o caso é etiqueta indecente, e que pôde muitas vezes, pela rapidez do parto, comprometter os direitos dos nascidos e a honra dos paes; e não evita duvidas fundadas ou não, como as de Luiz Philippe.

A legislação indiana segue um principio, que se acha seguido em varios pontos da Oceania e Africa.

O sobrinho, filho da irmã, é o legitimo successor do tio, porque sendo indubitavelmente filho de sua mãe, e sendo esta indisputavelmente a parente mais chegada do tio, não pode haver duvidas de que n'elle circula o sangue do tio. o que em relação aos paes é sempre duvidoso.

Deixemos, porém, de parte taes aberrações. A moral não admite que o direito deduz a suas disposições do principio da corrupção.

§ 89

PRESUNÇÃO DE PATERNIDADE

Esta presumpção da paternidade é tão forte em Direito, que nem a propria mulher casada pode negar que o pae de seus filhos seja seu marido (Fr. 29 § 4. D. de probat. Secevola (xxu—3) Se isto se dá com a

mulher do que ninguém sabe se o marido está coroado ou não, segundo um antigo foral (em Traz-os-Montes), com maior razão se entende do marido, o qual não pode negar a paternidade, ainda provando o adulterio da mulher, porque na promiscua cohabitação pode succeder que fosse d'elle que a mulher concebesse; e a lei contenta-se com a possibilidade, porque mais vale que passem por legitimos os adulterinos, do que fazer que um legitimo se veja reduzido a esse estado. O Código civil francez, art. 313 adoptou o principio do Direito romano—*Potest mulier adultera esse, et impubes maritum patrem habuisse*—mas a lei franceza fez uma restricção, e vem a ser—se a mulher occultou o nascimento do filho, porque este facto da mulher prova, segundo o Código francez, que houve crime e infidelidade; e isto ao mesmo tempo que, seguindo o puro Direito romano, a mulher, ainda confessando o facto do adulterio não destroe a paternidade legal do marido; como dissemos ha pouco.

D'onde resulta que uma *presumpção* é elevada a prova decisiva (a occultação do nascimento); e a confissão e declaração ainda motivadas da mãe, não tem força nem para estabelecer a duvida!

D'esta collisão tem resultado grande divergencia nos tribunaes, como se pôde vêr em Sirey; e se os modernos tem tractado de conciliar é recorrendo ao principio de Direito criminal, de que a confissão do crime pelo reu nada prova; pois só denuncia grande odio, o que podia levar uma mulher a cobrir-se de deshonor, o que equivale a não estar em si, e portanto a não se poder dar credito ao seu depoimento.

Esta razão, tomada por base de muitos accordãos em França, e que aceitam Rogron, Teulet e Mazerat, parece-nos mais subtil do que solida, e prova a necessidade de á semelhança dos pretores romanos, adoeçar o rigor da disposição legal, ou evitar o absurdo da applicação: porquanto, para colher, era necessario que a mulher só fizesse estas declarações por taes motivos, quando esquecem que o remorso da traição conjugal e do roubo feito aos filhos legitimos em favor de um, manchado pela illegitimidade, a penitencia religiosa, etc. podem dar logar a igual confissão; e n'esse caso a lei, ou antes os seus interpretes, vão equiparar á insanía o mais bello acto moral, o arrependimento.

Exprimimos uma opinião ácerca de um ponto, que, omisso na nossa legislação, pôde dar-se todavia, ainda que raro. Temos conhecimento de uma tal declaração em um testamento, mas o marido supervivente não fez caso da declaração, e de accordo com os outros filhos compoz-se o negocio.

O art. 103 contém ácerca da allegação da illegitimidade por impotencia do marido, uma regra importante, e é, que a impotencia do marido anterior ao matrimonio não pode allegar-se contra o filho, mas sim a posterior com tanto que não se fonde na velhice.

Este artigo, que da mão do sr. Seabra sahio com o n.º 104, é differente do art. 313 do Cod. civ. fr., fonte de quasi toda esta secção.

O Codigo francez quer que o marido não possa allegar a sua impotencia para provar a illegitimidade de seus filhos, o nosso segue suas variantes, como veremos.

§ 90

NEM SÓ OS FILHOS SÃO FIM DO MATRIMONIO

Embora os Jctos. francezes encarem mui exclusivamente a procreação como fim do matrimonio, deve tambem attender-se aos seus outros fins. Não ha duvida que a relação dos sexos é a base do matrimonio; porque, a não ser no meio das torpezas do imperio romano, nunca se viu sociedade conjugal entre individuos do mesmo sexo; mas a realisação da copula e procreação não é condição essencial, aliás devia dissolver-se pela idade dos conjuges, etc.; e a lei catholica, que tanto tem honrado e engrandecido o estado conjugal, não admittiria a validade da mutua renuncia dos conjuges á prestação do debito conjugal. É esta a doutrina catholica (69), da qual se affasta bastante o Codigo francez; mas emquanto ao ponto que estudamos, é logico em não admittir a impotencia como causa que o marido possa apresentar para sustentar a illegitimidade dos filhos, é mais rigorosamente logico com o romanismo do *pater is est quem nuptia demonstrant*, de que o nosso Codigo, que não concede á impotencia anterior, a força de ser allegada como prova da illegitimidade; mas sim a posterior, uma vez que não provenha de velhice.

Aqui temos as indagações, as provas da impotencia, com todos os seus escandalos e vergonhas, e contra os quaes já dissemos qual o nosso sentimento; e temos demais, que pela lei franceza só se tracta do marido, e na portugueza todos a quem não é vedado o intentar taes acções, é-lhes tambem permitido o investigar judicialmente a legitimidade dos filhos.

(69) A doutrina da Igreja catholica é que o casamento é o cumprimento da vontade de Deus, de continuar a sua obra da criação, pela procreação (C. 12, c. XXXI. q. 1.), e da propagação da especie, na qual e por a qual foi consummada a obra da Redempção (Ep. ad. Ephes. V, 21, 38, 1.º Thimot. 2, 11, 15). Como escola de sacrificio é abnegação: vêo mysterio-o que vela e sancifica o acto animal da geração, por si impuro — união de amor e fidelidade, elevada pela Igreja á sublimidade de sacramento. (Conc. Trid. Sess. 24 com. 1).

Em virtude d'esta doutrina, não podia a Igreja deixar de dar a este sacramento a força de purificar da mancha do nascimento aquelles, que a tinham por

paes os mesmos que elle unia pelo laço matrimonial, fazendo retrahir a graça ao momento da concepção, ou nascimento d'essas victimas da culpa dos auctores de seus dias. Quando tractarmos do casamento, desenvolveremos mais os principios e as regras do Direito canonico.

§ 91

QUEM SÃO OS FILHOS LEGITIMOS

Estes a quem a lei (art. 106) concede esta investigação de filiação, são o pae, e herdeiros d'este.

O pae nos casos em que a lei o permite (art. 107): mas ha a tal respeito uma prescripção especial, e vem a ser, que tem de propôr essa acção 60 dias depois do nascimento, se estiver presente a elle; ou 120 a contar do dia da chegada, se estava ausente (art. cit.)

Esta disposição, imitada do Cod. civ. fr., parece-nos mui justa para o pae de familia, pois nenhuma coisa importa mais do que não haver duvidas acerca da paternidade, não só em attenção á honra da mãe, socego da familia e estabilidade dos direitos dos filhos, e tanto que não nos satisfazem estes prazos, conquanto bastante limitados: mas ainda relativamente injustos: e senão applicuemos-os nas differentes hypotheses.

Pelo primeiro praso não ha filho algum, cuja legitimidade não esteja incerta por espaço de 60 dias: pois um pae discolo, malvado, ou enganado, pode, no estado mais normal, intentar estas acções: e este é um dos muitos casos em que o mal está na duvida, e não na sentença.

Tambem pôde dar-se que este praso se extende absurdamente, se estando o pae ausente, voltar em um ou dois dias, porque conta 120, praso para o caso da ausencia, e mais tantos dias quantos os que mediam entre o parto e a chegada, o que pôde ir desde 121 até 418 —, aquelle praso igual a 2 (dias de nascido e chegada do marido) mais 119 (praso dentro do qual o marido, que volta para casa e acha um filho pode requer.) = 121; e emquanto ao segundo é igual a 299 (maximo d'ausencia para a legitimidade do parto, art. 103) mais 119, praso dentro do qual pôde intentar-se a acção. Bem sabemos, que desattendendo-se a letra da lei, não se ha de julgar assim; mas quando o juiz tem de fugir da lei, é signal que ella é má.

§ 92

EPOCHA DE QUE DEVE DATAR-SE A LEGITIMIDADE

Ha certas verdades que levam muito tempo a serem acatadas; e em nenhuma sciencia se dá isto com mais força do que na Jurispru-

dencia, porque, para a immensa maioria o que importa é a lei e não o direito. Gasta-se um século em sophismar a lei, e não meia hora em substituir ao absurdo legal a verdade juridica. É este um dos casos: se em toda a sciencia de Direito, em relação a materia de filiações, ao que se attende é á concepção e não ao nascimento; quando se tracta de legitimidade, porque não se ha de fazer o mesmo emquanto ao direito do pae impugnar a legitimidade?

Assim n'este caso marcar o praso desde a concepção; concedendo: estando o marido presente, antes do parto — estando ausente, dentro de um pequenissimo praso juncta aos 300 dias de gestação legal.

Dando-se, porém, o caso de que o nascimento do filho fosse occultado ao pae, não se contam os 120 dias senão d'aquelle em que tiver conhecimento da fraude (art. 107 § un.).

Esta disposição, tirada do art. 313 do Cod. civ. fr., tem o mesmo inconveniente que o anterior, por se ir tomar o parto como ponto de partida, em vez da concepção, provada pela gestação.

O Codigo francez tem sido entendido do modo que indicámos, porque entenderam que a occultação da prenhez denotava, tanto, ou talvez mais do que a do parto, provava a convicção em que estava a mãe de que o filho era adulterino. Sirey (Liv. 50—1—113) traz um longo Accordam do tribunal de Cassação, em que vem desenvolvida esta doutrina.

Além do pae, tambem podem impugnar a legitimidade do filho, aquelles que seriam herdeiros do pae; como os ascendentes, descendentes (irmãos e sobrinhos do pertenso filho) e collateraes, ou ainda testamentarios, visto que a qualidade de herdeiros por todos estes meios pode dar-se: mas esta impugnação está subjeita a restricções.

1.^a Se o marido estando presente, e dentro do praso legal (60 dias) intentar a competente acção, e não desistir depois de intentada.

É verdade, que isto parece-nos antes um effeito do direito de representação comprehendido na herança — *successio in universum jus* — do que direito proprio e individual.

2.^a Se falleceu antes de findarem os prazos marcados para a installação d'acção.

3.^a Se o filho nasceu depois da morte do marido.

É claro que aqui temos de recorrer ao praso da gestação para contar os trezentos dias antes do nascimento, de que já vimos estabelecida a regra no art. 103.

Em todo este art. 108 ha disposições que marcam as balizas do processo de perfilhação, e que estariam mais bem collocadas em um Codigo de processo civil; mas bom é que aqui estejam, pois sendo omissa a nossa legislação n'esta materia, temos de recorrer ao Codigo.

As nossas acções de filiação e *diffamari* tem por fim susten-

tar a legitimidade e não impugnar-a; e francamente nos parece um pouco repugnante ao nosso character, o ver um pae a negar a um filho esta qualidade.

Por ora o casamento ainda é cousa mui sancta. Todavia, no systema do Codigo era isto indispensavel.

Se os herdeiros do pae podem impugnar a legitimidade de um filho d'este, todavia este seu direito de intentar a acção prescreve, decorridos sessenta dias, contados d'aquelle em que o filho tenha entrado na posse dos bens do pae, ou desde o dia em que os herdeiros forem perturbados na posse da herança (art. 109).

§ 95

MEIOS DE A SUSTENTAR

Os filhos tidos como legitimos, quando esta qualidade lhes fôr disputada, tem por certo direito a serem defendidos, porque se tracta não só do seu nome, pois a bastardia, sobretudo sendo de coito damnado, como no caso de adulterio, dá á sua victima uma certa desconsideração social, mas ha os direitos á herança paterna: e por estas razões a defeza, que é sempre de direito natural, não podia deixar de ser attendida. Por isso se o filho, cuja legitimidade se impugna, é menor (porque sendo maior por si póde defender-se) é-lhe nomeado tutor *entre os parentes* da mãe, ou amigos d'esta, na falta d'aquelles, sendo esta sempre ouvida (art. 113) e é nomeado pelo conselho de familia, composto igualmente dos parentes, e, na sua falta, dos amigos da mãe. Já se vê que, não se tractando de nomear juiz imparcial, mas defensores, a lei quer dar ao infeliz, cuja filiação legitima é atacada, o maior auxilio possivel, rodeando-o de gente interessada em seu favor e da mãe, cuja honra indirectamente é igualmente atacada. O Codigo, na falta de parentes da mãe, não marca quaes as pessoas d'entre as quaes se deve nomear o tutor: mas nós por coherencia com a composição do conselho de familia, poremos os amigos da mãe. O melhor seria dar amplissima liberdade de escolha, pois pode succeder que nem os parentes, nem os amigos sejam aptos: excluindo sómente *propter scandalum* o suspeito de adulterio.

A par dos que tem direito e interesse em negar a outros a qualidade de filhos legitimos, ha outros, que, pelo contrario, tem interesse em ser tidos como taes; e são os filhos, ou herdeiros d'estes.

Para elles quer o Codigo que o direito de vindicar o seu estado seja imprescriptivel enquanto aos filhos, e enquanto aos herdeiros d'estes, se aquelles já houvessem intentado a acção, pois a podem

proseguir estando pendente: no caso, porém, de não estar intentada a acção, se o filho morreu, ou cabiu em demencia, até quatro annos depois de maiores ou emancipados podem intentá-la de novo: mas esta acção prescreve aos 45 annos, contados do fallecimento do filho (art. 111 e 112).

§ 96

EXIGE-SE PARA TER ESTE DIREITO O SER HOMEM

Para tudo isto é necessario que o filho haja nascido com vida e figura humana (art. 110).

Já tractámos da questão de vitalidade do recém-nascido: mas aqui não se attende a isso, basta que viva e tenha figura humana: duas circumstancias, que no dizer do Codigo devem estar conjunctas.

Esta disposição, cuja fonte é o art. 314 *in fin.* do Codigo civil francez, não está como ali se lê; porque a lei franceza nega o direito de impugnação — *si l'enfant n'est pas déclaré viable*.

Assim o Codigo civil francez suppõe a declaração feita no momento do nascimento, e por isso n'esta parte exerce a prova posterior, e portanto é mais exigente do que o nosso, e não falla na figura.

O Codigo civil francez vae coherente com a sua doutrina acerca das successões *ab intestato*; porque (art. 725) nega ao — infante *qui n'est pas né viable* — o direito successorio; consequentemente não podia deixar de assim fazer o mesmo na questão de legitimidade de filiação, porque o pae supposto não tenha a temer um herdeiro intruso.

No caso da nossa lei ha (parece-nos) um pensamento mui diverso do da lei franceza.

No art. 1776 fallando dos que são capazes de ser nomeados em testamento, usa da mesma phrase *com vida e figura humana*: portanto exige menos que o Codigo civil francez, porque este na palavra *viable* comprehendendo todo o organismo necessario para viver: e não fallando na figura, parece exigir não só a forma humana completa, mas ir ainda mais longe; e o nosso Codigo que se contenta que viva quando nasce, e não que seja *capaz de viver*.

Agora emquanto á figura, como os órgãos que verdadeiramente denotam a existencia da intelligencia, existam reunidos na cabeça, ou antes na cara, e seja a intelligencia o distinctivo do homem, e nós o que queremos é que se saiba se nasceu vivo um homem, parece-nos que a ausencia de alguns órgãos, como os do movimento, não tira a natureza de homem para o caso em que estamos: tanto mais quando não é raro viverem longos annos antes d'estes, como ainda ha pouco ali se andou a mostrar ao collo de sua mãe um da Guarda, que sem pés, nem mãos, e até com o apparelho sexual bem incom-

pleto, dava mostras de uma intelligencia não vulgar, escrevendo com bastante correccão o que se lhe dictava, e dando muita noticia de pes-soas e logares que vira.

Bem sabemos, que, no caso em que estamos, o interesse geral é difficultar estas tristes negações da legitimidade, mas tambem é necessario não ser mui indulgente, e lançar terra nos olhos; e assim ir admitir a infidelidade da mulher, e impôr ao marido paternidades postuças (70).

Caute hic procedendum, ne malitia aperietur fenestra

(70) Não fecharemos estas nossas toscas annotações, ás quaes demos maior extensão por ser materia omissa na nossa anterior legislação, sem tocar em alguns pontos que nos parecem admissiveis, por não se lhe oppor a lei, e serem mui importantes.

O Cod. de Prus., art. 21, estabelece que o filho nascido até ao fim do undécimo mez, é legitimo se não houver prova alguma contra o bom comportamento da mãe. Entre nós já esta doutrina foi sustentada por os nossos praxistas Gomes, Dec. 325, e Febo, Dec. 51, e ultimamente por Lobão, Mol. e Mel. L. 2, Tit. 6 — e Corrêa Telles, Dig. p. L. 2, art. 459; e combatida por Coelho da Rocha, § 395.

Sustentariamos a affirmativa por sermos logicos, pois tendo admittido com os Jctos. romanos *inceptus dies pro completo habetur*, e que esses dez mezes completos, são dez mezes (ou 300 dias $\times$ 30) sendo os dez até 330 dias, e sobre tudo para evitar escandalos, pois o filho que nascesse aos 305 ou 310 dias depois de viuva era necessario que houvesse sido, segundo a ficção legal, concebido no leito nupcial ainda frio do gelo do cadaver, entre as lagrimas do nojo, etc., o que faz suppor que a viuva era dotada de uma perversidade e lascivia, de que nem as Messalinas seriam capazes.

Outra hypothese (houve em Lisboa, ainda ha poucos annos, um caso d'estes) é quando qualquer faz lavar os assentos de baptismo, ou nascimento de diversos filhos, havidos de diferentes mulheres, as quaes são todas por elle declaradas legitimas. Para decidir a questão entre elles, que todos apresentavam o registro dos seus nascimentos e a posse do estado, exigiu o tribunal que se apresentasse o registro de casamento dos paes, aquelles que não o poderam fazer decabiram.

O tribunal de Cassação, confirmando a sentença, generalisa a regra, que Toullier depois subentende, ordenada pelo Cod. civ. fr., de que na prova da filiação é necessario junctar a prova da legitimidade do casamento dos paes; e a renhião simultanea d'estas duas provas justifica-se, dando a do casamento paterno como sendo a da legitimidade, e a do nascimento como da filiação.

Em verdade a certidão de nascimento só prova que F. é filho de A. e de B. mas pôde ser natural ou legitimo, etc.: mas a do casamento de A. com B. prova que F. é legitimo.

Estas consequencias são importantes e podem ser frequentes.

CAPITULO II

Modo de provar a filiação legítima

§ 97

QUANTOS E QUAES SÃO

Tres meios de provar a legitimidade da filiação apresenta o Código (art. 114):

- 1—Registo de nascimento.
- 2—Qualquer documento authenticico.
- 3—Posse do estado, provada por escripta ou por testemunhas.

§ 98

REGISTO DE NASCIMENTO

O registo de que falla o Código ainda não existe, pois é o de que tractam os artigos 2445 e seguintes; e por isso devemos entender este primeiro meio de provar pelos registos de baptismo, ou justificações, que suppram esta falta (71); porque o art. 2043 diz = *Os nascimentos..... occorridos anteriormente á promulgação d'este Código, e ao estabelecimento do registo por elle ordenado, poderão provar-se pelos mesmos documentos, que até então eram admittidos para prova de taes factos.*

Em tempo e lugar competente veremos as disposições do Código a respeito do registo do nascimento.

(71) Ha tempos que vimos, e lamentámos um despacho da auctoridade eclesiastica em assumpto d'estes.

Um individuo de Loires, mas natural da Galliza, querendo casar, mas não podendo obter certidão de baptismo da sua parochia, tomou conselho connosco, e disse-mos-lhe que procedesse a uma justificação, etc., se tinha para isso testemunhas. — Disse-nos que sim, pois os agadeiros do Carmo o conheciam. — Fez-se a justificação, e por ella, ou seja pelo que fosse, o caso é que o Em.^{mo} prelado dispensou a certidão de baptismo em vista das provas produzidas (depoimento de testemunhas): e entendemos que foi exacto observador da lei, e seguidor dos bons principios.

Tempos depois, consultados por outro individuo, natural não do bispado de Tuy ou Orense, que esta a 10 ou 12 horas de Lisboa, mas de Valencia del Cid, que viera rapaz para Portugal, não conhecendo na sua terra pessoa alguma a quem pudesse encarregar as diligencias da busca da certidão, e dando-se o caso de haver reparação de damno na pessoa da nubente, aconselhámos o mesmo meio de justificação: mas, ou porque não dispozesse dos meios de que o outro dispoz, ou porque a escrupulosa consciencia do Em.^{mo} prelado trepidasse, o caso é que foi indeferido duas ou tres vezes. Estavamos em erro quando julgamos, e

por isso aconselhamos, que a prova do baptismo, não se podendo fazer pela certidão do assento de baptismo, podia todavia ser feita pelos outros meios que a lei auctorisa, como é a justificação com prova testemunhal.

Submissamente diremos, que ficamos entendendo que os motivos de decidir variam não variando nem a lei, nem os factos: e que no caso de não existirem os livros dos assentos de baptismo, por effeito de incuria do parochico, ou da guerra, incendio, terremoto, roubos, etc., os que houverem tido a desgraça de terem nascido e sido baptisados na epocha e parochia de que tractavam os livros destruidos, não poderão casar, e, Deus sabe, se por força de coherencia de principios, teriam de ficar privados do estado religioso, civil e politico.

Entre nós estes casos são frequentissimos em virtude das invasões dos francezes, terremoto de 1755; e guerras e revoluções politicas; e muito mal estariam-se acaso a vontade de S. Em.^a fosse a regra de julgar, e não a disposição do Cod. que já era a da Ref. Jud.

Sentimos ter-nos visto levados a escrever esta nula, mas o respeito filial, devido ao nosso pastor espirital, não nos podia obrigar a calar uma advertencia a respeito d'este ponto de supprir as certidões de baptismo pela prova testimonial, ou documental.

§ 99

DOCUMENTO AUTHENTICICO

Como documentos authenticicos não podemos de hoje em diante admitir senão o que fór extractado por official publico, ou com intervenção d'este exigida pela lei (art. 2422).

Além d'isso tem de provar a identidade de pessoa, porque o assento do nascimento não dispensa, nem pode dispensar isto.

A intelligencia d'esta disposição está dependente da que vem nos artigos 2423 e seguintes; e assim, se um documento fór authenticico extra-official (art. 2423 § 3) faz prova plena, quanto á existencia do acto a que se refere, mas não n'aquillo em que possam involver offensa de direito de terceiro, que não fosse parte no mesmo acto (art. 2426), segue-se que para o caso de prova documental de que tractarmos, só podem servir documentos authenticicos officiaes, por serem os que fazem prova plena, e os particulares quando n'elles hajam intervindo as pessoas que podiam ser offendidas em seus direitos (art. 2424 e 2425).

A esta nossa opinião bem sabemos que se podem oppôr os argumentos de *non licet distinguere quando lex tacet, efavorabilia ampliando*, mas confessamos que optamos pela mais rigorosa, por intendermos que nem legisladores nem executores da lei podem ou devem ser indulgentes á custa de terceiros; e note-se que provar uma filiação é dar um filho a um pae, um membro a uma familia que passavam sem elle.

§ 100

POSSE DE ESTADO

A posse de estado, que é, segundo o Código (art. 115) o *facto de alguém haver sido reputado e tractado por filho, tanto pelos paes como pelas familias destes e pelo publico*.

Os artigos 320 e 321 do Código civil francez foram a fonte d'esta disposição e definição; e comquanto em boa hermeneutica o facto de na lei posterior não apparecerem expressões que figuravam na anterior (ou fonte), signifique revogação, e por isso devemos julgar que aqui houve intenção de supprimir o que não apparece; todavia essa suppressão é tão importante, que queremos antes que se subintenda comprehendida, do que revogada; e temos por nós o proprio auctor do Código, porque no seu projecto o art. 111, que corresponde ao art. 115 do Código, está mais em conformidade com a lei franceza.

Exige esta, que a posse seja *constante*, isto é, que esses actos que indicavam ser filho d'este ou d'aquelle não devem ser um ou outro, nem em uma ou outra epocha, mas *constantemente* praticados. Isto é tanto mais necessario quanto, como muito bem nota Rogron, na maioria dos casos isto pode ser prova mais convincente que o assento de nascimento, por isso que tira muito mais as duvidas acerca da identidade de pessoa.

O Código portuguez contenta-se em dizer=*considerado e tractado como filho tanto pelos paes, como pelas familias, d'estes (o Projecto diz=sua familia, e era muito mais juridico) e pelo publico*= dando assim dois actos=*consideração=tractamento*=e isto por toda a gente; mas não especifica em que consistem a *consideração* e *tractamento*, que foi o que fez o Código civil francez, que não pode, como fonte, deixar de ser tomado por subsidiario.

A lei franceza exige=*une reunion suffisante de faits qui indiquent le rapport de filiation..... Les principaux de ces faits sont:*

- 1.^o *Que l'individu a toujours porté le nom du père auquel il prétend appartenir.*
- 2.^o *Que le père l'a traité comme son enfant, et a pourvu en cette qualité, à son education, à son entretien, et a son établissement.*
- 3.^o *qu'il a été reconnu constamment pour tel dans la société.*
- 4.^o *qu'il a été reconnu pour tel par la famille.*

Estas circumstancias ou antes a chamada posse de estado (72), incluem-se na linguagem technica pelas tres palavras—*NOMEN, TRACTATUS, FORMA*. Escusado é dizer que *nomen*, em latim, bem como em francez, é o que nós chamamos *appellido*.

Bem sabemos que os commentadores do Código civil francez, assim como os seus auctores, não estabeleceram estes factos como devendo dar-se simultaneamente, tendo de deixar-se ao arbitrio do juiz, à apreciação do facto. É este um dos pontos que reclama imperiosamente a intervenção do jury em materia civil.

Mas o que nos parece mais importante neste momento é essa *constancia* de factos, essa *constancia* de posse.

E tornamos a repetir, que entendemos, que a boa administração de justiça, e sobretudo a garantia da honra das familias, e decoro do patrio-poder exigem mais cautelas do que as do Código n'estas materias.

Ora se a posse de estado prova a filiação, como se prova esta posse?

(72) Dizemos *chamada posse*, porque muitas vezes o fim da prova é adquirir essa posse, a qual não se dá sem factos materiaes, quando o titulo para a adquirir poder existir e crear direitos.

§ 101

COMO SE PROVA

O Código não o diz, e no entanto é importante, porque a fonte, Código civil francez (art. 323 e seguintes) andou mui acatadamente, não admittindo toda e qualquer prova, pois para se admittir a testemunhal requer que haja um começo de prova escripta, como titulos de familia, registos e papeis caseiros do pae ou da mãe, publicos, e mesmo particulares, emanados de um individuo que seja parte na questão de filiação, enfim todo o escripto que dê credibilidade a tal facto (art. 324 e 1347); ou então quando as presumpções que resultam de factos fóra de duvida são sufficientemente graves para justificar a admissão das testemunhas.

Estas disposições são importantes. É necessario não admittir de leve que um individuo se introduza n'uma familia, como fazendo parte d'ella, isto só por meio de *testemunhas, sempre facéis de subornar*, diz Rogron, e com elle Toullier, e Nigon; e nós applaudimos, porque não damos credito (que produza prova) ás testemunhas; e porque n'este ponto de filiação em vez de facilitar, como é o systema do Código, desejamos difficultar.

É coherente com o systema que a lei manda; e que na falta de todos estes tres meios de prova, a *filiação legitima pode provar-se por qualquer outro*, havendo começo de prova por escripto, proveniente de ambos os paes, conjuncta ou separadamente (art. 116).

O Projecto não continha esta disposição, que aliás existe na lei

franceza, só com a differença que esta já exige (como vimos) o começo da prova no caso anterior, ou posse de estado.

O art. 117 prohibe que se faça obra contra o que constar do registro de nascimento, quando em conformidade com este se der a posse do estado.

E no seguinte admite-se toda e qualquer prova em contra da vindicação do estado (art. 118).

O systema do Codigo, como temos observado, é facilitar esta vindicação, nós inclinamos muito mais ao systema francez de difficultar, isto é, de exigir plenissima prova.

Os tribunaes francezes tem adoptado uma marcha favoravel ao vindicante, mas logica, e é não admittirem a contestar a filiação pessoa alguma que por facto seu haja em qualquer tempo reconhecido esse estado.

CAPITULO III

Dos filhos legitimados

§ 102

DA LEGITIMAÇÃO POR SUBSEQUENTE MATRIMONIO

Ha talvez falta de methodo em tractar n'este logar da legitimação dos filhos, antes de se tractar do matrimonio, o mais completo de todos esses meios.

O Codigo não admite senão — Legitimação pelo matrimonio dos paes, subsequente ao nascimento dos filhos. — A perfiliação ou escriptura pela qual um ou ambos os conjuges declarem a filiação.

Para ponto de comparação resumiremos o que era a nossa antiga legislação; mas por necessidade temos de tractar mais longamente muitos pontos, por isso que se falla em grãos, qualidades de filhos etc., e ainda que haja alguma deslocação de materias, todavia fica tractado.

Entre nós até a publicação do Codigo foi a legitimação um dos meios de se adquirir o patrio-poder, como já o fôra entre os romanos.

Mesmo entre estes a legitimação não pertence á epocha do Digesto, ao Direito verdadeiramente romano, mas sim aos imperadores, a começar por Constantino, e por tanto ao Direito bysantino, comquanto já em tempo da republica haja, pelo menos um facto attestado por Tito Livio (Lib. 38, cap. 36) de um senatus-consulto concedendo a qualidade de filhos legítimos a uns campanos, porque havendo sido recenseados como cidadãos romanos, quando já tinham filhos, que não foram recenseados, requereram que estes, não oh-

stante haverem nascido antes, e por isso não serem *ex justis nuptiis* fossem considerados como *legitimamente nascidos* — o que o senado concedeu. Isto teve logar no anno de 563. U. G. e por isso parece dar-se desde então a *legitimação*.

Ainda se podem apontar alguns factos attestados pelos fragmentos do Digesto.

Temos no Fr. 57 § 1 D. de rit nupt. (xxiii, 2) Marciano, que se refere a um rescripto dos imperadores Pios a uma mulher Tertulla, concedendo-lhe a legitimação de um filho que houvera de seu tio com quem vivera, ignorando que não estava casada, por serem em tal grão prohibidas as justas nupcias.

Outro caso aponta Ulpiano no F. 46 D. de adopt. (i, 7) do filho bastardo (*vulgo quesito*) que por beneficio do principe viera para o patrio-poder de seu pae.

Em rigor o que temos n'estes casos apontado é reduções ao patrio-poder, de individuos que estavam fóra d'elle pela lei.

Mas pouco importa para o nosso caso, de quando começasse a legitimação dos filhos naturaes.

Deveríamos definir o que fosse, ou que seja a legitimação, mas preferimos seguir o exemplo de Coelho da Rocha, que tracta dos effeitos, sem definir.

Em todo o caso a legitimação tem por fim favorecer os filhos naturaes, e incitar os paes ao cumprimento dos seus deveres.

Os romanos, ou antes as leis bysantinas, admittem tres especies de legitimação — PER SUBSEQUENS MATRIMONIUM — PER DATIIONEM CURIAE — PER RESCRIPTUM PRINCIPIS: aos quaes alguns accrescentam um 4.º — PER TESTAMENTUM.

Do primeiro teremos de occupar-nos largamente. Emquanto á — DATIO CURIAE, teve seu principio na falta de gente que quizesse servir os cargos municipaes de decuriões ou *decuriões*, cargos a principio mui invejados, mas depois, pelos enormissimos encargos que lhes impunham os povos e os governos, e a horrivel responsabilidade de haverem de responder pelo integral pagamento de todos os impostos, transformados em castigo; tanto que no tempo das perseguições mais atrozes contra os christãos, uma das mais temidas era nomearem os decuriões. Tal era, diz elegantemente o sabio Heinecio a *esplendida miseria* d'estes cargos.

Foi por este estado de coisas, que os imperadores Theodosio e Valentiniano se lembraram de ordenar, que todo aquelle que nas taboas curiaes (curia) inscrevesse o nome de um filho natural, ficava este legitimado e tido como *decurião*; assim como a filha casada com um decurião tornava-se legitima (*Const. 3. C. de nat. lit. (V. 27)*). Esta disposição foi confirmada por Leão e Anthem. (*Const. 4. C. de nat. lit. V. 27*) e finalmente Justiniano foi que deu a fórma definitiva a

esta legitimação (*Const. 9. A. de nat. lit. V. 27, e Novel. 89, cap. 2, 6*),

Este especie está completamente em desuso, nem a *dedicação patriótica* com que tanta gente quer servir os cargos municipaes, faz recear que seja necessario para elles recrutar gente bastarda fazendo-a legitima.

No entanto, auctores mui respeitaveis, querem que a entrada nos mosteiros pela profissão religiosa, tenha toda a analogia com a doação, ou oblação á Curia. Não nos parece que tenham razão (Savigny *Hist. rom. au moy. ag. Tom. 5, 1, § 23 e seguintes* — Viardot, *Hist. des Ord. rel. dans le moy. ag. Kremer de monast. inst. L. 4, tit. 6*).

A legitimação *PER RESCRIPTUM PRINCIPIS*, foi introduzida por Justiniano, e consistia em uma graça dos imperadores; era effeito do poder absoluto, e até despotico de que gosavam.

Ainda são de Justiniano a legitimação *per testamentum* e *per scripturam*, pois de ambas falla este imperador.

(Vide para mais completa noticia, as nossas Annotações a Waldeck § 125 e seguintes, e auct. ahí citados).

§ 103

PELO NOSSO DIREITO ANTIGO

Por o nosso Direito eram admittidas a legitimação *per subsequens* (Ord. L. 2. tit. 35) e a *perfilhação*, (Ord. *cit.*) que veio substituir a *per rescriptum*, comquanto na forma seja a mesma.

Esta tinha por principio e base uma acta solenne do pae ou mãe (testamento-escriptura) declarando reconhecer a F. por seu marido o perfilhar — bastando muitas vezes a supplica ao principe, ou mesino *indirectamente* a declaração d'esta vontade: por ex.: havendo instituição de herdeiro com a clausula de se legitimar.

Com este documento requeria-se a approvação do principe, o qual mandava informar a auctoridade competente (?), que ouvia ou mandava ouvir os parentes interessados em que não existisse tal filho, os quaes deviam *in continenti* desfazer os fundamentos do pedido; e afinal expediam-se os Alvarás pela secretaria dos negocios do reino, e afinal a carta da legitimação (Lobão a Meilo L. 2. tit. 16 Diss.)

Esta carta pela Ord. L. 1, tit. 3, § 1 era expedida pelo desembargo do Paço. Depois pelos concelhos dos districtos (Cod. adm. de 1836, § 2, art. 172); mas revogado este decreto pela lei de 29 de outubro de 1840, ficaram sendo expedidas pela secretaria dos negocios do reino (Port. de 10 de dezembro de 1744).

Pareceria mais logico que fosse pelo corpo legislativo por ser uma disposição da lei; no entanto o mais logico nem sempre é o mais exequivel.

Ora parece-nos que taes perfilhações são mais um *rescripto* do que outra coisa; porque o acto solenne do pae não vem senão para fundamentar o pedido. Como o Codigo sustenta esta especie de perfilhação, veremos o que a tal respeito ha a fazer.

Por esta perfilhação não se conferem aos perfilhados os direitos de legitimos, e não se sujeitam ao patrio-poder; no que differe dos romanos. E' mais uma licença ou dispensa para poderem herdar por testamento, ou succeder *ab intestato*, pedir alimentos, etc., nem podem prejudicar os filhos legitimos (73); e por isso estes a podiam impugnar por esta causa, embora houvessem sido ouvidos antes de concessão (Prov. de 18 de junho de 1799 — Lob. *cit. loc.*)

Assim os filhos *spurios* perfilhados por alvará podem succeder aos paes perfilhantes por testamento e *ab intestato*, não ficando herdeiros necessarios descendentes ou ascendentes; e d'aqui se segue que concorrendo *naturaes* com *spurios*, todos legitimados, aquelles preferiam a estes (Guerreiro *Fr. 2, liv. 1. cap. 5*), mas tambem quando não instituidos não podem querellar do testamento como inofficioso porque não eram herdeiros necessarios (Carv. *de testam. P. 1. n. 539*. Valasco *Cons. 94* — Pegas *ad. Ord. L. 1. tit. 3*. — Lobão *Not. a M. L. 2. tit. 5. § 17*).

(73) Antigamente nas cartas de perfilhação executavam-se todas as clausulas, ainda quando offendessem lei; porque emanadas do poder real, que exercia o legislativo, eram taes clausulas consideradas dispensas da lei. Depois da nova forma de governo, como partem do poder executivo, não podem conter taes clausulas, ou se tem por não escriptas.

Mas sendo pelo corpo legislativo?
Devia reviver a antiga praxe.

§ 104

PARTICULARMENTE EM RELAÇÃO AO SUBSEQUENTE MATRIMONIO

Como já vimos, a legitimação *per subsequens* data do tempo de Constantino, da epocha gloriosa em que a cruz surgiu das cafacumbas para se erguer no Capitolio, e em que o triumpho completo das doutrinas do Redemptor se traduzia nos habitos, na linguagem e nas leis.

A epocha da regeneração da humanidade, e da reabilitação da familia pela sanctidade do matrimonio, passando do contracto e solemnidades civis pagãs á sublimidade de um sacramento, é que é devida a legitimação *per subsequens matrimonium*.

Nós não possuímos a *constituição* primordial do primeiro imperador christão, mas temos a de Zenon, do anno 476, na qual em tudo se refere á *constituição* de Constantino pela qual este imperador or-

denava, que os concubinos podessem legitimar os filhos havidos das concubinas, uma vez que com ellas casassem.

Esta constituição tem, porém, a clausula de que aproveitasse sómente aos presentes.

Zenon renovou este beneficio, mas tambem só por uma vez e em favor dos que existissem.

Veiu ainda em 503 o imperador Anastacio, e renovou por outra vez o beneficio de legitimação (74).

Finalmente veiu Justinio, e depois Justiniano, o qual, tanto para tornar permanente este modo de beneficiar os filhos naturaes, como levado pela sua monomania legisladora (75) fez permanente este modo de legitimação.

Justiniano veiu depois no 512 com a *Novella* 72 declarar que ainda quando houvesse filhos legitimados anteriores ao casamento, se podessem legitimar *per subsequens* — o que applicou a todos os casos ainda quando as mães dos legitimados fossem libertas,

Da comparação d'estas leis, e do seguimento das datas, se vê que Justiniano se afastou completamente das idéas de Constantino. D'este imperador até áquelle, o fim da concessão era destruir o concubinato, e por isso, fazendo appello ao amor paternal, abria a porta á legitimação das faltas dos paes pelo desejo de beneficiar os filhos: mas ao mesmo tempo, receiando (e com razão) que esta faculdade não viesse abrir as portas á relaxação pela facilidade de um para outro momento os concubinos passarem a conjuges, restringia o beneficio só ao presente.

Justiniano tornava regra o que os outros fariam a excepção; e assim tornou-se principio constante, que o matrimonio legitimara os filhos naturaes dos nubentes, que fossem havidos antes do matrimonio.

(74) Estas diversas constituições estão marcadas nas *Const.* 5, 6, 7, *Cod. de nat. lib.* V, 27, mas para provar que foi o sentimento christão que levou Constantino a tomar esta medida, transcreveremos algumas linhas da *Const.* 5, *Cod.* «*Divi Constantini qui VENERANDA CHRISTIANOREM FIDE ROMANUM MUNIVI. inspexit, super ingenius concubinibus ducendi uxoris filiis, etc.*»

(75) Não desacatamos a memoria do homem que ligou o seu nome á historia da Jurisprudencia, por uma obra que o devera tornar odioso; a compilação das *Pandectas*, capa de relinhos preciososissimos, que cortou e coseu como quiz: mas que sobre tudo se mostrou qual era, com subtileza de sophista, sem aquelle espirito de vigorosa dialectica que distinguio os factos dos bons tempos da sciencia, e sem grandes principios de moralidade: não desacatamos nem o imperador de Byzancio, nem o seu braço direito Triboniano: fazemos choro com Boëthio (J. *Ecc. P.* L. 4, tit. 17, § 9) o qual, fallando d'estas mudanças de legislação e d'estas *Novellas*, diz: «*Pro moere suo verbo Paulo obscurius conceperit... Tribonianus providit sine dubio legem captio et ambigua esse concepta.*»

O Direito canonico não podia deixar de abraçar este principio, e isto desde os primeiros seculos, ainda antes talvez de Constantino; porque quando os pagãos que tinham filhos, vinham baptisar-se, e casavam (pois a Igreja nunca permittiu o concubinato) os filhos existentes ficavam legitimados aos seus olhos como se vê de muitos logares de concilios e rescriptos pontificios; e foi no Direito canonico que esta materia foi amplamente tractada, attendendo-se a diversas hypotheses (76).

Este Direito (77), porém, tendo sempre por fim a emendação de linquente e a reparação do damno, foi com o andar dos tempos alargando as peas, e chegou a legitimar todos aquelles, cujos paes podessem casar, o que aproveita até aos estuprados e aos adulterinos, porque tambem os paes d'estes podem casar, salvo nos dois casos de promessa de casamento feita em vida dos conjuges, ou de machinação contra a vida de um d'elles.

Mui disputada foi esta opinião dos canonistas, e mais disputada ainda entre os nossos reincolas: qual a verdadeira intelligencia do Direito canonico, e qual era o Direito a que se referia a nossa *Ord.* Liv. 2. tit. 35. § 12. quando dizia «contanto que este filho fosse tal «que por direito podesse ser legitimado.»

Embora o Código fuja d'este campo, todavia milhares de questões terão ainda de decidir-se por esta legislação ainda de hontem, e é além d'isso o ponto do nosso Direito em que se tem dado mais conflictos; e assim é sempre útil o estudo de materias tão importantes como estas.

O Direito canonico contém muitos textos, tendo mais ou menos relação com este ponto; mas o capital é o *Cap. 6. x qui filii sint legitimi*, de Alexandre III, (o qual é tambem auctor de oito dos 15 *cap.* das *Decr.* no titulo que se inscreve do mesmo modo). Diz o pontifice — *Tanta est vis matrimonii, ut qui antea sunt geniti, post contractum matrimonium legitimi habeantur. Si autem vir, vivente uxore sua, aliam cognoverit, et ex ea prolem susceperit, licet post mortem uxoris, eandem duxerit, nihilominus spurcius erit filius, et ab hereditate repellendus; praesertim si in mortem uxoris prioris alter — nter eorum aliquid fuerit machinatus: quoniam matrimonium legitimum inter se contrahere non possunt.*

A inscripção dada á decretal pelo compilador official S. Raymundo de Penafort é — *Naturales legitimantur per subsequens parentum conjugium, spurii vero non.*

Fundados n'esta decretal, bem como no *Cap. da Decr.* de que

já fazemos menção, sustentavam muitos canonistas (a maioria dos catholicos) que sómente aproveitava esta legitimação aos naturaes; e mesmo alguns ha, como Gonzales, Cunnano, Covarubias, etc., que sustentam, que nem mesmo a todos os naturaes aproveita, por não quererem que aproveite aos concubinaros.

Além dos principios geraes = *quod ab initio vitiosum est non potest tractu temporis convalescere* = *facta pro infectis nunquam haberi possunt*, etc. — e muitos outros que por brevidade omitimos, e restringindo, dizem, que a expressão *naturaes* é por Direito applicada aos filhos dos que vivem em *concubinato*, estado que o Direito civil pode tolerar e preferir a outro, mas que o Direito canonico não pode admittir, como podendo ser origem de factos legitimos: e ha mil canones e logares dos livros sanctos fulminando os que assim vivem: e é mui frisante um trecho de S. Basilio = *Fornicatio non est matrimonium, sed nec initium matrimonii: quare, si fieri possit, est qui post fornicationem conjunguntur, separentur, id est melius: siu autem omnino placet consortium, fornicationis poenam cognoscant: ne separentur sed conjungantur, non autem fovendi*.

E finalmente o proprio texto que permite que o adultero case com a mãe do filho havido, conserva a este a qualidade de spurio = logo aos filhos concubinaros tambem deve conservar esta qualidade. E d'esta forma a disposição canonica sómente deve aproveitar aos puramente *naturaes*, ou áquelles entre cujos paes não se deu a fornicação habitual, ou, na fórma da Ordenação, cuja mancebia não fosse *theuda e mantheuda*.

Não tão rigorosos, mas ainda bastante, outros canonistas catholicos, querem que o Direito canonico só viera alterar, ampliando o rigor do Direito romano, em estender este favor da legitimação aos filhos de estupro e aos adulterinos, uma vez que entre os paes se não dêssem os impedimentos *criminis*, que já mencionámos.

Foi esta tambem a que prevaleceu entre os nossos praxistas do seculo 16 e 17, guiados por Barbosa (Pedro) *de solut. matr.* p. 2. § 11. — *Pinh. de testam. Disp. 5. Secc. 3 n.º 343* = Guerreiro, Tr. 2. L. 1. Cap. 4 n.º 72 e seg., e ainda abraçados por Pegas.

Veiu depois a eschola *protestante*, e os allemães do *usus modernus*: e seguiram outra doutrina muito mais ampla.

Strychio escrevendo da applicação do Direito romano diz a este respeito, *si enim parentibus tandem permissum est, ut legitimi conjuges fiant, cur non liberis, ut ex tali connubio legitimatorem consequantur* (Stryc. ad Pand. L. 1. tit. 10. §§ 12. e seg.).

Esta doutrina passou, ou foi accepta por toda a Eschola jansenista e parte da catholica, como Van-Espen e Rieger.

Benedicto XIV, um dos maiores sabios que se tem sentido na cadeira de S. Pedro; varão venerando e venerado por todas as escho-

las e canonistas, sem exceptuar o proprio Eichorn, repoz a questão em um campo mais elevado, e conforme á sua forte critica.

Restringe a força de legitimar, que a decretal dá ao matrimonio, e aos filhos naturaes: porque, seguindo a corrente dos canonistas de melhor nota, faz retrahir ao tempo da concepção (mais adiante veremos isto) e então entende as palavras = *quoniam matrimonium legitimum inter se contrahere non possunt*, como applicaveis ao momento da concepção, e por conseguinte sómente applicavel áquelles filhos cujos paes no tempo da concepção podiam casar, o que exclue por consequencia os adulterinos, etc., etc.

Depois esta decretal é extrahida de um rescripto de Alexandre III, ao qual se fazia a seguinte consulta = Um homem casado teve um filho, que era por isso adulterino, mas depois da morte de mulher, casou com a mãe de seu filho, será este legitimado pelo subsequente matrimonio de seus paes?

Responde terminantemente o pontifice — não — *fica spurio*, e não pode herdar nada = *nihilominus spurius erit filius, et ab hereditate repelendus*.

Portanto é necessario que no momento da procreação os paes do filho em questão possam casar; e como o homem casado não pode casar com outra mulher, embora abusivamente possa haver de outra um filho, segue-se que este é e fica sempre com o vicio de origem, o qual não pôde ser sanado pelo posterior casamento dos paes.

Armado ainda da mesma critica, deduz um argumento do titulo do texto; porque, havendo sido S. Raymundo de Penafort legalmente auctorizado para utilitar como entendesse os decretos pontificios, e dar-lhes as convenientes inscrições, pelo facto de haver dado a esta de Alexandre III a de = *naturales legitimantur, spurii vero non* — e sendo depois esta inscrição mandada inserir no *Corpus juris*, e sendo approvada pela Igreja, segue-se — que a disposição que a Igreja sancionou é que só os naturaes possam ser legitimados (78).

Boehmero (1780) que n'esta materia é dos canonistas protestantes o de melhor fe tracta as questões, veio sustentar, que o subsequente matrimonio devia legitimar todos os filhos qualquer que fosse a sua especie, uma vez que os paes casassem. E não podendo firmar esta opinião nas disposições do Direito romano, tractou de lhe dar por base a propria decretal *qui filii sint legitimi*.

Além da razão de coherencia humanitaria em favor da sorte dos filhos, que, sendo innocentes continuavam a ser punidos pela falta dos paes, aos quaes todavia se concedia a maior reparação; argumento de que já se servira Strickio, empregou outros, que resumidamente referiremos.

Baseando-se na indole do Direito canonico, que é a paz e a reparação da culpa, precedida do arrendimento, diz, que se este quer

sanar o mal do escandalo das uniões immoraes, quaesquer que ellas sejam, sem differença do concubinato ou do adulterio, etc., e por isso concede que os incursores n'estes peccados casem, não pode ser equiparado ao Direito romano, não admittindo os filhos spurios a legitimação, porque tambem o Direito romano não admittia as nupcias dos paes.

Após estes argumentos de coração e moral, lança-se á parte positiva.

A decretal alludida é extrahida de um rescripto de Alexandre III, e consultando-se o rescripto, encontra-se n'elle uma disposição mui differente da que apparece na decretal.

A integra vem em um Appendix ao Concilio de Latráo (3.º ann. 1179) e n'ella acha-se a consulta de um bispo, que perguntava = *se, tendo tido um homem casado concubito com uma outra mulher, e d'ella havido filhos, e tendo além d'isso machinado contra a vida de sua legitima mulher, e por morte d'esta casado com a outra, os filhos eram legitimandos?*

A esta consulta responde o pontífice = *non* = por ser adulterino, e maxime por haver machinado contra a vida da consorte = *praesertim in morte uxoris prioris, etc.*, sendo a razão o não poderem casar os paes; pois aos adulteros com impedimento *criminis* não é concedida a graça do casamento: portanto, *á contrario sensu*, todas as vezes que entre os paes se possa dar casamento ha legitimação para os filhos dos contrahentes.

Falla das mutilações feitas por S. Raymundo de Penafort, entre as quaes avulta a de se lêr nas actas do Concilio = *Tanta est vis sacramenti, e não matrimonii*, como se lê na decretal. Isto mostra que o pontífice fôra buscar a força legitimante ao Sacramento; e é elementar que a efficacia da graça proveniente dos sacramentos é infinita; e assim, se o casamento válido é um sacramento de infinita efficacia, sanada e purificada a causa (*união culposa*) sanados e purificados devem ficar os effectos (*os filhos*).

Finalmente recorre ao facto das mesmas decretaes estabelecerem ser válido o matrimonio dos adulteros, não havendo promessas nem insidias (Cap. 6.º = *de eo qui duxit in matrimonium quam poluit per adulterium*); o dos incestuosos, obtida a dispensa; o de judia e christão convertida aquella, e até o de pessoas ligadas pelo voto de castidade, obtida a dispensa conveniente: portanto, se estes crimes são sanados pela força do matrimonio, muito mais o deve de ser a illegitimidade dos filhos, pois estes estão perfeitamente innocentes (Boehmero, J. E. P. L. 4. tit. 27 § 18 e seg. *Bullar. Const.* 113, Tom. 1).

Esta opinião fez eschola, sendo abraçada pela grande maioria de canonistas, sem exceptuar os catholicos (Rieger Inst. Jur. Sec. tom. 4 § 197).

Temos pois a opinião de Benedicto XIV pela qual só os filhos *naturaes*, (mas não os *spurios*) podem ser legitimados *per subsequens matrimonium* — a de Boehmero = que por este meio se legitimam todos aquelles filhos illegítimos, cujos paes possam casar — a de Gonzales, etc., que sómente aquelles que provêm de paes não unidos culposamente, e assim excluem-se os concubinarios — a de Barbosa e outros — que aproveita só aos naturaes, de estupro, e a adulterinos não havendo o impedimento de crime; e por tanto excluidos os incestuosos, etc., etc.

(76) Consultem-se os canonistas, tanto exegeticos ex. gr. Barboza, Gonzales, como os syntheticos Van-Espen, Rieger, Selvagio, Muller, Walter.

(77) A Egreja, cuja legislação está no *corpus juris canonici*, embora muitas das suas disposições não provenham de canones, mas de rescriptos pontificios e decisões de consultas, tem sempre em vista o bem moral dos homens, e consequentemente affasta-se em muitas disposições do Direito civil.

Por muitos seculos o que havia de sciencia juridica era a decisão do Direito canonico. E homens como os que escreveram os capitulos, nem em sciencia, e muito menos em moral, tem nada que invejar a Justinianos e Cocceios, Cabedos e Napoleão; e S. Raymundo de Penafort não soffre pela sua lealdade, sciencia e probidade que se lhe equipare Triboniano.

Bem sabemos a historia de Izidoro Mercador, mas hoje (graças sobre tudo aos trabalhos historicos de Hutter, Voigt e Hanke) podemos redozir ao seu justo valor estes defeitos do Direito canonico.

Coisa notavel! Foi a eschola canonista protestante e jansenista que rehabilitaram o Direito canonico!

Hoje as faculdades canonicas de todas as universidades d'Allemanha entregam-se a profundos estudos e trabalhos de exegetica e polemica, nutridos pelas publicações periodicas; e ninguem se envergonha de estudar Direito canonico, como tambem ninguem é reputado *original* ou *eccentrico* por se applicar ao Direito romano.

Entre nós ainda vigora o insulto principio *magnus canonista, magnus avista* e bastará dizer-se que nos nossos estudos juridicos ha tres ou quatro cadeiras para ambos os Direitos, romano e canonico!

Tambem estamos muito longe de termos Savigny, Hugo, Gans, Mühlenbruch, Devoli, Mühler, Niebuhr etc., etc., em compensação temos... boa vontade, e muita aptidão desaproveitada.

(78) Benedicto XIV trata esta materia em uma carta escripta ao arcebispo de Hayli (Hispaniote); e portanto é na qualidade de canonista, e não como Papa, nem ex-cathedra. Convem notar esta circumstancia bem como que impugna a opinião de Boehmero.

§ 106

POR DIREITO PORTUGUEZ ANTES DO CODIGO

A nossa legislação compilada por Cabedo e outros nos principios do seculo XVII, contém na Ord. L. 2. tit. 35. § 12. as seguintes disposições = *com tanto que por Direito podesse ser legitimado por seguinte matrimonio*.

Qual é este Direito a que se refere a Ordenação? É o romano, ou o canonico?

Eis a fonte d'onde tem corrido rios de tincta, que os nossos praxistas, lentes, advogados, juizes, e até nós, temos gasto n'esta questão.

Buscaremos ser breves; mas nunca é tempo perdido o do estudo da antiga legislação; só assim se fazem os Jctos; saber a letra da lei e nada mais é ser *leguleio*.

Que os compiladores das Ordenações não tiveram em vista as opiniões de Benedicto xiv, ou de Boehmero é evidentemente provado pelas datas em que viveram.

Mas, parece-nos, que, quer tivessem em vista o Direito romano, quer o canonico, todavia não queriam a quasi illimitada amplidão que os canonistas modernos dão a esta legitimação: porque se tinham em vista o Direito romano, já se vê que é mais restricto do que o canonico; se este então era tal qual o entendiam os canonistas antigos (79).

Depois a mesma Ordenação dá-nos fundamento para confirmar esta nossa opinião.

O lugar onde se encontra a passagem que dá margem a estas duvidas é no tit. 35 do L. 2; e este tit., que se inscreve = *a maneira que se terá na successão das terras e bens da corôa*, tem desde o § 9 inclusive a inscrição = *Determinação d'el-Rei D. Duarte sobre duvidas da lei mental*, e até o § 12, onde vem o trecho notado, refere-se á lei mental; portanto a uma lei elaborada por um discípulo da escola de Bolonha, o dr. João Aregas, a quem se attribue uma versão do Digesto para servir de Código.

Historia verdadeira ou simples lenda, o que é certo é, que a atmosfera juridica que dominava em Portugal na epocha da lei mental era romana, ou antes romanista da idade dos glosadores: e então os compiladores da Ordenação, que trabalhavam mais com a thesoura do que com a critica, a exemplo do seu modelo Tribonianio, entrando nas anteriores compilações e leis extravagantes cortaram esta parte, a qual se deve entender, como no tempo em que foi escripta.

O que é certo é que Mello Freire, Lobão e ainda ultimamente Coelho da Rocha, e o sr. Paes da Silva, Senior, seguem a amplidão da faculdade legitimativa do subsequente matrimonio, seguindo Boehmero.

Antes de fecharmos esta resenha das differentes phases por que passou esta especie de legitimação, queremos deixar consignada a nossa opinião.

A Ordenação referia-se a uma legitimação mui restricta, importando pouco na practica que fosse á romana ou á canonica; porque ambas eram n'esse tempo quasi eguaes no rigor.

Podia ser de equidade, mas não era de stricto Direito a opinião seguida, e á qual dera voga a importancia dos que a sustentavam, e a

mandriice dos julgadores, porque é sempre mais facil decidir por principios mui genericos, e deitar agoa benta sobre as questões, do que esmiuçar as hypotheses, e buscar nas rasões historicas, civis e moraes o principio applicavel.

Entendemos tambem que Benedicto xiv estava no verdadeiro terreno.

Já se vê que approvamos, que o Código abandonasse a praxe, para estabelecer principios mais restrictos; e sobre tudo quizeramos mais rigor no uso dos termos juridicos (80).

Era este o estado da nossa legislação como acabamos de vêr, intervindo o *Placet* nas bullas ou breves de dispensa, vinham estas a ter o effeito de lei civil; e como de ha muito a Curia romana ha adoptado n'estas dispensas de impedimentos de legitimar = *prolem susceptam, siqua sit, legitimam decernendo* = legitimavam-se todos aquellos, cujos paes podiam casar: e n'isto se estava quando veio a nova reforma da legislação civil.

O illustre auctor do Código não professa os principios que apparecem no Código: poderá não se adoptar nem defender o seu pensar, mas ao menos é innegavel, que ha rigor de methodo, e jurisprudencia no que elle projectava; e que no Código sahia uma moxinifada, a qual, no entanto, é a que ha de servir de regra.

Comparemos uma e outra coisa.

PROJECTO DO CODIGO

Art. 117. Os filhos illegitimos, ou nascidos de paes não casados, podem ser legitimados por subsequente matrimonio. Exceptuam-se:

1.º Os filhos adulterinos.

2.º Os filhos incestuosos.

3.º Os filhos sacrilegos.

§ 1. Filhos adulterinos são os havidos por qualquer pessoa casada ao tempo da concepção, de outra que não seja o seu conjuncto.

§ 2. Entendem-se por incestuosos para o effeito sobredicto:

1.º Os parentes por consanguinidade ou affinidade em qualquer grão de linha recta.

2.º Os filhos de parentes por consanguinidade até ao 3.º grão umum

§ 3.º Dizem-se sacrilegos os filhos de pessoas que em rasão do seu estado religioso são inhibidos de contrahir matrimonio.

CODIGO OFFICIAL

Art. 119. O matrimonio legitima os filhos nascidos antes d'elle das pessoas que o contrahem.

1. Se o dictos filhos são reconhecidos pelos paes e mães no assento do casamento, ou o foram no do nascimento dos mesmos filhos, ou em testamento ou escriptura publica, quer anteriores, quer posteriores ao matrimonio.

2.º Se os filhos provarem a sua filiação por meio de acção e sentença judicial.

§ 1. O reconhecimento de que tracta o n.º 1 pode ser impugnado por todos aquellos, que n'isso tiveram interesse.

§ 2. As acções, de que tracta o n.º 2 são applicaveis as disposições dos art. 130 e 133.

§ 3. Os effeitos da legitimação principiam em todo o caso desde a data do matrimonio.

Art. 121. Podem ser perflilhados todos os filhos que podem ser legitimados por subsequente matrimonio.

Art. 134. Dizem-se filhos spúrios os que não podem ser legitimados, nem perflilhados.

Art. 122. Podem ser perflilhados todos os filhos illegítimos, excepto os

1.º Os filhos adulterinos.

2.º Os filhos incestuosos.

Art. 134. Dizem-se filhos spúrios os que não podem ser perflilhados.

(79) Sabemos por pessoa mui respeitavel que o dr. Miguel Gomes, hoje cónego em Braga, quando lente da universidade de Coimbra, citara a seus discipulos um logar de Cabedo (*Desitiones*) no qual este compilador das *Ordenações* declara, que n'este do Liv. 2. tit. 35 tivera em vista a legislação romana.

(80) Basta citar a faculdade dada para impugnar esta legitimação a todos *aquelles que n'isso tiverem interesse*.

Aqui interesse significa de certo *direito* mas a synonymia não é nada juridica. Mas o peor é que não se diz que interesse seja, se o do successor legitimo, se do necessario etc., e então tem o que *impugnar* de começar por provar que tem *interesse*; porque d'esse *interesse* é que hade deduzir depois a *impugnação*.

Ja se vê que não se simplifica.

§ 107

SYSTEMA DO PROJECTO

A doutrina do auctor doCodigo era que o subsequente matrimonio não aproveitava aos adulterinos, incestuosos e sacrilegos, os quaes também não poderiam ser perflilhados: assim conservando ao matrimonio a primasia entre os meios de legitimação, excluia d'ella, bem como de qualquer outra, os de coito damnado: oCodigo omittie os *sacrilegos* (mais adiante tractaremos d'esta omissão) e legitima por subsequente matrimonio todos aquelles cujos paes casam; por tanto os paes adulteros e incestuosos, e até sacrilegos porque entre todos estes se pode dar, (como se tem dado) (81) dispensa, e então casarem os paes, e como basta que estes façam a declaração no assento do casamento, de que os filhos legitimandos são seus, é bem claro por que modo e maneira se podem realizar taes legitimações.

O auctor doCodigo era restrictivo (82) no seu systema, e tanto que falla só dos filhos, *nascidos de paes NÃO CASADOS*; o que oCodigo omittiu, e assim abriu a porta a todos quantos tenham paes que se possam casar.

Ja se vê a differença enorme que vae de um a outro systema.

Por outro lado, enquanto o auctor doCodigo quer que a legitimação comece da data do assento do casamento dos paes do legitimado, ou por escriptura antes ou depois do matrimonio, o que faz, (como elle prova) o caso em que a legitimação viria a ser de data mais moderna do que o matrimonio, pois desde que a lei auctorizasse que a escriptura fosse posterior, não marcando praso, o juiz não

illo podia marcar: oCodigo é mais coherente começando a contar da data do matrimonio (§ 3. art. 119) mas como permite que a escriptura se possa fazer depois do matrimonio celebrado (art. 119 n.º 1) segue-se que dá a força legitimante ao matrimonio e á escriptura a retroactividade.

Assim o principio não está em symetria com a applicação.

A materia do art. 119 doCodigo deu logar a mui sabias reflexões do profundo, quanto venerando mestre, o dr. Joaquim José Paes, Senior; ás quaes respondeu o auctor do Projecto. Quizeramos poder transportar em resumo o que de tão brilhante torneio se pôde colher; mas de gigantes não se podem fazer em miniatura retratos exactos: confessamos a nossa falta de forças; não somos cobardes, mas menos ainda vaidosos.

São dois folhetos que valem mais do que muitos volumosos tractados; pedimos a todos os amantes da sã doutrina da sciencia de Direito, e apreciadores da vigorosa dialectica, rija de tempera, fina e cortêz, que leam estas duas obras primas, e se quizerem ficar sabendo em poucas paginas o que debalde buscariam em grossos cahamaços, juntem a *Dissertação inaugural* do dr. Paes, Junior, que bem digno é de figurar á sombra de tão boa arvore; e que verifica bem o nosso proverbio — *quem sahe aos seus não degenera*.

Quem quizer vêr uma longa, ainda que incompleta lista de obras a este respeito, dê-se ao trabalho de consultar as nossas Annotações a Waldeck.

(18) O sr. Seabra diz na sua resposta ao sr. Paes:

«Em quanto aos sacrilegos, não podendo haver casamentos entre pessoas ligadas por Ordens, parecerá talvez inutil declarar que seus filhos não podem ser legitimados por subsequente matrimonio. Mas o facto é que não faltam exemplos de dispensas em taes casos, e é forçoso que o Direito civil não fique dependente das decisões da curia romana.»

Efectivamente alguns d'estes casos poderíamos apontar, mas sem offensa da auctoridade que fez taes concessões, nada se perde em as calar. Ha porém um que por mui publico e notorio não pôde escandalisar pessoa alguma: alludimos ao sr. Alpoim (julgamos haver fallecido) que conhecemos monge de Cister, e presbytero, e isto por muito tempo; e depois obteve dispensa, e casou com uma senhora, que ouvimos dizer ser sua parenta, e por muitos annos viveu em Lisboa.

Ora se antes da dispensa, quando ainda frade e presbytero houvesse tido da senhora com que depois veio a casar, um ou mais filhos, ficariam estes legitimados, quando com dispensa casou com ella?

Dizia o sr. Seabra, dizia o Direito romano, não—diz oCodigo—sim.

(82) Não é só a letra doCodigo que o diz, é o proprio auctor: «o qual len-do o que o sr. Paes escrevia em relação a esta materia:—*«E preferir-se-á a doutrina que amplia a legitimação por subsequente matrimonio a todos os filhos naturaes ou spúrios... que esta doutrina tem sido seguida por quasi todos os nossos Jctos. «depois de Paschoal J. de Mello, e na practica de julgar»*—respondê-lhe:

«Começaremos por observar que é exacto, que esta opinião tem sido adop-

«tada entre nós quasi geralmente, depois do sr. Paschoal; mas, tendo estudado «detidamente esta questão em relação ao direito constituido, adquirimos a convicção de que ESTA OPINIÃO É UMA VERDADEIRA CORRUPTELLA.»

Está justificada a dureza de uma phrase que ha pouco empregámos em relação aos juizes.

§ 108

PELO CODIGO

Desçamos, porém, já que é tempo, ao campo positivo do que fica sendo a nossa legislação actual emquanto á legitimação. A nossa opinião está conhecida: abraçavamos completamente a doutrina do auctor doCodigo mais conforme com a verdadeira doutrina canonica, tendo por si a legislação romana, franceza, da Sardenha, Russia, Espanha e Brasil, e muitas outras, citadas pelo auctor doCodigo, (mas que nem todas podemos verificar) porque achavamos muito moralisadora por evitar muitos crimes de adulteros, os quaes tendo filhos, e podendo legitimal-os, enviuvando e casando com a mãe do filho, ha nos naturaes e irresistiveis instinctos do amor paternal e maternal outros tantos instinctos para a perpetração do assassinio: horrorosa lei que pode transformar em causa de crime taes sentimentos!

Sentimos, pois, e muito, que a lei nova não fosse n'esta parte verdadeiramente reformadora, dissipando as duvidas da antigaa este respeito, mas em sentido restrictivo.

O casamento legitima os filhos nascidos antes d'elle das pessoas que o contrahem (art. 119).

E portanto é a legitimação um acto independente do facto do matrimonio, porque o reconhecimento dos filhos pode ter logar:

- 1.º—No acto do assento do matrimonio;
- 2.º—No assento do baptismo (aliás nascimento);
- 3.º—Em testamento;
- 4.º—Escriptura publica;

E estes dois ultimos podem ter logar antes ou depois do casamento.

- 5.º—Por meio de uma sentença que dê por provada a acção de filiação (n.ºs 1 e 2 do art. cit.).

Vamos por partes.

Em todos estes modos vê-se a independencia dos dois actos=*casamento=reconhecimento*.

Os dois conjuges podem estar longo tempo casados, e só por sua morte em testamento reconhecerem, que F. é seu filho.

Como tambem podem fazer este testamento antes de casarem, e morrerem depois de casados.

Esta hypothese, doCodigo, que o seu auctor Jcto. e juiz, não pre-

venia, parece-nos tambem que podia ficar no tinteiro; porque vae contrariar todos os principios em relação a testamentos.

Estes são, como todos sabem, a disposição ou expressão da ultima vontade de quem o faz; consequentemente qualquer que seja a sua data, supõe-se sempre feitos no ultimo momento da vida do testador; logo como ha de este casar depois?

Juridicamente é um impossivel: materialmente pôde dar-se o que figurámos.

A regra é que se carece de uma declaração solemne dos paes que vão junctar-se pelo contracto matrimonial de que são F. e F. seus filhos, ou que depois de junctos façam esta declaração.

Já se vê que pelo systema doCodigo não é o casamento que legitima, mas sim a vontade dos paes, sendo o matrimonio unicamente uma condição essencial para a validade da legitimação, quer a realisação da condição preceda, acompanhe ou succeda á tal declaração.

E ali está a razão, porque até contra vontade dos paes, se pode dar esta legitimação.

É a hypothese do n.º 2 do art. 119=*Se os filhos provarem, etc.*; porque tracta-se do caso em que o filho illegitimo obtem sentença que o declara nascido de F. e G.; e como estes estão casados, fica realisada a legitimação *per subsequens matrimonium*, ainda contra vontade dos paes que em juizo foram vencidos, embora não convenidos.

Pelo antigo Direito era pura e simplesmente o casamento que provava a legitimação.

Esta importante e radical differença não se deve perder de vista por causa das applicações e illações d'esta disposição.

É a primeira a data dos effeitos de legitimação.

O projecto, logico com o seu systema, faz distincção: se o reconhecimento antecede o matrimonio, é desde a data d'este=, se é posterior, é da data da escriptura ou documento do reconhecimento.

Era logico, dissemos, e vamos proval-o, sendo o casamento uma condição essencial, o documento do reconhecimento não pôde produzir effeito senão desde que se verifica a condição—eis pois o primeiro uso: mas como o reconhecimento não provenha do facto do casamento, mas da expressão da vontade feita na escriptura, segue-se que se este é posterior ao consorcio, é da data d'ella que começam os effeitos do reconhecimento.

OCodigo faz começar a legitimação da data do matrimonio.

Seria o mais coherente na antiga legislação, é contradictorio na nova=*sed lex*.

DESDE QUANDO APROVEITA

Por analogia devemos, por ocasião de se marcar o ponto *unde* se contam os efeitos da legitimação, ver quaes os principios do antigo Direito, que julgamos terem ainda muita applicação, não obstante o Código.

Ha na legitimação uma ficção legal, que os romanistas equiparam á do *post-limínium*, porque dá-se por ella nascimento legitimo a quem já está nascido.

Uns querem que esta ficção tenha um effecto retroactivo, e outros não: levando aquelles o beneficio da legitimação até ao momento da concepção, estes só até ao do nascimento.

E ambas as opiniões invocam disposições, expressões e razões plausiveis.

a) Os primeiros sustentam que não se pode ser na vida illegitimo e legitimo, e que se a legitimidade não tivesse effecto retroactivo, o resultado seria que o legitimado teria sido illegitimo e depois legitimo.

b) Se os filhos ou outros descendentes de fillos illegitimos são legitimados pelo casamento dos avós, é porque a lei vae buscar a origem da filiação, e esta é a concepção.

c) Os homens adquirem para com os outros as relações de paes e fillos, pela geração, não pelo casamento, ou pela escriptura: e então a legitimação, cujo fim é dar ao pae fillos, que por lei elle não tinha, bem como a estes paes, não pode deixar de ir purificar e reabilitar o acto primordial.

Pelo contrario, aos outros parecia-lhes que não podia admittir-se uma retroactividade tal sem uma expressa determinação da lei, que não havia; nem em desharmonia com os outros effectos que a mesma lei dá á legitimação, pois sendo os legitimados equiparados aos legitimos, todavia as regalias e primasias de idade ficavam ao legitimo.

Finalmente ha o principio—*dies nuptiarum dies conceptionis et natiuitatis legitima*—E, se estamos manejando ficções, a regra é preferir a mais simples; e por isso é melhor dizer que no momento em que a lei pela legitimação de subsequente matrimonio faz legitimos os fillos illegitimos, n'este momento se opera a concepção e nascimento.

Esta opinião tem adquirido maior voga entre os Jetos. modernos, sendo a outra tractada quasi exclusivamente pelos canonistas: mas estes, como diz Boehmero, são levados a isso pelo principio sacramental do matrimonio, e pela necessidade de purificar da culpa os auctores dos fillos legitimandos; e a culpa está na copula illegal.

Pouco sectarios de ficções quando a lei é expressa, entendemos que a rasão da lei deve ser baseada na verdade verdadeira, e não na de convenção (83) e imaginação; por isso abraçando a opinião de Marcadé, seguimos a rasões de Toullier—*A ficção é recurso dos fracos e dos desprovidos de rasão. A lei nunca finge, nem tem necessidade de fingir; determina, manda.*

«Os fillos naturaes, *legalmente reconhecidos*, recebem da lei todos os direitos da legitimidade, porque seus paes contractando o casamento solemne reparam o escandalo que haviam dado á sociedade. Mas a lei não vae examinar se a culpa teve no seu principio por excusa a intenção de formarem de futuro uma união legitima: e tanto que ainda quando não tivessem tão louvavel intenção (*licet non ab initio affectione maritali*—Const. 11. Cod. de nat. lib. V. 27) seus fillos não deixariam de gosar plenamente do beneficio da lei, em «paga do arrependimento de seus paes.

«Ponhamos, pois, de parte, uma ficção inutil, devida unicamente «aos commentadores.»

(83) Ha muita gente que accusa os Jetos. romanos, e sobretudo o Direito pretorio, de haverem inventado mil ficções, que deslustram a sciencia; porque algumas estão em manifesta opposição com o bom senso.

E mal cabida esta accusação.

É mister considerar philosophica e historicamente o Direito romano; e ver a admiravel combinação que este povo eminentemente juridico fez dos dois elementos: immutabilidade da lei, sacratissima, inviolavel, eterna, como expressão do justo—(Direito stricto formulado nas xxii Tabuas), desenvolução progressiva, continua e prompta dos principios juridicos, accomodando-se aos tempos, pessoas, e necessidades emergentes, sem jamais se desacatar a lei.

Do primeiro principio nasceu o admiravel, ainda que não sufficientemente admirado culto pela lei; e do segundo a vastissima serie de medidas e disposições para os casos occurrentes.

Assim as ficções, as *artēs pretorias* eram a lithurgia do culto prestado á deusa vendada, a justiça, symbolisada n'aquella rigidez aenea das leis primordiales.

Ora os que avalliam um culto, todo racional, pelas cerimoniaes ou formulas materiaes com que se torna tangivel aos povos; não passam da superficie das coisas, não profundam no amago das instituições, e por isso condemnam o que não entendem.

Assim a *querela inofficiosa* era uma profunda, respeitosa, e (não devidamos chamar-lhe) delicada homenagem ao puro principio das xxii Tabuas—*Pater familias uti legassit etc. ita jus est.*

O filho reconhece, que quem tem direito a dispor, como entender, da sua pessoa e bens, usa de um direito não lhe deixando nada: mas o filho não *demand* o pae, porque os tribunaes não o admittiriam o desacatar a magestade paterna, que promulga leis, quando expressa vontades: mas seria *duro* que um filho, padecesse em consequencia de um engano de seu pae; o pretor admittir-lhe que se queixe; e assim attendem-se as razões do filho, sem quebra do grandioso principio do respeito á lei, e ao poder paternal.

Demais, força é dizel-o, mal vae este *tolle* contra ficções juridicas, quando a ordem politica, e administrativa se funda e viva, e se pode dar um passo é á força de ficções.

EMQUANTO AOS ADULTERINOS E INCESTUOSOS

Ha, porém, um caso em que necessariamente ha que attender a esta questão; mesmo no estado actual, e vem a ser quando se tracta de filhos incestuosos, ou adulterinos; porque já se vê que se attendessemos só ao momento do casamento dos paes, nunca ha adulterinos, nem incestuosos.

Mas, como não só o Codigo admitte estas especies de filhos spurijs, mas além d'isso estabelece entre elles, ainda quando perfilhados, e os legitimos, diferenças mui importantes como nas successões *ab intestato*, (art. 1989 e seguintes), é indispensavel ir buscar fóra da data do matrimonio dos paes, outra para saber se houve adulterio, ou incesto.

Exemplifiquemos—*Gaio* teve em 1500 copula com *Ticia*, e houve d'ella um filho—*Seio* casou em 1502 com *Marcia*, de quem teve *Tullio*, mas ao mesmo tempo teve de *Ticia* outro filho, *Baio*—morre *Marcia* em 1510, e elle casa com *Ticia* em 1512—Temos *Seio* e *Baio* filhos de *Ticia*, mas illegitimos, e o segundo adulterino, e *Tullio* legitimo.

Se attendessemos ao momento do casamento teriamos equiparado o natural com o adulterino, e se fossem eguaes, igual ficaria o adulterino com o legitimo, o que tudo o Codigo repelle: portanto teremos um natural, um legitimo e um adulterino.

Mas para fazermos esta classificação temos de recorrer á epocha da concepção.

E demais, esta epocha, *mesmo presumivel*; já nós vimos que era admittida pelo Codigo, como base da legitimidade dos filhos nascidos dentro ou depois do matrimonio.

Ora, se ella serve para a legitimidade, porque a havemos de rejeitar quando se tracta da legitimação?

DO CASAMENTO PUTATIVO

Resta ainda uma observação em quanto ao casamento putativo.

Era omissa a tal respeito a nossa legislação antiga, e esta omissão não se acha supprida na nova, razão pela qual temos de recorrer ainda uma outra vez ao Direito subsidiario.

Casamento putativo é aquelle que é contrahido com todas as solemnidades legais, mas que, apesar d'isso, contém um impedimento occulto, que no tempo da celebração era ignorado de ambos os con-

juges, ou, pelo menos, de um; havendo por consequencia a melhor fé.

Este impedimento pode ser d'aquelles que admittem dispensas, ou não; no segundo caso os conjuges teem de se separar, e dissolve-se o matrimonio: quando é dispensavel separar-se, mas reque-rendo logo a dispensa, publicamente pela *dataria*, quando o impedimento é publico; occultamente pela *penitenciaria*, quando occulto.

Vasto campo se abre para a discussão; mas faremos todos os esforços para, sem prejuizo da clareza e exactidão, seremos breves.

1.º caso.—Nullo por não haver dispensa possivel. Os conjuges separaram-se, mas os filhos que haviam sido legitimados?

Seria barbaro que voltassem ao estado de bastardos, sem que por parte d'elles, ou de seus paes, houvesse culpa.

E além d'isso é um principio de Direito, que é menor o prejuizo que se segue de tolerar um facto em rigor contrario, á lei, do que o que se segue de o annullar; e é por isso que ha a regra—*multa in jure fieri prohibentur, que tamen facta tenent*: e tambem se é incontroverso, que de cousa nulla não pode haver effeitos validos, *quod ab initio vitiosum est, non potest tractu temporis conalescere*; tambem é certo que *summum jus, summa injuria*.

Apesar d'isto não pode negar-se que teem muita força os argumentos em contrario.

Se o casamento feito se annulla por impedimento (ex. gr. parentesco) como ha de sustentar-se a validade da legitimação que, só pelo ser, envolve a confissão de um defeito?

Seria admittir o absurdo de que a menor falta não era reparavel, mas a maior sim.

O Codig civil francez, art. 201 e 202, estabeleceu o principio de que o casamento subsequente legitima os filhos anteriores, se é valido, mas não se é nullo.—Vid. Marcadé e Toullier a este art.

Coherentes com o systema restrictivo na materia de legitimações, abraçamos estas regras.

2.º caso.—O casamento não é valido por falta de dispensa.

Este revalida-se em todos os seus effeitos; e, ou por effeito de retroactividade da legitimação, ou porque o casamento revalidado seja equiparado a novo casamento, o certo é que os filhos legitimados recuperam aquella qualidade, havendo estado em suspensão.

No caso dos filhos legitimos antes não existirem, pode o subsequente matrimonio aproveitar aos seus descendentes; e portanto podem estes ser legitimados por seus avós (art. 120).

Esta legitimação por subsequente matrimonio equipara os filhos por ella legitimados aos legitimos.

Já se vê que isto deve entender-se, sem prejuizo dos legítimos: e portanto se os houver de outra mulher, os legitimados seriam considerados depois d'estes, ainda quando superiores em idade ou sexo.

§ 113

COMO SE FAZEM OS PERFILHAMENTOS

Já vimos o que era perfilhamento (§ 100, 103) e que além da legitimação per subsequens ha uma outra, que é a da perfilhação: a qual faz-se por ambos os paes, ou por um só (art. 123).

a) Por meio de uma declaração feita no assento do nascimento, ou b) por escriptura, testamento, ou auto publico (art. cit.)

Sómente são excludos d'esta perfilhação os filhos adulterinos (n.º 1) e incestuosos (n.º 2) art. 122.

Segundo o Código são adulterinos os filhos havidos por qualquer pessoa, casada ao tempo da concepção, de outra que não seja sua consorte: assim pode dar-se o adulterio *simples*, quando só um é casado, *duplo* quando ambos.

Tanto a moral como o Direito fazem grande differença do adulterio conforma o sexo; tendo sempre o de mulher casada muito maior gravidade, pois vem introduzir na familia um extranho, e assim além de infiel ao marido, é tambem ladra dos filhos.

O Código torna a attender ao tempo da concepção para dar como adulterino a qualquer.

E depois não lhes concede, ainda perfilhados, senão a menor parte da legitima (art. 1785).

No *Projecto* tambem os adulterinos podiam ser legitimados por subsequente matrimonio; e mesmo neste, no caso que entre os paes se dê o casamento (art. 119).

N'este caso dar-se-ha um grave escandalo, muitas vezes contra um marido, que, por morto, não pode vindicar o seu nome.

Assim A. e B., sendo casados, B. mulher d'elle houve de C. um filho, havido durante a ausencia do marido, occultando a este etc. etc. Morre A., e B. casa com C. e legitima o filho (art. 119), e faz lavrar esta declaração no assento do nascimento do filho adulterino (art. 119 n.º 1). Seguir-se-ha que no assento ficará exarada a deshonra de A. e a infamia de B.

Outra classe de *spurijs* que não se pode legitimar são os incestuosos (84).

E para este effeito são tidos como taes os filhos de parentes por sanguinidade ou affinidade, em todos os grãos da linha recta.

Os filhos consanguineos parentes até ao 2.º grão inclusive da linha transversal.

(84) São expressos os logares de Direito romano que declaram incestuosas as uniões de tios e sobrinhos; citaremos só dois sendo o primeiro para provar isto; e é o § 3. *Inst. de nupt. (IX)*.

Fratris vero, vel sororis filiam uxorem ducere non licet, sed nec neptum fratris vel uxoris quis ducere potest, quamvis quarto gradu sint... §. 4. *eod. Duorum autem fratrum vel sororum liberi, vel fratris et sororis conjungi possunt.*

Seja agora para mostrar que os romanos extendiam o incesto a taes ou taes parentes, mais por usos e costumes; do que por lei. Fr. 39 D. *de rit. nup. Paul. (XXIII—2.)* *Sororis prolem non possum ducere: quamvis parentis loco eidem. §. 1. Si quis ex his, quas moribus prohibemur uxoris cumduxerit, incestum dicitur committere.*

CAPITULO VI

GRÃOS E LINHAS DE PARENTESCO

Eis chegada a occasião a que já alludimos de explicar o que seja linha e grão, consanguinidade, e affinidade.

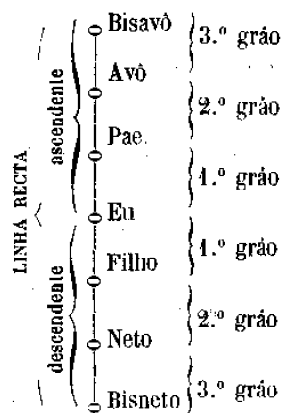
§ 114

LINHA, E GRÃOS O QUE SEJAM E SUAS ESPECIES

LINHA é a serie de grãos de parentesco; e Grão é a expressão de geração; assim cada geração fórma um grão (art. 1973).

A LINHA é ou *recta*, ou *transversal (obliqua)* (art. 1974.)

A *recta* divide-se em *ascendente* e *descendente*—aquella quando se considera do que procede para o progenitor; *descendente* quando se parte do progenitor para o que d'elle proceda.



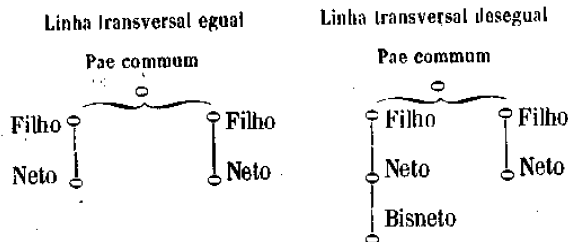
N'esta figura tomamos por ponto de partida Eu; e assim enho na linha *ascendente* até meu bisavô tres grãos, porque ha tres gerações (de bisavô a avô, primeira—de avô a pae, segunda—de pae a mim, terceira) e tambem tenho na *descendente* até meu bisneto outros tres grãos (de mim para meu filho, primeira—de meu filho para meu neto, segunda—de meu neto para o bisneto, terceira.)

A *transversal* ou *obliqua* é a constituida pela serie dos *grãos* entre pessoas que não descendem umas das outras, bem que procedam de um progenitor commum (art. 1774).

A esta definição legal preferiríamos a de=compоста de duas ou mais linhas rectas partindo de um só ponto commum a todas e de todas origem, a que se chama *tronco*.

Se estas linhas tem equal numero de gerações ou grãos, dizem-se *eguaes* se uma tem mais do que a outra dizem-se *desequaes* (85).

Exemplo:



Em ambos temos linhas *transversaes*, porque temos linhas rectas unidas entre si por um ponto commum: a primeira é *equal* porque ambas as linhas distam do *tronco commum* duas gerações; e segunda *desequal* porque em uma das linhas ha tres gerações, e na outra só duas.

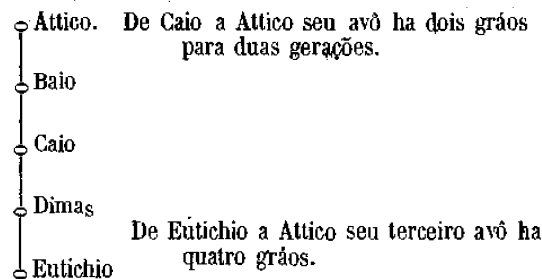
(85) Os romanos (Paul. sent. rec. IV. II—Fr. 9 et II D. De grad. cognat. XXXVIII 10—Inst. de grad. cognat.) (III. 6) são difficéis de entender sem as figuras ou *schemas* com que os seus Jctos. pintavam os seus parentescos. Um d'estes *schemas* foi encontrado em manuscrito do Codigo theodosiano, d'onde o copiou Cujacio (Obsev. VI. 40) e depois seguiu Henecio (*Antiquitates rom.* I. 3. lit. 6.)

Da forma d'estes *schemas* e expressões dos Jctos. romanos é que se formou a phraseologia=linha *ascendente recta*, *transversal*, etc. (Vid. A. etc. cit. loc.) e para toda esta materia Lespeyres *Dissertatio inauguralis*. Berlin 1824 e Walter § 303. not. V).

COMO SE CONTAM OS GRÃOS

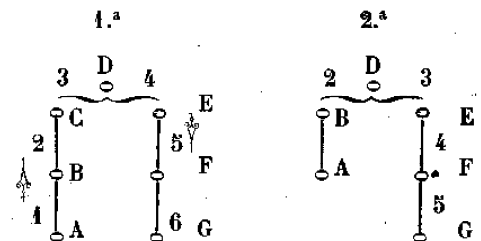
A vantagem dos grãos varia, segundo se faz por Direito canonico ou por Direito romano; e segundo a natureza da linha, fazendo-se por uma fórmula quando a linha é recta, de outra quando é transversal ou *desequal*.

Na linha recta, por ambos os Direitos, contam-se tantos grãos quantas as gerações; ex. gr.



Na linha transversal divergem muito os Direitos romano e canonico, como já dissemos e vamos mostrar.

Por Direito romano contam-se as gerações de um a outro extremo, subindo por uma das linhas ao tronco commum, e depois descendo pela outra. Exemplo:



Na primeira figura temos linha transversal equal, sendo o tronco commum em D, e contam-se de A a G seis grãos, porque ha seis gerações, tres subindo de A para D, e mais tres descendo de D para G.

Na 2.^a figura temos a linha transversal desigual, pois de A a D ha só duas gerações, e de A a G ha tres, mas sommando os grãos ou gerações das duas linhas, temos que A está para G no quinto grão.

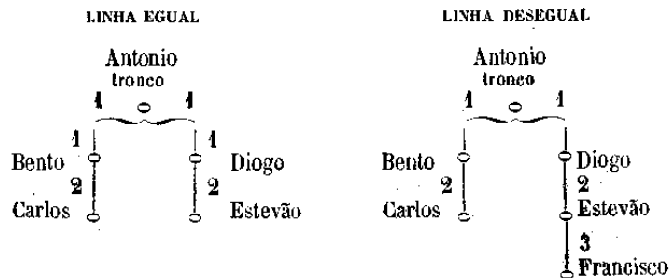
Por Direito canonico, sendo a linha igual, contm-se em uma só d'ellas, e portanto na transversal e igual cada grão canonico corresponde a dois pelo Direito civil.

Na desigual apresentam os canonistas dois methodos, que no fundo são o mesmo, mas no enunciado parece differirem muito.

Hoppio, Heinicio e Brunemann, e em regra os canonistas allemães, sobretudo os protestantes contam só a linha mais longa.

Outros, especialmente os francezes, contam ambos os lados as linhas, mas sem fazerem a somma.

Exemplifiquemos:



Comcemos pela linha igual.

Pelo Direito romano, Carlos dista de Estevão quatro grãos (primos co-irmãos) por Direito canonico dista dois, porque de Carlos a Antonio vão unicamente duas gerações; e Antonio é tronco commum; mas tambem pela mesma razão Estevão está para Carlos no segundo grão.

Passando á desigual.

Por Direito romano, de Carlos a Francisco ha cinco grãos, mas por Direito canonico conta-se a linha mais longa, ou ambas, mas separadamente, dizendo-se que entre Carlos e Francisco ha tres grãos, porque se contam os da linha mais longa, que é a de Francisco ao tronco commum — Antonio.

Segundo outros pode dizer-se pelo seguinte modo: Carlos está para Francisco no segundo e terceiro grão; e Francisco para Carlos no terceiro e segundo.

Este methodo mui pouco seguido tem todavia a vantagem de mostrar a posição de cada um dos parentes; o que não succede pelo modo usual. Exemplo



As nossas leis fazem uso de ambas as contagens, ou computações servindo-se ora da canonica, ora da romana, a que se chama civil, e é esta a que oCodigo adoptou como typo no art. 1977; mas enquanto aos incestuosos seguiu a canonica, porque declara que ha incesto havendo coito (na linha transversal) entre consanguineos ou affins até ao segundo grão inclusive. Ora este segundo grão comprehende unicamente os irmãos



e no entanto todos os legisladores tem levado a denominação de incesto ao coito entre o tio e sobrinha



que estão em 3.^o grão.

Pode dizer-se que oCodigo fez o que já estava em praxe, seguir a computação romana em todas as questões materiaes, puramente materiaes: a canonica nas religiosas e espirituaes, como casamentos, filiações, incestos, etc.

Ha um sentimento inato de repulsão para as ligações matrimoniaes entre parentes.

Na linha recta a differença de edades, a submissão necessaria na infancia dos procreados para com os progenitores são obstaculos physicos e moraes que revelam e provam ser de Direito natural a prohibição de taes laços entre taes parentes.

Na linha transversal ha, em maior ou menor grão, o mesmo sentimento de repulsão.

Esta lei natural tem sido admittida em todas as legislações religiosas (86) e politicas, as quaes teem ampliado ou restringido mais ou menos o circulo d'estas incompatibilidades matrimoniaes.

E já que fallamos n'isto, declaramos mui francamente que em regra quizeramos vêr mais alongada a lista dos grãos defesos: ainda que se quizesse prescindir das razões da decencia, pudor e respeito entre os membros da familia; ha que attender ás razões physicas; porquanto está assentado, que a falta de cruzamento das raças, e misturas de sangue teem por ultimo resultado o idiotismo e *cretinismo*, e em prova citamos um atilado jurisconsulto e espirituoso escriptor, e homem publico, Mr. de Martignac, ministro de Carlos x de França, empregado em Espanha em uma importante missão politica, o qual diz, que a maior prova da limpeza do sangue aristocratico e da fidelidade conjugal dos fidalgos peninsulares (copiamos fielmente, mas parece-nos que se refere só ás espanholas), é vêr o estado de rachitismo physico, e intellectual a que teem chegado os representantes dos companheiros de Carlos v. «Entre dous ou tres mil mancebos pertencentes a estas historicas familias, não se poderiam apurar cem que tivessem a altura para o serviço militar; nem metade que pudessem comprehender a mais rudimental instrucção.»

Não fallamos de Espanha, fallamos generalizando a toda a parte esta horrivel consequencia do castigo visivel da falsa pretensão de estabelecer um sangue especial.

(86) Entre os antigos egypcios os irmãos casavam com as irmãs, e na primeira geração do genero humano (entre os filhos e filhas de Adão e Eva) decerto se deu b' mesmo.

Entre os judeus a viuva que não tem filhos é obrigada a casar com o cunhado, ou, para melhor dizer, unir-se a elle para evitar a esterilidade, desbonra maxima para os que esperam pelo Messias. Mas o caso excepcional dos filhos de Adão, e a excentricidade das legislações egypcias (que alias teem explicação) provam em favor da regra.

Ora, é claro que para estabelecer a linha prohibitiva era necessario classificar o parentesco, e contar as distancias.

Isto pode fazer-se de diversos modos. Os judeus designam os parentescos incompativeis com o matrimonio por nomes especiaes (87).

O Direito romano tambem tem nomes especiaes para cada grão de parentesco; e nós já vimos o principio simples de que se serve para a computação dos grãos; mas acabam os parentescos de ter nome, e de existirem (88) no sexto grão, e só excepcionalmente por causa das successões, o Direito pretorio falla ainda de parentes no septimo grãos dos filhos dos sobrinhos.

Estes principios ou regras passaram para o Direito wisigothico, por meio do *Breviarium alaricianum*, que foi a transição do Direito commum ou antes bysantino para o wisigothico (L. 3, tit. 5, cap. 1, L. 12, tit. 2, cap. 6, etc.) a doutrina de Paul no repertorio de sentenças (Paul *sent. recep.* IV, 11, 8. cit. not.); e assim o parentesco acaba além do septimo grão, ficando ordinariamente no sexto.

(87) A prohibição por grãos quer se entenda de um modo quer de outro, pôde dar logar a muitas confusões, e algumas vezes a duvidas mui sérias para a intelligencia das leis. Seria muito melhor adoptar o systema judaico, que não tem linhas nem grãos; mas designa cada parentesco por um nome, e por esse nome estabelece as prohibições.

«Omnia homo ad proximam sanguinis sui non accedat.
 «Turpitudinem patris tui, et turpitudinem matris tuae non discooperies...
 «Turpitudinem uxoris patris tui non discooperies...
 «Turpitudinem sororis patris tui ex patre, sive ex matre, quae domui vel foris-
 «geuita est, non revelabis.
 «Turpitudinem filii filiae tui vel neptis ex filia non revelabis.
 «Turpitudinem filiae uxoris patris tui non revelabis.
 «Turpitudinem sororis patris tui non discooperies.
 «Turpitudinem sororis matris tuae non revelabis.
 «Turpitudinem patris tui non revelabis; nec accedes ad uxorem ejus, quae
 «eib affinitate conjunguntur.
 «Turpitudinem matris tuae non revelabis.
 «Turpitudinem uxoris fratris tui non revelabis.
 «Turpitudinem uxoris tuae et filiae ejus non revelabis. Filium filii ejus, et
 «filiam filii uxorem non sumes... talis coitus incestus est. Luc. cap. XVIII v. 6
 «e seg.—id. cap. XX e Deut. cap. XXII.»

(88) É isto o que seprehende do que diz o Jcto. Paulo = *Recept. Sent. IV 11 § 8.* «*Successiones idcirco gradus septem constituti sunt, qui alterius per rerum naturam nec nomina eis veniri, nec vilia succedentibus prorogari potest.*» (*)

Ja se vê que se tracta das linhas transversaes; porque em quanto a recta os romanos tinham adoptado para os ascendentes o appellido de *parentes*. *Appellatione parentes non tantum pater sed etiam avus et pravius, et deinceps omnes superiores continentur; sed et mater, et avia et provia.* Fr. 51. D. de verb. sig. Gaius (L. 16).

E para os descendentes de *liberi=liberorum* appellatione nepotes et pronepotes, *ceterique qui ex his descendunt, continentur* — Fr. 220 D. *ead.* Callistratus.

(e) Gothofredo fazendo em uma nota o calculo de pessoas que podem coexistir em os diferentes graus; ou dos parentes que qualquer pode ter só por consanguinidade dá o seguinte resultado:

3. ^o grau	10
4. ^o "	80
5. ^o "	184
6. ^o "	448
7. ^o "	1026

§ 118

POR DIREITO CANONICO

A Igreja a principio serviu-se das regras do Direito romano, e ainda ha d'isto a prova no *Cap. 6, c. XXXV. q. 5.* que foi buscar a sua doutrina ao *Breviarium*, e portanto a Paulo.

Este uso do Direito primitivo da Igreja encontra-se na Igreja do Oriente até hoje.

Mas os costumes dos germanos seguiam outros principios, porque esses contavam o parentesco sommando quantos membros havia desde o tronco commun, o que na linha transversal vinha a dar duas ou mais computações, segundo o numero de linhas. A Sê romana via augmentar de dia para dia as suas relações com os povos de origem germanica, em quanto que pela divisão do imperio, scismas do Oriente, ellas afrouxavam com o Oriente, para onde se trasladára a Roma official e jurídica; e assim começou a adoptar no septimo seculo a computação germanica, a qual se tornou dominante no Occidente e Norte da Europa.

Na Italia conservou-se a computação romana, embora se houvesse perdido a sua legislação (89).

E na verdade este assumpto passou a ser do dominio de todos, e não um direito particular, porque todos são e tem parentes.

No duodecimo seculo já a computação germanica não só se tinha introduzido na Italia, mas contrabalançava em uso a romana, e a respeito d'estes dois methodos levantou-se rija polemica entre o bispo S. Pedro Damiani e os Ictos. de Ravenna.

Alexandre II veio decidir a controversia, ordenando que só fosse legal a computação canonica (Cc. 2 c. XXXV q. 5 Alex.) (90).

Boehmer, e alguns canonistas protestantes modernos (Laspeyres e Eichorn), querem que haja outra computação, a que chamam gregoriana ou isidoriana, consistindo em não tomar o tronco commun como ponto de partida, mas sim na primeira serie de parentes (irmãos e irmãos). A boa critica, porém, não pode admitir semelhante excrecen-

cia, por duas mui terminantes razões—1.^a Isidoro (S.) segue sempre a computação romana, e até nas suas obras (*Origines IX, 6*) traz taboas de computação calculadas pelos principios romanos, e Gregorio I adoptou puro o systema germanico: portanto se entre os dois ha discordancia, como podem elles ser os auctores communs de um systema que não é d'elles?

Ha apenas um texto, o C. 1, C. XXXV 9, 5, que pode prestar-se a esta intelligencia, mas na realidade allude ao systema germanico, e não é de Isidoro.

Assim o Direito canonico prevaleceu na computação dos grãos, por causa dos matrimonios, e incestos; e não por causa das successões legitimas; porque n'essa parte são mui differentes os methodos, e todos chamam primeiro os mais proximos.

(89) Quando a Italia deixou de ser romana, ou antes quando passou a formar parte do imperio do occidente, só nas suas instituições municipaes, provenientes do *jus italicum*, e *jus provinciale*, e ainda algum tanto do *jus Latii*, se conservaram vestigios da jurisprudencia e Direito romano; a sciencia jurídica, os livros e organização passaram para Bysancio: e tanto que já em tempo de Justiniano, a Italia era regida ora pelo codige theodosiano, ou de Odyroo e Alanos, segundo a onda dos barbaros cobria maior ou menor extensão de paiz na sua resaca.

Por isso não admira, antes se explica, a conservação da computação romana no Oriente, e a sua substituição pela Germanica, no Occidente. Quem puder bem fará em ler e reler a historia do Direito romano na idade media por Savigny.

(90) Caus. XXXV. can. 1. q. 5. Grat. Series consanguinalis ex gradibus hoc modo dirigitur filius et filia, quod est frater et soror, *sic ipse unus.*

Caus. XXXV. can. 2. q. 5. Alexan. N'este Canon (que é tirado de um decreto de Alexandre II aos bispos, clérigos e juizes de toda a Italia, e que tem a data de 1063, relata-se a controversia entre o bispo S. Pedro Damiano e os Ictos. de Ravenna, decide como dissemos no texto, referindo-se a uma Epistola de S. Gregorio a Santo Agostinho bispo dos inglezes (*anglorum episcop.*) (an. 630) e conclue por dizer—*Hæc ita computatio quod incipit a fratrū filiis, et numerat usque ad sextam generationem, tantummodum valet ea quæ incipit a fratribus et computat usque ad septimam.*

§ 119

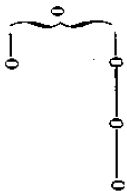
GRÃOS PROHIBIDOS

Voltando á interdicção para o casamento por causa do parentesco, d'onde nasce o incesto, temos o seguinte:

O Direito mosaico, não adoptando a designação de grão, mas nomes proprios, prohibe o casamento na linha recta in infinitum, e na transversal entre tios e sobrinhos, e entre irmãos (vej. os log. cit. ha pouco).

Pelo Direito romano na linha recta prohibe-se in infinitum, e na transversal até ao segundo grão, isto é, irmãos e tios, porque estes

estão em logar de paes ou mães. Fr. 39 pr. D. de ut. nup. Paul. XXIII 2—e esta prohibição estendia-se ainda até ao quarto grão

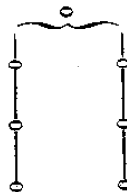


ou netos do irmãos, porque anda para esses o tio. (Inst. de nupt. § 3 e 5. Inst. X, 3, 5.)

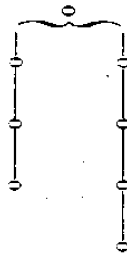
Portanto só entre primos, embora germanos, era permittido, mas Theodosio (an. 385) prohibiu-os (C. 1. Cod. Theod. *si non uxor re-sev.* (III, 10) e C. 3. C. Th. de *inc. nup.* (III, 12).

A Igreja também estabeleceu as suas prohibições por parentesco; mas ainda no seculo iv, sabemos pela auctoridade de S. Agostinho, que as prohibições eram as mesmas que as do Direito romano, isto é, até ao segundo grão de computação civil (91).

Começaram, porém, os povos francos, germanicos e gothicos a ampliar o numero de parentescos interdictos; e assim começaram por estender aos netos de irmãos o casamento entre si,



o que equivale ao 3.º grão canonico ou sexto romano. E ainda estendiam até ao quarto grão de um lado e quarto do outro, o que era o septimo grão por Direito romano (92).



Em Espanha foram no governo gothico dirigidos os povos pela immediata influencia dos concilios, ou assembléas, que tinham tanto de politicas, como de religiosas, chegou por muito tempo a prohibição a ser extensiva a todos os parentes (93); e, chegando-se a este principio, a lei puramente civil prohibiu-os até ao sexto grão (94); o que por Direito romano comprehendia todo o parentesco por cognação.

O Direito pontificio até ao vii seculo foi uma legislação de transição e concessões.

Em regra só eram permittidos entre parentes do quinto grão; mas os que se dêssem entre os de terceiro e quarto não ficavam nulos, e até nos povos convertidos de novo lhes foram concedidos.

Chegou, porém, o viii seculo, e o papa Gregorio ii excommungou todos os parentes que então se casassem, sem differença de grãos (95).

É exactamente d'esta medida que parecia dever terminar todas as duvidas, que ellas começaram, e com ellas o systema das dispensas.

Começaram as duvidas porque uns povos contavam os grãos por Direito romano, e outros pelo canonico; uns comprehendiam como parentes individuos que outros tinham já como extranhos ao seu sangue.

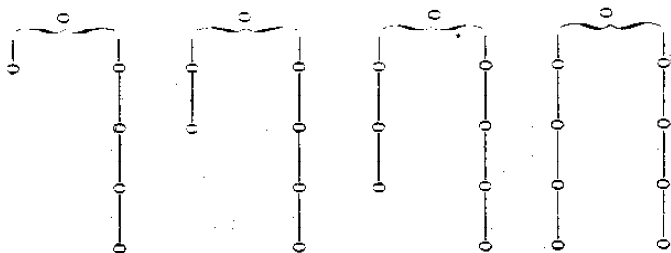
Na Allemanha o proprio papa havia reconhecido que o parentesco acabava com o quarto grão; e assim podiam na Allemanha casar individuos que na Italia o não podiam fazer por serem parentes.

Depois vieram as falsas decretaes (96) ou antes as decretaes de Izidoro Mercator, ou peccador; e seguindo ellas a doutrina do Direito romano, ficou-se entendendo que o parentesco só chegava até ao sexto grão; e portanto só até esse grão era prohibido o casamento: mas outros mui ligados á computação canonica, sustentavam a prohibição até ao vii canonico; e ainda havia quem, levando-a mais longe,

fosse como os visigothicos de Espanha até onde appareciam vestígios de communhão ou identidade de sangue (97).

Em Inglaterra começou a prohibição pela segunda geração, passou á terceira, quarta, quinta e sexta e parou na septima (C. 17, C. XXX V. q. 2. C. 9. C. XXX V. q. 5).

Esta extrema concessão, deploravel pelo grande numero de casamentos laborando em nullidades, por incestuosos, d'onde nascia a illegitimidade dos filhos, com grave damno das familias, obrigou o grande pontifice e profundo Jeto. Innocencio III (98) a limitar em principios do seculo XIII a prohibição só até ao quarto grão (381) C. 8. X. de consanguin.)



e mesmo bastava que um dos contrahentes estivesse no 5.º grão :



(C. 9, X, de conseng.) Finalmente a prohibição de consanguinidade vem até ao 4.º grão (Cap. 8, X, de consang., e na afinidade ali citado até 2.º Conc. Trid., sess. 24.) (99).

Tal é hoje a disciplina da Igreja catholica, sendo, todavia, o grande numero de grãos na escala das prohibições muito mitigado pelas dispensas (100).

Os protestantes seguem o systema de diminuir o numero de grãos defesos, mas não admittem dispensas, uma vez prohibidas, senão para o matrimonio em que dispensam os grãos.

Assim os casamentos de tios e sobrinhos, e de cunhados, são prohibidos, mas já permitidos os de primos germanos (Eichorn II. 393—Boelmer, J. Ecc. prot. 5, 385).

Ultimamente a Igreja tem voltado ao seu antigo e salutar rigor, prohibindo as dispensas para casamentos em segundo grão



ou entre tios e sobrinhos e primos germanos.

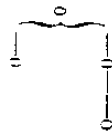
O sabio auctor do Codice tem a seguinte opinião:

«... se nos fosse licito reformar a materia de impedimentos matrimoniaes, a questão seria radicalmente cortada, prohibindo absolutamente os matrimonios no terceiro grão civil» *Resposta ds Observ. do sr. Paes*.

No seu *Projecto* (art. 117 § 2) chamou incestuosos os filhos nascidos de parentes por consanguinidade até ao *terceiro grão*—no *Codigo* (art. 122. § 2. n.º 2) diz-se os parentes por consanguinidade até ao *segundo grão* inclusivê.

Se em ambos os textos se entendeu o mesmo Direito, ha grandissima differença; mas como devendo escolher a interpretação mais conforme á lei canonica, que tambem devemos entender o *segundo grão* por Direito canonico, pelo qual o *segundo grão* do *Codigo* é igual ao *terceiro civil* do *Projecto*; pois fallando d'este ponto, diz o proprio A.:

«... não parecendo opposto á secularisação do matrimonio.... a exclusão dos filhos incestuosos não passa do *terceiro grão civil*, ou *segundo canonico*,



isto é, entre tios e sobrinhos.»

E sendo-lhe notado pelo illustre censor, que emquanto ao incesto significa a computação civil, quando em relação aos impedimentos matrimoniaes seguira a canonica (art. 1115) e então ha impedimentos até ao quarto grão: responde o A. do Código por forma que teremos registrar pela grande luz que subministra para quando tractarmos do casamento.

«Esta anomalia teria desaparecido, se julgássemos opportuno «*secularisar* esta materia, e que, prohibindo absolutamente o casamento nos casos em que não admittimos legitimação subsequente, tudo ficaria em perfeita harmonia. Mas como o não podemos fazer, «era forçoso limitarmos-nos unicamente aos effeitos civis do matrimonio, procurando evitar a menor divergencia possivel. *Aos poderes «publicos compete conciliar* por outro modo a divergencia que civilmente se não possa evitar.»

Os poderes publicos conciliaram em alguns minutos estas anomalias, mas foi saltando por cima das considerações que detiveram o illustre A.: pois no art. 123 se chamam incestuosos os filhos nascidos de paes ligados por consanguinidade até ao segundo grão inclusive.

No art. 1069, tractando-se do casamento catholico, admite a legislação canonica, e por isso ha impedimento até ao quarto grão canonico (como muito bem nota o dr. Paes), e no art. 1073, tractando do casamento puramente civil, estabelece:

N.º 2—Os parentes em segundo grão, linha collateral.

N.º 3—Os parentes em terceiro grão, linha collateral, salvo se obtiverem dispensa (a qual é dada pelo governo, § un.).

Os nossos leitores ajuizem da conciliação d'estas antinomias, uma vez que o Código se refira em todos os logares ao mesmo systema de computações.

Quando tractarmos do casamento veremos qual o modo de evitar estas contradicções (101).

No entanto, o que já salta aos olhos, é que sendo lei para os catholicos as disposições canonicas, (isto pelo Cod.) pelo art. 1069 temos incestuosos os filhos dos paes ligados pelo quarto grão (canonico), porque incestuoso é o filho de paes entre os quaes se dá o impedimento de parentesco para poderem casar; e pelo art. 122 § só são incestuosos os filhos de paes parentes até ao 2.º grão.

Como não é possivel contar por Direito romano os grãos de que falla o art. 1069, é impossivel conciliar estas disposições não se creando duas classes de filhos incestuosos, uma para os catholicos, outra para os civis.

O remedio é peor do que o mal, mas a força das coisas a isso nos arrasta. O Código tambem faz differença na concessão das dispensas, porque para os catholicos deve ser pelo Direito canonico

(art. 1069) e para os não catholicos é o governo quem dispensa só até o terceiro grão civil (art. 1073 § un. e n.º 3).

(91) É mui notavel a passagem de Sancto Agostinho por mostrar o cuidado que a Igreja teve sempre em harmonisar a sua disciplina (note se) segundo as necessidades physicas e moraes.

«Liberti etiam sumus in convivio consobrinorum, etiam nostris temporibus propter gradum propinquitatis fraterno gradui proxime, *quam raro* per mores fiebat, quod fieri per leges licebat quia nec lex divina prohibuit, et nondum prohibuerat lex humana. (De civ. dei cap. XV. 16).

(92) A rigidez de costumes dos chamados barbaros contrastava n'este ponto, como em matos, com as immoralidades e cynismo da civilização dos ultimos romanos.

(93) O principio que adoptavam como de direito divino, era a disposição do Levit. cap. XVIII v. 6:—Omnis homo ad proximum sanguinis sui non accedat.

Mas n'esta parte os wisigothicos e seus copiosos peceavam por falta de critica; primeiramente, porque as Escripturas, comquanto divinamente inspiradas teem muitas cousas pertencentes á historia, e outras (sobretudo em quanto a jurisprudencia administração, e formas de culto,) privativas do povo hebreu; e assim como não estamos divididos em tribus, nem os anciãos são juizes ás portas das cidades, nem os fructos do 7.º anno pertencem aos pobres, tambem não são preceitos divinos omnibus, *semper*, e *ubique*, mas só para os judeus. — Depois a leitura de todo o capitulo bastava para demonstrar, que o preceito da prohibição não era extensivo a todos os que tivessem o mesmo sangue; porquẽ se o fosse era escusado enumerar depois os casos em que se dava a prohibição. — Mas a critica não era o que distinguia aquella epocha.

(94) O Direito wisigothico, no logar que já apontamos, marcava o 6.º grão, e como este (na linha transversal, que é da que estamos tratando) era o ultimo de parentesco, segue-se que comprehende todos os parentes.

(95) Gregorio 2—Concilio romano, cap. 4—9. (an. 721).

(96) É do nono seculo a collecção de canones, ou disposições, attribuidas a diversos pontifices, D. D. e mesmo imperadores feita por um Isidoro, de cuja pessoa pouco se sabe, e esse pouco é para se discutir se é Sancto Isidoro, arcebispo de Sevilha, se um outro bispo do mesmo nome, ou mesmo um diacono da Igreja de Mogúncia.

O manuscrito mais antigo, que se conhece, d'estas decretaes, começa pelas seguintes palavras—Incipit prefatio S. Isidori episcopi, libri hujus Isidurus mercator servus christi lectori—e é d'este appellido, por elle tomado, que se chama Isidoro mercador.

Outros leem *peccator*, denominação tomada communmente pelos bispos da epocha media por espirito de humidade.

Gozou muitos creditos em uma epocha em que eram raros os livros; mas logo depois do invento da imprensa, e com o espirito de exame que a revolta protestante proclamava, deu-se na falsidade, ou antes supposição de quasi todas as peças inseridas n'esta collecção.

É os protestantes aproveitaram-se d'estas descobertas para atacarem diversos pontos de doutrina e disciplina catholica.

Hoje a opinião mais apurada, e fundada em profundos estudos criticos, é que á similhança de muitas outras collecções, a de Isidoro era uma especie de manual de Direito ecclesiastico; e os eruditos e antiquarios da Alemanha estão hoje quasi todos de accordo, que Isidoro não fôra um falsario, mas um compilador mais ou menos intelligente das doutrinas professadas pelos pontifices, e D. D. da Igreja; e que nem sempre os nomes, ou a ordem chronologica, são rigorosamente verdadeiras.

E' muito alheio do nosso plano entrar em maiores investigações a este respeito; porque o que importa é conhecer qual foi a influencia que no Direito canonico teve esta collegção.

Os protestantes e os jansenistas attribuem ás falsas decretaes a supremacia de jurisdicção do papado, com menoscabo dos bispos, e attestam que a ellas deve Roma a sua primazia.

Um attento exame das disposições das decretaes da Isidoro prova pelo contrario que nenhuma coisa innovaram na disciplina da Igreja, e que todas ellas estão virtual, ou textualmente contidas em obras muito anteriores; e por tanto que coisa nenhuma innovaram. Vid. Waller Cours. de Droit eccl.

(97) Vid. not. 93.

(98) É já tempo do fazer justiça a todos. Entre os mais eminentes varões que tem occupado a cadeira de S. Pedro, não haverá muitos que se avantejem a Innocencio em conhecimentos juridicos. As suas disposições contidas no *Corpus Juris Canonici* dão testemunho do seu profundo saber, e fino espirito.

Como papa os seus actos são todos de uma grandeza e alcance que espantam. O protestante Voight escrevendo lhe a vida, fez-se catholico. É uma das glorias posthumaes mais legitimas que conhecemos.

Bein' sabemos a razão por que poucos pontífices tem merecido tantos attaes, como este, S. Gregorio VII, Innocencio III, e S. Pio V, dois santos, e todos tres famosos, representam o papado na sua mais elevada expressão. Defensor da pureza da doutrina, fonte da sciencia, salvador da civilisação christã.

(99) Tinhaos vastissimo campo para discursar, se não fosse o temerem os leitores; com quando seja da natureza de escriptos d'estes o dever contar só por leitores quem está habituado a ter paciencia.

«A doutrina corrente, professada pelos mais distinctos canonistas, e ensinada nas nossas escolas juridicas, diz o sabio A. do Cod., que, sendo o matrimonio um contracto e ao mesmo tempo um sacramento, compete privativamente á Igreja regular as condições do sacramento, assim como compete privativamente ao estado regular as condições do contracto.»

É a doutrina do anjo das escolas, do maior genio, talvez, que em alta philosophia produziu a (mães fecundissima) idade media, de S. Thomaz (*) L. 4.º dñl. 34 q. 1. art. 1. *Matrimonium in quantum est in officium naturæ, statuitur jure naturæ; in quantum est in officium communitatis, statuitur jure civili; in quantum est sacramentum, statuitur jure divino.*

D'esta distincção nasce, que o poder civil pôde estender mais ou menos os impedimentos, e por consequente alargar mais ou menos a origem ou causa dos incestos; mas também é certo que não temos, como poder civil, a menor sombra de direito para impor á Igreja, legitima auctoridade ao espiritual, regras algumas na materia que se pôde dizer é na sua essencia de consciencia e sentimento moral.

Será sempre prudente o legislador, que em materias laes, combinar as suas disposições com as que a lei religiosa imprime ás consciencias d'aquelles para quem são as leis.

E também é fóra de duvida, até pelo Cod. art. 1069, que o casamento catholico só tem effeitos civis, sendo feito conforme as leis canonicas.

E por tanto, por identidade de razão, para avaliarmos a legitimidade dos filhos, nos os catholicos, temos que seguir as leis canonicas: e aqui tem alguns dos nossos leitores a explicação de tanto havermos explicado este Direito, que em muitos pontos é, e será sempre, em quanto catholicos, lei civil.

(*) Segundo uma lenda pia e tradição constante o sancto dr. S. Thomaz de Aquino escreveu muitas das suas obras dictadas pelo crucifixo da sua cella. Vid. Bolandistas e Gomme Les Trois Romes.

(100) Ora conforme o Direito canonico actual vimos que se extendia a prohibição por parentesco até ao 4.º grau.

Mas esta prohibição não é a mesma; porque se, casos ha (como todos os das linhas rectas) em que nunca deixa de applicar se, em outros fazem-se excepções, permitindo-se casamentos, ou para sanar, ou para evitar maior mal.

Estas excepções permanentes, ou occasionaes, não pôdem pertencer senão á quem tiver o poder de fazer as leis *quæ est tollere cujus est condendi leges*.

É isto o que se chama dispensa.

Nos primeiros tempos do christianismo as dispensas matrimoniaes, eram consideradas não como excepção dos principios de lei, mas sim modificação na execução, e por isso não pertenciam as dispensas ao poder supremo da Igreja, mas aos bispos, e concilios e logares: mas também é certo, e no Corpo de Direito canonico existem muitos logares que provam que já no 4.º e 5.º seculo estas dispensas eram dadas pelos summos pontífices. No anno 385 escrevia o papa Syricio = que os ligados, ou com votos de milicia sagrada, que penitentes queriam ver relaxada a prohibição = *A nobis veniam intelligat relaxatam* — (Dist. 50 cau. 56 — *qui cumque*). (D. L. c. 56) etc.

Depois razões muy fortes fizeram attribuir unicamente ao papa a concessão d'estas dispensas, a uniformidade das concessões, a imparcialidade d'ellas e a menor facilidade, para que a relaxação se não tornasse regra. (Thomassini Veter. et nov. eccl. discip. P. 2. liv. 3.

Assim na disciplina actual a faculdade de conceder licenças para os impedimentos de parentesco pertence exclusivamente á Sancta Sé. (Can. 4.º de emprab — e C. 15 de temp. ord.

São estes principios geraes em relação a dispensas que regulam as relações de parentesco, e é por isso que pela disciplina actual da Igreja só pertence ao papa a sua concessão, computando em muitos casos a Sancta Sé delegue nos bispos esta faculdade, com mais ou menos limitações.

No entanto este Direito de dispensar é limitado, porque não pôde applicar-se aos casos delesos por Direito natural e pela revelação, ou mesmo pela criminalidade das causas; e por isso a Igreja não dispensa no casamento de casada com solteiro, nem a afinidade em 1.º grau em linha recta (entilhados e madrastas ou padrastras) e nem o adulltero, quando houver machinação de morte.

Entre nós é lei antiga do reino (Alv. de 12 de mar. de 1564 e de 19 de março de 1569, e lei de 13 de novembro de 1651) admitir-se como lei o Concilio Tridentino, e o actual Codigo também as prescripções do Direito canonico subjeita as materias matrimoniaes. Isto quer dizer, que alem da força obrigatoria que no foro da consciencia do catholico devem ter as decisões de um concilio ecumenico, e portanto da inspiração do Espirito Santo na parte dogmatica; também n'este ponto o que diz respeito ao foro externo tem de ser executado.

A disposição do concilio é *In contractandis matrimoniis vel nulla omnino detur dispensatio, vel raro, idque ex causa et gratis concedatur. In secundo gradu nunquam dispensetur. nisi inter magnos principes et ob publicam causam.*

E por quanto os Concilios ecumenicos em materia de dogma sejam infalíveis, podendo as disciplinaes serem dispensadas pelo pontífice, que é sempre o chefe e parte indispensavel do concilio; por isso não ha contradicção em que se deem dispensas pontificias para os casos em que o concilio diz *nunquam dispensetur*. E por isso o privilegio que o concilio só concede ad *magnos principes*, hoje a Igreja faculta a outros seus filhos que não são *magnos principes*. Para este ponto veja-se Thomassini cit. loc. Pallavicini — Hist. Con. Ter. e Waller § 309.

Os ultimos pontífices, Gregorio XVI em uma epistola ao cardinal Pacca, e o actual Pio IX nas suas disposições tem voltado ao primitivo e salutar rigor canonico, prohibindo as dispensas do segundo grau, e ameaçando ainda os casados com penas severas no caso de ambas as partes contractantes eslaquem de má fé.

Ha no processo das dispensas uma differença e vem a ser — se o impedimento

é publico é pela *Dataria*; se occulto pela *Penitenciaria*. No primeiro caso é commettido ao executor que vem designado no Breve (costuma ser o ordinario) o exame e verificação das causas allegadas; e é esse que instaura o processo para se julgar a causa, e sem a sentença d'este não ha dispensa.

Este processo é muito caro, porque se pagam avultados emolumentos, e ha as custas do processo, o que, não obstante se dizer que é *gratis* para os pobres; todavia chega a muito—para quem é *pobre*.

O da *Penitenciaria* é *gratis*, e a sua execução commettida a um confessor, para no acta sacramental da confissão applicar a absolvição.

D'esta differença resulta, que, sendo só para o foro da consciencia, o poder civil nada tem que ver com isso; mas no publico como os effeitos tambem o são, é mister (segundo as concordatas ou leis) a intervenção do poder temporal.

As dispensas dos impedimentos dirimentes entre nós são concedidas ou pela Santa Sé, ou pelo nuncio em Lisboa, como delegado do papa. As causas que se allegam d'ordinario para obter as dispensas, são: pequezas do lugar em que se vive (para o escaudado)—falta de dote,—terminação de litigios, ou odios—conservação de harmonia nas familias—dignidade de pessoas—conservação de bens na mesma familia—habilitação entre hereges—esperanças de conversão para a religião—tracto illicito entre os pertencentes—ir passando a idade de casar—perigo de ficar diffamado. Rig. *Jus eccl.* p. R. 4. § 187.

A eschola jansenista, e, sua legitima filha, a regalista, tem ficado mais retrogrados do que os proprios protestantes. Em quanto Van Espen-Fehronio, e Eybel Mosbein, e Dannenmayer, e Gmeiner, com os g. ilicanos Fleury, e Dupin, attacam o systema das dispensas; Eichorn, Marbeoff, Schmidt, e Sauter, Hurter, e Ranke, censurando os abusos, confessam que é uma utopia irrealisavel que haja processos sem n'elles se gastar, que melhor é penitenciar a bolsa do que o corpo, e que a causa das despesas é a conveniencia de quem exige a dispensa, e não a graça em si, etc.

Em paizes onde ha as custas, e multa judiciaria, é, pelo menos, falta de logica a censura unicamente á *Dataria*.

Não se entenda porém, que defendemos o que se tem feito, ou se faz; defendemos e explicamos o que é lá. Os ricos, que por paixão (já peccado) calculo (peorado) querem poder casar com parentes mais chegados soffrão uma pena, em compensação da falta: que os pobres para evitarem o mal, *gratis*, isto é o que manda o Direito canonico; é isto o que defendemos.

Os jansenistas e regalistas, com rarissimas excepções, querem, que a dispensa seja das attribuições episcopaes; mas querem despesas, querem multas, mas applicadas aos gastos das egrejas locais.

É um ataque as auctoridades pontificias, nada mais. (Vid. Van-Espen — e Coelho da Rocha vol. I.)

Entre nós o espirito regalista por mais de uma vez tem feito esforços para estabelecer esta doutrina, e o decreto de 21 de maio de 1834 é dictado com esse espirito. Mas o resultado d'estas tentativas, que datam especialmente do tempo do marquez de Pombal, tem tido sempre maus resultados; e tão maus foram elles que o A. do Cod. diz mal francamente...

«Entre nós observa-se este direito delegado; que não julgamos prudente atinar, advertido pela infructuosa tentativa que teve lugar entre nós, apesar da sua timidez e acanhamento, bem como no Brazil, e ultimamente na Sardenha.» (Resp. ao sr. Giraldes).

Em quanto ao nosso Direito, ha intervenção do poder temporal por causa do *Placet* (que não é gratuito); e que é concedido em nome do rei. Se é como dispensa de lei vigente, então é uma usurpação, porque só o poder legislativo pôde dispensar a lei; se é como acto de governo estrangeiro, outro maior absurdo, porque quem dispensa é o papa, que, como chefe visivel da Igreja, é catholico e não tem nacionalidade. O mais logico seria acabar de uma vez com esta alfande-

ga de consciencias, em que não deixam passar cousa alguma sem o selo de...ouro.

Entre os protestantes as dispensas pertencem ao poder civil, — são logicos porque para elles o casamento é um contracto.

(101) O A. do Cod. não era favoravel a secularisação do casamento, sobretudo forte rajada de *civilismo*, e ficou a cousa meio civil, meio religiosa, um aleijão.

§ 120

CONSANGUINIDADE—AFFINIDADE

Temos ainda que explicar o que seja consanguinidade e afinidade, visto que, fallando dos filhos incestuosos, o Codigo emprega estas expressões:

CONSANGUINIDADE é o parentesco que resulta da identidade de sangue em diferentes individuos: e é d'este que havemos tractado.

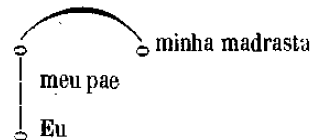
AFFINIDADE é o nexo de parentesco contrahido, por coito, entre os que o praticam e os parentes de um e outro; *legitimo* se ha matrimonio, *illegitimo* se a copula não está legalisada (102).

Ha varias especies de afinidade; mas todas ellas para a computação dos grãos de parentesco se baseam na ficção de que o *affin* occupa o lugar do cognado pelo qual se faz a ligação.

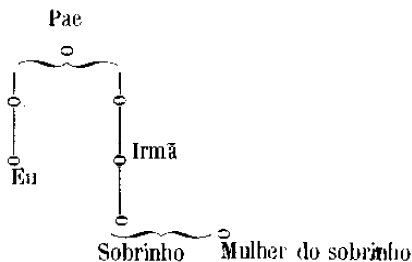


Ex.—*a* é casado com *b*, mas *b* é irmã de *c*, e portanto *c* está para *a* no mesmo grão que *b*, isto é, no 1.º canonico (é o parentesco do *cunhado*).

Isto tem lugar na linha ascendente como na descendente



Como minha madrasta está em lugar de minha mãe, está na linha ascendente no 1.º grão.



Assim temos = 1.º afinidade *legítima*, provindo de justas nupcias — 2.º *illegítima*, quando simples coito — 3.º *anterior*, quando contrahida antes do matrimonio — 4.º *posterior*, quando depois — 5.º *verdadeira*, quando effectivamente chegou a realizar o facto da junção, ou nexa — 6.º *ficta*, a que, segundo os canonistas e romanistas, nascia da celebração dos esponsaes.

Ainda com risco de repetir, queremos antes concluir, com esta materia, que já fica tractada para quando chegarmos ao matrimonio.

A afinidade contrahe-se entre uns dos acoplados e os parentes do outro, mas não entre os parentes de parentes.



Na primeira figura temos que *a* e *b* são irmãos por terem o pae commun: *b* casa com *c*, que é irmã de *d* pela mãe commun *e*. Entre *b* e *d* ha afinidade em 1.º grão, como entre *c* e *a*; porque ambos são irmãos dos que estão junctos: mas *a* não é parente de *d*, porque os parentes dos *affins* não são parentes entre si.

Na segunda temos outra hypothese: *a* casou com *b*, sendo ambos viuvos, levando *a* um filho *c*, e *b* uma filha *d*: os dois viuvos tiveram depois um filho commun *e*. Temos *e* irmão por afinidade de *d* e de *c*, mas *c* não tem afinidade alguma em *d*.

Como o Codice admite por um lado o incesto em virtude de afinidade, e por outro lado admite que o Direito canonico seja a regra para estas materias, necessita-se estudal-o.

O Direito judaico prohibia os casamentos entre sogra e genro, madrastra e enteado, sobrinho com a mulher dos thios.

O Direito romano começou por unicamente prohibir os casamentos entre madrastra e enteado, sogro e nora, etc., mas depois extendeu para a linha transversal, entre conhadros (Fr. 14 § 4 D. rit. nup. (XXXIII, 3) Fr. 4 § 1. e seg. D. de grad. (XXXVIII, 10) e por ult. Const. 5 de incest. nupt. (V. 5).

Foram tambem estes os limites tomados pelo Direito canonico.

Depois pela mesma razão que extendeu as prohibições por consanguinidade, tambem as ampliou por afinidade: e afinal Innocencio III restringiu ao 4.º grão — Cap. 8 de consang.

Se a afinidade é *illicita*, então o impedimento extende-se unicamente até ao 2.º grão. Conc. Trid. Sess. 24 de refor. matr. cap. 4.

(102) Coelho da Rocha seguiu a do Direito romano no Fr. 4. § 3. D. de grad. et adf. Modest. (XXXVIII 10) *Adfines sunt viri et uxoris cognati*: preferimos, porém a de Waldeck por comprehender a afinidade illegitima, o que não succede com a legal do Direito romano.

§ 121

PARENTESCO ESPIRITUAL

Ha ainda o parentesco *espiritual*, especialidade do Direito canonico da Igreja catholica: e é o resultante do baptismo, e se dá entre *afilhado* e *padrinho*; entre padrinhos, entre estes e os paes do baptisado; bem assim entre estes e o baptisante, e este e o baptisado. Cons. Trid. bast. cit. cap. 2. e Riogg. J. ecc. pr. P. 4 § 114.

§ 122

COMO SE FAZ A PERFILHAÇÃO

O modo de levar a effecto o perfilhamento dos filhos illegitimos, capazes d'elle, é fazer uma declaração no registo publico do nascimento, ou em qualquer documento authenticico, como escriptura, ou testamento, no qual os paes declarem junctos, ou separadamente, a sua vontade (art. 123), se a declaração fôr de um só, a declaração não conterá o nome do outro, nem indicio algum que possa fazel-o conhecer (*eod.*).

Note-se que a differença que se dá entre a *perfilhação qua tal*, de que estamos tractando, e a legitimação de que já tractámos, consiste principalmente em que n'esta os paes contrahem matrimonio, e até esta é uma das condições; e n'aquella não ha este casamento, mas no entanto dá-se nas mesmas circumstancias, isto é, que não haja impedimento para casarem.

Esta condição que já se deduzia da exclusão dos filhos incestuosos e adulterinos, e das mais espécies de *spurius*, é confirmada expressamente pelo art. 123, que ordena que para qualquer poder perflhar, não sendo a perflhição feita por ambos os paes, basta que o perflhante seja habil para casar, cento e vinte dias, primeiros dos trezentos que precederam o nascimento do perflhando (art. 123).

Lembramos o que fica explicado em relação a estes prazos; e explicada fica a razão d'esta disposição. Só aquelle que estiver nas circumstancias que marca o Código é que poderia ser pae do perflhando.

A perflhição é um acto mui importante, ainda quando não seja senão pelo lado do vir o perflhado a fazer parte de uma familia, pelo alcance que podem ter as successões legitimas; e é por isso que a nova lei, a exemplo do que entre os romanos succedia com a adopção, exige o consentimento do perflhando, sendo maior (art. 126) e sendo menor, concede-lhe quatro annos depois de emancipado para a impugnar (art. 127).

Tambem esta introdução de um membro na familia pode ser impugnada por todos aquelles que tiverem interesses que possam ser lesados (art. 128).

Mas devem ser interesses sérios o juridicamente estabelecidos; e a impugnação só pode por fim destruir os fundamentos da perflhição, e por a negação da filiação natural; e por isso devem cingir-se ás disposições do art. 133, isto é, intentar-se em vida do perflhante a acção de investigação de filiação.

Já se vê que se o art. 128 admitte a perflhição como acto espontaneo, e não impugnado, tambem a admite em consequencia de uma sentença. De qualquer dos modos os seus effeitos são os mesmos, e são

- 1.º—Usar dos appellidos de seus paes (diz o Código) mas isto deve entender-se limitado pelo art. 124, de modo que quando seja perflhado por um só de seus paes, seja só d'esse de quem use os appellidos.
- 2.º—Direito a alimentos.
- 3.º—Succederem *ab intestato* ao perflhante; e n'este caso herdando todos os bens de seus paes, não concorrendo com filhos legitimos (1990)—havendo legitimos é necessario distinguir se foram perflhados antes do nascimento dos legitimos ou depois do casamento dos paes: no primeiro terá um quinhão igual ao dos legitimos (1785 n.º 1). No segundo o quinhão do perflhado será como o dos legitimos menos um terço, e sahirá exclusivamente da terça (art. 1785 n.º 2). Se acaso os filhos illegitimos forem tantos que a terça

não chegou, será esta ratiada por todos; por modo que da herança nada recebam (art. 1952).

§ 123

OUTROS FILHOS ILLEGITIMOS

Para concluirmos com a classe de filhos illegitimos, tractaremos dos *spurius*.

Este epitheto dado a todos aquelles que não podem designar a qualquer por seu pae sem que esta designação demonstre que o pae commettêra um erro para o ser, exprime-se entre os romanos pelas duas letras *S. P.* primeiras das duas palavras *Sine Patre*; e é da pronunciação d'estas duas palavras que se fez a nova *spurius*.

Conforme com esta origem etymologica define a nossa legislação moderna *spurio* aquelle que não pode ser perflhado (art. 134).

Só tem direito a alimentos *necessarios*, e para isso quando já estiver provada a filiação por uma sentença proferida em causa com 3.º, ou quando provierem de um stupro violento, nascendo dentro dos prazos, maximo e minimo, a contar da epocha do stupro (art. 136 combinado com o art. 130 n.º 3 e 101).

Estas disposições tomaram origem do Direito romano (§ 12 *Inst. de nup.* I, 10), pois por este os filhos *spurius* não podiam intentar a acção da filiação paterna; o que tambem passou para o Código civil francez, art. 340, pela generalidade da prohibição da investigação da paternidade, pois unicamente é exceptuado o caso do rapto (que é o stupro violento do Código portuguez).

Mas, por a nossa antiga legislação, o filho *spurio* de pae plebeu, succedia-lhe *ab intestato*; e tempo houve que se observavam as clausulas das cartas de perflhição, embora contrarias ás leis, pois se suppunha terem força legal revogatoria (103).

Deveria ser o mesmo se fossem passados pelo corpo legislativo mas como dependem do executivo, é logico que não produzam mais effeitos do que aquelles que as leis geraes lhes dão; e é este o sentido do Port. de 1 de junho de 1838.

Hoje a lei é mui expressa e clara, além dos alimentos nada podem obter os filhos *spurius*, e isto ainda em termos mui restrictos.

(103) Já vimos uma carta de perflhição passada em favor do filho de um presbytero, e de uma mulher casada, ainda parenta d'elle: e no entanto não obstante o declarar-se tudo isto na petição para a concessão do alvará, o que nos pareceu o cumulo do cyuismo, o alvará passou-se, concedendo todos os direitos reaes e pessoais como se legitimo fosse! O pae perflhante morreu, e restou em favor de F. (o nome do filho, mas calando que o era). Em frente da eternidade teve vergonha. O filho perflhado teve muita gente que o aconselhasse pa-

ra atagar o testamento, porque como herdeiro *ad intestato* viria a receber quasi o dobro do que pelo testamento.

Apezar do negocio se passar no Brazil, (a dispensa fôra passada antes da independencia) foi-lhe dado o conselho que *ad honorem patris*, recebesse a herança testamentaria, bastando-lhe da perflilhação, uso dos appellidos, que são dos melhores de Portugal.

Nos tempos primitivos da monarchia não havia tantos embaraços (e no entanto o cod. wistgothico era bem austero); e a cada passo a historia nos apresenta os filhos sacrilegos, recebidos, tratados com *fidimos*. Uma das nossas casas *mais fidalgas*, e verdadeiramente fidalga pela nobreza de seus sentimentos e porte, descende de um *filho do bispo da Guarda e abbadesa de Loredão*.

§ 124

DOS SACRILEGOS

Como no Codigo se omittiram os filhos sacrilegos, apesar de no projecto se fazer d'elles menção nas mesmas circumstancias dos incestuosos, e as nossas anteriores leis já eram tam severas que não os admittiam nem a pedirem alimentos ao pae e mãe, quando o coito d'estes fosse sacrilego, devemos entendel-os de todo excluidos, até dos alimentos, porque até mesmo os spurijs em certos casos o estão.

§ 125

DA INVESTIGAÇÃO DA PATERNIDADE ILLEGITIMA

Esta materia de filiação illegitima traz consigo a necessidade de saber-se quem seja o pae do perflilhando; e tanto que na antiga legislação admittia-se toda a especie de prova e indícios, ou conjecturas que pudessem persuadir o juiz.

Os processos para isso eram frequentes, e todos immoralissimos.

Em certa parte de Portugal raro era morrer homem endinheirado que houvesse arranjado a sua fortuna no Brasil, sem que immediatamente não apparecessem *ca e lá* filhos ás duziás, e mães promptas, e testemunhas ainda mais. — Deus sabe o que irá por esse mundo! — Bem haja o artigo do Codigo, que cortou pela raiz esta, aliás mui *productiva*, arvore de corrupção e malvadez.

É expressamente prohibida a acção de investigação de paternidade illegitima (art. 130).

Esta regra é tirada do Codigo civil francez, art. 340, e mais ainda da longa experiencia do auctor do Codigo.

É mui instructiva a polemica que a este respeito se estabeleceu entre os dois abalisados Jctos. Dr. Paes, e A. do Codigo.

Aquelle respeitabilissimo jurisperito queria, que se dêsse *mais latitude á prova de filiação, admittindo qualquer especie de prova etc.*

A razão principal é não privar os filhos dos direito que a natureza lhes deu, etc.

E para evitar o escandalo aconselha que seja o *judgamento em audiencia secreta*, verbaes os depoimentos das testemunhas; e a causa julgada pôr um *jury livremente escolhido pelas partes* (104).

O illustre A. do Codigo combate o principio, não por causa do escandalo, porque esse estava prevenido pela lei (é a audiencia secreta) (105); mas comparando o systema francez com o nosso antigo adopta outro = «Uma de duas, diz elle, ou o pae reconhece, ou não, o filho natural. Se o reconhece, toda a disputa se torna ociosa: a «Sociedade não tem que intrometter-se nos motivos, que o determinaram, e tem feito tudo assegurando a verdade juridica do acto, etc.... Mas se o pae entende na sua consciencia, que o filho lhe não «pertence, que o não deve reconhecer, quem pode forçat-o a isso, «em materia cuja verdade é imprescrutavel?

«A prova de testemunhas, as presumpções mais ou menos fortes? Seria preciso que não tivessemos conhecimento algum do que «se está diariamente passando entre nós em semelhantes questões; — «para aceitar um tal expediente. Admittimos geralmente a prova de «testemunhas em materia de factos sujeitos á inspecção dos sentidos; mas não em materia em que só se podem dar presumpções «mais ou menos fortes, mas todas falliveis.

«Se o pae existe ainda, a opposição poderia lutar com alguma «vantagem; mas se não existe, é então que os interesses e tranquillidade das familias são, pela maior parte, sacrificados a contiuos, «subornos, e manejos os *mais infames* (106).

Citaremos ainda com o A. a auctoridade de um distincto jurisconsulto, que ex-professo escreveu sobre este assumpto (107).

«Para estabelecer a paternidade de um filho, nascido fóra do matrimonio, seria necessario provar dois factos muito distinctos = «commercio carnal entre a mãe e o pae putativo = e que o filho é «effectivamente o fructo das relações da mãe com esse individuo. = «A prova do primeiro facto é possivel na maioria dos casos; mas a «do ultimo não depende quasi sempre, senão do *testemunho da propria mãe*; assim quasi todas as legislações, que admittem a investigação da paternidade, tem-se visto na necessidade de contentar-se «com o juramento da mãe. A mãe é aqui *testis in propria causa*; e «se ella chega a fazer reconhecer judicialmente o pae, exonera-se inteiramente, ou ao menos em parte, da obrigação de alimentar o filho, e isto basta independentemente d'outras causas, para tornar «mui suspeito o seu testemunho, e fazel-o repellir, nem pode ser «confirmado por outras circumstancias.»

Assim o mesmo Codigo é muito mais condescendente do que a lei franceza, que foi a sua fonte.

O Código Seabra apresenta tres excepções, ou casos, dados os quaes é permitida a investigação da paternidade, e só o terceiro é que existe na lei franceza;

- 1.º Existindo escripto do pae em que expressamente declare a sua paternidade.
- 2.º No caso de haver sido tractado e reputado por filho, tanto pelos paes, como pela familia e pelo publico.
- 3.º Pelo estupro violento, ou rapto, coincidindo a epocha do nascimento com o tempo legal (180 dias, minimo — 300, maximo) da gestação, a contar do dia do rapto (art. 130 n.º 3).

O nosso Código penal (art. 392 e segg.) faz distincção de varias especies de estupro, com ou sem violencia, etc.

Aqui pela equipolencia que se dá a estupro violento e rapto violento e rapto temos que entender, que é de qualquer d'estas cousas que tractam os artigos 392 e 395, e então pode dar-se tanto com a virgem como com a viuva ou a solteira, e mesmo quando o estupro tenha tido lugar em virtude de seducção ou meios captatorios; porque intendem os interpretes francezes, que estes meios produzem a violencia moral, isto sendo a sua lei mais restricta do que a portugueza, porque na franceza fica ao prudente arbitrio do julgador o avaliar as circumstancias do facto, para não succeder que alguma abelha mestra seduza algum joven inexperiente, e que o leve a raptal-a, ou mesmo a commetter o estupro; o qual, como não seja necessariamente o *desfloramento*, não seria mui difficil de provar, e juncto ao rapto teriamos a violencia attestada por mil juramentos, e o casamento forçado, e uma paternidade comesinha para dar pae a quem o não tivesse legal.

Comparando pois a lei franceza com a nossa, é esta muito mais lata, e concede tres amplas portas por onde qualquer tratante vá arranjar paternidade.

Como n'este caso se tracta de punir o attentado ao pudor, e civilmente da reparação do damno soffrido pelos innocentes, entendem-se que para a contagem dos prazos se deve attender ao ultimo dia em que a raptada ou estuprada esteve em poder do violador.—Toullier, Rogron, e Marcadé ao art. 340 do Código civil francez.

(104) Muito folgamos com a opinião de tão respeitavel Jelo., como é indubitavelmente o sr. dr. Joaquim José Paes. Se admite o jury no julgamento da perfição, por identidade de razão o ha de admitir em todas as questões civeis de facto, quando a prova moral seja tudo; (como ainda um dia o hade ser, abandonada a chamada *prova legal*, valhacontos de madraços, que preferem contar provas a peza-as). O emprego do jury nos processos civeis (alias decretado por lei) ha de ser difficil de introduzir, em quanto fôr licito renunciar a elle; porque ha muita gente que interessa em que as demandas durem muito.

Os que tivessem pleitos deveriam querer antes ganhar o mesmo ou menos, mas verem a questão decidida em poucas semanas, porque poupavam o tempo, capital inestimavel.

Hoje apresenta o nosso processo o grande disparate (não é o unico) de confiar a liberdade do cidadão ao jury, e dizer-se em nome das partes, (nunca a tal respeito consultadas) que se renuncia ao jury em uma questão de alimentos, filiação, sevizias, servidão, etc.

Na Boa Hora é regeitado o jury em materia civil, no Terreiro do Paço o jury decide se ha fallencia, e gradua-a, decide de seguros, de contractos de compra e venda, de letras, no valor de muitos contos de réis.

A lei estabelece um modo normal de julgar, e o jury: pôde o querer d'uma só das partes alterar a forma do processo, e a outra não é ouvidal! Faz-se-lhe o beneficio de lhe tirar o jury? *Invidio non datur beneficium*.

Declaramos que não dizemos metade do que sentimos e sabemos, mas nem por isso deixaremos de ser muito bem entendidos: pois a bons entendedores meia palavra basta.

(105) O auctor do Código na sua longa vida de juiz terá tido occasões de ver mães (se o são) *desavergonhadas* (é expressão de Toullier) darem testemunhas para os factos mais vergonhosos; pois é necessario haver perdido os ultimos vestigios do pudor, para se dizer que foram vistas... etc. Pela nossa parte já folheamos um volumoso processo n'este gosto: e tinha sentenças a favor! E até um dos dignos juizes fundava a sua em que havia testemunhas presenciaes, que até haviam ajudado a consummar-se o coito do perlenso pae, (era septuagenario e paralytico) o que, com a declaração da descarada mãe, fazia prova superior a toda a excepção. Pedimos perdão, não a achamos superior a excepção de infamia; e infames, ellas ou por jurarem falso, ou por terem tomado parte em actos laes.

(106) Resposta do auctor do PROJECTO ao CONSELHO CIVIL às *Observações* do sr. dr. Joaquim José Paes da Silva, pag. 21 e seg.

(107) Königs Walter—*Essai sur la législation des peuples anciens et modernes relative aux enfans nés hors du mariage*.

§ 126

INVESTIGAÇÃO DA MATERNIDADE

A maternidade pode ser investigada pelo filho; mas não basta que elle prove que a mãe tivera um filho; tem além d'isso de provar que esse filho é elle; e o mesmo se fôr a mãe que seja auctora (108) (art. 137).

Talvez estejamos em erro, mas não é só o filho que tem direito e interesse a ter uma mãe, ou um pae; tambem estes, principalmente a mãe, pode ter esse interesse, como para haver alimentos, coisa já conhecida no Direito romano. Fr. 3 pr. D. de agnos. et al. lib. Ulp. (XXV 3) (109) e de que tracta Corrêa Telles, *Doct. dos Acc.* § 39; e se pela praxe antiga bastavam conjecturas, como no caso de ser o filho quem intentasse a acção, e hoje ha só os tres casos, tambem o pae natural pretendendo que o filho o reconheça, deve allegar e provar o mesmo que em relação a elle tinha este que fazer.

Corrêa Telles dá um conselho, que nos parece excellente, e é que assim a modo de reconvenção o filho demandado intente contra o

pae putativo acção chamada *ex lege DIFFAMARI*, pela qual qualquer faz citar outro para que o não tracte de filho, ou de pae.

A vantagem é que, o filho demandando por este meio o que quer ser pae, a este pretence, e não ao filho provar a filiação.

(108) A reciprocidade de direitos e obrigações é o principio de todas as disposições que tem relação com paternidades e filiação, pela simples razão que não ha pae sem filho, nem filho sem pae.

(109) Si quis a liberis ali desideret... iudex de ea re cognoscat.

§ 127

O PAE NÃO PODE USAR D'ACÇÃO DE FILIAÇÃO

O illustre A. do Codigo é de opinião que nunca aos paes deve ser concedida acção de filiação com o fim de obter alimentos, ou a successão do filho; e funda-se para isso na grande immoralidade que seria ver os paes que desconheciam os filhos, enquanto d'elles não careceram, virem pedir-lhes a herança ou alimentos; e além d'isso que tendo o meio da perfilhação, que a empreguem.

Atrevemo-nos a não concordar. A primeira razão não nos faz peso que destrua a lei de reciprocidade que deve dar-se entre paes e filhos; e a essa *immoralidade* do esquecimento dos paes contrapomos a *immoral crueldade* do facto de um pae, que *necessita*, estender a mão ao filho que tem abastança; e dizer-lhe—alimenta-me, *porque és meu filho*—e este dizer-lhe em em nome da lei—Não.

O meio da perfilhação pode não ter sido exequível por muito tempo; e demais, basta que o illustre Jcto. dê esta razão para se mostrar que se deve abrir aos paes uma porta para tornarem *seus* os filhos, da culpa muitas vezes, mas outras da imprevidencia das paixões. Abre-lhe uma só; nós houveramos-lhes fechado tambem essa, mas, estando aberta, por força de razão abrimos a outra.

Demais, se a opinião do illustre A. do Codigo estivesse formulada em um artigo do Codigo, nada diríamos; assim pareceu-nos que ia coxo, demos-lhe uma muleta; e assim mesmo hesitando.

§ 128

QUANDO SE PODEM INTENTAR

Estas acções só em vida dos pertensos paes pode ser intentada, salvo dous casos:

- 1.º Se os paes faltarem durante a menoridade dos filhos.
- 2.º Se o filho, que já a tinha tentado, obtiver de *novo* docu-

mento *escripto e assignado* pelos paes, em que estes *revelem* a sua paternidade (art. 133).

A letra do Codigo a respeito d'esta excepção ou casos em que se permite depois da morte dos paes a investigação por parte dos filhos illegitimos, presuppõe que já haviam intentado outra de que haviam decabido; e depois refere-se e liga-se com o n.º 1. do art. 130, e se alli para a primeira acção bastava um *escripto* qualquer (o Codigo não exemplifica, não restringe, não junta epitheto algum, que nos obrigue a não tomar em toda a extensão o vocabulo empregado no art. 130 n.º 1); agora que elle foi insufficiente, exige ser *escripto e assignado*.

É claro que não podem ambos os paes *escrever*, mas podem ambos assignar.

Desde o momento em que *um só* escreve, e ambos *assignam*, é sufficiente, *escripto* por official publico e com testemunhas, na forma determinada para os autos authenticos.

Já não diremos o mesmo emquanto a não poderem ou não saberem escrever. O Codigo é expresso.

Parece-nos duro, mas é a lei.

Com este rigor custa a combinar a disposição da lei—*revelar*—ha tantos modos de revelar um facto, um desejo, uma disposição, que não sabemos marcar limites a este *revelar*.

Tão rigoroso nos parece o *escripto e assignado por ambos*, como *brando e vago o revelar*.

Claramente, vê-se que o legislador, fluctuando entre o systema francez, e o portuguez; aquelle negando tudo, este facilitando a ponto de tomar por provas *indícios e conjecturas*, fez do *sim* e do *não* um misto.

A arte e talento do artista são admiraveis, mas a obra resente-se de ser composta de elementos heterogeneos e discordantes.

No primeiro caso acima apontado, o filho menor tem quatro annos, depois de maior ou emancipado, para intentar a acção.

No segundo é desde que obteve o *novo* *escripto* paterno que começa o poder intentar a acção, a qual segue a regra geral para a prescripção dos bens, como veremos (art. 133).

CAPITULO VII

Efeitos do patrio poder

SECÇÃO I

Emquanto aos filhos legítimos

§ 129

EM RELAÇÃO ÀS PESSOAS E BENS

Já examinámos d'onde provinha o patrio poder, ou, na linguagem legal, o poder paternal, e se, por seguirmos a ordem do Código, não tractamos *ex professo* do casamento, mas sim dos filhos, isto é, da causa antes do effeito, todavia a força da razão levou-nos já a fallar de um sem numero de cousas que são ordenadas pelo Código em titulos ulteriores.

Se o poder paternal se exerce sobre os filhos, tem de dividir-se em duas classes, segundo os filhos são legítimos ou illegítimos, e ainda acerca dos primeiros em relação á constancia do matrimonio, ou depois d'este dissolvido, tambem nos effeitos.

Já dissertamos, talvez de mais, acerca do patrio poder dos romanos; e aqui só temos que haver como repostas as razões que então demos para demonstrar a importancia immensa que lhe damos para a formação da familia, molecula da sociedade civil e politica; e não receamos declarar-nos decididamente partidarios do patrio poder fortemente constituido, e tornado o pae o chefe, o magistrado, o mestre, e um quasi sacerdote da *domus*.

Estamos muito longe d'esse estado, e por isso estamos muito longe de uma solida civilisação.

Ponhamos tudo isso de parte, e vamos ao que manda a lei.

§ 130

O PAE REUNE AMBAS

Começaremos por distinguir como mui differentes os dois grupos de attribuições paternas, umas em relação á pessoa, outras em relação aos bens materiaes (art. 137).

Estas duas funcções eram as que por falta do pae eram exercidas pelo *tutor* as pessoas, pelo *curador* as reaes.

Os tempos confundiram as distincções, a tutela e curatela com-

prehendem ambas as funcções, comquanto se conservem os nomes distinctos, mas as funcções do curador estão por tal arte confundidas com os actos pessoas do tutelado que não se pode estabelecer o rigor romano, nem nos parece que seria portanto para desejar.

§ 131

DIFFERENÇA DA MÃE

Os fins do patrio poder preenchem-se pela reunião das duas funcções de tutor e curador; mas só no pae se podem reunir, embora a mãe deva ser ouvida (art. 38) mas parece-nos isto mais um conselho do que outra cousa, porque falta-lhe a parte essencial de toda a disposição legal obrigatoria, e vem a ser a sancção, e esta falta completamente;—trazer por justa consequencia como prova, quando mais não seja, a nullidade do acto: mas isto não se pode subentender, é necessario que seja mui expressamente determinado pela lei.

E por isso as palavras = *as mães participam do poder paternal, e devem de ser ouvidas em tudo o que diz respeito aos interesses dos filhos* = são expositivas e de conselho, mas não preceptivas.

A mãe substitue o pae nos impedimentos temporarios (art. 139); mas nunca a chega a poder representar em juizo, sem a intervenção da auctoridade publica.

§ 132

EMQUANTO ÀS PESSOAS

Em relação ás pessoas, ou na esphera das attribuições tutelares, os paes devem dar aos filhos os alimentos do corpo e do espirito, e occupação correspondente ás suas posses e estado (art. 140).

Os alimentos comprehendem, sendo o alimentado menor, o sustento, habitação, vestuario, educação e instrucção (art. 171 § un.).

E sempre n'este sentido que se tem entendido a obrigação dos alimentos; não bastando o facto de haver dado existencia ao infante, e depois dar-lhe o sustento do corpo, é indispensavel a educação e instrucção, aquella para o coração, esta para a cabeça.

Nem só de pão se sustenta o homem.

Em retribuição a estes direitos dos paes, tem os filhos a obrigação de honrar e respeital-os, e cumprir, durante a menoridade, os seus preceitos em tudo quanto não seja illicito (art. 142).

Mas quem classifica de illicita a acção?

Se os actos dos menores são nulos civilmente durante a menoridade, não sabemos como são elles por este artigo arvorados em juizes para, com o fundamento de illicita, não cumprirem a ordem paterna.

Se isto diz respeito áquelles actos cuja moralidade os menores podem avaliar, e portanto de que tem imputação, pertence ao Direito penal, e lá está no Código penal resolvido até que idade e circunstancias deixam de ter imputação (art. 14, 23 n.º 2 e 73, e em outros logares) mas, note-se que nunca se dá o caso de que falla o Código civil, de ser permittida a desobediencia.

Não sabemos como se possa dar á execução um artigo que comece por collocar em conflicto o pae com o filho *menor*, que não pode estar em juizo sem curador nomeado.

Apesar de não sermos fanaticos admiradores de muitas das doutrinas da lei franceza, n'este ponto, tendo ella servido de fonte ao nosso Código, preferimos a disposição do seu art. 371 = *L'enfant, A TOUT AGE doit honneur et respect a ses père et mère* — e não se fallar em parte alguma da tal desobediencia a ordens sobre facto illicito antes pelo contrario.

O Código francez no art. 1384, em conformidade com o da Pruss. P. 2. tit. 2., estabeleceu o contrario, porque de facto illicito practicado pelo filho que está no patrio poder, fazem ambos resultar consequências contra o pae, por não prevenir, podendo, esse facto illicito; e o da Prussia vae mais longe, ordenando que estas obrigações *ex-facto* sejam satisfeitas pelos bens livres do pae, e depois pelos adventicios dos filhos.

Princípio que Lobão applicou, estabelecendo, que o filho preso possa imploar o officio do juiz para obrigar o pae a assignar-lhe a legitima ou parte para seu livramento (Lob. Not. a Mell. L. 2. tit. 4. § 14).

Outro direito paternal, e que é derivado, como vimos, da obrigação de dar alimento material e intellectual ao filho, é o designar o modo de vida, e por isso, segundo elle, dirigir-lhe a educação.

Talvez o problema mais difficil de resolver seja a escolha da profissão dos filhos!

Ha naturezas tão fortemente arrastadas para um genero de applicação, que vencem todos os obstaculos, e seguem, ordenada, ou violentamente, o seu trilho.

Quita fazia versos penteando cabelleiras, e raro será o homem eminente em qualquer ramo que, na sua meninice, não dêsse signaes da sua vocação instinctiva.

Napoléão, em Brienne, commandava os seus condiscipulos e outros escolares mais adiantados, e só no meio dos seus encarnçados combates dominava a todos pelo gesto e pela opportunidade das manobras: vencia sempre; mas uma vez teve de mudar de plano d'attaque, e ficou ainda com a victoria. O bando contrario era commandado por um mancebo (mais velho alguns annos do que Bonaparte) que se chamara Pichegru — Era a historia em miniatura.

Mas isto são excepções. A difficuldade está em que os paes possam e saibam estudar a vocação dos filhos.

Não queremos offender nem classe, nem individuo algum, respeitamos, admiramos muito mais o artista honrado, e que faz progredir o officio a que se dedica, de que o doctor = *Petrus in cunctis et nihil in omnibus* — mas, parece-nos, que a immensa maioria dos paes ou não curam do exercicio d'este direito; ou o exercem machinalmente sem lhes importar, (nem podem avaliar) as consequências.

É pois difficil o direito de dar um officio ao filho, de lhe estudar e aproveitar a vocação; mas nem por isso a lei deixa de dar este poder aos paes, bem como de exigir-lhes serviços e aproveitar-se d'elles, sem que por isso tenham de dar-lhes soldada; ou parte nos lucros (Lobão Not. a Mell. L. 2. tit. 5).

E levando ainda, além de morte, o cuidado de os dirigir e proteger, é attribuição do pae a nomeação do tutor (art. 193).

Como meios coercitivos, podem os paes, além d'aquelles castigos corporaes que sempre se tem empregado, recorrer á prisão, sendo o filho desobediente e incorrigivol. Para isso recorre o pae á auctoridade judicial, a qual fará recolher o filho á casa de correccão, a isso destinada, pelo tempo que lhe parecer conveniente, não excedendo a trinta dias; ficando ao pae a faculdade de só por si acabar com esta prisão (art. 143).

A nossa Ord. L. 5. tit. 36. § 1. e tit. 95. § 4; já continha a mesma doutrina, bebida do Direito romano (*Cons. 3. Cod. de patr. post. VII. 7.*) e n'isto viera a parar aquelle terrivel *jus vitæ et necis*. O Código civil francez, art. 376 e seguintes tracta extensamente esta materia.

Parece-nos, que o Código omittiu algumas circunstancias que se acham n'estas legislações e que são importantes.

Assim ainda que o filho esteja preso, é o pae quem o sustenta; outra é a variedade da pena e modo de a applicar.

Se o filho tem menos de 16 annos, o pae exige do juiz a *ordem* de detenção — se excede os 16 annos *requerer* ao juiz esta ordem, e a prisão durará até 6 mezes; se o pae casar segunda vez, então ainda que o filho tenha menos de 16 annos, tem de *requerer* a prisão; porque por um profundo, quanto delicado, estudo do coração humano, o legislador quiz dar maiores garantias ao menor que tem madrastra.

Todos estes actos se faziam sem escrever coisa alguma: não só para simplificar o andamento da punição, que para ser efficaz deve ser prompta; mas também por aquelle delicado sentimento que na nossa antiga legislação mandava queimar os processos de supprimidade do consentimento paterno — *para não ficarem vestigios ou provas* de factos taes. O que mais falta faz é a casa de correccão onde o

pae metta seu filho, sem risco de o vér de lá sabir criminoso consuminado.

§ 133

EMQUANTO AOS BENS

Os paes não dão caução alguma pelo exercicio do patrio poder; e podendo abusar, são punidos, a requerimento de qualquer parente, ou do M. P., o que importa a queixa de qualquer (art. 141).

Não diz o Codigo o processo a seguir n'esta hypothese, mas como ordena, que no caso de ser o pae inhibido da guarda da pessoa e administração dos bens do filho (o que nos faz comprehender o caso de mal usarem da sua nuctoridade que é o caso do art.) é nomeado tutor ou curador pelo conselho de familia; segue-se que logo que ao juiz competente, por um qualquer, inclusivê o proprio menor, constar que o pae abusa, o juiz *ex-officio dentro de oito dias depois do conhecimento do facto*, convocará o conselho (do simile do art. 210) formando-o pelo modo marcado na lei (art. 207).

Tem mais o pae em relação aos bens do filho o dominio e uso-fructo dos bens que os filhos adquirem, estando em companhia d'elles, com o emprego de capitaes e meios pertencentes a elles; o que não obsta a que estes os remunerem, dando-lhes alguma parte dos mesmos bens (art. 144).

Por este artigo, cuja doutrina é extrahida do art. 389 do Codigo civil francez, fica revogada a illogica disposição do art. 422 da N. R. J., que declara a mãe, conjuntamente com o pae, na constancia do matrimonio, administradora dos bens dos filhos; porque ainda que o Codigo diga = *pertence aos paes* = e por essa expressão possa parecer referir-se tambem ás mães; todavia o espirito e principios das nossas leis e do Codigo francez oppõem-se a isto, dando só ao pae o direito a que nos referimos.

Por occasião d'este direito de dominio, pode o pae vender o que é dos filhos?

A não ser coisa em que o patrio poder por lei ou vontade de terceiro (os peculios) esteja limitado, parece-nos que não se lhe pode negar esta faculdade.

A outra, talvez mais ardua de resolver, é se o pae privado, por abusos, da administração dos bens do filho, fica, *ipso facto*, privado do uso-fructo.

A Ord. L. 3. tit. 9. § 4. está pela affirmativa, porque falla conjuntamente do uso-fructo e dos bens que o filho pode obrigar o pae a largar-lhe, por serem d'elle filho, e o pae os mal administrar; o que entre outros, seguiu Corrêa Telles, *Dig. port.* P. 2. aos 568 que

cita outros praxistas: mas Lobão segue o contrario nas suas *Not. a Mell.*, que n'esta parte são muito aproveitaveis.

Como o uso-fructo não affecta a *substancia* da coisa, o filho não corre perigo algum comquanto aquelle continue ao pae; e mesmo tira-se um estímulo a esta acção do filho contra o pae, que a lei pode tolerar, mas que a moral ha de sempre reprovar, porque vendo o filho, que embora tire a administração ao pae, nem por isso recebe os rendimentos d'esses bens, tem uma rasão de menos para vir aos tribunaes com taes escandalos.

Lobão aponta a rasão de ser isto uma pena, a qual não deve se imposta sem lei que o mande. Não vemos onde esteja aqui a pena, o pae (supponmos não haver dolo) foi tão máo administrador dos bens do filho, como dos proprios, nem podia ser obrigado a mais: a lei tira-lhe a administração, é para bem do filho e poderia tambem tirarlhe o uso-fructo para augmentar o patrimonio dos filhos, não o faz, mas não castigou, nem deixou de castigar, olhou para o filho, e não para o pae.

§ 134

DIVERSIDADE DOS BENS DOS FILHOS E DOS DIREITOS DOS PAES
SOBRE ELLES

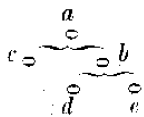
A primeira classe de bens é aquella em que o pae tem a propriedade e uso-fructo (art. 144) a segunda a d'aquelles em que o pae tem só o uso-fructo: e são

«Os bens que os filhos, ainda no patrio-poder, e companhia dos paes adquirem pela sua industria e recursos, ou por titulo gratuito (doação, legado, etc.) (art. 145).

É bem clara e justificada esta disposição, e para evitar repetições no fim d'esta secção, faremos as reflexões geraes communs ás diferentes especies que vamos examinando.

A terceira especie de bens é antes d'aquelles em que o pae tem apenas a administração: e segundo o Codigo, dá-se isto por dois motivos — a) quando os bens doados ou deixados aos filhos por um terceiro se poz expressamente a clausula da exclusão do pae — b) quando são bens de successão de que os paes foram por indignos excluidos; o que não comprehende o conjugue não declarado indigno (art. 146).

Esta doutrina joga com a dos art. 1876 e 1877, os quaes ordenam os casos em que o filho pode ser pelo pae desherdado; mas os descendentes d'este, se os houver, succedem, e *haverão a legitima* de que o seu ascendente fôra excluido, ex. gr.:



a testou, e desherdou seu filho b; mas quando morreu existiam d e e, os quaes concorrem com c, representando os direitos e quinhão de b, o desherdado.

Quando chegarmos a este lugar, veremos o que a tal respeito pode occorrer.

Ha, porém, ainda alguns bens ácerca dos quaes os paes não têm nem administração; nem uso-fructo, e fôrma a quarta classe de bens que podem pertencer aos filhos sob o patrio poder.

As origens d'estes bens são=a) os adquiridos por seu trabalho e industria, vivendo sobre si e com permissão dos paes=b) os adquiridos pelas armas, ou artes liberaes, vivam ou não em companhia dos paes=c) os doados ou deixados aos filhos com exclusão de administração dos paes (art. 147).

§ 135

DOS PECULIOS

Expozemos as disposições do Código ou da nova legislação ácerca d'esta materia; mas entendemos que se ficaria quasi ás escuras, se não expozessemos a doutrina dos peculios; tanto mais quanto o Código civil francez, supprimindo os peculios, foi todavia muito minucioso nas providencias ácerca da interferencia dos paes nos bens dos filhos.

O Código foi tomar do francez a parte negativa, *extincção dos peculios*, mas não seguindo na parte positiva, deixou necessariamente uma lacuna, que entendemos ser util preencher; e para isso, depois da exposição historica dos peculios, reduziremos, ao menos que podermos, as regras do Direito francez, para que nos sirva de subsidio, que nunca tomará a indole portugueza, sem o estudo das fontes romanãs; porque poucas idéas e vocabulos jurídicos são tão populares e usados como=peculio=e além d'isso, de uma noite para o dia não se muda a legislação que se tornou costume e habito.

O *peculio*, bem como *pecunia*, derivam o seu nome de *pecus*, porque a primitiva moeda romana tinha por cunho um boi, vacca, e mesmo uma loba; esta, imagem da loba, que amamentara Remo e Romulo, e aquella representativo da unidade estimativa da riqueza.

Ora se *pecunia* significa o *dinheiro* mas em grosso, *peculio* significa o *dinheirinho*, meallhas, a pequena reserva cerceada do di-

nheiro em grande; e ali está porque da *coisa* que todos entendem e praticam, desde o mealheiro em que a creança guarda os cinco réis ou a pratinha que lhe foi dada em premio de bom comportamento, ou em dadiua d'annos, até ao monte-pio para a velhice e enfermidade, temos o *peculio*; porque o *peculio* basea-se no amor da propriedade innata ao homem, e no prazer de gastar sem ter que pedir, e assim se expressa Ulpiano (Fr. 5. § 3. D. de *pecul.*) chamando-lhe *dinheiro pequenino*. *Peculium dictum est, quasi pusilla pecunia, sive patrimonium pusillum*

E assim n'esta acceção, *peculio* refere-se a toda e qualquer reserva, que o individuo faz em separado, e de que pode dispôr.

Mas no sentido stricto temos de ir buscar ao Direito romano, e é sua historia a explicação do que seja.

A pedra angular da organização da familia, e por isso da sociedade romana, era o patrio poder, instituição admiravel, embora se não adapte a muitos dos nossos usos da familia que provierem os peculios, como veremos.

§ 136

ESPECIES DE PECULIO—CASTRENSE E QUASI CASTRENSE

Diversos peculios admitiu a legislação romana=*Castrense, quasi castrense profecticio e adventicio*, variando conforme a sua qualidade os direitos do pae e os dos filhos; ora pelas disposições do Código, o que ficou supprimido foram os nomes da classificação, porque em relação aos direitos faz-se a distribuição de quatro especies de bens.

Não se amoldava a indole do patrio poder, que aquelles que estavam sujeitos a elle podessem ter o dominio de coisa alguma; e mui logicamente, porque o *dominio* era um dos direitos quiritarios privativos do cidadão romano (e só d'elle) no pleno uso das suas attribuições e funções; e portanto os filhos familias, bem como os escravos que estavam sujeitos ao patrio poder, não podiam ser donos de coisa alguma.

A par da relaxação dos costumes dos *quirites*, e á proporção que o tempo e o embate das commoções politicas vão gastando aquelle edificio, minando-lhe surdamente as bases, ou deslocando as pedras, a queda de cada uma d'ellas causava um terremoto, que o historiador analysta registrava; ficando reservada para a escola dos Vicos, Niebhurs, Gibbons, Montesquieus, etc., a gloria de descobrirem-lhe as causas; assim os costumes, e após estes as leis, foram modificando o patrio poder: e os *peculios* e *legitimas* foram as mais importantes brechas, que as leis abriram no vetusto patrio poder quiritario (110)).

O *peculio castrense*, concedido só á *militia sogata*, por ser a so-

ga o vestuário militar foi o primeiro em data, e o que sempre conservou a primazia dos privilégios.

A segunda guerra púnica havia sobremodo enfraquecido as forças vitais de Roma; pela grandíssimo numero de cidadãos mortos no campo; sendo tal a mortandade d'estes, que para os substituir, Roma *admittit* em massa os escravos, adoptou-os por cidadãos, exigindo-lhes como preço o sangue, para ser derramado no campo das batalhas.

Ainda para estes a liberdade era o equivalente dos direitos de cidadão, a quem *unicamente* se concedia a gloria de defender a patria.

Taes tropas não podiam transformar-se em centurias, e os comícios tornaram-se campos de batalha; e d'esta mudança a necessidade de guerras longiquas para affastar o soldado *cidadão*, das funções de cidadão.

Estas guerras deram as conquistas, estas as riquezas nas mãos de poucos, e d'estas riquezas accumuladas nas mãos de poucos *cidadãos* de Roma, ou nas dos commandantes das provincias, trouxeram os bandos e guerras civis; e formou-se a grande separação do exercito e dos cidadãos. O exercito era mercenario, e a paga a sua patria; mas legalmente o soldado era cidadão.

Julio Cesar quiz remediar isto, e quiz chamar ao exercito os romanos, os cidadãos, mas como as epochas do amor da patria haviam desaparecido, e o interesse material era a mola real, tractou de alliciar a juventude romana, chamando-a para a carreira das armas por meio de vantagens tangíveis.

D'estas a maior era subtrahir-lhes ao patrio poder, emquanto às pessoas pelo facto de as levar para os acampamentos e guerras; em quanto aos bens dando-lhes pleno dominio em tudo quanto da milicia e por occasião da milicia adquirissem; o que attento o systema romano de dividir as terras, moveis, e até as pessoas dos vencidos entre os vencedores, não era para desprezar: e assim creou o *peculio castrense* (111).

Já na decadencia de Roma, quando se ia operar a sua completa transformação, e quando o genio dos *sophistas gregos* empanava as armaduras dos descendentes dos Scipões e Catões, no reinado dos imperadores Leão e Anthemio; creou-se o *peculio quasi-castrense*, primeiramente só para os advogados, mas depois extendido por Justiniano (112) a todos os funcionarios publicos, mestres, clérigos, etc.

Veiu-lhe o nome de *quasi-castrense*, porque á carreira das letras se chama *militia togata* (113).

(110) Em alguma parte dos seus *Mysterios de Paris* diz o romancista Sue—que mais tem democratisado a França tres ou quatro artigos do seu código civil

do que todas as revoluções e constituições — Poucas maximas moraes achamos mais rigorosamente verdadeiras do que esta, elevada a these para todos os povos. Quando os costumes mudam, não tarda a mudar-se a legislação, e d'esta vem mais tarde a revolução politica.

Seria muito curioso o exame da nossa legislação feita com o escalpello dos *Niebuhr* e *Ganz*; ou *Michelet*. Mais de uma vez, teriam apparecido debaixo da cabellieira de Pombal, e acobertados com o — *Poder absoluto e real, sciencia certa* estes principios do mais descabellado communismo.

(111) O plano era bom, mas aules de ser possivel crear um exercito de cidadãos, era necessario crear *cidadãos*, e isso não podia Cesar fazer.

As tropas stipendiarias continuaram, e apoz ellas vieram as guardas pretorianas: e então Nero e Trajano concederam a todos os militares o privilegio do *peculio castrense*.

(112) Const. 13 C. de adv. (II. 7) *Leo et Anthem.* — *Advocati*, qui dirimant ambigua fata causarum, suaque defensionibus viribus in rebus saepe publice ac privatis lapsa erigunt, fastigata reparent, non minus provident humano generi, quam si praelis atque vulneribus patriam parentes que salvarent. Nec enim solos nostro imperio militare credimus illos, qui gladiis, clypeis, et thoracibus nituntur, sed etiam advocatos. Militant namque causarum patroni, qui gloriosae vocis confil munimine laborantium spem, vitam et posteris defendunt. (*)

(113) Nov. 113 cap. 5 Just.

(*) Oxalá de tão bello original não houvesse tantas caricaturas! Racine fez o retracto dos rabulas nos seus *Demandistas* (*Les Plaideurs*). Mas assim como os charlatães leem lido sempre quem os fustigue em prosa e verso, sem que os bons medicos percam do seu merecimento; lambem o advogado digno d'este nome ha de ser sempre um homem prestante.

§ 137

OUTROS PECULIOS

Havia ainda os *peculios profecticio* e *adventicio*; formado aquelle dos bens que ao filho provinham da attenção de terceiro pelo pae, ex. gr.: legado deixado ao filho do *meu amigo* F.

Esta expressão *meu amigo*, applicada ao pae, mostra que não é pelo filho, mas pelo pae que o testador deixou o legado.

O *adventicio* consta de todos os bens de qualquer natureza que o filho adquiere sem formar com elles nenhum dos *peculios* mencionados (114).

(114) Ha discrepancia entre os Jctos. romanistas ácerca do tempo exacto em que este *peculio* começou, querendo uns que fosse no de Constantino, e indo outros ao de Ulpiano, por haver no Digesto fragmentos d'este Jcto. nos quaes se allude a este *peculio*.

Mas a boa critica quer ver n'isto interpolções de Triboniano. É certo que as Institutas de Gaio não fazem a menor menção de tal *peculio*. (Vid. nossas Annot. a Waldek § 347 e auctoridades ali citadas.)

DIREITO DOS PAES NOS PECULIOS

Os direitos do pae diversificavam segundo a natureza dos peculios.

Em relação ao *castrense*, o filho era um verdadeiro *pater-familias*, e tanto que d'elle podia dispor em testamento.

Ø que também se applica ao *quasi-castrense*.

No *profecticio* tinha o pae o dominio, e o filho o uso-fructo.

No adventicio em regra o pae tinha administração e uso-fructo.

A legislação civil, que acabou com a publicação do Código, admittia não só os peculios romanos, mas emprega as mesmas phrases dos textos romanos (115):

O Código abandonou o *systema romano*, e adoptou o francez; mas como de facto os peculios existem (e tão introduzidos os vemos nos nossos costumes, que ficarão) e por isso estabeleceu as regras da administração e regimen d'estes bens: os quaes, como vimos, divide em 4 classes:—O pae tem uso-fructo e dominio—o pae tem só o uso-fructo—o pae tem só o dominio—o pae não tem nem uma nem outra coisa.

(115) A Ord. L. 4 tit. 97 pr. traz a definição romana do peculio *castrense*—*E bem assim trará a collecção tudo o que houver de seu pae ou mãe, ou o que d'elles procedesse, que se chama em Direito profecticio*—Id. § 18 *E ganhando o filho, que estiver sob o poder do seu pae alguns bens em acto militar ou em acto de letras... porque todos esses bens e ganhos que se lhe procederem, são proprios d'esse filho, que os ganhou.*

A mesma doutrina se acha expendida em outros logares.

§ 439

DIREITO FRANCEZ

A lei franceza não admittie os peculios romanos (116) mas é mui providente emquanto aos bens dos filhos constituídos sob o *patrio poder*—regulando miudamente as diferentes hypotheses: é que vamos resumir pelas razões que mais acima demos.

Começa porque a existencia de bens, ou um modo de vida do filho diminue o *patrio poder* em relação á pessoa, pois se o podia prender um pouco arbitrariamente não tendo bens, no caso de os ter, não o poderá fazer sem uma especie de processo, e o filho *pode* requerer, isto ainda quando não tenha 16 annos (art. 382).

Ter bens e um emprego, é dar ao filho uma certa importancia que o pae quererá algumas vezes, por paixões ruins, abater.

Na constancia do matrimonio, ou na falta de um pae aquelle dos conjuges que sobreviver, tem o uso-fructo de todos os bens de seus filhos até á idade de 18 annos completos (art. 384).

Cessa, havendo divoreio, ou quando a mãe passa a segundas nupcias (art. 386).

Não diz respeito aos bens que o filho possa ter adquirido por um trabalho ou industria sua (art. 384).

Tambem não tem uso-fructo nos bens que lhes houverem sido legados com a condição de que os paes não gosarão d'elles (art. 384).

São também dos filhos os bens de uma herança pertencente ao pae, mas de que este houver sido excluido por indigno (art. 730).

E bem assim os bens resultantes de prostituição favorecida pelos paes, não podem ser por estes usufruidos (art. 335 do Cod. prus.).

Se o conjugue supervivente não fez inventario dos bens do casal, n'este caso perde o uso-fructo dos bens que por esse inventario poderiam vir a caber ao filho (art. 1442).

(116) É mui notavel que os compiladores e redactores do Cod. civ. fr. tanto se affastassam do Direito romano em materia de peculios, ao passo que pouco antes o haviam adoptado na materia de adopcões!

Estudamos quanto podemos a causa d'esta singularidade nos *Discursos e Discussões* que precederam a feitura do Código; e ali, o que nos pareceu explicar a coisa foram os legisladores que em uma e outra materia fizeram venciemento. Seja-nos permitido solicitar-mos ainda por esta occasião a publicação das actas das commissões da revisão.

Como é sabido o consul Napoleão presidiu as sessões, e deu sempre provas de ser, apesar da sua ignorancia em materia de Direito civil, mui superior aos seus collegas, Jolros consummados. Estes eram, em numero quasi equal, filhos da escola de Pothier, ou de Demoulin, isto é escravos, como a França, divididos em seguidores do Direito romano, ou do Direito provincial (*coutumier*); pois é sabido que a França, que por mais tempo fez parte das Gallias, regeu-se até a revolução, pelo Direito romano chamado—*droit écrit*—mais ou menos modificado; em quanto que outras partes, menos romanizadas, tinham um Direito civil deduzido dos seus antigos costumes, reduzidos a leis pelos decretos das suas assembleas (*Etats*) ou soberanos. E é mui notavel que nos paizes do Direito escripto o *patrio poder* existia com muito mais força do que nos ultimos tempos da Digesto; e a razão é porque era do antigo Direito que estes paizes o haviam recebido; e o imperio romano já não tinha coração nem cabeça, e no entanto ainda nas extremidades eram vivazes as suas insituições. E por essa forma nos paizes do *droit écrit*, o *patrio poder* continuava depois do casamento do filho, extendia-se aos netos, não havia supprimento de consentimento para o matrimonio, e as desherdações testamentarias dos filhos pelo pae, não precisavam ser motivadas; em quanto que nos paizes *coutumiers*, na Bretanha por exemplo, os filhos varões sahidos da puberdade ficavam isentos do *patrio poder*, e os paes tinham de dar-lhes contas, etc.

Já se vê que n'aquelles havia a adopção, e os peculios, n'estes não.

Na mui longa e renhida discussão d'estes dois pontos, as forças eram eguaes nos dois campos; mas Napoleão, depois de pedir amplas explicações acerca da materia das adopcões, decidiu-se (como quasi sempre) pelo *systema romano*: ora na discussão do peculio quem presidiu foi o consul Cambacérés, isto é, uma

coruja em vez de uma aguiá, um legista e não um legislador: e por isso os defensores dos peculios foram vencidos, ficando a coisa, mas sem os nomes, e regulamentada; porque *os regulamentos são o non plus ultra da gente tacanha*. Miguel Angelo esboçava em meia dúzia de traços as suas admiráveis composições; os seus discípulos faziam o resto. Napoleão legislador é uma das maiores glórias da humanidade.

Depois de estudarmos as suas razões em favor da adopção ficámos com pena de que a nossa lei a não admitte.

§ 140

DIREITO PORTUGUEZ

Exposto o quadro da lei franceza, passamos a expor o da nossa.

O systema do Código, imitado e bebido sem duvida da lei franceza, parte do principio de que ha o uso-fructo, e portanto ficam excluidos os bens (peculio castrense ou quasi) do art. 147, como os do art. 146 (profecticio).

Já notámos, que a propriedade que o Código dá ao pae nos bens de que tracta o art. 144, salvo o direito de remunerar os filhos com uma parte d'esses bens, não se coaduna com a natureza dos peculios, nem mesmo com as reservas que as leis modernas dão a estes bens dos filhos: porque se o pae tem a propriedade e o uso-fructo em taes bens, como se deve entender a phrase do Código—*bens que os filhos adquirem*? Serão simples detentores? N'esse caso *adquirem* os paes pelas pessoas dos filhos, o que é purissimo romanismo. Mas ficando o pae com tudo, parece-nos que o Código em vez de dizer—*salvo o direito de os remunerar*—será mais exacto pondo—*salva a obrigação de os remunerar*—porque locupletar-se o pae com o trabalho ou aptidões dos filhos *não lhe dá direito, impõe-lhe a obrigação de remunerar*.

O Código civil francez, art. 384, dá (sem distincção) o goso dos bens dos filhos aos paes, isto até aos 18 annos ou emancipação, sem responsabilidade. E entende-se que d'esse uso-fructo não dêem contas quem tem de fazer todas as despesas de infancia e educação da puerdade; mas não falla n'este *direito* de remunerar.

O uso-fructuario fica obrigado: a) a todos os encargos do uso-fructo, menos á caução, a qual só é exigida nos casos de passar o pae a segundas nupcias, e se durando o exercicio do patrio poder, aos filhos vierem bens moveis de consideravel importancia, e ainda assim é só no caso de se julgar necessaria essa caução:

b) a decente sustentação e educação dos filhos;

c) ao pagamento de quaesquer prestações ou interesses atrasados, a que os bens usufruidos estivessem sujeitos (art. 148).

A lei franceza (art. 385) manda deduzir os gastos funerarios e de ultima doença.

Parece á primeira vista que ha um absurdo n'estas disposições; porque ainda que o filho familias nenhuns bens tivesse, sempre o pae era obrigado a dar-lhe casa, cama, mesa e educação; porque é este complexo de deveres impostos pela lei natural, e reconhecidos por todos os antigos como correspondentes aos direitos que o homem tem, ainda infante, de que lhe dêem desenvolução ás suas faculdades: mas os Codigos, tractando d'esta materia, acautelaram mui providentemente a seguinte hypothese:—O pae de familias tem tres ou quatro filhos, mas só um tem bens; o tractamento é para todos igual, por que todos tem igual direito, e o pae igual obrigação: o pae faz seus os rendimentos do filho: morre o pae, e na herança como o filho que tinha rendimentos não fez despesa ao casal, deve ser indemnizado.

As palavras *prestações e interesses*, ou atrasados, são a versão não muito correcta de *arrérages ou intérêts des capitaux*, de que usa a lei franceza no art. 385.

Prestações não exprimem juros ou *pensões* atrasadas, mas sim as rendas, temporarias ou perpetuas: *interesses* são os juros de capitães mutuados: e assim como o pae se aproveita dos juros que possam dever ao filho, tambem deve pagar os que este, ou os bens que adquiere deverem (Vid. Rogron e Mercadé a estes artigos).

Os gastos funerarios foram supprimidos pelo Código e fez bem, se é verdade como dizem os commentadores do Código francez, que esta distincção tem dado logar a muitas questões.

Como os paes sómente tem o uso-fructo (visto o que dissemos) é claro que não podem hypothecar, nem por qualquer fórma alienar os bens do filho familias; excepto como urgente necessidade, ou vantagem do menor; e n'este caso, depois de ouvido o ministerio publico, havendo auctorisação do juizo.

Por outro lado, além de não prestarem (em regra) caução, como dicto fica, tambem não dão contas da sua gerencia, salvo sendo simples administradores, porque n'esse caso as darão de 4 em 4 annos; e do producto liquido, alcance, ou saldo a favor ou contra o filho, no primeiro caso o pae responde pelos seus bens e até criminalmente (art. 255) no segundo caso o pae é pago pelos primeiros rendimentos (art. 254 e 152).

E rebaixar a dignidade de pae á de tutor, e, salvo o respeito devido, era melhor conservar-se a disposição da N. R. J.

Dando-se alguma altercação ou conflicto de interesses entre pae e filhos, menores, o juiz nomea um tutor *ad hoc* (art. 153).

Este uso-fructo acaba — 1.º pela emancipação ou maioridade dos filhos — 2.º pela condemnação criminal dos paes, uma vez que involva esta interdicção — 3.º pela falta do conjuge, que por morte do ou-

tro não fizer inventario — 4.º especial à mãe, se esta passar a segundas núpcias — 5.º pela renúncia, mas n'este caso, sendo feita em favor do filho, reputa-se doação (art. 149).

Chegado o filho á maioridade ou emancipação, os paes teem de entregar-lhe os bens e aquelles rendimentos de que não tinham o uso-fructo, bem como os moveis se existirem, e como existiriam depois do uso commun (art. 154).

SECÇÃO II

Do poder paternal, dissolvido o matrimonio (117)

§ 141

DISSOLUÇÃO POR MORTE DE UM DOS CONJUGES

O matrimonio dissolve-se, ou pela separação dos conjugues, operada, ou pela morte de um delles, ou pela annullação da união: por que se elle consiste n'essa união, a morte ou a lei pode desfazê-la.

Seguindo o Codigo, não tractamos agora senão do primeiro caso, porque tractamos do patrio poder, e de como se deve exercer morrendo um dos conjugues; e depois nos art. 1091 e seguintes se tractará do outro.

Ora o fallecimento de um dos conjugues pode recahir no marido, ou na mulher, e então dividiremos as disposições em relação a estas duas hypotheses, e no commun a ambos.

(117) O Codigo não tractando do patrio poder na constancia do matrimonio, teve de anticipar algumas coisas acerca do matrimonio.

§ 142

ORRIGAÇÕES COMMUNS A AMBOS OS CONJUGES

O conjugue que sobrevive reúne em si todas as attribuições do patrio poder; ou continuando as que já tinha, se é pae, ou accumulando ás suas as do morto, se é mãe (art. 155).

Dentro de 60 dias, contados do fallecimento do conjugue, deve requerer o que sobrevive que se proceda a inventario do que é dos menores completamente, e do que deve ser com elle partilhado; e não o fazendo, perde o direito ao uso-fructo dos bens dos filhos que por direito lhe pertencia (art. 156).

No caso de haver esta falta por parte do conjugue, ou de outra qualquer que se dê, compete ao curador dos orphãos promover o

andamento do inventario, e requerer a favor d'elles sob pena de perdas e damnos (art. 158).

§ 143

ESPECIAES DA VIUVA

Apresenta o Codigo uma singularidade do patrio poder quando exercido pelo pae, e vem a ser a nomeação de um conselho composto de um ou mais conselheiros que assistam á viuva no exercicio do patrio poder: eahi está a razão do que dissemos, que a generalidade do art. 155 que não distingue qual o conjugue supervivente era pelo proprio Codigo (e com toda a razão) mui differente segundo o sexo (148).

Esta nomeação só em testamento se pode fazer, e a intervenção d'estes conselheiros é mui vagamente definida pelo Codigo, comquanto tenha uma sanção mui forte.

Comparemos os art. 159 e 161.

Pelo primeiro manda-se que este conselho *dirija e aconselhe a mãe viuva em certos casos*, ou em todos aquelles em que o bem dos filhos o exigir.

Aqui temos o vago, o indefinido.

Pelo segundo a mãe que *em prejuizo* de seus filhos, *deixar de seguir* o parecer do conselheiro nomeado, *poderá ser inhibida* por deliberação do conselho de familia *a requerimento do dicto conselheiro, do curador, ou de qualquer parente dos filhos*, de reger a pessoa e bens d'estes.

Eis a sanção rigorosissima que a lei impõe á mãe viuva que não seguir os conselhos do conselheiro.

Parece-nos que a practica ha de mui depressa fazer modificar estas disposições.

O marido tem na nomeação de tutor, quando não confie bastante em sua mulher, o meio de prover á pessoa e bens dos seus filhos.

Já era de sobra um conselho de familia, um curador dos orphãos (149) e um juiz, com toda a sequela de papel sellado, intimações, assentadas, avaliações, partições, arrematações, liquidações etc. para não só desfaltar 20 ou 30 % do haver dos pobres orphãos, mas dar mil incommodos e desgostos mui serios a uma viuva que seja de vergonha; porque é de desgostar a intervenção de extranhos no regimen domestico, mas de mais a mais accrescentando-se a entidade = *conselheiros* = a que é necessario dar um epitheto para distinguir dos *conselheiros* que formam o conselho de familia.

Se o numero é par, pode dar-se o empate, e quem decide?

Em relação á pessoa do menor quaes são as faculdades da mãe viuva e as dos conselheiros?

E emquanto aos bens?

O art. 159 mui claramente diz, que os conselheiros só intervem em certos casos, mas logo accrescenta—em todos aquelles em que o bem dos filhos o exigir.

Pela primeira disposição sabemos que ha casos em que não teem de ser ouvidos os taes conselheiros, mas pela segunda, que a sua facultade consultiva comprehende a pessoa e bens dos filhos.

Se o pae traçar em seu testamento as attribuições d'este conselho, deverão ellas ser entendidas taxativamente ou exemplificativamente? ex. gr.: nomeio conselheiros de minha mulher, durante a menoridade de meus filhos, a F. e F. que ella ouvirá acerca da alienação de bens e escolha de estado para meus filhos.

Entendemos que se deve restringir tão sómente a estes casos, porque esta nomeação é *in odium* e portanto restringe-se o mais possível.

O que nos offerece mais duvida, e não pequenos receios, é o modo de classificar os negocios em que devem ser ouvidos os conselheiros, e se o seu voto é puramente consultivo.

A viuva hesita, ou entende que não deve consultar, quem decide? O juiz?—não o julgamos competente por ser questão de facto.

O conselho de familia?—é não só augmentar as rodas da machina, mas dar-lhe um papel contradictorio, porque não é corpo consultivo, é deliberativo e administrativo.

O curador?—como agente do ministerio publico não pode *decidir e julgar*, mas sómente *requerer e recorrer*.

Resta que a viuva se decida, consulte os conselheiros quando o julgar opportuno, e depois de ouvidos, lhes declare se segue ou não o seu conselho, para elles recorrerem ao juizo.

E augmentar gastos novos, é a ruina dos patrimonios orphanologicos, e é a guerra no seio das familias, mas parece-nos assim mesmo ser o mais logico.

A posição da viuva mãe não era pelo nosso antigo Direito muito invejavel, agora é terrivel.

Estes conselheiros são tirados da lei franceza, mas ali é uma boa coisa, aqui é má.

Costumamos provar o que dizemos.

No Codigo francez, a materia de que tracta n'este logar o nosso Codigo, tem uma collocação differente: aqui é tractando-se do patrio poder, alem é no Cap. 2. do tit. X do Liv. 1, que tracta das tutelas, o que faz uma grande differença em favor do systema francez, porque a morte de um dos paes em logar de ser uma alteração, mas sem descontinuação, do patrio poder, é antes uma occasião de se dar a tutela.

Depois, quando no art. 391 tracta d'este conselho deixado á mãe

viuva, o Codigo francez, coherente, pois se tracta das tutelas, em vez do vago que notamos no art. 159 do nosso, diz que o pae poderá nomear *un conseil spécial, sans l'avis duquel elle ne pourra faire aucun acte relatif à la tutelle*—*Si le père spécifie les actes pour les quels le conseil sera nommé, la tutrice sera habile à faire tous les autres sans son assistance.*

Aqui temos bem percisas as cousas em que intervem o conselho—ou só as designadas pelo pae (opinião que seguimos) ou só as relativas á tutela.

Além d'isso, o não seguir a opinião do conselho, não traz consigo o ser inhibida da tutela, como no draconiano art. 158.

Bem quizeramos poder entender as disposições do nosso Codigo pelas do francez, mas não pode ser.

Ao meios no modo da applicação pode fazer-se restrictivo, e tambem por ser omisso no Codigo; no caso de morrer ou demittir-se o conselheiro, não se nomea outro, porque sendo esta escolha um effeito do patrio poder, não ha quem possa nomear. Seguimos a opinião de *Rogron*.

§ 144

QUANDO A MÃE PASSA A SEGUNDAS NUPCIAS

O nosso antigo Direito olhou sempre com muita desconfiança e nenhum favor a viuva que passava a segundas núpcias. A *Ord. L. 4. tit. 102. § 3* suppõe as binubas excluidas da tutela dos filhos orphãos.

Pelo Direito novo da N. R. J. (art. 424 e 425) a viuva é tutora natural, mas é até á reunião do conselho de familia, porque depende da confirmação d'este o ficar (art. 423).

(118) O Codigo não contém exactamente estas disposições, uma em relação á mãe, e outra ao pae; não está esta differença comprehendida nas antigas disposições anteriores, porque ali se viu, que os poderes do pae eram amplos, e fortes, e os da mãe mais consultivos do que outra coisa, d'onde se segue que a reunião de todos os poderes em um só dos conjuges deve de trazer mais á mulher do que ao marido; e tanto que o proprio Codigo toma em relação á viuva cautelas que não em quanto ao marido.

(119) Quando tractarmos do curador dos orphãos discutiremos as suas vantagens e inconvenientes: agora devemos justificar porque entendemos a doutrina do art. 158 applicavel a do art. 156 e em complemento.

O art. 157 tracta de uma curadoria especial e tambem de um curador *ad hoc*, e entendemos que n'este 158 se tracta do curador geral (*curador dos orphãos*): e como de facto é necessario quem, na hypothese do art. 156, suppra a negligencia do pae ou mãe dos menores, este só pôde ser tutor.

Esta opinião parece-nos em tudo conforme com a do art. 22 e seg.

E como ultima razão: no Projecto este artigo vem logo em seguida ao outro, pois não havia disposição em quanto á viuva que ficava gravida.

No caso de passar a segundas nupcias, ao conselho de família pertence nomear outro tutor, ou prorogar-lhe a tutela, mas n'este caso o novo marido, devia tomar a responsabilidade.

Em toda esta materia de tutelas a Reforma carecia, e ainda carece, de *eminentissima e reverendissima reformatio*; fazendo um amalgame da Ordenação, do Código francez e do Decreto de 13 de maio, chegou-se ao ponto de haver disposições impossiveis.

Prove mos — Diz o art. 430 — Na falta de ascendentes, a tutela pertence aos tios, irmãos do pae e da mãe dos menores, *preferindo os da linha paterna aos da materna, e em igualdade de gráo e de linha o mais velho ao mais moço* — muito bem: mas depois pegaram nas thesouras e foram á *Ord. L. 4. tit. 102. § 5 in fin.*, e cor-taram as seguintes linhas para a Reforma — *Emquanto houver pa-rente do orphão abonado, não será constrangido o que não for abo-nado, ainda que seja parente mais chegado em gráo.*

Não se lembraram os AA. n'estes dois logares, que entre tios pa-ternos ou maternos o gráo é o mesmo.

Tambem no art. 425 fallando dos paes ou mães tutores que pas-sam a segundas nupcias, diz; *O pae pode ser nomeado, assim como a mãe, se o futuro esposo se responsabilisar.*

De tres uma, ou o pae viuvo pode passar a casar com um ho-mem — absurdo que nem está senão na redacção — ou a mulher com quem casa tem de se responsabilisar renunciando ao Senatus con-sulto velleiano, ou o pae tambem não tem responsabilidade alguma.

É porque há aqui a mistura de Direito francez com a *Ord.*, que não ficou bem fundida no Decr. de 18 de maio de 1834.

O Direito civil francez não exclue o pae binubo, que continua, sem prestação de caução, nem confirmação de tutela: de mãe binuba pode o conselho de família continuar a tutela, e o segundo marido é feito *co-tutor necessariamente* (art. 396 Cod. civ. fr.).

Felizmente o novo Código veio lançar muita luz sobre estes in-trinçados, quanto productivos, pontos do nosso processo orphanolo-gico.

Pelo Código, a viuva com filhos menores que passar a segundas nupcias, perde o uso-fructo dos bens dos filhos, e toda a ingerencia na administração dos bens (art. 162).

Emquanto ás pessoas conserva o poder materno (120); e além d'isso não perde o direito a ser alimentada á custa do casal, e tanto que pode exigir que o conselho de família lhe arbitre as mesadas convenientes (*tit. loc.*).

Como estas mesadas tem a natureza de alimentos, deve ser por acção summarissima, e obtidos antes os provisionaes.

Entendemos que tem a natureza de alimentos porque não sendo dotaes, não podendo ser paraphernaes, e menos arrhas ou apana-

gios; sómente em attenção ao fim, serem alimentos; e emquanto á somma, á falta da lei a marcar, parece-nos que não poderá exceder a terça dos réndimentos pela *Ord. L. 4. tit. 47. pr.*, pelo similé dos arrhas.

Com o facto do segundo casamento, a mulher é privada *ipso facto* da tutela, ou antes curatela dos filhos, mas nem por isso se deve tomar o segundo casamento como obstaculo invencivel, e por isso o conselho de família pode nomeal-a ou não. Não a nomeando, tem de escolher outro tutor, mas se a nomear, pode ou dispensal-a de dar caução, ou marcar-lhe a importancia (art. 162 § 1.º e 163).

Pode, porém, a viuva binuba recuperar todos os seus direitos em relação aos bens dos filhos, se enviivar do segundo marido (art. 164); e decerto que tornará a perdê-os e recuperar tantas vezes quantas enviivar e se tornar a casar.

Estas disposições são proprias da tutela dativa, pela ingerencia que tem em taes nomeações o conselho de família.

(120) O Código justifica a inexactidão com que disse no art. 153 que o con-juge sobrevivente conservava o poder paternal; e bem assim a do art. 138 em que se diz que *as mães participam do poder paterno*. Notamos essa impropriedade n'esses logares. Agora resta saber o que seja *poder maternal*.

O Código não o diz, nem sabemos que haja quem o defina, está escripto no coração das mães, e não são os homens os que poderão nunca ler, nem enten-der, é muito menos para dizer as suas leis.

Mas d'esse amor que se sente, mas não se pode definir, a um elemento de poder juridico vae muito.

§ 145.

QUANDO SE DISSOLVER O MATRIMONIO SEM SER PELA MORTE OU PELA SEPARAÇÃO JUDICIAL

Este caso previsto pelo Código no art. 1093 e seguintes, tem effeitos diversos emquanto ás pessoas e emquanto aos bens dos fi-lhos.

Emquanto á pessoa — Se ambos os conjuges estavam de boa fé quando contrahiram o matrimonio aliás nullo, as filhas seguirão a mãe, e os filhos o pae (art. 1091); se estava um só de boa fé, só esse fica conservando o patrio poder, e portanto só elle tem a tutela sobre os filhos (art. 1092).

E podendo succeder que os conjuges não combinem na separação dos filhos, será convocado o conselho de família de que tracta o art. 1206 (art. 1093).

Em relação aos bens, tendo a annullação os mesmos effeitos que

a morte, é claro que n'este caso é como se os filhos ficassem sem paes para lhes ser nomeado tutor, aliás curador (art. 1075).

Assim a comparação d'este art. com o 1092 ha de necessariamente na pratica dar logar a um sem numero de questões, cuja solução nos parece não pertencer senão ao conselho familiar, porque são das familiares.

E será a primeira coisa haver um (curador) tutor, apesar do pae, e levar cada um d'elles uma parte dos filhos.

E depois não approvamos que na separação por adulterio as filhas sigam uma mãe accusada e condemnada por tal.

Mil outras questões, que addiamos por emquanto, se hão de dar por causa d'estas disposições.

CAPITULO IX

Em relação aos filhos illegítimos

§ 146

DOS NÃO PERFILHADOS

Os filhos não perfilhados não estão sob o patrio poder (art. 167).

Esta disposição, deduzida do Direito romano, tinha ali uma razão de ser, e era o ser o patrio poder uma instituição baseada em Direito politico, e por isso não olhavam nem ao facto da procreação, nem á identidade do sangue: mas entre nós, que deduzimos o patrio poder da origem natural, não pode justificar-se esta excepção, senão pela pena imposta ao que illegitimamente foi pae, não tirar de uma causa illegítima direito algum.

Mas os filhos que ficam sem pae?

Lex est art. 167.

E no entanto o Codigo, no caso da menoridade do filho spurio, no caso do pae ou mãe não lhe nomearem tutor, ordena que assim lh'o nomeie, dá a este tutor a faculdade de intentar as convenientes acções para compellir os paes ou seus herdeiros a dar-lhes alimentos, e o juiz fica com os poderes de conselho de familia, etc. (art. 29 e segg.).

Assim na menoridade toma d'esses spúrios bom cuidado a lei, mas depois de emancipados não.

§ 147

DOS PERFILHADOS

Dá-se o mesmo que em relação aos legitimos só com a differença que o pae não tem o uso-fructo dos bens do filho; é uma posse como outra qualquer.

Se o pae se oppoz, e foi coagido por sentença a perfilhar o bastardo, então, é como no caso do art. antecedente, é o juiz quem nomeia o tutor, etc. (art. 166).

CAPITULO X

Suspensão e terminação do patrio poder

§ 148

SUSPENSÃO

O Codigo admite tres causas de suspensão do patrio poder.

- 1.º Incapacidade dos paes reconhecida judicialmente;
- 2.º Ausencia, dados e justificados os motivos d'esta pela forma já explicada;
- 3.º Condennação que envolva esta interdicção temporaria.

Pelo art. 53 do Codigo penal o condemnado á pena de trabalhos publicos, prisão, ou degredo, perde todos os direitos de exercer a auctoridade paterna, bem como a marital; mas no § 2.º desse artigo, declara o Codigo penal que o condemnado no logar do degredo pode exercer os direitos civis; ora um d'estes direitos é o patrio-poder; consequentemente a suspensão da auctoridade paterna, por estar o pae condemnado, não pode entender-se senão no caso de não estarem junctos os filhos com elle.

Esta applicação dos efeitos da penalidade á cessação ou suspensão do patrio poder, todavia se traduz em factos do dominio da legislação civil.

Comprehende-se que o cidadão romano condemnado á *capitis-minutio magna*, e tornado escravo da pena perdesse o patrio poder, que era baseado nas razões politicas, e que só um cidadão podia exercer, e nunca o escravo.

Mas entre os povos modernos não é assim; o patrio poder resulta das relações naturalissimas que se dão entre pae e filhos; e sómente se pode dar como causal da sua perda, o não querer subjeitar o filho, homem probo, ao pae que a sentença declarou sem honra nem virtude.

A esta consideração, cuja procedencia estamos longe de negar, contrapõe-se outra a que damos todo o peso.

O condemnado é mais desgraçado, do que outra cousa.

Ainda suppondo que muitas vezes não seja senão victima da fallibilidade dos juizos humanos, ou da corrente das idéas do seu tempo; ainda sendo criminoso tem por isso a maior das desgraças, que é haver fugido do caminho do dever.

E se ainda temos o absurdo da tabella das penas, e não limitada a sua duração á expiação e até produzir o arrependimento, temos a idéa catholica da misericordia: tanto mais criminoso tanto mais infeliz, e tanto mais infeliz quanto mais necessitado de ser soccorrido.

O catholicismo em frente do patibulo onde o algoz vae decepar a cabeça do criminoso, abraça este, ministra-lhe a substancia da propria Divindade para viatico da tremenda jornada, e em troca do arrependimento mostra-lhe abertas as portas da mansão celestial.

Sejamos logicos com o principio vivificador e regenerador do catholicismo, por ser infeliz o pae, não o separemos dos filhos, sejam estes o primeiro instrumento da redempção do criminoso (121).

Já se vê que não sustentamos as idéas dos dois Codigos, civil e criminal, emquanto á suspensão do patrio poder dos paes condemnados.

(121) Esta privação de direitos politicos e civis constitue o que se chama morte civil.

Não gastaremos tempo, por não ser este logar o proprio, em combater a atrozissima immoralidade de uma pena, mil vezes peor do que a da morte natural.

Os francezes n'este ponto, mais romanistas do que ninguém, mantêm na sua legislação criminal e civil este contrasenso moral. Não ha muitos annos que um illustre proscripto, o principe de Polignac, subjeito á morte civil, casado com uma heroína, digna da sua santa posição, pois preferiu passar aos olhos da lei por uma mancha do condemnado, a abandonal-o; viu augmentar-se-lhe a familia, mas todos os filhos nascidos depois da condemnacão eram *bastardos*!

Esta vergonhosa concepção do espirito humano, a *morte civil*, tambem existiu na nossa Ord. L. 4 tit. 81 § 6, tão romanista que até emprega a expressão *servos da pena*.

Hoje oCodigo não falla em tal, e tanto basta para a julgarmos abolida: e para sempre riscada das nossas lei.

Ainda não ha muitos annos que se discutiu affincadamente se o *carrasco* podia casar!

Negava-se em nome da lei ao homem, instrumento executivo d'essa mesma lei, o que a religião e a moral não negam a pessoa alguma.

Ainda Coelho da Rocha a defende, uma vez que não dissolva o matrimonio.

Ainda o *Codigo do commercio* art. 818 admite a tal morte civil. (Era coerencia com a legislação do seu tempo).

Mas já os francezes a aboliram pela lei de 31 de maio de 1854; e das Ordenações desapareceu peloCodigo; e noCodigo do commercio é materia de uma errata.

TERMINAÇÃO

A terminação do patrio poder é por parte do pae=morte ou condemnacão criminal=por parte dos filhos=morte, emancipação, maioridade.

A lei franceza obriga os filhos a respeitarem seus paes, traddzin-do no artigo 371 doCodigo penal o quarto do Decalogo, e por isso nunca a emancipação ou maioridade podem ir além de uma maior expansão de faculdades juridicas.

CAPITULO XI

Dos alimentos

Entre os deveres impostos pela natureza aos paes é por certo o primeiro o sustentarem seus filhos; e n'esta obrigação pode subsidiariamente o Direito civil comprehender maior ou menor numero de pessoas.

Sendo a obrigação de alimentar derivada do sangue, tem sido mais ou menos largamente applicado aos alimentos o principio de consanguinidade; e assim emquanto uns legisladores só impõem aos paes e ascendentes a obrigação de alimentos, pelo principio de que o facto da procreação impõe o dever de alimentar aquelles a quem se deu a existencia (Direito romano D. *tit. agnosc. et alend. lib. XXV, 3.*) outros estabelecem a successão legitima como base para regular a obrigação dos alimentos, sendo a regra, quem é herdeiro legitimo tem obrigação de alimentar aquelle de quem herda. (Cod. d'Austr., art. 2017), outros vão ainda mais longe, porque até aos affins estendem esta obrigação, uma vez que sejam na linha recta (Cod. civ. fr. art. 204).

O nossoCodigo seguiu um systema medio, porque tomando o principio do Direito romano, foi buscar ao uso do reino pela interpretação *bartolina* a que se refere o Ass. de 9 de abril de 1772, a alimentacão dos irmãos, e até por amplissima applicação a foi impôr aos parentes até ao decimo grau (art. 177); mas tudo ligado ao principio hereditario, porque faz cessar a obrigação de prestar alimentos nos casos em que é *admittida a desherdacão* (art. 177 n.º 2).

§ 150

O QUE SEJAM

Por alimentos entende-se não só a sustentação physica, ou o sustento alimenticio, vestuário, casa, cama, e tractamento nas enfermidades (122); mas a cultura da intelligencia, e do coração, ou a instrução e a educação: conquanto esta ultima obrigação seja só durante a menoridade (art. 171).

Como o Código não dá importancia ás divisões do antigo Direito em puberdade, infancia etc. segue-se que se deve entender que existe esta obrigação de alimentar até aos vinte annos ou emancipação.

Sendo regra fundamental em toda a materia de alimentos, que estes devem ser proporcionados ás *posses* de quem dá, e ás *necessidades* de quem recebe (art. 178); o termo *instrução*, muito principalmente tem de ser entendido e applicado em conformidade com esta regra; e então para o trabalhador, artista (antigamente *homem de officio*) a instrução deve limitar-se ao que é necessario para, por meio do trabalho, nobilissima fonte de riqueza, adquirir os meios de existencia, equal á de seu pae; ao mesmo tempo o filho do homem opulento, nascido em uma região não mais nobre, mas mais elevada, e por isso banhada por uma differente atmosphera, a instrução deve ser artistica, scientifica e liberal.

Napoléão, discutindo este ponto com os collaboradores do Código francez, demonstrou com a maior energia e clareza, que o contrario seria um mal social, e uma iniquidade da maior immoralidade, excitando aspirações impossiveis na ordem natural das coisas; e tambem Toullier, commentando a lei franceza, diz com toda a razão que os alimentos são um soccorro, e não um meio de convidar os homens a ser mandriões e egoistas, contando com a casa, cama e mesa sem trabalho.

Era esta a sorte legal dos filhos segundos das casas vinculadas; e logo que os exercitos e os cabidos não deram vação, refluíram para a sociedade, tornaram-se parasitas, envergonhando os gloriosos nomes de seus ascendentes pela sua ignorancia e crapula (123).

A causa é a apontada por Toullier, e que entre nós deu causa ao celebre *Assento* que já mencionámos, convertido depois em lei.

Emquanto, porém, á educação, essa na realidade não pode dar-se a todos os alimentandos, pois seria ridiculo um neto, e mesmo um filho a dar lições de moral e decoro a seu avô, ou pae. Entende-se que é aos menores, e então pode e deve ser abundante. O Decalogo não demanda muita explicação, e no emtanto quem dera que por todos fosse entendido e practicado!

(122) Se no gozo de todas as suas faculdades physicas e moraes o alimentando pôde exigir do parente o alimento do corpo e do espirito, com muita mais razão quando a enfermidade o prostra no leito da dôr.

Sabemos, que nos respondem com o augmento da despesa; e com os hospitaes que a sociedade abre aos enfermos.

Em quanto ao primeiro — o doente não gasta em fato, nem quasi em comida, para os medicamento e dietas chega a pensão alimenticia, e o medico nunca bade fallar, porque o medico como o descreve Huefand, e os nossos sempre lembrados Alves da Silva e Gomes de Abreu não é avis raro entre nós. Os hospitaes são o ultimo refugio dos que não leem familia. Digam os entendidos, se os soccorros aos domicilios não valem muito mais do que as grandes accumulações de enfermos.

Sobreleito os alimentos *jura sanguinis* presuppõem em quem os ministra um certo grau de carinho e affeição, que nunca transpuzeram os umbraes dos hospitaes, senão com o veu da religião.

Mandar o pae, ou mãe para um hospital, porque está doente, equivale a mettel-o em um hospicio estando sãos; mas a repulsa e de natureza a provar, que uma tal maldade não pôde passar a ser lei; e é por isso que os tribunaes francezes tem adoptado, segundo affirmar Rogron, o principio de que o filho não pode mandar recolher a um hospicio seus paes, embora pague as despesas de alimentação, se elles não quizerem.

(123) Muitas e muy honrosas excepções tem esta regra: mas o rigor logico leva a este resultado. A instituição vincular carecia de outras instituições que a sustivessem, neutralizando as suas más consequencias. Assim os filhos segundos seguindo as armas ou as letras tinham n'estas carreiras vantagens especiaes; e muitos n'elles adquiriram honra para si, e augmentaram o lustre de suas familias; mas faltando estes complementos do systema vincular, dava-se a hypothese em que fallamos.

§ 151

A QUEM SÃO DEVIDOS

É tam natural, tam conforme com as necessidades physicas do alimentando, e com a organização da sociedade mãe (o matrimonio) a divisão da alimentação chamada do leite, que, embora omissa no Código, todavia, não hesitamos em a entender vigente; e até nos parece que d'ella se lembrou o Código no artigo 177, quando falla em alimentos devidos até aos dez annos.

A alimentação por meio da amamentação pertence exclusivamente á mãe, e sua duração é de tres annos. (Ord. L. 1, tit. 88, § 10).

A alimentação é reciprocamente devida entre ascendentes e descendentes, e irmãos de todas as especies (art. 172).

Faltando estes parentes, entre os quaes se dá a reciprocidade, é só aos filhos legitimos que assiste o direito de reclamar alimentos a qualquer parente até ao decimo grão (civil), preferindo-se o mais proximo ao mais remoto, e além d'isso só até aos dez annos (art. 177).

Não é porém arbitraria a escolha do que deve alimentos.

Reciproca na linha recta são preferidos os proximos aos remotos; assim, havendo pae e avô, o filho áquelle pode pedir alimentos, e

não a este, a não ser que o pae não possa, e isto segundo o direito successorio (art. 173), e applicado tanto aos legitimos como aos legitimados.

Os irmãos são obrigados, faltando os paes e outros ascendentes, mas pela seguinte ordem — germanos, uterinos, sanguineos (art. 174).

Os filhos perfilhados só podem pedir alimentos aos paes, mães, e irmãos (art. 175).

Faremos notar:

1.º que o Código faz grande differença para os alimentos, entre os legitimados e perfilhados; pois aquelles dá o mesmo direito que aos legitimos (art. 173, 174), e aos perfilhados não podem ir além dos paes e irmãos;

2.º que os legitimos são unicamente os que podem ir até aos parentes do decimo grão até que os alimentados tenham dez annos (art. 177);

3.º que não providencia para o caso em que sejam muitos os que estão em igual obrigação de alimentos; por ex. o pae que tem muitos filhos, ou o irmão que tem varios irmãos do mesmo genero;

4.º que também não está prevista a hypothese de que aquelle que carece de alimentos tem pae e filho.

A respeito do primeiro caso lembramos o que fica dicto em relação a legitimação e perfilhação.

Em relação ao segundo, parece-nos que ás mães dos illegitimos incumbem o dever de pelo menos prestarem os alimentos de leite; e na sua falta (que é a hypothese do art. 177) irem aos ascendentes d'este, e na sua falta aos irmãos; para isto buscamos o fundamento na faculdade de succeder, e reciprocidade de obrigações.

A terceira hypothese tem pela praxe fundada na opinião de Moraes (de excent. lib. 6, cap. 7 n.º 6) a sua solução; que consideramos vigente ainda depois do Código.

A obrigação é igual, e por todos se reparte *pro rata* o encargo; mas para evitar ao alimentando o incommodo de pedir a todos, e receber de tantos, escolhe elle, ou na sua falta o juiz, um, no qual encabeça o cumprimento da prestação de alimentos, e este recebe dos outros as quotas respectivas.

Enquanto á ultima, Corrêa Telles (Dig. pr. art. 552) sustenta que deve ser obrigado primeiro o pae; outros (Coelho da Rocha) quer que sejam os filhos. Aquelle busca a obrigação de alimentar, no facto de haver dado a existencia; os outros na ordem de successão.

Se tractassemos *de jure constituendo* seguiriamos os primeiros; mas adoptando o direito de successorio como norma para regular a prestação dos alimentos (art. 173) abraçamos o segundo.

ESPECIALIDADES

Os alimentos, como são destinados a supprir a falta de meios; tem de ser taxados em attenção a essa falta, e também conforme as forças de quem os subministra (§ 148) para serem possiveis, e por isso mesmo variam, tanto para mais como para menos (124) art. 181.

Pela mesma razão não se restituem os alimentos recebidos, porque alimentos consomem-se; e a rigorosa reciprocidade pedia que também não se podessem pedir os vencidos, mas não recebidos; todavia o Código, art. 182, torna isto facultativo, e entendemos que com toda a razão; porque, se não foram pagos em tempo, pode isso ter tido por causa a má vontade de quem os devia prestar, e então dá-os por não exigiveis era animar a falta de zelo no cumprimento dos deveres.

Esta faculdade de renunciar aos alimentos vencidos, e de deixar de os pedir (art. 181) não traz consigo que se possa renunciar ao direito de os haver (art. cit.)

É ainda attendendo-se ao seu fim, que os alimentos devem ser pagos adiantadamente (art. 184); porque deixariam de ser alimentos se o que deve servir para a vida no mez de dezembro só em janeiro se recebesse (125).

O Código foi buscar ao Código sardo (art. 124) que tirou do francez (art. 240 e 241) a regra de que o pae preste os alimentos em casa se não os poder prestar fóra como pensão, e assim se deve determinar; bem como se o alimentado sem justa causa sahiu de casa (art. 183) os perde.

(124) O Código falla só em *reducção*; parece-nos, porém, que todas as vezes, que melhorarem as posses do alimentario, e augmentarem as necessidades do alimentado, a alteração deve ser para augmentar a importancia. Ha n'este uma mais completa applicação dos dois principios reguladores da taxação dos alimentos — *posses* do alimentario, *necessidades* do alimentado. O Código civil francez contém a doutrina que adoptamos (art. 209).

(125) Na figurada quanto energica linguagem popular ha um prologonismo que dá a razão d'esta disposição. Diz-se — depois do asno morto, cevada.

Seria por certo muy curioso trabalho, o colligir as regras e principios de direito que andam contidas em proverbios populares. Era um titulo de *regulis juris* muito aproveitavel.

ALIMENTOS CONJUGAES

Não tracta o Código Seabra dos alimentos conjugaes: isto é os do conjuge rico ao conjuge pobre; e por sequencia do conjuge viuvo, e parentes do conjuge morto.

Não são hypothesees gratuitas. O Codigo de Sardenha, art. 128, nega ao conjugue necessitado o direito de pedir alimentos a seus parentes, e sim ao outro conjugue, por isso que assim o exige a mutua obrigação do matrimonio.

Ora d'esta obrigação mutua resulta que os parentes que representam, e herdão do conjugue rico, devem alimentar o conjugue viuvo que careça de alimentos.

O facto é muito possivel havendo dote, ou faltando filhos, e havendo ascendentes.

Emquanto ao marido viuvo temos só por nós a auctoridade moral da egualdade; enquanto a viuva ser alimentada pelos parentes do marido, temos durante o anno de luto o Frag. 1 § 7. Cod. de rei. uic. act. e já alguns dos nossos reinocolas citados por Coelho da Rocha (Gama) seguiam a affirmativa ainda passado o anno de luto; mas a praxe era contraria.

Não duvidamos adoptar esta opinião, porque seria altamente immoral: que a viuva de um homem que fôra rico em vida, e que deixou riquezas que passam para os parentes (art. 1969) deixe na miseria a escolhida do seu coração, aquella com quem unificou a sua vida physica e moral.

§ 154

ALIMENTOS PROVISIONAES

O Codigo não tracta d'estes, tam conhecidos no nosso foro, e por isso devemos antes decidir se está abolida a sua prestação.

Entendemos que a abolição ou revogação da legislação anterior ao Codigo comprehende unicamente as disposições por elle abrangidas (art. 5 da L. de 1 de julh. 1867); e então, por não tractar dos alimentos provisionaes não se segue que os abolisse.

Além d'isso, como estes alimentos concedidos só com o fim de o alimentado poder obter os ordinarios, a que no nosso foro, em contraposição aos provisionaes, se dá o nome de *definitivos*, são mais um meio d'acção do que outra cousa; e por isso, com toda a propriedade, se podem julgar fazer parte das leis do processo.

E por estes fundamentos que entendemos, que ainda subsistem os chamados alimentos provisionaes.

O seu principio justificativo está na impossibilidade, em que se pode achar aquelle que quer (por ter um direito presumptivo), obter a prestação de alimentos, de intentar a acção competente, alimentando-se até á decisão, e pagar os gastos do processo.

Se tractassemos da forma do processo, discutiríamos estas razões, mais apparentes do que solidas; porque o meio poderia ser outro, evitando-se o absurdo immoral de que antes de qualquer ser julgado

ter obrigação de dar alimentos, já seja condemnado a dar-os provisionaes, e sobretudo a pagar a arma com que o estão ferindo: absurdo que se completa pela regra de não rehavêr o demandado os taes alimentos e *expensas litis*, ainda quando ganhe a acção, isto é, ainda quando se prove, que ou o alimentando não tem necessidade, ou que elle não tem meios; mas tractamos de Direito civil.

Não fallamos nem do modo de os pedir, nem da forma do julgamento, pois isto está prevenido na N. R. J. (art. 201, 218, 684), e quem quizer mais pode consultar Pereira e Sousa (P. L. Lobão, Acc. sum.) basta que digamos ser summaria, pois seria uma contra-seção dar-lhe a mesma duração que é a dos alimentos definitivos, e não é precedida de conciliação (126), e que pode intentar-se em qualquer estado que esteja o processo dos alimentos definitivos.

A practica, e não lei, faz com que os juizes se contentem para os decretar com a justificação da pobreza de quem pede, e com a presumpção da justiça na causa principal (127).

Estes alimentos provisionaes costumam ser divididos em dois capitulos no seu decretamento = *alimentos*, *expensas litis* = são epigraphes de dois capitulos de orçamento, mas o alimentando pode fazer todas as transferencias de um para outro.

Acabam pela decisão da causa principal, porque se os alimentos definitivos são concedidos, já o alimentando não tem pobreza; se negados, não ha causa para os receber, porque a sentença julgou não provado o que se allegára.

(126) De passagem diremos que em nenhuma outra causa seria mais lógica do que n'esta a conciliação, como o ser sempre decidida por arbitros, ou em conselho de familia. Os que estiverem lembrados dos escandalos que acompanhãtaes processos hão de dar-nos razão.

(127) Melhor seria que o processo fosse gratuito, como devesa ser para todos os pobres, e para todos os RR., até que a sentença final decidisse em favor dos AA., attas da-se o absurdo de obrigar os RR. a dispendêr no foro, porque um qualquer se lembrou de os inquietar.

§ 155

QUANDO CESSAM OS ALIMENTOS

O Codigo enumera quatro causas de cessação de alimentos:

- 1.^a quando aquelle que tem obrigação de os prestar não tem meios;
- 2.^a quando o que os recebe deixa de precisar d'elles (128);
- 3.^a nos casos em que é admittida a desherdação (129);
- 4.^a quando a necessidade dos alimentos resulta de má conduta do alimentado (art. 179 e 180).

Nesta ultima hypothese o Codigo estabelece a seguinte regra:

«Se o alimentado, por causa de máo comportamento, chegou a tal desgraça, que ainda emendando-se fique carecendo d'elles, então esse procedimento não desobriga dos alimentos, mas serve unicamente para serem menores (133).

(128) Esta disposição é já do Assent. de 9 de abril de 1762 § 2.º; mas este Ass. no § 4.º faz uma excepção, e vem a ser a do filho embora emancipado e havendo recebido a sua legitima, porque esse não obstante não precisa, todavia conserva direito aos alimentos.

Entendemos, que se deve considerar abolida esta disposição, porque é difficil justificar laes alimentos; visto que o filho recebeu a sua legitima: salvo se esta não chegar para se sustentar.

(129) O Codigo nos art. 1876 e seguintes estabelece principios que leem aqui toda a applicação porque elle tornou a prestação dos alimentos dependente do direito successorio. Portanto se

a) a desherdação do filho pelo pae se dá quando commette contra elle delicto a que caiba pena de mais de seis mezes de prisão — ou

b) se o filho accusar o pae por delicto, que não seja contra elle filho, ou seu conjuge, ascendentes e descendentes, ou irmãos; ou

c) se lhe houver sem justa causa negado alimentos. Segue-se — que em todos estes casos o pae está desobrigado de dar alimentos ao filho indigno.

Esta disposição é moral; mas não podemos deixar de achar perigosa a 3.ª; por que segue-se que toda a acção de alimentos proposta pelo pae ao filho e por este contestada, se for julgada procedente, importa uma desherdação, porque a sentença torna não justa a causa da recusa. Ora a sentença que applicando a lei, vae além do que teve em vista, é a prova mais cabal que a lei é má.

Os paes pôdem ser desherdados pelos filhos pelas mesmas causas que estes, e mais uma

d) a saber, se o pae attentou contra a vida da mãe, ou vice-versa, e não houve depois reconciliação (art. 1878).

Pôde parecer um pouco immoral esta disposição por erigir o filho em algoz do pae ou mãe, ou pelo menos juiz; mas como nos parece que isto só pôde dar-se havendo sentença, porque do contrario era isto uma denuncia que é covarde e immoral no testemunho de um filho, entendemos que não ha o risco da immoralidade.

O que nos levou a escrever esta nota foi a importancia da disposição do art. 1877 para os alimentos.

Por este artigo os descendentes dos desherdados recebem a legitima que pertenceria ao seu ascendente, uma vez que sobrevivam os barbaídos, ficando todavia o ascendente desherdado privado até do uso-fructo da legitima ex. gr. Gaio tinha um filho Ticio, o qual era pae de Seio o Mevio. Gaio desherda Ticio, e quando morre eram vivos Ticio e seus filhos; estes succedem ao avô ha legitima paterna, e o pae Ticio nem o uso-fructo pôde ter.

A disposição deve ser applicavel a todas as successões necessarias, pela egualdade da razão. Assim se Mevio desherdasse seu pae Ticio, a legitima ia para Gaio.

Em tempo e lugar opportuno tractaremos d'estas disposições de successão legitima; agora occupamo-nos só de alimentos os quaes, como está dito, se regulam pelas successões: e então — Se o pae não tem obrigação de dar alimentos

ao filho por este ser desherdado, tem todavia obrigação de os dar aos filhos do filho, seus netos.

O rigor do principio, e as disposições parallelas do Codigo são em favor da opinião.

(130) Os criminalistas teriam que dizer a esta disposição, porque não recompensa o arrependimento e porque castiga as consequencias forçadas do acto reprehensivel, mais do que este.

O que é victima dos seus vicios, não nos parece ter direito a mais do que aos soccorros de caridade que a sociedade deve a todos os miseraveis: mas se o arrependimento vem sarar aquella coração e rehabilitar a alma, porque devemos diminuir-lhe os alimentos? O vicio quebrou-lhe os braços? mas não valerá mais uma alma arrependida do que mil braços validos?

Preferimos a parábola do filho prodigo, a quem o pae não perdoaria se não tem que comer pelos seus vicios, e se pôde ganhar a vida, mada distar o mais gordo vitello, e da uma festa.

Talvez nos enganemos, mas parece-nos que este artigo do Codigo ha de ser origem de mais de um escandalo.

CAPITULO XI

Das tutelas

SECÇÃO I

Generalidades

§ 156

NECESSIDADE DA TUTELA

O patrio poder nem sempre pode ser exercido pelos paes, porquanto além de que a differença da idade ha de, na immensa maioria dos casos, fazer com que os filhos sobrevivam aos paes, e por isso, se ficarem menores, e carecem de quem em beneficio d'elles exerça o patrio poder ha os impedimentos physicos e moraes que tornam esse exercicio impossivel pelos proprios paes.

E, além d'isso pessoas *sui juris* podem, por causas physicas ou moraes, tornar-se incapazes de conservar-se e aperfeiçoar-se, e portanto serem equiparados aos menores, o que faz que tambem as leis os devam proteger.

Esta protecção, em rigor de Direito, quando se applica ás pessoas, chama-se *tutela*, do verbo latino *tueri*, guardar, defender etc.; quando em relação aos bens, *curadoria* ou *tutela de cura*, ter cuidado, administrar.

E como quanto as nossas leis confundam bastante as diversas funcções, todavia ha ainda muitas differenças legais, como veremos, e mesmo já vimos em quanto aos ausentes, que tem *curadores* e não

tutores, porque o que d'elles carece protecção, não são as pessoas, mas a fazenda.

§ 157

EM QUE CONSISTE

O Código define a tutela, o supprimento do poder na falta ou impedimento dos paes (art. 185.)

Se subintendemos que se tracia só de menores, a definição é rigorosa, mas, se comprehendermos todas as especies de tutela, então a dos mentecaptos, prodigos, etc. não é supprimento do patrio poder, mas sim a protecção qua a sociedade tem obrigação de prestar aos seus membros; e ainda que estes, pelo seu estado, a não exijam, todavia a sociedade deve prestar-lha independentemente de lhe ser pedida.

A assistencia, pois, que se dá aos que d'ella carecem para bem se governarem e administrarem, quer dada por aquelles que tem direito de governar e administrar a outros (é a dos paes dos menores), quer como cumprimento de um dever social (é a dos interdictos) é o que se chama tutela.

Não iremos desentranhar da legislação romana o seu systema de tutelas, embora mai engenhoso, e derivado do patrio poder (*paterfamilias uti legassit super pecunia tutelam suae rei, ita jus esto*), mas não é possível deixar de historiar as transições por que tem passado.

§ 158

ANTIGA E ACTUAL ORGANISAÇÃO

Qual seja o meio mais efficaz de prestar esta defesa, esta custodia a pessoa e bens de quem d'elles carece, tem sempre merecido especial cuidado aos legisladores.

Os romanos, logicos com seu systema unitario, centralizador, e todo de acção, e pouco de discussão e deliberação, adoptaram o unitarismo nas tutelas—um só homem para cada pessoa—um só homem para os bens—*tutor*—*curator*.

Este systema foi até á revolução franceza geralmente seguido, e era o das nossas Ordenações.

Os auctores do Código Napoleão, tractando a familia, á imagem da sociedade politica deram a esta machina tutelar a mesma divisão de poderes que aquella tinha, um conselho eleito, que delibera, um *tutor* que administra, um juiz que julga, e que vem a ser a mais independente, mas não a mais importante móla da machina.

São (como sempre) mui curiosas e instructivas as discussões dos auctores do Código francez.

Entre nós as Ord. L. I, tit. 88, e L. 4, tit. 102, transcriptas das manuelinas e mesmo aphonasinas, eram o ecco das disposições do Direito romano, o que dava bastantes contrasensos, porque não sendo possível seguir-se como lei o espirito d'aquella civilisação, a letra só não basta.

Veiu modernamente o decreto de 18 de maio de 1832, e que faz parte da chamada legislação de Terceira. Este decreto tomou por modelo a legislação franceza, e muitos até a traduziram por fórma que seria melhor dal-a no original.

Variou, portanto, o systema, e introduzindo-se o francez, de corpos consultivos etc. O mal está em que, misturando disposições antigas com as francezas, resultou um systema complicado, e muitas vezes inexplicavel, de que ainda ha muitos vestigios na N. R. J. (art. 187 e 207) (131).

O Código Seabra veio assentar todo o systema orphanologico em novas bases. Oxalá que os tutelados ganhem! No entanto vejamos como se exerce.

O agentes da tutela eram: Um tutor, um pro-tutor, um curador, e um conselho de familia composto de cinco pessoas (art. 187 e 207).

(131) Parece-nos da maior urgência que quanto antes se ponham em execução as disposições do Código relativas as tutelas. É ponto muito importante; e parece-nos muito preferivel o novo systema ao que acabou, mas ha de custar a pôr em pratica com a N. R. J. em vigor. Desgracadamente ha nos juizes uma declarada tendencia para não emendarem erros; e por isso seria de vantagem que desde já se comesassem a apalpar os aleijões das peças da nova organização, para lhes dar remedio.

§ 159

QUANDO FUNCIONAM

Logo que ha lugar para a tutela procede-se do seguinte modo:

a) Fallecendo a pessoa, da qual os herdeiros tenham de ser tutelados, por serem menores, ausentes, ou intredictos, e o cabeça de casal, ou na sua falta qualquer pessoa que morasse com o fallecido, tem de dar parte ao curador dos orphãos dentro de dez dias, sob pena de 5\$000 a 100\$000 réis de multa (132); o curador requer ao juiz que proveja provisoriamente ás necessidades dos menores, isto no caso de não se poder immediatamente convocar o conselho de familia (133) e o inventario começará dentro de um mez, a contar da data da participação (art. 190) se o juiz não fôr requerido, mas

souber que se dá o caso de proceder judicialmente mandará proceder com citação do curador dos orphãos para este requerer o que convier contra quem devia de fazer a participação, e não a fez; e se o descuidado houver sido o curador, o juiz assim o participará ao procurador regio (art. 191). Ambos os magistrados são responsaveis pelos prejuizos que por sua culpa ou negligencia os menores venham a soffrer (art. 192).

b) A interdicção que traz consigo a tutela dos interdictos tem de ser declarada por uma sentença do juiz de direito, e a requerimento de interessados, e o ministerio publico, ou pessoa nomeada pelo juiz será o defensor do arguido (art. 314 e segg.) depois de proferida a sentença, é convocado o conselho de familia, e seguem-se os mais termos. O mesmo tem lugar com os prodigos.

O juiz do domicilio do menor é o competente para prover de remedio ácerca da pessoa e bens d'este (art. 188).

(132) O conselho de familia tem de ser convocado ex-officio oito dias depois de constar a orphandade (art. 220); portanto estas providencias provisórias do juiz tem de ser só em casos muito e muito urgentes.

(133) Esta disposição é consequencia da nossa actual organização judiciaria, o juiz não exerce funcções executivas, senão a requerimento do interessado particular, ou representante da sociedade.

SECÇÃO II

Especies de tutelas e de tutores

O Codigo admite tres especies de tutelas—TESTAMENTARIA—LEGITIMA—DATIVA—que já a anterior legislação reconhecia.

§ 160

DA TESTAMENTARIA

Comquanto o nome de testamentaria pareça designar a tutela estabelecida por testamento; e n'este sentido a tomasse o Direito romano e patrio, todavia, por expressa disposição do Codigo (art. 193) dá-se este nome quando o tutor é nomeado pelo pae em testamento, ou por auto authentico *inter vivos*.

Estes tutores podem ser nomeados:

- 1.º pelo pae, e pelos modos dictos, *uma vez* que a mãe esteja inibida ou seja fallecida (134).
- 2.º pela mãe, na falta ou impedimento do pae.

Se houver passado a segundas nupcias, e nomeado o marido tutor dos filhos que ficaram do primeiro, a nomeação fica dependente do conselho de familia.

- 3.º as pessoas que deixam ao menor alguma deiza poderão nomear tutores a esses menores, se seus paes não o houverem feito, e se o valor da deiza exceder o do patrimonio, e em todo o caso fica tal nomeação dependente do conselho de familia. (art. 135). Pode, porém, nomear administrador a quaesquer bens que deixar qualquer pessoa ao menor, para que lhos administrem em quanto menor.

Já se vê que neste ultimo caso ha propriamente um curador, o qual não depende do conselho de familia.

O numero de tutores não é regulado pelo numero dos tutelados, e assim pode ser nomeado um para todos; um para cada um, ou dividir entre os tutores todos os tutelados (art. 195); bem como podem ser nomeados varios para se substituirem, e n'esse caso, não vindo marcada a ordem pela qual se devem substituir, segue-se a da nomeação (art. 196).

O Codigo não previne no art. 195 senão as hypothèses de um tutor para cada tutelado, ou um só tutor para todos; a outra hypothese está tanto no espirito do Codigo que não duvidamos apresental-a.

Não tracta o Codigo de uma especie de tutores testamentarios, e vem a ser os condicionaes; e porque nos parece não repugnar ao seu espirito, por isso exporemos o que são.

Entre os romanos era materia corrente a legalidade de taes nomeações (Inst. § 3. de *tut. tut.* Fr. 8. § 1. D. de *tut. mil.*) e dava-se esta tutela todas as vezes que o testador fazia depender a nomeação da realisação de uma condição; ou limitando-lhe o tempo de duração, ou bem a epocha do começo como—nomeio para tutor de meus filhos F., se não estiver empregado na India—nomeio F. por tutor pelo espaço de cinco annos, e findos elles será G.

Esta tutela é uma consequencia da faculdade de testar que a lei reconhece nos paes, e decerto, se elles entenderem, que melhor sorte dão a seus filhos, regulando a tutela d'este ou d'aquelle modo, porque razão lhe ha de ser limitada esta faculdade?

Acaba com a menoridade, ou interdicção (art. 198).

(134) Esta doutrina é opposta á romana e á da antiga legislação patria, e ainda á moderna; porque segundo as leis romanas as mulheres não podiam ser tutoras por incapacidade legal pelo principio que ainda se encontra no Fr. 2 D. de *rig. jur.* (L. XVI.) *Feminae ab omnibus officiis civilibus vel publicis remotae sunt*; e a tutela estava no caso d'este Fragmento, porque com a costumada elegancia e concisão disse Gaio: *Tutela virile officium est.* Fr. 16 D. de *tut.* (XXV);

e só por muito especial favor a legislação das Novellas concedeu a mãe e a avo o poderem ser nomeadas tutoras (N. 118. cap. 5 in fin.)

A nossa legislação imitou, ou seguiu a romana, e ainda ultimamente a tutela da mãe carecia da confirmação do conselho de família, N. R. J. (art. 423), e em ambas as legislações se exige a renúncia ao senatus-consulto Veleiano, que exime as mulheres de toda a responsabilidade legal.

O Código alterou tudo isto, porque, tendo a mãe poder paternal na falta do pae, é por morte d'este a tutora natural de seus filhos; e é também, como exercendo esse poder, que ella pôde nomear tutor.

§ 161

DA TUTELA LEGITIMA

Pode dar-se o caso de os paes não haverem nomeado tutor aos filhos menores, ou os nomeados o não poderem ser por impossibilidade physica, ou legal, como in capacidade superveniente, morte, escusa, remoção, etc.; n'estes casos a lei, por sua immediata disposição, chama a exercer a tutela uns certos individuos.

Tres systemas se apresentam a escolher:

- 1.º—chamar os que seriam herdeiros do tutelado, se este morresse *ab intestato*;
- 2.º—chamar pessoas que nada houvessem de lucrar com a morte do tutelado;
- 3.º—chamar para a tutela *qua* tal, os que nada teriam com a sua morte; e para administrar-lhe os bens, os que fossem successores immediatos.

O primeiro tem a vantagem de promover os interesses dos menores, porque o tutor tem n'isso o d'elles, e o seu proprio; mas tem o inconveniente de excitar ao crime os tutores, tentando-os com a fortuna dos tutelados.

O segundo presta á pessoa do menor todas as seguranças, mas faltando ao tutor o incitativo de bem administrar os bens, porque não tira d'esta administração a menor utilidade, nem esperança de a tirar; é portanto bom para a pessoa dos pupillos, máo para os bens.

O terceiro reúne as vantagens dos dois anteriores, mas tem o mui grave inconveniente de dividir a tutela, dando a um a guarda da pessoa, e a outro a dos bens.

O primeiro foi dos spartanos, romanos, e nosso antigo e moderno; o segundo dos athenienses pelas leis de Solon; e o terceiro dos cretenses por Charondas.

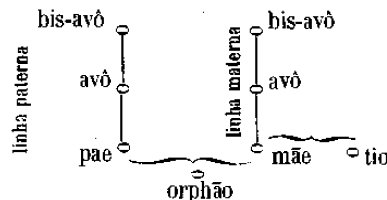
Sendo isto assim a differença que havia da antiga á nova legislação, era que a Ord. L. 4. tit. 102. chamava a esta tutela todos os parentes, preferindo os mais proximos aos mais remotos, e entre os eguaes, os abonados aos falhos de bens.

A N. R. J. art. 430, não chama senão os tios de ambas as linhas,

paterna e materna; mas fazendo legislação á thesoura, depois de cortar este retalho á legislação franceza, cortou á Ord. duas linhas e cozeu-as ás outras para fazer ligar um disparate absurdo até ao impossivel; pois accrescentou=*emquanto houver parentes do orphão abonados não será constrangido o que não fór abonado, ainda que seja parente mais chegado em grão*=como se entre tios, todos irmãos dos paes, houvesse diferentes grãos.

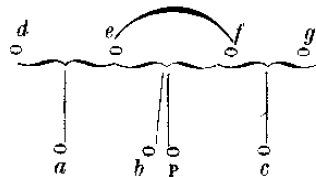
Pela novissima legislação esta tutela dá-se unicamente nos dois casos=na falta do patrio poder por perda, suspensão, ou impedimento=ou então quando o tutor testamentario houver morrido (art. 199).

N'estes casos, a lei chama ao encargo da tutela os ascendentes, preferindo os mais proximos aos mais remotos, e em egualdade a linha paterna á materna, ex. g.:



N'este schema o orphão tem de receber uma tutela, e então a lei chama: 1.º o avô paterno; 2.º o avô materno; 3.º a avó materna; 4.º o avô paterno, por se seguir em egualdade de grão o paterno e o materno (art. 200).

Na falta ou impedimento dos ascendentes, os irmãos, preferindo-os segundo a maior intimidade de parentesco; e portanto em primeiro lugar os germanos, depois os consanguineos, e por ultimo os uterinos, e entre os de egual classe o mais velho



N'este schema e foi casado com d, e teve um filho a, enviuvando casou com f, que era viuva de g, e que tivera d'este matrimonio o

filho *c*; e do casamento de *e* com *f* nasceram *b* e *p*: morrendo *e* e *f*, ficou *p* de menoridade, com tres irmãos = *b* germano = *a* consanguineo = *c* uterino. Pelos principios do Codigo estes irmãos são chamados á tutela pela seguinte ordem: 1.º = *b*; 2.º = *a*; 3.º = *c*.

Ainda não havendo irmãos, chama o Codigo os tios paternos e maternos, preferindo os da linha paterna, excepto sendo menos idoneos, e entre os de cada linha o mais velho (135).

Esta tutela como é fundada na presumpção de que o parentesco produz a amizade, é por isso mesino subjeita, como todas as presumpções, a ser contra a verdade; e é por isso que depende do juiz a indicação, embora conforme as regras estabelecidas, e tem depois de ser confirmada pelo conselho de familia (art. 201 n.º 2).

Os tutores legitimos servem até á maioridade do pupillo, ou sua emancipação; mas se forem todos do mesmo gráo e egualmente idoneos, serve cada um tres annos. É esta a doutrina do Codigo (art. 201).

(135) Copiamos o Codigo mas entendemos que a preferencia por idade só se devia dar entre os da mesma linha; porque para entre as linhas deve ser attendivel o lado, e não a idade dos individuos.

§ 162

DA TUTELA DATIVA

Esta tutela é um puro romanismo, que bem podia desaparecer confundindo-se com a legitima, porque o que a distingue d'esta é ser nomeada pelo conselho de familia, e só terem os tutores tres annos de serviço: ora isto dá-se na maioria dos casos da tutela legitima, e até em todos se acaso se entender muito á letra o n.º 2 do art. 201 que diz: «A tutela legitima depende da confirmação do conselho de familia. E enquanto á duração é egualmente a da legitima no caso de serem os mesmos tutores (art. 201 n.º 1).

Vid. art. 202 a 204 do Cod.

O Codigo diz que tem logar esta tutela na falta da legitima e testamentaria.

SECÇÃO III

Do pro-tutor

§ 163

O QUE SEJA

Esta entidade juridica é nova entre nós; tinhamos o sub-tutor, e quem comparar os art. 431 e segg. da N. R. J. com estes do Co-

digo, ha de vêr que houve uma mudança de nome e muito mais de attribuições. Vem da lei franceza, art. 420, mas entre esta fonte, a N. R. e o Codigo ha muitas variantes que cumpre fazer notar.

Na lei franceza ha sub-tutor em todas as tutelas, sem exceptuar a do pae ou da mãe, sempre nomeado pelo conselho de familia, e destinado a servir de tutor sempre que os interesses do tutelado estiverem em opposição com os do tutor (art. 420).

A Reforma determina que a nomeação do sub-tutor seja feita pelo conselho de familia na mesma sessão em que fôr nomeado o tutor; e quando o tutor não houver de ser nomeado, nem confirmado pelo conselho de familia, é elle quem convoca este, antes de entrar na gerencia dos negocios, para que lhe nomeie um sub-tutor. É o caso da tutela testamentaria e legitima (art. 434 N. R. J.).

O Codigo Seabra, traduzindo as palavras da lei franceza, é claro que quiz que houvesse o sub-tutor em toda a especie de tutelas, mas deu-lhe attribuições novas e especiaes, por isso creou uma coisa differente do sub-tutor da lei franceza e da N. R. J. (Cod. civ. fr. art. 421).

Podem ser pro-tutores todos os que podem ser tutores, mas nunca poderão ser ambos da mesma linha (a não serem irmãos germanos); e tanto que não havendo parentes senão da mesma linha (ou sangue) tira-se d'elles o tutor, mas o pro-tutor é tirado dos extranhos (art. 206).

Pode dar-se o caso de haver collisão entre os interesses do pupillo, e os do tutor, entra em funcções o pro-tutor para o defender contra o tutor (art. 259); n'este caso será necessario proceder-se á nomeação de um tutor *ad hoc*, ou de outro pro-tutor?

Mesmo os tribunaes francezes não estão d'accordo, parece porém mais rasoavel que se nomeie outro tutor provisório *ad hoc*, porque o que falta é um tutor (Daloz em 1848. Tom. 2.) e não um pro-tutor.

SECÇÃO IV

Do conselho de familia

§ 164

SUA ORGANISAÇÃO

O Codigo quando no art. 187 mencionou as pessoas que figuram no exercicio da tutela, collocou em terceiro logar o curador, e todavia não tracta d'elle senão depois do conselho de familia; por isso tambem deixamos para depois este agente da sociedade.

Posto isto, referindo-nos especialmente ao conselho de família, vamos á sua organização.

Compõe-se de cinco membros, tirados dos *parentes mais proximos* do pupillo *residentes dentro dos limites* da jurisdição do juiz do inventario—dos cinco, tres devem ser da linha paterna, e dois da materna (art. 207).

A primeira qualidade é serem parentes e serem em maioria por parte do paç.

A expressão mais *proximos* dá-se unicamente para excluir os mais remotos, mas não para limitar a area dentro da qual ha que escolher os membros do conselho.

Mas esta regra soffre excepções—Se não ha parentes senão de uma das linhas, nomeam-se para vogaes da outra os amigos dos paes do pupillo, com a differença que n'este caso, essa linha de que unicamente ha parentes, a materna, a qual pela regra só devia dar dois vogaes, dará taes, vindo a ser dos extranhos sòmente dois.

Nem sempre os parentes serão os mais amigos do pupillo, mas a presumpção é que o sejam, e por isso só se vão buscar extranhos e no menor numero.

Mas se ainda assim não houver esses tres parentes?

É o caso do proverbio—*Nemo dat quod non habet*.

Pode dar-se entre nós, como se tem dado em França, mas lá a disposição doCodigo como não restringe a nomeação de membros só aquelles que estão na jurisdição do juiz, mas ás distancias metricas de dois myriametros tem os juizes de paz, que são os que ali presidem aos negocios orphanologicos, maior area para escolher: e além d'isso, como pela lei franceza o numero dos membros do conselho de familia é sempre par, para entrarem n'elle tantos parentes maternos como paternos; quer Blandeau e Mazerat, que nunca se reúnem em maioria os parentes de uma só linha, e assim se de uma d'ellas ha vinte, mas da outra um ou nenhum, da primeira só entra um ou nenhum.

OCodigo admittiu o principio, e tanto que não quer o conselho composto de parentes só de uma linha, embora haja numero, mas não levou a applicação a mais do que tres.

Achamos o principio racional, tanto mais que n'estas questões é necessario ser rigoroso, porque estão-se a nomear defensores para infelizes, e por isso seguimos a praxe franceza.

Assim pode haver, peloCodigo, de um lado um grande numero de parentes, e do outro nenhum; pois então entram em numero de tres só por um lado, e pelo outro vão buscar-se extranhos, mas amigos do outro conjuge.

Até agora a composição dos conselhos de familia era baseada no principio de confiança, e por isso os parentes não eram escolhidos com estas distincções de linhas, nem se excluía parentes para chamar amigos.

Era desconhecer o coração humano, e o descredito da instituição nasce por certo d'este falso fundamento; agora buscam-se protectores, não juizes, e portanto a imparcialidade não é indispensavel, e melhor se vae; mas seria necessario ir até ao fim, e ser logico com o principio, nomeando equal numero, estabelecendo o equilibrio de forças, que sendo contrarias, pela combinação neutralisam-se.

A outra circumstancia de serem residentes em jurisdição do juiz, parece-nos fundada em que se não esteja na necessidade de deprecar para intimar os membros do conselho; mas ha de causar graves difficuldades, porque o juiz é o do inventario (art. 207), e a competencia d'este determina-se pelo local da morte do inventariado (absurdo sustentavel quando uma viagem de Lisboa ás Caldas ficava registada nos annaes domesticos; e não agora que se almoça em Lisboa, janta-se em Coimbra, e vae-se ao theatro no Porto). Ora o que succederá muitas vezes, é que no juizo do inventario não haja ninguem que deva fazer parte do conselho (136).

Esta exclusão dos residentes, fóra dos limites da jurisdição do juiz, é tão formal que, não os havendo, vão-se buscar pessoas das relações do inventariado, e não chegando ou não havendo, então até extranhos (art. 208).

Pela antiga legislação da Reforma (art. 394) era já admittida a excepção que oCodigo traz no art. 209; e é que os parentes residentes fóra da jurisdição, podem, querendo, fazer parte do conselho.

O conselho de familia só tem uma convocação de officio e forçada, e é primeira dentro de 8 dias da noticia do facto da orphanade, ou da vacancia, (diz oCodigo) da tutela: fóra d'isso, a sua convocação depende da necessidade de medidas para o andamento da tutela (art. 210).

Esta convocação é feita pelo juiz, mas tem de ser requerida; pelo principio de que o juiz não tem iniciativa, mas elle expedindo o mandado convocatorio, deve n'este designar os objectos de que o conselho deverá tractar (137) na reunião para que é convocado.

O juiz preside, mas não tem voto (art. 216), e os tutores e curadores dos orphãos devem sempre assistir, tendo sòmente voto consultivo (art. 215). Pelo menos tem de estar presentes tres membros do conselho para este poder funcionar (art. 217) sendo validas as decisões por maioria absoluta (art. 219).

Os vogaes devem de comparecer pessoalmente (art. 213) e não comparecendo no dia e hora designada, sem legitima causa, serão condemnados (138) pelo juiz á multa de 5\$000 réis para os estabelecimentos de beneficencia pupillares (art. 214).

O tutelado pubere tem direito não só de assistir ás deliberações do conselho, mas até de ser ouvido nos negocios de maior importancia, e tem de ser intimado, se não estiver ausente (art. 212).

(136) O Código civil francez art. 467 estabelece como limite a distancia de dois myriametros, o que é mais razoavel; porque attende-se á distancia verdadeira, e não aos arbitrarios limites de jurisdicção; os quaes pôdem fazer que não seja convocado quem habite muito perto, e se chama outro que esteja muito longe. Exemplifiquemos para tornar mais claro o nosso pensamento. Convoca-se o conselho em Lisboa, pôdem fazer parte d'elle individuos residentes em Oeiras e Fanhões, porque pelas localidades pertencem á jurisdicção do juiz orphanologico; mas não pôdem ser nomeados os que residirem em Cacilhas, ou Bellas, porque o primeiro d'estes lugares pertence á comarca de Almada, e o segundo á de Cintra.

(137) A necessidade d'esta declaração é bem estabelecida para evitar votações de assalto, pois se dá a conhecer ao vogal do conselho quaes os negocios para que é chamado. Como o Código não marca o espaço que deve mediar entre a convocatória e a reunião, não podemos deixar de abandonar isto ao arbitrio do juiz. O Código francez (art. 411) estabelece tres dias, e ainda n'estes não se contam o da intimação e o do comparecimento, pela disposição do código do processo civil (art. 1033).

Contém outras disposições que nos parecem uteis; assim a convocação faz-se por intimação só no caso de suppor-se má vontade da parte do citado, alias, para evitar despesas, emprega-se qualquer meio ordinario e familiar (Rogron, Toullier). Este cuidado de evitar despesas ao pobre orphão, e sobretudo não sobrearregar o cullo da justiça com tanto cerimonial merece-nos plenissima approvação.

Outra boa disposição é a de calcular a distancia, pois manda que se dê um dia a mais por cada tres myriametros de distancia (além dos dois) da residencia do vogal.

(138) O Código Seabra afastou-se completamente do systema francez, obrigando os membros do conselho de familia a comparecerem pessoalmente. O Código francez art. 412 faculta ao vogal do conselho o fazer-se representar por um mandatario especial, o qual não pôde representar senão um só.

Esta disposição do Código francez havia passado para a nossa legislação (N. R. J. art. 397).

Óra é necessario não perder de vista que a nossa lei (a N. R. J. art. 399) authorisava o juiz, na falta de membros do conselho para este funcionar legalmente, addiar a discussão, ou nomear as pessoas que entendesse; e a praxe era escolherem-se dos que estavam presentes.

Ha ainda a differença, que o Código Seabra exige a presença de tres membros do conselho para a validade das deliberações, quando a Reforma copiando o art. 415 do Código civil francez exigia tres quartas partes dos membros convocados.

Notadas estas differenças seja-nos permittido emitir o nosso humilde voto. Como é sabido o objecto da reunião do conselho, nenhum inconveniente achavamos em que o membro impedido de comparecer se fizesse representar por procuração especial, porque podia dar ao seu mandatario as necessarias instrucções. E somos levados a isto muito principalmente porque, não podendo o juiz substituir de prompto os que faltam, esta obrigação de comparecimento pessoal ha de fazer com que muitas vezes não se reuna o conselho. Ha mil meios de escapar á multa, e senão veja-se o que succede com os jurados.

Approvamos que o juiz não possa completar o conselho com os individuos chamados de repente; por duas razões, a primeira juridica e a outra filha da experiencia. A juridica é o contrasenso que resulta de se exigirem certas habilitações e até ligações de sangue ou amizade para poder ser membro do conselho de familia, e depois abandonar a realisação da escolha ao bel-prazer do juiz.

A segunda é termos sabido de uma reunião de conselho em que se empregaram os necessarios meios para afastar certos e determinados membros, e ao

mesmo tempo *casualmente* estavam entre os espectadores alguns individuos que foram lembrados ao juiz, e que este chamou a tomar assento no conselho.

Applaudimos sobremaneira a disposição do Código de marcar o numero certo dos que devem estar presentes para o conselho poder funcionar validamente. A disposição da N. R. J. embora copiada da lei franceza não deixava de ser absurda, porque $\frac{3}{4}$ só pôde dar-se quando a unidade fór divisivel por quatro, para d'estes se tomarem tres. Ora sendo o conselho de familia de 5 membros pelo menos, e podendo ser de 5, 7, 9 ou ainda mais, (art. 207 § 2) perguntaremos como se havia de contar $\frac{3}{4}$ de 5, ou de 7, ou de 9. Nem mesmo esartejando algum dos vogaes.

Coolho da Rocha faz notar esta irreffectida redacção, nascida de se traduzir a lei franceza sem reparar em coisa alguma.

O ser disposição da lei franceza não é razão; cá e lá más fadas ha, e n'esta materia de conselhos de familias, invenção franceza, a imitação tem provado mal, e hade sempre provar, porque não está na nossa indole.

O juiz Castro Netto, cuja competencia no assumpto julgamos indisputavel, diz em uma nota do seu commentario ao art. 394 da N. R. J.:

«Qual seja a responsabilidade dos membros do conselho de familia, se pôdem ser expulsos do conselho, por que modo, e por que causas etc são pontos «em que nem a legislação franceza satisfaz... A invenção franceza dos conselhos de familia não tem correspondido ao que se esperava, e na verdade, os parentes mais proximos dos menores são regularmente quem mais lucra em os pre-judicar.»

§ 165

ATTRIBUIÇÕES

Afastamo-nos do Código, tractando desde já das attribuições do conselho de familia, antes de nos occuparmos dos curadores dos orphãos, como elle faz, para deixarmos completa a materia relativa ao conselho de familia.

O Código marca vinte e duas attribuições, que passamos a referir pela mesma ordem que o Código:

- 1.^a Confirmar a mãe binuba na administração dos bens do filho menor ou interdito.
- 2.^a Confirmar os tutores legitimos.
- 3.^a Nomear os dativos (139) comtanto que não seja mais de um; e se a boa administração exigir mais administradores, o juiz dos orphãos os nomeará (art. 225).
- 4.^a Nomear os pro-tutores quando o caso o exigir.
- 5.^a Confirmar a tutela que a mãe confiada por testamento ao segundo marido.
- 6.^a Remover o tutor, verificando as causas d'esta remoção, com audiência do interessado, se esta se poder dar sem inconveniente.
- 7.^a Na falta de indicação dos paes, determinar a profissão, officio ou serventia a que o menor tem de dedicar-se; e mesmo no

caso de determinação dos paes, se esta não se pudér cumprir sem grave inconveniente (140).

- 8.^a Taxar o principio da tutela o que o tutor poderá despendir com a pessoa e administração dos bens do menor, e alterar esta taxa quando as circumstancias o exigirem.
- 9.^a Taxar o valor da hypotheca do tutor, e em que bens se ha de verificar, determinar os bens em que ella ha de ser imposta, e o registo, marcando o praso para isso (141), ou excusar estas coisas para o tutor entrar logo em exercicio.
- 10.^a Verificar a legalidade das dividas passivas do pupillo, regular o seu pagamento, etc., mas isto é no caso de não haver opposição (142).
- 11.^a Designar a applicação que deve dar-se aos objectos preciosos, moveis pertencentes ao menor.
- 12.^a Auctorisar o tutor a prender o menor desobediente e incorrigivel, até trinta dias, como ao pae concede o art. 143; de modo que o pae tem de recorrer ao juiz, e o tutor ao conselho de familia; mas como nos parece que nunca o conselho e tutor podem ter tanta auctoridade como o pae na plenitude do patrio poder, e a auctoridade judicial, por isso tambem nos parece que a disposição do Codigo se deve entender só de uma auctorisação dada ao tutor para requer o mandado de prisão.
- 13.^a Auctorisar o tutor a vender os moveis, e applicação d'elles não se podendo vender; o que vem a dar em uma ampliação do n.º 11.
- 14.^a Auctorisar o tutor a fazer *quaesquer* bemfeitorias extraordinarias, ou dar os bens immoveis de arrendamento por mais de tres annos; contanto que este praso não exceda a epocha da maioridade.
- 15.^a Auctorisação para levantar os capitaes dados a juro.
- 16.^a Auctorisação para contrahir empréstimos, hypothecar ou alienar os bens do menor, ou emprestar o dinheiro d'elle conforme as necessidades ou utilidade d'este (143).
- 17.^a Auctorisação para acceitar doações, propôr acções persecutorias, fazer composições, transigir, etc., em termos determinados pelo conselho.
- 18.^a Auctorisar o casamento e contractos ante-nupciaes, não sendo tutor o avô.
- 19.^a Arbitrar os alimentos que o menor deve dar a seus irmãos ou ascendentes, não fazendo os alimentandos opposição.
- 20.^a Examinar as contas do tutor nos prazos que elle proprio designar, não excedendo a quatro annos.

Estas contas depois de apresentadas, serão examinadas por uma

ou duas pessoas escolhidas pelo conselho d'entre os seus membros, ou de fóra, e depois approvadas ou reprovadas em toda ou em parte (art. 250) e devem vir documentadas, a não ser quando forem de despezas de que não é costume passar-se recibo (art. 251).

21.^a Auctorisar a substituir ou reduzir a hypotheca a que os bens do tutor estejam obrigados.

22.^a Emancipar o menor, não havendo pae ou mãe.

Estas funções do conselho de familia são muito importantes, e de facto annullam completamente a importancia do antigo tutor, que se acha transformado em um agente, executor das vontades e decisões do conselho.

É exactamente por isso, que esta instituição, embora conforme aos usos dos francezes e de alguns outros povos, tem produzido entre nós effeitos de tão discutivel vantagem.

A responsabilidade dos vogaes é nulla, e nem ao menos ha na lei um meio de os expulsar ou excusar; e por isso o mal que pode causar ao conselho, não tem nem remedio preventivo, nem depois de feito se pode reparar.

De todas ellas, porém, a mais exorbitante é por certo a da taxa da responsabilidade hypothecaria do tutor, a qual chega ao ponto de ser o proprio conselho quem designa os bens d'elle que devem ficar sujeitos a essa responsabilidade.

No Direito romano e em todas as legislações que conhecemos, são os bens e pessoa do tutor responsaveis pela sua mágerencia; mas a especial acha-se sómente nas leis hypothecarias heiga, franceza e espanhola, e nossa no art. 101 a 110, e Codigo Seabra art. 224, 918 e segg.

O processo não é muito simples, nem evita a demora dos recursos, como veremos em tempo, e que se acha tanto no Codigo como na lei hypothecaria do 1.º de julho de 1863, e seu respectivo regulamento.

A taxação tem de ser necessariamente arbitraria; porque, tendo lugar antes de concluido o inventario, como pode o conselho avaliar a importancia dos bens pelos quaes terá que responder o tutor?

E depois a garantia não é solida para os interesses do tutelado, e no entanto é um grande onus para o tutor.

As contas dadas amiudadas vezes, e a garantia real e pessoal dos membros do conselho de familia, seriam meios muito mais efficazes do que estes.

Ha muito a fazer no systema orphanologico; simplicidade e barateza é o que se deve buscar, porque só assim é que se pode imitar a administração paternal.

Do conselho e suas deliberações ha recurso para o conselho da tutela, de que tractaremos depois.

(139) Esta nomeação de tutores dativos pela Ord. L. 4. Tit. 102 § 7 pertencia ao juiz orphanologico, na falta de parentes, o nomear para tutor e curador algum homem bom do conselho. depois passou esta attribuição para o conselho de familia, a exemplo da lei franceza, (art. 400 da N. R. J.) e assim a conservou o novoCodigo. Como a alteração que houve da antiga para a nova legislação foi só em relação a pessoa de quem nomeava, devem considerar-se subsistentes as disposições da Ordenação, ser homem bom (no sentido da Ordenação) abonado. e do conselho.

(140) Lamentavel sorte a do infeliz orphão! Quando tractámos do patrio poder, e alimentos, discutimos esta materia do modo de vida a dar aos menores. A vontade do conselho é anteposta á determinação dos paes, e ahí tem a deliberação se a industria ou commercio exercido pelos paes devem continuar a ser exercidos pelo menor.

Basta a qualidade de menor e sujeito á tutela para o tornar inhabil para este exercicio, e então em quanto menor escusada a disposição doCodigo; mas habilita-o por meio de estudos para poder seguir a carreira do seus paes, pareces (salvo o caso de uma repugnancia absoluta) ser o que se adoptasse como regra.

Todos sabemos as incalculaveis vantagens que ha em continuar na mesma carreira, gozando do nome e credito adquirido pelos paes; o que é confirmado pelo facto quasi constante de todos os paes educarem sempre um de seus filhos para o genero de vida que elles seguiram. Ora este instincto do pae, deve ser a norma do conselho, porque feliz o orphão, que tiver a fortuna de encontrar em cada membro do conselho um pae!

(141) Esta responsabilidade dos tutores pelo modo que oCodigo, e antes d'elle a desastrada lei hypothecaria estabelecem, parece-nos absurda, immoral e sobretudo contraria ao fim e natureza da tutela.

Sendo o cargo de tutor de inteira confiança, qualquer que seja a sua especie, pois na testamentaria é da do pae testador, e n'esta não tem o conselho ingerencia; na legitima porque é *confirmado* por elle, e na dativa porque o *escolhe*, a consequencia rigorosa é que bastava a hypotheca geral, que podesse ir até á prisão, art. 45 da N. R. J.; mas no caso doCodigo, pelo art. 918 e seguintes, tirados do art. 110 da lei hypothecaria, temos uma hypotheca registada, e designados os bens, em relação a fortuna do pupillo, o que poderá dar em resultado que o menor riquissimo não possa ter tutor por não haver quem tenha bens suficientes para a educação; ou que o homem honesto e habil mas pobre, não possa ser tutor; nem isto fica remediado pelo direito que tem o conselho de familia de escusar o tutor d'esta hypotheca (art. 224 n.º 9) porque essa escusa é só *para que o tutor possa entrar logo no exercicio da tutela*; por tanto o abonado existe.

A immoralidade está em que ou o tutor ha de ser tão largamente retribuido que essa retribuição lhe compense o ter parte ou todos os seus bens vinculados pela hypotheca tutelar; e então temos o pupillo a pagar o seguro do risco, e ainda a dar lucros ao tutor; ou este calculará em sugar tanto, que ainda que perca os bens hypothecados fique de ganho: o que quer dizer esfoliar o tutelado legalmente por ambos os modos.

Impõe tanta responsabilidade ao tutor, simples mandatario, que dá contas da sua gerencia, e que carece de auctorisação especial para todos os actos importantes, e nenhuma ao conselho, ou aos seus vogaes, que são os mandantes, e que verdadeiramente administram os bens, é um contrasenso juridico. É por estas e outras que o conselheiro Nello escrevia, como já vimos, que esta invenção franceza não satisfazia.

Complete-se o nosso pensamento com o que dizemos no texto.

(142) Esta opposição dos interessados dá-se sempre que a decisão do conselho é em favor do menor, não lhe reconhecendo obrigação de pagar; e por isso não faltam recursos, accões ordinarias etc., o que tendo tornar de pouca valia as funções administrativas do conselho.

(143) OCodigo diz que será auctorisada a alienação dos bens immoveis em caso de urgente necessidade, ou de utilidade reconhecida. De certo que sem necessidade (necessitas caret lege), ou utilidade, será um desbarato da fazenda do menor, o alienar-os, mas se de facto assim não fór?

Não será o tutor responsavel: e como os vogaes do conselho não tem responsabilidade legal, perde o pupillo.—É sempre este o resultado.

SECÇÃO V.

DO CURADOR DOS ORPHÃOS

§ 166

O QUE SEJA

Já dissemos que, embora os nossas leis confundissem muito as attribuições do tutor e do curador, apesar de mui distinctas per Direito romano, todavia, desde mui antigos tempos, e da nossa antiga legislação, vem a instituição dos *curadores dos orphãos*, e de todas as pessoas incapazes de regularem os seus negocios.

Pela actual organização judiciaria, são os delegados ou sub-delegados do Procurador Regio os que servem de curadores nos seus respectivos julgados, mas em Lisboa e Porto ha curadores geraes especiaes (N. R. J. art. 93 e segg. e 398).

O fim da sua instituição é vigiarem pelos interesses e direitos dos menores, diz oCodigo art. 220; porém, para corresponder á epigraphe empregada pelo proprioCodigo e á verdade dos factos, devemos dizer que vigiam e protegem os interesses e direitos dos menores, orphãos (art. 220).

Devem ser ouvidos em tudo quanto diga respeito aos interesses dos seus curatelados, e para isso podem exigir dos tutores e protutores todos os esclarecimentos (art. 221).

O juiz tem obrigação de ouvir, e se o não fizer, commette erro d'officio, e é por elle responsavel ainda que d'essa falta não resulte damno aos menores (art. 223); e elle e o juiz são solidariamente responsaveis pelas perdas e damnos que o menor soffrer, em virtude das providencias que um requerer, e outro ordenar illegalmente, ou este ordenar com approvação d'aquelle.

Parece que desde o momento em que o juiz deferiu o requerimento do curador, devia cessar toda a responsabilidade d'este, porque a responsabilidade só deve ser imposta a quem manda, e não a quem requer.

Tambem é excessiva a responsabilidade do juiz que ordenar sem approvação do curador: este vem a ser mais curador do juiz, que do menor.

SECÇÃO VI

DOS DIREITOS E OBRIGAÇÕES DO TUTOR E PRO-TUTOR

§ 167

DOS DO TUTOR

Depois de expostas as attribuições do conselho de família, expostas ficaram as obrigações dos tutores, e por isso remettemos os leitores para a letra do art. 243 do Código. Os doze números em que o legislador compendiou estas obrigações, são o complemento dos vinte e dois da parte relativa ao conselho de família.

Notaremos sómente algumas especialidades.

Pertence ao tutor o representar o menor em todos os actos civis menos no casamento e testamento, nem poderia imaginar-se o contrario.

Pelo n.º 12 ordena-se a venda dos bens moveis cuja conservação se torna difficil, quando não foi só a isto que se attendeu nos n.ºs 11 e 13 do art. 224 fallando do conselho de família: e na verdade, os moveis preciosos não correm só o perigo da deterioração, mas igualmente o da facilidade de serem extraviados, e assim perder o curatelo grandes valores em pequenos volumes.

A par das faculdades concedidas ao tutor por meio do conselho de família, ha as prohibições que nos bens dos menores lhe são impostas e são (art. 244):

- 1.ª—Dispôr dos bens do menor por titulo gratuito (143).
- 2.ª—Arrendar, comprar e arrematar os bens do menor.
- 3.ª—Tornar-se cessionario de direitos ou interesses contra o pupillo, excepto no caso de subrogação legal.
- 4.ª—Receber doações entre vivos, ou por testamento do seu ex-pupillo emancipado ou maior, sem ter recebido quitação das contas da administração, excepto se os tutores forem ascendentes ou irmãos no numero (art. 245).

Estas contas são dadas neste caso ao proprio emancipado ou maior assistido do curador e pro-tutor (art. 254); e a N. R. J. marcava dez dias depois de dadas as contas (art. 448) e portanto o silencio do Código parece-nos indicar que foi supprimido este praso, aliás util.

- 5.º—Fazer contractos em nome do pupillo que obriguem este pessoalmente á practica de certos actos, excepto se assim fôr necessario para se lhe dar educação ou estabelecimento e occupação.

Já se vê que a materia d'esta disposição é correlativa ao art. 243

n.º 2, e 224 n.º 7, que dizem respeito á educação do menor. Ora como em ambos estes logares isto se declara pertencer ao conselho de família, temos outra repetição.

- 6.ª—Outra obrigação do tutor é declarar no inventario o que lhe deve o menor; e se o não fizer não poderá exigir o pagamento enquanto fôr tutor; e mesmo para o exigir depois tem de provar, que só então tivera conhecimento da divida (art. 246).

O tutor é responsavel pelos prejuizos causados ao pupillo por dolo, culpa, ou negligencia (art. 248).

É o que em linguagem juridica se chama prestação de dolo e culpa, indo esta até á leve, porque isso entendemos pela palavra negligencia.

Ainda que o Código dedicou uma secção especial ás contas do tutor, todavia como a prestação dessas contas seja uma obrigação do tutor, por isso aqui a incluimos em seguimento.

- 7.ª Prestar contas ao conselho durante a tutela, ao proprio ex-pupillo, quando maior ou emancipado.

Já vimos como estas contas ao conselho são dadas e tomadas; agora sendo ao ex-tutelado deve ser com assistencia do curador ou pro-tutor (art. 257) (144).

O não haver resultado proveito ao menor das despesas legalmente feitas, se este máo resultado não fôr por culpa do mesmo tutor (145) não é causa para lhe não serem abonados (art. 252).

E claro que o ajuste de contas pode dar um dos tres resultados:

- a) Não haver saldo;
- b) ser o saldo a favor do tutor;
- c) ser a favor do pupillo.

No primeiro é claro que não ha nada a fazer; mas no segundo ha o seguinte:

Se as contas são das que se dão durante a tutela, o tutor será pago do saldo a seu favor pelos primeiros rendimentos pertencentes ao pupillo que o tutor receber; e quando succeda que despesas urgentes absorvam estes rendimentos, vencerá juro o saldo a favor do tutor, salvo se o conselho de família excogitar outro meio de pagamento prompto (art. 254).

Se as contas forem das que o tutor tem de dar depois da maioridade do ex-pupillo, ou sua emancipação, o saldo vencerá juros desde o momento em que ao ex-pupillo se pedir o pagamento, depois de entregues os bens (art. 257 § un. portim.)

O legislador quiz minorar por esta forma o inconveniente de se pagar o credor por suas proprias mãos, ficando dependente este re-

cebimento da aprovação expressa ou tacita do conselho; e no segundo caso concede vencimento dos juros, mas tira-lhe a garantia da posse dos bens e recepção dos rendimentos. É um systema de compensações bem imaginado.

Agora, enquanto aos juros, seria de toda a justiça que se contassem em todos os casos, desde o momento em que o tutor dispendeu da sua algibeira, porque é desde esse momento que elle é credor, e os juros são o fructo civil do capital: nem d'este acto de justiça resulta *prejuizo* ao pupillo, pois sómente paga juros do que foi empregado em beneficio seu; nem ha perigo de *captação*, ou *intimidação*, porque as contas são approvadas pelo conselho, ou vistas pelo curador.

Temos agora a hypothese do saldo ser contra o tutor, e n'esta dá-se a mesma differença que em relação ao outro saldo.

Se é durante a tutela, a importancia do saldo contra o tutor que, n'este caso, toma o nome de *alcance* (art. 253), vence juros desde a verificação pela aprovação das contas: se é só depois da emancipação, também desde a aprovação das contas (art. 257 § unico, *in fin.*)

Pode dar-se, na hypothese de haver *alcance*, que os bens do tutor não cheguem para indemnizar o menor, n'este caso, diz o Codigo (art. 255), *fica sujeito ao castigo que a lei penal lhe impoz, sem que por isso deixe, quando a indemnisação venha a ser possivel, de estar obrigado a ella.*

Copiamos as palavras dispositivas da lei; é ella bem clara, mas isso não a livra de estabelecer um absurdo, e vem a ser—se o tutor tiver bens por onde pague, não é preso; e logo outro a par do primeiro, e vem a ser—que não marcando o valor dos dias de prisão, mas só a pena do Codigo criminal (abuso de confiança) fica plenamente arbitraria a duração da prisão, ou a mesma (se lhe applicarem a pena do Codigo) quer o alcance não pago seja de 5 réis ou de 5 milhões.

É este um dos pontos que demonstram a necessidade da publicação da acta das discussões da commissão revisora, porque comparando as disposições do *projecto* com as do Codigo, vê-se a distancia immensa que vai de um a outro.

As disposições d'aquelle são as que sustentamos, as d'este lamentamos que sejam lei.

Enquanto não virmos as razões que houve para a mudança, confessamos que não podemos louvar as disposições do Codigo oppostas ás regras do bom senso.

PROJECTO DO CODIGO

Artigo 259

O alcance que resultar contra o tutor vencerá juros desde a data das contas.

Art. 261

O tutor alcançado que não tiver bens por onde indemnisse o menor, será removido e preso até que pague o alcance, por tantos dias quantos corresponderem á somma devida, na razão de 300 réis por dia, não podendo o tempo de prisão exceder a seis mezes.

Art. 263

No caso de emancipação ou maioridade, ou ambas, as contas serão dadas.

§ 1. O alcance que resultar d'estas contas vencerá juros legais a favor ou contra o tutor..... no segundo desde a data das contas.

CODIGO OFFICIAL

Artigo 253

Se á vista das contas o tutor ficar alcançado, a importancia do alcance vencerá o juro da lei desde a aprovação das mesmas contas.

Art. 255

O tutor alcançado, não tendo bens por onde indemnisse o menor, fica sujeito ao castigo que a lei penal lhe impoz, sem que por isso deixe, quando a indemnisação venha a ser possivel, de estar obrigado a ella.

Art. 257

No caso de emancipação ou maioridade, etc.

§ un. O saldo, que resultar d'estas contas, vencerá juros legais a favor do tutor ou contra elle..... no segundo desde a aprovação das contas.

No projecto não se faz a distincção de *saldo*; *alcance*—que se vê no Codigo, que applica este ultimo termo só em relação ao tutor.

Depois é a data das contas que marca o momento desde quando os juros são devidos, e não a da aprovação, como vem no Codigo.

Finalmente a prisão entende-se; é um meio a fazer sentir e soffrer ao tutor culposo as consequências da sua falta, mas não o absurdo de não haver dados para calcular essa expiação, pois se marca o maximo da duração da prisão, é o equitativo diario.

Concluindo, não nos agrada a prisão por dividas; absurda e iniqua; não vemos nenhuma disposição civil seguindo o systema penal de pagamento de custas e multa com dias de cadeia.

O que, porém, sentimos, é o esquecimento em que fica o pobre pupillo! O tutor malgastou uma parcella dos bens do pupillo; não tem por onde pague; é preso; mas as angustias da prisão não enchem a bolsa do pupillo; e é n'isto que achamos deficiente a lei, e a causa é ter abandonado o verdadeiro caminho dos principios juridicos, *responsabilidade do conselho de familia*, para se lançar no pego insondavel da responsabilidade hypothecaria.

O que prova o alcance do tutor, e não ter por onde pague?

Que este administrou mal, invertendo em si o que era do pupillo.

Que a hypotheca era illusoria, ou por deficiente no valor, ou por haver o conselho calculado mal quando a avaliou.

Que o conselho fôra, pelo menos, negligente na fiscalização da gerencia da tutela, deixando chegar o alcance a tal ponto de insulvabilidade.

Nada d'isto se podia dar, se em vez da responsabilidade recahir no tutor por meio de caução hypothecaria fosse solidaria dos membros do conselho, e consistisse em caução fiduciaria.

Em ultimo caso, e a não ser possível (?) outra cousa, seja a caução do tutor fiduciaria; assim não ficará sem a livre disposição do que é seu, e o homem pobre não estará inhibido de ser útil, servindo de tutor, nem o pupillo rico correrá risco de ficar sem tutela por não haver quem possa ser seu tutor.

E sejam fiadores os membros do conselho de familia, que com isto fica sanado o absurdo de serem elles quem tudo mandam, e por cousa alguma respondem, e será o mais seguro estímulo de bem fiscalisarem os actos do tutor, porque por elles respondem.

Na falta de tutor, por haver morrido, estar ausente, ou interdição da tutela, quer o Código que quem dê as contas, sejam os herdeiros ou representantes (art. 257).

O Código omittiu uma disposição do projecto, aliás mui juridica, e vem a ser que o alcance contra a tutela não produz a comminação da pena contra os herdeiros; a razão é evidente, porque elles só succedem ao tutor, e o representam nos seus direitos e obrigações reaes, mas nunca nas pessoaes.

Em compensação de tantos encargos só tem o tutor a compensação da gratificação; a qual, se não houver sido arbitrada pelos paes do pupilo em seus testamentos, o será pelo conselho de familia, mas nunca poderá exceder a vintena dos rendimentos liquidos dos bens do menor (art. 247).

Era já da nossa Ordenação, L. I, tit. 88 § 53, que mandava contar de salario ao tutor 5 % ate 50\$000 do rendimento do pupillo.

E quanto isto se possa entender do rendimento bruto, e então ir muito além do que marca o Código, todavia é muito melhor a percentagem, porque ficará proporcional ao trabalho da administração.

(144) Depois de estar determinado que carecia da auctorisação do conselho de familia para toda e qualquer alienação de bens de raiz; e que o destino a dar aos moveis estava no mesmo caso, parecerá superflua esta repetição.

(145) Bem sabem todos os entendidos em materias juridicas o que seja dolo e culpa, e tambem quanto seja engenhoso, mas de pura invenção, e difficillima applicação, a divisão da culpa em lata, leve, e levissima; e bem assim, que, para termo de comparação, se vá buscar a diligencia do pae de familia, optimo, bom, e apenas mui ordinario.

Chamamos de pura invenção, porque foram os interpretes do Direito roma-

no, que quizeram achar em uma ou outra phrase dos Jctos. romanos esta idéa, porque embora em alguns fragmentos de Jctos. romanos se podessem encontrar as expressões *lata, levis, levissima*, todavia não se pôde ver em taes textos senão amplificação de estylo, e não uma phraseologia rigorosamente technica. Não devemos emquanto a Direito romano ser mais extensos, e a quem quizer estudar a materia, indicamos as nossas Anotações a Waldeck § 391, onde vem uma longa lista de auctores.

Conhecemos a Ord. do L. 4, tit. 53 § 2 em que se falla de culpa *grande, leve e levissima*; mas a usar de uma linguagem corrente entre os Jctos. (sobretudo romanistas) a ser definida a cousa legalmente vae ao infinito. O mesmo se dá no Código da Prussia; e por isso, salvo o respeito devido aos contrarios, sustentamos ainda hoje, como ha um quarto de seculo, não ser legal a distincção dos graus de culpa.

E se as definições são perigosas em Direito civil, muito mais o uso de phrases sobre cujo sentido e alcance disputam os D.D.

A comparação com o pae de familia, pecca por explicar uma cousa por outra que precisa explicação.

A divisão da culpa em *abstracto*, e em *concreto* ainda peor, porque a applicação é sempre *in concreto*. Os allemães são os que mais em voga leem posto esta distincção, e d'ella se servem na maior parte dos seus codigos, embora estes não a definam: mas todos sabem quanto sejam scientificos e doctrinaes os codigos allemães em opposição aos fr. ncezes, claros e practicos.

Os francezes nem ao menos usam de tal terminologia pois quando empregam a palavra *faute* juntam-lhe um qualificativo mais ou menos forte, mas contrapõem *faute a negligence*, e foi d'ahi que o Código foi buscar a phrase de que se serve n'este artigo. A N. R. J. art. 441 falla em pae de familia, e boa administração.

Ja se vê que em tudo isto tem de entrar um prudente arbitrio do juiz.

§ 168

DAS DO PRO-TUTOR (146)

O pro-tutor tem por principal attribuição fiscalisar os actos do tutor, e isto além dos mencionados no artigo 221 (*informação ao curador*) 256 (intervir nos arrendamentos por mais de tres annos) e em todos os mais, para que é especialmente chamado pelo Código (art. 258), com o fim de fiscalisar os actos do tutor (147).

- Sustentar os direitos do menor dentro e fóra do juizo, quando estejam em opposição com os do tutor.
- Vigiar os actos do tutor em relação á pessoa e bens do pupilo, e dar parte ao curador e conselho de familia do que lhe parecer prejudicial.
- Assistir ao inventario e venda dos bens do menor (148).
- Requerer a convocação do conselho de familia sempre que falte o tutor, por morte, vacancia, remoção ou exclusão do tutor.

Já se vê que além d'estas attribuições expressas no Código se devem subentender todas aquellas que se deriyam do principio de desconfiança e fiscalização; e a esta ordem pertencem os seguintes que ainda se acham mencionadas no Código, como facultativas.

e) Assistir (149) aos conselhos, ter n'elles o direito de fallar, mas não de votar (art. 259).

f) Exigir do tutor no mez de janeiro de cada anno (150) uma nota da administração dos bens do menor, e em todo e qualquer tempo vêr os livros da gerência d'estes bens, e além d'isso quaesquer outros esclarecimentos (art. 260).

É impossível que esta disposição não abra a porta a mil inimizades, ou então que caia em completo esquecimento. Se o conselho, o juiz, etc., e mesmo o curador, autoridades superiores ao tutor (que d'ellas recebe os mandados, ou a sua confirmação, quando mais não seja, e que o podem fazer remover) tivessem estas attribuições era regular, mas investir d'ellas um outro, quando muito igual, pelo menos na duração das suas funcções, é (talvez estejamos em erro) empêcer a já complicada machina das tutelas, de andar vantajosamente para a pessoa e bens do pupillo, o que deve ser o fim do legislador.

Creado o antagonismo legal do tutor com o pro-tutor, é consequencia não poder este aceitar procuração d'aquelle em negocio da gerencia d'este (art. 291.)

Em relação ao pupillo, o pro-tutor tem as mesmas prohibições que o tutor (art. 261), bem como tem igual responsabilidade; e por isso é-lhe applicavel quanto dissemos, em relação áquelle.

D'esta posição do pro-tutor em relação ao tutor podem seguir-se collisões, dadas as quaes se torna duvidoso se ha que nomear um novo tutor, embora interino, ou um outro pro-tutor; e não é hypothese imaginaria; porque se mesmo em França, onde a opposição entre o tutor e o pro-tutor é muito menor do que entre nós, casos d'estes se tem dado, quanto mais entre nós.

Os tribunaes francezes não são uniformes na decisão; uns entendem que se deve nomear um sub-tutor, porque o que havia por effeito da opposição ao tutor, em nome e interesse do pupillo faz as vezes de tutor, e portanto indispensavel se torna a nomeação de sub-tutor (Sirey 44, II, 153) Outros querem que seja o tutor que deixou de o ser ainda que temporariamente, e que o sub-tutor está no exercicio das suas funcções estando em opposição ao tutor, e consequentemente não está vago o seu lugar; e não podendo haver dois sub-tutores, não ha que prover senão ao impedimento do tutor, nomeando outro (Dalloz an. 1848, II, 144).

Parece-nos esta segunda opinião mais conforme á indole da tutela moderna.

Outra duvida é, se a ausencia do pro-tutor no conselho de familia induz nullidade.

Esta assistencia de que tracta o art. 259 do Código, é tirada do art. 420 do Código civil francez, e em França tem sido mui disputado este ponto, sendo a praxe dos tribunaes julgar nulla a deliberação do conselho tomada na ausencia do sub-tutor, uma vez que diga respeito a questões em que os interesses do pupillo estejam em opposição com os do tutor (Dalloz, 1837, II, 121).

Embora a opinião dos tribunaes francezes nos pareça mui logica, parece-nos que a letra expressa do nosso Código se oppõe a que se admitta tal nullidade. — O pro-tutor pode assistir — diz o art. 260 do Código, logo a assistencia é facultativa, e desde o momento em que o é, a sua falta não pode produzir nullidade.

Sendo o pro-tutor um fiscal do tutor, e por isso um accessorio da tutela, finda quando aquelle.

Esta disposição é expressa no art. 425 do Código civil francez, e não obstante não ser letra expressa no Código portuguez, tem todavia de subentender-se; e por isso entendemos util o admittirmos a praxe dos Jctos. francezes a este respeito.

Se o tutor deixa de o ser, por acabar a tutela, acaba também o cargo de pro-tutor; por ex.: pela maioridade ou morte do pupillo, mas se acaba por facto proprio e pessoal do tutor, então continua o pro-tutor; por ex.: se o tutor morre, se é excuso, etc., n'este caso continua o pro-tutor, porque o seu fim não é fiscalisar os actos de A ou B, mas os da tutela exercida seja por quem quer que for.

Exceptuam-se, porém, os casos em que o proprio pro-tutor tenha de passar a tutor, porque então larga o lugar de pro-tutor, ou quando o tutor houver de ser da mesma linha, por causa da disposição do art. 206 do Código.

(146) Alteramos a ordem das materias como vem no Código, tractamos de todos os individuos que figuram na tutela do orphão, depois dos que não podem exercer nenhuma função tutelar; em seguida dos exames e remocões, e por ultimo do conselho da tutela, porque entendemos ser mais methodico concluir com o que diz respeito á tutela, e depois do recurso dos seus actos.

(147) Confessamos que o papel dado ao pro-tutor é socialmente odioso. Colocar no centro da familia artificial, que a lei substitue á natural, do pupillo, um espão, deem-lhe o nome que quizerem, e dourem a coisa como entenderem, ha de repugnar sempre a uma alma delicada. Esta entidade foi introduzida no nosso Direito orphanologico pelo decreto de 18 de maio de 1832, copiando o Direito francez que la se chama *sub-rogé tuteur*. O citado decreto deu-lhe o nome de *sub-tutor*, e assim passou para a N. R. J. art. 432, agora apparece no Código com o nome de *pro-tutor*, mas *quantum mutatus ab illo*! Não deixam de ser curiosas as alterações que tem soffrido a idéa primitiva.

Codigo civil francez

Art. 420

Daas toute tutelle il aura un *sub-rogé tuteur* nommé par le conseil de famille, ses fonctions consisteront à agir pour les intérêts du mineur, lorsqu'ils seront en opposition avec ceux du tuteur.

Nov. Reforma Judiciaria

Art. 432

Quando tiver logar a nomeação do tutor, nomear-se ha tambem um *sub-tutor*, cuja obrigação será velar os interesses do menor no caso *sómente*, em que estiverem em opposição com os do tutor.

Codigo Seabra

Art. 258 n.º 2

Vigiar a administração do tutor e levar ao conhecimento do curador e conselho de familia tudo quanto lhe parecer prejudicial á pessoa e interesses do menor.

O Codigo francez quer que intervenha o *sub-rogé* quando houver opposição de interesses entre o menor e o tutor, mas isto de um modo legal; a N. R. J. é mais explicita e restricta—porque contém a mesma disposição, mas empregando a palavra *sómente*; mas vem por ultimo o Codigo e organisa a espionagem legal.

As funcções dos antigos curadores, bem como as dos novos são mui diferentes, e por certo tornam escusado o pro-tutor, personagem melo-dramatico que nos parece que virá a ser bem inutil pela pratica como o anterior *sub-tutor*, apezar d'este nada ter de odioso e repugnante nas suas funcções.

(148) Se o menor já está bem capaz de se reger, que nem tem conselho de familia nem juiz, para que é que ainda se exige que o curador e pro-tutor assistam á prestação das contas do ex-tutor?

Se fosse quem lh'as tomasse, bem; mas *assistir*, é menos que *tomar*, mas é o direito de exame, e fica-se em duvida de se approvar.

Ora se o ex-pupillo approvar as contas e os curadore pro-tutor não?

Dá-se um triste conflicto

Bem sabemos que ha codigos que estabelecem disposições similhantes, mas isso não nos priva de acharmos melhor outra cousa.

E seria que o ultimo acto do conselho fosse o tomar as contas ultimas e geraes do tutor; pondo-o fora de contacto com o pupillo, para não haver o inconveniente que o subordinado de bontem seja boje quem exige contas; e além d'isso taes contas pertencem no tempo de tutela, e portanto da competencia do conselho de familia.

(149) E com que direito se poderia negar o pagamento d'estas despesas, se foram *legalmente* votadas?

O caso de se dar culpa já fica prevenido no art. 248; ha portanto materia em duplicado e escusada.

(150) E nos outros mezes? Parece-nos que não: porque 1.º a lei é taxativa n'esta disposição; 2.º nas outras epochas tem o direito de examinar e pedir esclarecimentos. E bem verdade que com má vontade, pôde a liulde de esclarecimentos tomar contas da administração dos bens.

SECÇÃO VII

DOS QUE NÃO PODEM SER TUTORES, PRO-TUTORES, NEM VOGAES DO CONSELHO DE FAMILIA, E DOS QUE D'ESTES CARGOS PODEM SER REMOVIDOS, EXCLUIDOS, EM GERAL E EM RELAÇÃO A CADA UM D'ESTES ENCARGOS

§ 169

DOS QUE NÃO PODEM EXERCER CARGOS DE TUTELA

O Codigo enumera oito classes de impedimentos para qualquer dos cargos da tutela, e vem a ser:

a) Os interdictos;

b) Os menores não emancipados.

De ambas estas classes facil é dar as razões, e vem a ser que seria absurdo que podessem governar os outros aquelles a quem a lei nega que se possam governar a si proprios: mas ha um beneficio n'esta disposição do Codigo: na legislação anterior podia dar-se o absurdo que o Codigo evita: um individuo que não podia dispor de seus bens livremente, era apto para ser tutor, ou membro do conselho de familia, e como tal decidir sobre longos arrendamentos e alienações dos bens do pupillo; como se dava com o emancipado, que não tivesse 25 annos, hoje pelo Codigo está evitado este absurdo, porque o emancipado, por este facto, pode dispor de seus bens, e reger a sua pessoa como se fosse maior (art. 305).

c) As mulheres não sendo ascendentes.

Temos as mulheres exercendo um *munus viril*, dado o caso de serem ascendentes, mas n'este caso terão de renunciar ao *senatus-consulta Velleano*?

Entendemos que não ha necessidade de renunciar ao que não existe.

Os imitadores dos nossos Magrícios applaudirão por certo este passo no caminho, não diremos da emancipação das mulheres, mas da sua habilitação para negocios publicos e civis.

Não queremos empanar a gloria dos que foram defender a belleza das damas inglezas, a quem os brutos bretões chamaram *feias*; parece-nos até mui heroica tal façanha, e de mais gloria para as portuguezas do que para os *doze campeões*; porque, o que tudo aquillo prova, é que a belleza das inglezas era *questionavel*, e que só a bote de lança se provava, e para isso necessaria a intervenção estrangeira, enquanto que a respeito das portuguezas ninguem punha duvidas, em relação á *belleza* ao menos.

Mas de serem bellas a serem membros da tutela *vae muito*.

Não desaprovamos que possam ser tutoras, porque antes que a lei o determinasse, já a natureza as havia escolhido para isso; e ninguem deve ser preferido á mãe, ou avó; mas para pro-tutora ou vogal do conselho parece-nos que as não fez Deus.—Uma mulher a fiscalisar, tomar contas, examinar livros de gerencia tutelar, é mal escolhida; fazel-as vogaes em um corpo deliberativo, seria talvez conforme com a sua loquacidade, mas fallar não é administrar.

Estes principios teem até hoje dominado todas as legislações, e os romanos que prohibiram as mulheres de advogar por causa da sua immodestia de gestos e sultura de lingua nos tribunaes, tambem as inhibiram dos cargos da tutela; e até da fiança, por um modo delicado, que foi tornando inefficazes as obrigações que contrahissem. Foi o que fez o *senatus-consulta Velleano*.

É claro que desde então nunca ninguém quiz contractar com mulheres, nem acceital-as como fiadoras; e por isso quando se tinha de tomar a serio uma fiança feminina, eram as mulheres obrigadas a *renunciarem* ao *senatus-consulto Velleano*; e era isto o que sob o nome de *privilegio velleano* passou para a Ordenação (L. 4. tit. 61) e linguagem jurídica do antigo fóro: hoje, porém, pelo Código (art. 819 e segg.) a prohibição das mulheres serem fiadoras, exclue a renúncia do Velleano.

O conjunto de todas estas disposições do novo Código, é que nos leva a excluir de vognes do conselho de familia e de pro-tutores as mulheres, mesmo as ascendentes, as quaes unicamente poderão servir de tutoras.

d) Os devedores de somma consideravel (151).

e) Os que tiverem demanda com o menor, seus paes, filhos, ou mulheres por objecto importantes; ou sendo seus inimigos ou de seus paes.

O Código accumula por identidade de origem duas incapacidades; a proveniente das demandas, porque n'esta *se presume* má vontade e inimidade entre as partes: e a *inimidade* conhecida, porque n'este caso não ha *presumpção*, ha *certeza*.

O nosso direito antigo, bem como o romano, excluia tambem estas duas classes de pessoas, o que passou para a N. R. J., que faz duas classes de incapacidades— a inimidade e os pleitos.

f) Os individuos de máo comportamento conhecido, ou que não tiverem modo de vida conhecido.

Será necessario que uma sentença condemnatoria sirva de prova e base para se declarar este máo comportamento? Hesitamos.

O legislador teve por certo presentes a N. R. J. art. 435, e Código civil francez art. 443, e a generalidade dos Codigos allemães, e em todas estas legislações se falla sempre em condemnação, e até o francez é mui explicito, porque se refere á pena infamante.

Orá apesar de todos estes precedentes, o legislador não falla em sentença, nem como causa, nem como prova; e dá só como causa de incapacidade o *máo comportamento*.

As causas da nossa hesitação são: a extrema gravidade que para o *incapaz* pode resultar d'esta declaração, porque inclusivamente lhe pode ser lançada á cara sem que se lhe faça injuria, quando tal incapacidade resultou de uma comminação legal, e a sua applicação á caso julgado.

Mas por outro lado quando o Código usa do particípio *conhecido*, emprega-o só no singular, o que pela sua collocação o torna unicamente applicavel ao modo de vida; e então não se applicando ao procedimento, parece que para este não se contenta com a notoriedade e a voz publica.

Em caso de confirmação de tutela, isto pouco importa; porque o conselho vota por sua consciencia; mas nós tractamos de todas as tutelas e cargos tutelares, e é portanto delicado o modo de dar, como facto, o máo procedimento.

Em taes casos, a *notoriedade* tem de ser substituida por outra coisa, e não pode ser senão por uma *sentença*.

g) Os individuos já removidos de outra tutela por máo desempenho do seu cargo.

h) Os juizes singulares e o curador dos orphãos de domicilio do menor ou situação dos seus bens.

(151) Os devedores são excluidos, porque? Por poderem, na qualidade de administradores dos bens do pupillo, estando em collisão os seus interesses com os d'este, attenderem aos seus, sacrificando ao tutelado? Mas estas razões dão-se exactamente em relação aos credores, e então, tambem deveriam ser excluidos dos cargos tutelares.

E desir por estas razões eram equiparados credores e devedores pelo Direito byzantino, como se vê da Nov. 72. capp. 1. §. 8. §. 5.

O Código civil francez não exclue nem o devedor, nem o credor, (art. 442 e seg.) e entende-se que siga outro systema, (442 e seg.)

A Ord. no L. 1. tit. 102, tambem não exclue nem impede os credores ou devedores, e a N. R. J. que foi copiar o Direito francez, tambem não fazi em credores ou devedores (art. 435).

De tudo isto concluímos que excluindo dos cargos pupillares os devedores do menor se devesse haver excluido igualmente os credores.

Em quanto ao *consideravel* da divida deve attender-se ao patrimonio do menor, e não ao do tutor ou encarregado do onus tutelar, porque se attende ao máo que póde provir ao tutelado, e não ao bom ou mal do tutor.

§ 170

DOS QUE PODEM SER REMOVIDOS E EXCLUIDOS

Depois dos que não podem exercer cargos tutelares por incapacidade physica ou moral, temos as tres classes *excluidos, removidos e excusos*, havendo a notar que só a ultima é facultativa, isto é, que depende da vontade d'aquelle em quem se verifica o impedimento, fazel-o valer ou não.

Devemos ainda fazer notar que ha differença entre *exclusão* e *remoção*; a primeira é antes de começar o exercicio dos cargos, ou por começar irregularmente; a segunda é posterior, e além d'isso só na exclusão se dão causas que deshonrem aquelle em quem se dá a sua applicação.

O Código civil francez é rigoroso no uso das classificações d'estas causas (art. 444) mas o nosso Código não é do mesmo rigor, por que diz (art. 225) que podem ser removidos os que procederem mal; e chama exclusão a incapacidade, etc.

Tractemos, pois, de ambas as classes.

São excluídos ou removidos.

a) O tutor testamentario ou legitimo, que começar a exercer o cargo antes da convocação do conselho de familia, ou nomeação do pro-tutor, isto porque não dependem da nomeação do conselho de familia, nem este tem de ser convocado, só para se lhe nomear o pro-tutor.

b) Os que não promoverem o começo ou continuação do inventario.

c) Aquelles que procederem mal, tanto enquanto á pessoa, como enquanto aos bens do pupillo.

d) Aquelles que se tornarem incapazes de taes encargos, por virtude de alguns dos casos que ficaram apontados.

Todas estas causas mostram que os negocios da tutela não podem ser bem geridos por pessoas taes.

É, porém, para notar que do conselho de familia não se falla para remoção e exclusão, ha unicamente *incapacidades*, e n'essas estam também comprehendidos os tutores e pro-tutores (art. 234).

Quando se tracta de remoções, falla-se só de tutores (art. 235).

E quando se tracta de exclusão é com applicação ao tutor e portanto, entendendo que o que está na lei é unicamente o que o legislador escreveu, temos que os vogaes do conselho de familia não teem pena alguma, nem pelos seus actos podem ser administrativamente postos fóra do conselho.

Confessamos não ter podido achar uma razão plausivel para esta impecabilidade, ou antes impunidade dos membros do conselho de familia.

Na discussão do Codigo civil francez foi apresentada a idéa de de lhes impôr responsabilidade, mas não vingou: sentimol-o, porque se houvesse vingado, já estava importada em Portugal.

O processo d'estas exclusões e remoções é mui exuberantemente exposto do Codigo Civil francez com toda a minuciosidade, o mesmo objecto está descripto nos art. 236 e 242 do Codigo Seabra.

Na verdade, e, em rigor, esta parte é mais propria para o futuro e INDISPENSÁVEL Codigo do processo.

O conselho de familia é o tribunal que pronuncia a remoção ou exclusão do tutor e pro-tutor (art. 236), isto com audiencia do interessado.

Notaremos só duas cousas: uma é que esta audiencia do interessado é quando se possa dar *sem grave inconveniente*: o que importa condemnar sem ouvir o accusado; e chamamos accusado e tribunal a que se dá no conselho, porque não só o que alli se passa e faz, é um julgamento; mas até porque o Codigo, usando do termo *em audiencia*, demonstra ser essa a idéa do legislador.

Posto isto, dêem-lhe as voltas e sahidas que quizerem, será sempre duro condemnar um individuo sem o ouvir e lhe admitir defeza; e dá-se isto em casos mui serios; pois excluir ou remover um tutor por máo procedimento (art. 234) não é nada menos do que infamal-o.

Assim quizeramos que houvesse sempre audiencia do interessado.

Outra cousa é que a este julgamento só estam sujeitos o tutor e pro-tutor, e dos membros do conselho nem palavra.

E no entanto o Codigo na secção X. traz a inscripção *— DAS PESSOAS QUE NÃO PODEM SER TUTORES, PRO-TUTORES, NEM VOGAES DO CONSELHO DE FAMILIA —* e depois no art. 235 diz que a remoção se applica áquelles (tutores) *a quem sobrevier algum dos MOTIVOS DE EXCLUSÃO indicados na secção X.* E muito embora este artigo falle só dos tutores, o caso é que os membros do conselho podem ser incapazes de continuar n'este cargo, e que a esta incapacidade chama o Codigo *exclusão*, e que por isso tão applicavel devia ser a estes vogaes a disposição do Codigo, como aos pro-tutores de quem também não se falla no art. 253.

Entendemos portanto que o conselho de familia é o competente para pronunciar esta exclusão, remoção e declaração de incapacidade para as funcções da tutela.

Falta também dizer como é que o conselho toma conhecimento d'estas accusações.

Parece-nos que qualquer dos que fazem parte da tutela pode produzir-a. O pro-tutor ex-officio, o curador e o tutor, porque fazem parte do conselho, onde teem voto consultivo, não o juiz, porque apenas preside, mas sem voto (art. 215 e 216).

É claro que se o accusador é dos que teem voto deliberativo não vota.

A resolução do conselho será *escrita* e fundamentada (art. 237).

A circumstancia de ser *escrita* não é exigida pela lei, mas o facto de ser fundamentada a resolução torna indispensavel a *escrita* pelo principio *verba volant, scripta manent*.

O accusado ou concorda, ou não, com a resolução; no primeiro caso deixa de exercêr as funcções que tinha, e *procede-se immediatamente á sua substituição*; o que dá a entender que, pelo menos em relação aos tutores, é o conselho de familia quem tem o direito de os substituir (152) se não acquiesce, recorre; sendo a resolução do conselho sustentada *á custa do menor*, porque o conselho só tem de pagar as custas no caso de calunnia *manifesta* (art. 238 e 239).

São graves estas disposições, e confessamos que não as achamos mui justificadas.

A remoção ou exclusão foi feita no interesse do pupillo, e então a sustentação d'elle seja á conta d'elle menor.

É isto na theoria, mas a practica ha de por muitas vezes desmen-

tirar esta; porque muitas vezes interesses pessoais darão origem a estas exclusões. Mas ainda admitindo em toda a sua plenitude a doutrina do Código; como o conselho só pôde ser condemnado ás custas no caso de *calúnia manifesta*, segue-se que o tribunal superior pode julgar infundada, pueril etc. a causa de exclusão, e no entanto é o menor quem paga as custas! sendo assim victima dos desacertos do conselho.

Ora isto é inadmissível; porque é principio corrente que ninguém deve pagar os erros dos outros, e aqui temos o pupillo pagando as custas da accusação do conselho, que o tribunal superior declarou improcedente.

As custas deveriam ser pagas pelo menor se a resolução fosse confirmada, porque isso provava que elle ganhára ou lucrára; no caso contrario, por o conselho.

Outra é que só a *calúnia manifesta* dê causa a pagar o conselho que a commetter, as custas do processo.

Falta definir o que seja esta especie de calúnia que não vem definida no Código penal, e que mesmo doctrinalmente o não é pelos criminalistas; porque *evidente* de que algumas vezes se falla é mais que manifesta, porque é aquella de que ninguém pode duvidar, quando a manifestação de qualquer qualidade pode não ser percebida por um ou por outro.

Era necessario determinar quaes os elementos constitutivos d'esta manifestação; e quando assim não fosse, designar ao menos se b ou não necessario que a sentença, que decide do recurso, terá de declarar a existencia da calúnia para se poderem exigir as custas dos vogaes do conselho.

O art. 240, provendo para o caso de estar a exclusão dependente da resolução do recurso, determina que o conselho proveja provisoriamente a respeito dos bens e pessoa do menor, isto no caso de exclusão; porque se fór no da remoção, o curador, havendo inconveniente em que o removido continue na gerencia, requererá ao juiz providencia provisoria durante a mesma (art. 241).

Aqui está reconhecida a grande differença entre exclusão e remoção.

O tutor ou pro-tutor removido fica inhibido de ser vogal do conselho (art. 242).

Ora acabando o Código de fazer tam grande differença entre removido e excluido, e agora, logo em seguimento ferindo de inhibição só o *removido*, deverá entender-se que tambem o excluido fica inhibido?

Começando por declarar que queriamos mais rigor no uso das palavras, e muito mais que ao estylo se não sacrificasse doutrina, parece-nos, que por paridade se déve estender esta inaptidão aos excluidos.

Por ultimo. A acquiescencia do accusado ás accusações não produz nenhuma nodea a este; porque isso depende da causa da exclusão ou remoção; pois se fór uma interdicção, por ter uma demanda, etc., nenhuma deshonra lhe resulta.

(152) Sendo o inter quem é accusado; quem o deverá substituir?

Nas tutelas dativas não pôde haver questão se a substituição é da completa escolha do conselho; mas temos a testamentaria e a legítima, nas quaes não se dão as razões que se allegam para a dativa.

O facto do testador haver nomeado pessoa fóra dos que podiam ser tutores legítimos é a maior prova de que attribue a estes, e como a vontade do testador seja lei, a consequencia é que, impedido o tutor testamentario, ou escuso ou removido, o conselho não deve nomear nenhum parente do menor; até mesmo porque o testador pelo facto de nomear tirou quanto pôde ao conselho essa attribuição, e se a força maior das circumstancias lha dá, é para ser em conformidade com a vontade do testador na parte negativa.

Pelo contrario na tutela legítima, deixando de a exercer o confirmado, o conselho deve *confirmar* o que a lei chama a tutela; porque o conselho só *confirma*.

Já se vê que em ambos os casos as attribuições do conselho são muito restrictas.

§ 171

DOS QUE PODEM ESCUSAR-SE DOS CARGOS TUTELARES

Temos incapazes, excluidos, removidos, e falta-nos ver quaes os *escusos*, isto é, aquellos que a lei não prohibe dos cargos tutelares, mas em quem reconhece o direito de fazerem valer razões que os isentem d'esse onus.

São todos aquellos que por falta de tempo, ou de forças, a lei não quer obrigar a sacrificarem-se além dos justos limites; e enumera oito classes:

- a) Os ministros d'estado.
- b) Empregados do governo.
- c) Militares, ainda que não tenham patente, uma vez que estejam em serviço activo, porque se o não estiverem, nem nem mesmo reformados se isentam.
- d) Ecclesiasticos curas d'almas.
- e) Os que tiverem outra tutela (153).
- f) Os que tiverem cinco filhos vivos (154).
- g) Os que tiverem setenta annos de idade.
- h) Os que, por molestia chronica, não podem tractar nem dos proprios negocios (155).
- i) Os que, por pobreza, não podem tractar dos negocios alheios (art. 227).

A estas causas de escusas absolutas acrescenta o Código outra relativa, e vem a ser que pessoa alguma extranha ao pupillo poderá

ser coagida a ser tutor, enquanto no julgado houver parentes que o possam ser (art. 228).

Estas disposições são applicaveis tanto aos tutores como aos vogaes do conselho, *servatis servandis* (art. 233).

Com o Codigo vamos expôr o processo das escusas.

O conselho de familia é ainda o tribunal competente para aceitar ou não estas escusas, e não o juiz, que não tem voto (art. 231 e 216).

Para ser attendida, deve ser apresentada a escusa na sessão em que forem nomeados excusandos, se estiverem presentes, quando não, seis dias depois, contados d'aquelle em que se lhes intimar a nomeação (art. 229).

Já se vê que se tracta dos cargos, que o conselho confere, e não d'aquelle que são por nomeação do testador, ou immediata disposição da lei: para esses deve contar-se o praso da intimação, ou da primeira sessão a que assistam.

Pode, porém, succeder que estas causas sobrevenham ao escusando; n'esse caso tem 30 dias contar d'aquelle em que teve noticia da sua existencia, para preparar a escusa: passado este praso, perde o direito de escusar-se (art. 229).

Pela mesma razão: se a causa que sobrevier pode escusar da tutela que estava aceita e em pleno exercicio; tambem se, depois da escusa acaba a causa, podem ser compellidos os escusos a aceitar o cargo de que haviam sido escusos (art. 230). E isto deve estender-se a todos os cargos da tutela, apesar do Codigo fallar sómente do tutor e pro-tutor; pois não pode deixar de tomar-se explicativamente, em attenção á inscripção da secção, e á natureza da disposição.

Como já se mostrou, o conselho de familia é um tribunal, e das suas resoluções cabe recurso para o conselho da tutela; consequentemente o membro da tutela (o Codigo falla só do tutor e pro-tutor, mas nós entendemos todos, pelo que já se disse) que não fôr escuso apesar de o pedir, tem recurso para o conselho de familia, e enquanto este não resolve continua no exercicio do seu cargo; e não o fazendo o conselho, nomêa quem o substitua, ficando elle responsavel pela boa gerencia do nomeado (art. 231).

Sendo as escusas voluntarias, segue-se que ninguem a ellas pode ser obrigado; mas tambem não se pode censurar que a lei prive de vantagens os que se escusam: tudo é reciproco.

Assim o tutor testamentario que se escusa, e com maioria de razão o que gere mal, e é removido, perde o direito que tivesse a qualquer deixa no testamento (art. 232).

Na verdade quem não aceita os onus da escolha do testador, não deve receber os proveitos, que talvez lhe possam deixar, como compensação dos onus, salvo se o testador, prevenindo este caso, assim mesmo lho deixou com esta declaração.

E se houvesse já recebido o legado?

N'esse caso não, porque tornou-o seu.

E se acaso o testador disser=Nomeio F. tutor de meu filho, se elle *quizer* ou *puder* ser?

N'este caso é bem claro que se algum legado lhe é deixado, é isto independente da tutela.

(153) Entende-se tutela exiranha aquella orphandade: porque podendo dar-se o caso na tutela testamentaria do testador haver nomeado para os diversos filhos diversos tutores; a escusa, ou impedimento de um d'elles irá fazer recahir em outro dos nomeados essa outra tutela; mas n'esse caso ha antes confusão de tutelas, do que nova tutela, e por isso está fóra da prescripção do Codigo.

(154) O numero de filhos é privilegio romano fundado no desejo de promover a população, e por isso a lei Julia Papia Poppea deu aos que tivessem certo numero de filhos a isenção do onus das tutelas; porque as tutelas tem sido sempre tidas como *onus publicum*. O numero de filhos era de 3 em Roma, 4 na Italia, e 5 no resto, mas naturaes legitimos e nascidos (lrs. de *excusat.* pr. l. 25, ENAO. 64, § 1, D. de cond. et dem. XXXV. 1) mas contavam-se como vivos os mortos na guerra (isto se entende em combate). FF. 18 D. de *excusat-tut* XXVII. 1 ult. D. de *varat et exons. mun.* L. 5.

Este privilegio passou para as legislações modernas, e nós o linhamos no art. 438 N. R. J.; e fazem numero os netos, porque se suppõe que seus paes mortos em campanha ainda vivem pelo principio—*hi enim qui pro republica occiderunt in perpetuum per gloriam vivere intelliguntur*.

(155) Constando que os tinham antes de lhes vir o encargo; porque as causas supervenientes não livram (art. 443 cod. civ. fr.)

SECÇÃO II

Da administração dos bens do menor

Ainda que os tutores administrem sob a fiscalisação do conselho de familia, todavia, conforme a natureza dos actos administrativos, e qualidade dos tutores, serão esses actos administrativos mais ou menos immediatamente praticados pelo tutor.

A administração pode ser immediata, o que é administração *quotal*, reduzida a um só acto, que se renova em prazos mais ou menos longos, e durante os quaes se dá uma fiscalisação continua, ou então se reduz a uma só cousa definitiva: isto é, administrar, arrendar, vender etc. O que todavia não indica a escala de menos para mais; porque o hypothecar, que é muito mais do que arrendar, pertence á administração *quotal*.

§ 172

DA ADMINISTRAÇÃO

Já se disse, fallando dos direitos e obrigações do tutor, qual era a sua responsabilidade na gerencia dos negocios pessoases e reaes do

tutelado: mas aqui fazemos uma especial applicação d'aquelles principios que na sua generalidade ali expozemos.

O tutor, como bom pae de familia, deve tractar dos negocios do tutelado como dos seus proprios, nem a mais pode ser obrigado; porque se a sua actividade e intelligencia não são sufficientes então o que o nomeou em testamento, ou o conselho de familia que o escolheu (dativo) ou o confirmou (legitimo) *sibi imputent*; e então é conforme a todos os principios de moralidade e logica juridica que não se exija a qualquer mais do que para consigo practica.

Podem os bens do pupillo consistir em valores commerciaes-moveis, em bens de raiz, ou em fundos publicos.

De todas as hypothèses a que apresenta maior difficuldade é a gerencia dos primeiros, que pela sua especial natureza exigem celeridade e segredo, e portanto não podem ser submettidos ao conselho de familia, e ao mesmo tempo são de sua natureza arriscados, e portanto, muitas vezes pode succeder, que a mais lisongeira especulação, quando intentada, se mallogre, e produza uma perda em vez de ganho.

Entre nós a praxe que temos visto seguida é liquidar e empregar os fundos apurados em divida do Estado.

Não approvamos tal methodo, porque a liquidação ha de ser sempre com perda; um grande gyro commercial não acaba sem que soffra a caixa do commerciante; e depois muitas vezes succede (quasi sempre) que o maior de todos os valores da casa é a sua FIRMA; e portanto a liquidação vae estancar a melhor fonte de rendimento; e se deixa de figurar nas praças por alguns annos, depois ainda que reappareça, já não tem nem sombras do mesmo valor; e finalmente tudo, menos reduzir a papeis de credito de devedor que dicta as leis do pagamento.

Ha quem aconselhe formar-se sociedade com outros commerciantes, porque então a gerencia exercida por homens competentes sanaria estes inconvenientes. E idéa de um judeu, Bedaride. Mas além da difficuldade que necessariamente se ha de dar em encontrar quem queira associar-se, o que talvez seja facil aos judeus pelo seu espirito commercial e de ligações entre si, mas como regra não: ha o grande defeito de ir buscar o remedio fóra, quando deve ser deduzido da propria instituição.

Se o tutor, apesar de probro, não tem as habilitações necessarias, pode de combinação com o conselho, escolher algum intelligente empregado do fallecido, e dando-lhe uma percentagem comezinha, deixar-lhe a direcção dos negocios. Se não se remediarem os males, congue-se ao menos não acabar com a firma.

Emquanto aos outros actos da administração, uma vez que o tutor mostre que se aconselhou competentemente, e que não faz senão

o que o commum dos proprietarios fizeram, se foi mal succedido, é cousa que não lhe pode ser imputada.

§ 173

DO ARRENDAMENTO DOS BENS

Pode o conselho de familia entender, que os bens de raiz devem ser arrendados e não administrados, e não administrados pelo tutor, e na maioria dos casos assim deve succeder, por ser vantajoso para ambos: o tutor deixa de ter responsabilidade; o conselho pode calcular com um rendimento certo, e realiado em epochas tambem certas, o que não pode nunca dar-se com a administração individual e directa.

É esta a disposição do art. 263 do Codigo, e por ella se vê que o tutor é simples executor da deliberação do conselho, porque é este quem resolve.

Mas, dado o caso de se arrendarem os bens, pode este arrendamento ser por mais ou menos annos; e para isso faz o Codigo uma distincção—se o arrendamento é até tres annos, é o tutor que o faz do modo que lhe parecer mais conveniente aos menores; sendo por mais, então é em praça com assistencia do pro-tutor e curador (art. 264 e 265).

Já se vê que os arrendamentos de casas entrarão na grande maioria dos casos na primeira classe, embora sejam os mais sujeitos a fluctuações.

O que nos parece excessivo é o numero de precauções para as arrematações em praça, porque ha n'esta um juiz que fiscalisa.

No entanto, se estas despesas não viessem no fim de contas a ser pagas da bolsa do menor, não as regeitaremos. *Quod abundat non nocet*.

Todas estas auctorisações do conselho, e praças etc., não tem logar sendo o pae tutor, pois a unica limitação é que os arrendamentos não poderão exceder na sua duração a maioridade do pupillo.

§ 174

DA VENDA DOS BENS

Em relação á venda ha differenças em attenção á sua qualidade e valor; mas antes exporemos o processo que o Codigo marca para estas alienações.

Se o menor está debaixo do patrio poder, é o juiz assistido do curador, quem exerce as funcções do conselho de familia (art. 274);

e por isso tomamos como normal a hypothese de ser o conselho de familia que funciona por não estar o menor debaixo do patrio poder.

O conselho de familia é quem ordena ou auctorisa o tutor a vender (art. 224 n.ºs 13 e 16); determinando, se o tutor poderá vender particularmente alguns moveis insignificantes, ou escolher quem ha de assistir em nome d'elle conselho, e no interesse do menor ás arrematações fóra do julgado onde corre o inventario (art. 267 e 268).

Depois d'isto, mas sempre antes da venda, serão os bens avaliados, ou por outro modo qualquer o conselho verifica qual o valor d'elles, e marca o preço por que hão de ir á praça, e aquelle pelo qual se poderão vender, (isto é, o minimo que assim mesmo nunca será menor do que o valor *verificado* (art. 270) (157).

Vão os bens á praça no valor que o conselho lhes arbitra, se é maior que o da avaliação, e ninguém lançou n'elles, voltam segunda vez, mas já no valor da avaliação (158): se forem á praça pela avaliação, e ainda assim não houver lançador, retiram-se da praça até que o conselho decida se deve sustar-se a alienação, ou se devem voltar com outro menor preço, o qual n'este caso é do puro arbitrio do conselho, não sendo necessario que faça avaliar, nem verificar valores, etc. (art. 270 a 272 inclusive).

N'estas praças e arrematações seguem-se as formalidades ordinarias (art. 273) nas quaes figuram tantos symbolos juridicos e historicos, como sandices e parvoeiras que mal dizem com a seriedade do acto.

Emquanto aos moveis, pode ser feita a sua venda em particular, se forem de insignificante valor; de contrario, será em hasta publica com assistencia do pro-tutor e curador (art. 267).

(156) *Nemo dat quod non habet, nec plus quam habet.*

(157) Não podendo ser secreta esta taxação de preço, talvez resultem inconvenientes de ir á praça sabendo os lançadores qual o preço minimo pelo qual poderão obter a coisa que esta em almoeda.

Tornamos a repetir: a experiencia tem-nos mostrado que as chamadas praças são uma perfeita decepção. Nas terras pequenas, porque todos se conhecem, nas terras grandes, porque ha muitos leilões; o facto é que a lucra é ephemera, a não ser que appareçam caprichosos, que, com o fim de se prejudicarem, *piquem o lance* para o largarem quando estiver *salgadinho*, e assim fazerem mal.

Estes estratagemas obrigam a outros, e então arranjam-se os *compadres* que *sustentam* a praça, quando não são elles proprios que a perdem.

Ora este remedio não póde usar-se nas arrematações judiciais: por tanto não ha arma para combater os conluios.

Os francezes seguem o systema de abrirem a praça dando á coisa um preço elevadissimo, e o juiz (*commissaire priseur*) da praça com o martello suspenso vae em alta voz desceendo por quantias minimas, até que algum dos presentes lhe faça signal, ao qual elle corresponde batendo com o martello na mesa, o que indica ser o lance o que ultimamente foi annunciado.

Em outras partes usam empregar uma vela, e o lance que não é aftronadot no momento em que ella se apaga, é o que fica valendo.

Ha finalmente a praça por lances em carta fechada, abrindo-se todas ao mesmo tempo e logar.

De todos os modos de se levarem a effeito as operações da praça é este o que nos merece mais confiança, por ser o que *menos* logar dá aos conluios: e dizemos só *menos*, porque o comparamos com os outros; porque tambem ha o que Deus sabe.

Este assumpto das vendas forçadas, ou em praça deveria merecer aos legisladores e economistas mais attenção do que tem merecido. Deve attender-se que taes bens são de pessoas que por lei são infelizes, e dignos de protecção, e por isso lhes chamam *miseraveis*; mas a protecção transforma-se em oppressão, como a curadoria se torna desleixo, e a tutela offensa.

(158) O Codigo serve-se dos vocabulos *preço*, *valor*, como synonymos, quando na terminologia juridica, muito antes da economica, o não são. — *Valor* — é o grão de estimação que marca o thermometro da utilidade: *preço* o grão do *valor* que lhe dá o thermometro da utilidade: assim no nosso caso o conselho, verificando que a quinta A tem um rendimento igual a B, multiplicando este rendimento por 20, verifica que a quinta A *vale* B $\times$ 20; e n'este *valor* a manda arrematar; mas no mercado, por qualquer razão, não dão senão B $\times$ 15, vem este a ser o *preço*. No art. 270 o Codigo usa da rigorosa terminologia, mas no 221 não, porque diz... sendo... com *preço* superior ao de *avaliação* etc., devera dizer com a *importancia* e *lances* da *avaliação*, porque estes dois vocabulos designariam o resultado em termos comparaveis, com os que depois exprimissem o preço.

SECÇÃO IX

Da tutela dos filhos illegítimos

N'esta secção tractaremos dos illegítimos *qua* taes, isto é, d'aquelles, cujos paes, embora conhecidos, não podem legalmente tomar este nome, sendo as seguintes para aquelles que não tem pae, por não se saber quaes são, isto é, os engeitados e expostos, que muitas vezes são nascidos de paes casados, os quaes por miseria ou vicio os entregam ás misericordias; e os filhos de pessoas miseraveis, que não podem pela miseria prestar os cuidados paternaes a seus filhos.

§ 175

DOS PERFILHADOS

Os perfilhados occupam na escala dos illegítimos o grão mais elevado e mais próximo dos legítimos, porque tocam nos legítimos.

O Codigo applica-lhes todas as disposições relativas aos legítimos com algumas alterações (159).

Assim não ha tutela legitima, embora pelo facto da perfilhação fiquem pertencendo á familia (art. 279).

E mui justa esta disposição.

A consciencia, ou outro qual agente podem fazer que qualquer tome a si um filho ou filhos, mas este acto individual não deve trans-

formar-se em onus para os parentes que não tiverem parte na feitura de tal parente (art. 277).

Esta mesma razão não impôz onus aos parentes do perflhante, é o que faz com que o conselho não seja composto de parentes do perflhante, mas de cinco visinhos (159) escolhidos entre os parentes ou amigos do pae perflhante (art. 276).

(159) Veja-se o que dissemos quando tractámos de domicílio, e tivemos logar de mostrar o que entre nós se entende por *visinho*.

Parece-nos que o Código quiz aqui referir-se a residentes no logar onde habitar o menor.

§ 176

DOS SPURIOS

Em relação a estes estabelece o Código uma legislação especialissima.

Ou qualquer dos paes, quando obrigados a dar alimentos aos filhos *spurijs*, nomêa tutor ou não. No caso de nomeação, que deve ser sempre acompanhada de designação de bens ou rendimentos para alimentar o menor, é o tutor o nomeado (art. 279).

No segundo caso, embora houvesse applicação de bens, faltando nomeação de tutor, ou se o nomearam sem applicarem meios para alimentar o menor (caso do art. 281 combinado com o 280) é o juiz dos orphãos quem provê de remedio.

Temos tres hypotheses, e em cada uma d'ellas o remedio é differente.

1.º Os paes deixaram meios para alimentos dos filhos menores spurijs—O juiz nomêa pessoa idonea que se encarregue dos mesmos, provendo á sua educação e rumo futuro (160) com os meios que os paes houverem deixado (art. 280).

2.º Os paes não applicaram bens alguns para sustentação do menor; o juiz nomêa (161) um tutor, e este assistido pelo curador dos orphãos promove contra os paes ou seus herdeiros as acções necessarias para obter os meios (art. 281).

3.º Os paes nomearam tutor e deram-lhe os meios necessarios—N'este caso a tutela é testamentaria.

Esta ultima hypothese é omissa no Código, mas não pode deixar de ser a mais frequente; e não podendo a legislação antiga ministrar-nos subsidio algum, e menos ainda a franceza, porque no systema do seu Código civil não podia entrar esta especie, entendemos seguir o rigor logico dos principios de Direito, e então se os paes podem dar aos filhos spurijs por testamento ou por acto inter-vivos, um tutor, esta tutela é completamente igual á testamentaria, e consequentemente deve ser regulada por esta (162).

Este juiz dos orphãos, de que tanto falla o Código, não pode ser senão o mesmo de que fallou o art. 188, o de domicílio do menor; e como hoje as funcções orphanologicas pertencem aos juizes de Direito, é por comarcas, e não por julgados, ou districtos de juizes de paz, que se deve calcular o domicílio dos menores (163).

Dá-se n'esta tutela a singularidade de reunir o juiz as funcções do conselho de familia, isto é, serve de dictador, tomando conselho consigo mesmo (art. 222): o que se poderá justificar pelo facto do spurio não ter parentes, ainda que n'este caso havia o mesmo que nos expostos: o melhor é não investigarmos.

O que nos parece vir perturbar a harmonia d'este systema de administração orphanologica em relação aos spurijs, é a existencia do pro-tutor, porque são as suas funcções exercidas pelo curador dos orphãos.

Como é, e a quem ha de o curador-pro-tutor requerer a convocação do que serve de conselho de familia.—Tem de se fazer o seguinte—O pro-tutor combina com o curador pedir a reunião do conselho de familia, requerem isto ao juiz, o qual convoca o conselho de familia, declarando no mandado o objecto da reunião, etc. É o caso do *mestre Jacques* no *Avarento* de Molière—O juiz serve de trinta coisas ao mesmo tempo.

Das decisões do juiz dictador o recurso é para a relação do districto (art. 283), differentemente do que succede com as outras tutelas em que se recorre para o conselho da tutela (art. 226).

O Código previne o caso dos paes do spurio morrerem sem deixarem bens; porque, dado tal caso, o menor *spurio* passa a ser considerado como exposto (art. 293), e acerca d'elle tracta-se mais adiante.

(160) Esta disposição vem no *Projecto do Código* o art. 298, mas alli em vez de *rumo* diz-se *destino*: mais elegante o primeiro, o segundo todavia exprime mais completamente a idéa jurídica, por isso mesmo que *destino* é mais vago e indefinido do que *rumo*, em que ha um roteiro com ponto fixo, e esse indefinido do modo de vida ou carreira que se hade abrir ao menor é o que figura a lei.

(161) Parece que a nomeação do pae caduca completamente; e por tanto o juiz tem de escolher a seu arbitrio; mas bem andarã sempre que nomear o que fôr escolhido pelos paes do menor, porque, saivo a prova em contrario, ninguém pôde equalar os paes em bons desejos.

(162) N'esta tutela revela-se o interesse que o pae tem pelo filho, e este sentimento é muito digno de ser sustentado pela lei, e que nos levou a adoptar estas doutrinas, e achamos confirmado que n'estas tutelas tudo é como nos testamentos, nas palavras do art. 282.

(163) A extincção dos juizes ordinarios, e não admitir a nossa legislação o systema francez dos juizes de paz, revestidos das funcções orphanologicas, foi o que nos levou a entender as disposições do código unicamente applicaveis aos juizes de direito, mas é para sentir, que não se empregue o rigor da terminolo-

gia: nós não temos hoje juizes dos orphãos, temos a maxima parte das attribuições dos antigos juizes dos orphãos exercidas pelos juizes de direito.

SECÇÃO X

Da tutela dos expostos e abandonados

§ 177

O QUE ERA PELO ANTIGO DIREITO

Milhões de defeitos que no Codigo houvesse, mereciam escusa á vista da inscripção d'este titulo.

Sabemos que andam mui revoltos os mares, e que o vento do materialismo sopra rijo contra os expostos, e que com as estatísticas na mão, ha apostolos da civilisação chinesa em materia de expostos, que pregam valer mais deixal-os morrer devorados pelos porcos, do que, creando-os, desenvolver a immoralidade da prostituição, e impôr ao Estado, isto é, aos contribuintes innocentes, o onus de alimentar o fructo do crime e do peccado.

Supponhamos, que encarregando-se o Estado dos expostos ha cem exposições e dois infanticidios, e que fechando rodas, etc., ha vinte nascimentos illegitimos e tres infanticidios; os taes apostolos chinezes bateriam as palmas pelo bom saldo; mas nós temos a franqueza de confessar que damos mais apreço á vida de uma creança, do que a todas quantas vantagens á custa d'ella se possam obter.

Este materialismo de reduzir a algarismos os factos moraes, pecca pela base, dando valores finitos áquillo que muitas vezes os tem infinitos.

A civilisação romana e chinesa não nos servem de exemplo, aquella porque era artificialmente baseada, e a exposição era a primeira e rigorosa consequencia do *jus vita et necis* concedido aos paes, e portanto só adoptariamos a exposição como um direito dos paes, e o Estado não adoptar por seus os expostos, se podessemos admitir o barbaro principio do direito de matar os filhos.

Não queremos o systema chinez porque não queremos ir buscar exemplos a um povo materialista, e no ultimo grão de depravação.

Emquanto aos expostos adoptados pelo Estado, temos os exemplos de Constantino, de Vicente de Paulo, de S. Izabel, e d'esse pio instituto das Misericordias, glorioso monopolio de Portugal.

Approvamos mais a sciencia economica d'esses legisladores, do que a dos que querem chegar a evitar os nascimentos illegitimos, e portanto as exposições dos recém-nascidos, por meio de condemnar a morte os innocentinhos, atterrarem muito as mães, e as levar a verdadeira prostituição, estabelecendo o divorcio. Ha mil ex-

posições que rem por causa a vergonha, a necessidade de occultar, ao menos temporariamente, uma deshonra, um crime; e quando não, nascem do desespero da miseria, ou de profunda malvadez dos paes, e sobretudo das mães. No primeiro caso ha uma immensa desgraça, no segundo o caminho do crime é já suave, e em ambos o infanticidio dá-se, não havendo a exposição, por necessidade ou por depravação.

Votamos, pois, pelo systema christão da adopção dos expostos. A caridade é quem os adopta, e esta adopção teve entre nós effeitos legais mui importantes, como vamos já vêr.

Das virtudes christãs, irmãs gêmeas do seu dogma da=Fé= nenhuma tão vecejante se conservou no catholicismo, como a=Caridade=Nos dissidentes da grande familia da Cruz, á proporção que a fé enfraquece, até desapparecer de todo pelo racionalismo, a caridade tambem definha, e morre muito antes que a Fé tenha de todo desapparecido. Tão verdadeira quanto sublime é a doutrina catholica de S. Paulo!

Não admira, portanto, que sejam os paizes catholicos os que mais recursos apresentem (independentemente da acção dos governos, e disposições das leis) a cada necessidade physica e moral do homem como cidadão, na insannia, na virilidade e na velhice, solteiro, casado ou viúvo, filho ou pae, são ou enfermo, vivo, moribundo ou morto, sandeu ou instruido, livre ou preso, etc., em todas quantas situações se possa soffrer, em todas o catholicismo, sem auxilio de leis, e até muitas vezes a despeito d'ellas, e até contra ellas, só pelo seu espirito e acção, cria, inventa, sustenta, ou pelo menos applica um instituto de piedade (164).

Entre nós havia, e ainda existem, as misericordias, institutos de predilecta e exclusiva affeição portugueza.

Os muitos privilegios d'estes estabelecimentos que mereceram sempre especial protecção governativa, constituíam em verdade uma legislação especial, que nem por isso deixava de obrigar o publico, como succede em todas as leis de privilegio; mas tractando mui desenvolvadamente da governamentação interna e do modo de occorrer ás necessidades physicas e moraes da sociedade, pouco ou nada tinham que dissesse respeito ao ponto que tractamos. Os expostos formavam uma classe, os orphãos outra, e de ambas era mãe adoptiva a casa, e como tal os expostos eram filhos-familias, e as Misericordias mães; eram menores, mas sob a tutela maternal da Sancta Casa. Esta emancipava-os, e até dotava as suas filhas adoptivas.

Já se vê que distinguindo-se sempre, e de mui antigas datas (165) a nossa patria pela sua protecção aos expostos, foi para mostrar isto que tão longe subimos; todavia, a legislação era mui omissa.

Temos o alvará de 30 de janeiro de 1775, feito em ordem a tor-

nar legalmente exequíveis as disposições dos estatutos das Misericórdias (166) e esse limita-se a declarar a considerá-los eguaes aos legítimos, a conservá-los debaixo da administração da casa até aos 7 annos, mandá-los distribuir pelos juizes para os accommodarem, e depois emancipá-los aos 20 annos.

Já antes a Ord. L. 1 Tit. 88 § 12, dava os que houvessem criado os expostos até aos 7 annos, e poderem servir-se d'elles outros 7 annos sem retribuição, ou paga.

Depois da revolução legislativa e politica de 1832, passou quasi tudo para o administrativo, e municipios, estes teem de pagar a pesadissima *finca* para expostos. Mas todas estas medidas não estam systematicamente feitas, nem mesmo muito regulares.

Os povos só vêem o lado pesado da sustentação, mas o mal está por certo em outras coisas, e não em se dar sustento aos infelizes que o desamor dos paes lança para o meio da rua.

A lei civil franceza tambem é muito falha, contentando-se de mandar lavar um auto de achada, e depois da entrega aos hospícios onde o desgraçado achá amparo.

O A. doCodigo, e bem haja, introduziu noCodigo civil, que estava redigindo, uma secção dedicada á tutela dos menores abandonados.

Colocado em um paiz cheio de institutos pios, mas onde havia muitos abusos, e em frente de uma crusada economica que batia em brecha estes institutos pelo facto de os deixar sem rendimentos, e quem sabe mesmo se, receiando enfraquecimento de caridade e avaliando o pouco que é a philantropia, o A. doCodigo precisava, devia, por espirito de rectidão e previsão, curar dos expostos: e é este conjuncto de medidas legaes civis que vamos expôr.

(164) A caridade, como virtude religiosa, é absolutamente differente e mui superior á *humanidade* ou *philantropia*, porque consiste em amar os homens por Deus; e é esta a sublimidade do seu fim.

Esta origem do amor dos homens é que não pôde fazer parte do protestantismo. Na n'este, como no paganismo, a virtude de Epicteto, mesmo a de Socrates, como os quakers etc. Ha abundancia de obras, mas secas, estereis; falta-lhes a vida, e a coraçao. É tambem esta a razão por que os povos da antiguidade tinham ácerca dos socorros aos que soffrem idéas tão diversas das nossas; e é tambem esta a razão por que nos paizes protestantes, chega-se á taxa dos pobres, e aos *Work's houses*, e nunca aos mais communs estabelecimentos de beneficencia dos paizes catholicos.

(165) As qualorze *Obras de misericórdia*, septe espirituaes, e septe temporaes, que as creanças apreendem apenas podem balbuciar as primeiras palavras, pôde-se dizer que era tudo. Olhava-se como um dever religioso o dar-se de comer a quem tem fome, de beber a quem tem sede, visitar enfermos, e até dar sepultura aos mortos etc. Eram institutos de piedade os que exerciam estas obras, ou mais ou menos accumuladas; porque muitas vezes era só para uma, outra para duas ou mais. As albergarias para os peregrinos, as gafarias para os lepro-

sos, o sustento dos presos etc. estavam quasi sempre a cargo de diversas corporações.

A diminuição do zelo religioso, no passo que augmenta as miserias, diminue os meios espontaneos e individuaes de as remediar, e então torna-se indispensavel a intervenção da auctoridade publica, e com esta os *regulamentos*, *conselhos de beneficencia*, etc. Não impugnamos pois estes remedios, approvamos-os, mas como uma triste necessidade.

(166) As Misericórdias portuguezas, apezar de muitos abusos, que o desleixo das suas administrações e outras causas n'ellas têm introduzido, são ainda os mais admiraveis estabelecimentos que conhecemos. Em Lisboa conhecem-se pouco os milagres da caridade que tão util estabelecimento produz; mas nas terras pequenas, as Misericórdias são bancos, não usurarios, sustentam hospitaes, albergues, e hospícios, tomam conta dos expostos, adoptam os orphãos, educam as orphãs; e tem podido tornar popular a pratica de todas as virtudes.

Oxalá que os bancos agricolas em que querem inverter-lhes os capitales não vão cortar mais este dique ao pauperismo!

A nossa opinião é que o soccorro official é sempre duro, despendiosissimo, imperfeito, materialista, e inefficaz.

§ 178

PELO CODIGO EMQUANTO MENORES

OCodigo distingue na nomenclatura *exposto* e *abandonado*, como quanto no que dispõe a respeito d'elles os confunda.

E na verdade, bem faz tanto em uma como em outra coisa. *Exposto* é o infante, recém-nascido, ou ainda tão novo que não pode reconhecer seu pae, ou pelo menos sua mãe; e *abandonado* é aquelle que ainda quando podesse reconhecel-os, todavia não pode dar com elles, e se acha *abandonado*.

Estes podem ter mais ou menos annos, aquelles devem de ser infantes: n'aquelles ha sempre a necessidade de creação, n'estes ha mais a educação.

E o abandonado não deixa de merecer a consideração da sociedade. Na *exposição*, ou engeitamento, ainda a victima não experimentou os carinhos maternas, nem o agasalho do lar paterno, estam ainda *sanguinolentos*, segundo a expressão de Constantino; no *abandono*, o desgraçado já sabe o que é ter mãe, differença mesmo que augmenta a grandeza da desgraça.

Constantino, de quem acabamos de tomar o epitheto *sanguinolentos*, para designar os recém-nascidos, guiado talvez pelo sentimento-christão, que transluz em quasi todas as suas leis, tocára na corda mais sensível do coraçao da mulher, fazendo esta distincção. E com effeito, a mulher ao dar á luz o fructo do seu ventre, *parte das suas entranhas*, como os Jctos. de Roma chamavam ao feto, ainda não experimentou da maternidade senão as *dores*, e a natureza humana é tão egoista, que então a separação é muito menos sensível do que depois. Oíça a mãe os primeiros vagidos do filhinho, acalente-o de

encontre ao peito, imprima-lhe o primeiro e sancto beijo da maternidade, olhe para elle, e já estão estabelecidas mil cadeias mysteriosas, mas fortissimas, que ligam aquelles dois entes. E note-se, que assim se explica, que ha mais abortos, menos infanticidios, menos engeitamentos de recém-nascidos, e muito menos quando começada a cria; esta gradação, que á primeira vista condemna a humanidade por haver mais crimes, quanto mais graves, tem todavia a sua razão de ser no augmento do amor maternal, que começa na prenhez e vae crescendo com o parto e com a criação.

Muitos criminalistas teem despresado esta gradação e cambio do sentimento maternal, mas não escapou a Constantino; e nós adoptando-a, julgamos mais desgraçado o abandonado do que o exposto.

Dois periodos ou duas classes de soccorros ordena o Codigo que se prestem aos expostos ou abandonados, emquanto *menores*, quando *maiores*.

Em relação ao primeiro periodo — Até aos 7 annos estão debaixo da tutela e administração das camaras municipaes, ou das pessoas que *gratuita* ou *voluntariamente* se houverem encarregados da sua educação (art. 284).

Mas esta disposição não altera os regulamentos dos estabelecimentos *publicos* de beneficencia pupillar *auctorisados* por lei (§ un.).

Apesar dos repetidos casos de pouco rigor de phrase no Codigo, confessamos não poder deixar de seguir que n'elle não se encontram palavras inuteis, e tambem que todas as suas disposições conteem uma parte affirmativa que sub-entende a negativa, ou vice versa.

Assim entendemos que os menores de 7 annos, expostos ou abandonados, que houverem encontrado quem d'elles se encarregue *voluntariamente* e *gratuitamente*, estão isentos da tutela e administração das camaras municipaes, e como estes encargos possam ser tomados gratuita ou voluntariamente; tambem se deduz que para esta isenção basta o ser acto *voluntario*, embora não seja gratuito, mas sim subsidiado pelas camaras, ou outras pessoas physicas ou moraes.

E não ha n'isto uma argucia, ha um principio de mui séria applicação, e vem a ser, que pelo Codigo, como o entendemos, as camaras municipaes não podem ter ingerencia pro-causa nos estabelecimentos de beneficencia que se encarregarem dos expostos.

Esta opinião é conforme com a disposição do art. 287, como veremos.

Completo os 7 annos, a auctoridade, conselho de beneficencia pupillar, ou quem suas vezes fizer, dará aos expostos e abandonados o modo de vida que lhes fôr mais vantajoso, fazendo-os admittir em estabelecimentos, ou entregando-os por contracto a quem os queira educar e ensinar (art. 286) e por este contracto ficam sendo tutores

os que se encarregarem dos expostos ou abandonados, mas debaixo da fiscalização do conselho de beneficencia ou de quem fizer as suas vezes, o qual poderá fazer rescindir o contracto em caso de abuso, ou não cumprimento do contracto.

Esta é a disposição dos dois art. (286 e 287) do Codigo; mas não nos parece que possa passar sem alguma explanação.

O Codigo parece exigir contracto só quando o exposto abandonado vae para poder de um particular, mas a nós parece-nos que o Codigo em todas estas coisas falla exemplificativamente; e por certo que a direcção de um estabelecimento pode mais facilmente abusar do que um homem só, porque tem a responsabilidade dividida: e portanto, por maioria de razão, tambem se deve exigir o contracto.

Emquanto a ficarem tutores os que se encarregam dos expostos e abandonados, é necessario combinar isto com o que fica legislado.

As camaras municipaes exercem a tutela em relação aos menores de 7 annos, mas havendo quem d'elles se encarregue, já dissemos que entendiamos pelo Codigo ser este alguem o tutor; mas chegando a mais de 7 annos, então o conselho de beneficencia é sempre ou tutor ou inspeciona os actos dos que o são.

Assim está combinado.

Ora estes estabelecimentos e pessoas particulares que se encarregam dos expostos e abandonados, passados os 7 annos, terão de dar-lhes o estabelecimento, e é isso o que entendemos por educação, e esta obrigação commum aos estabelecimentos e pessoas particulares.

Estes contractos podem findar aos 15 annos, porque n'esta idade podem ser emancipados os expostos (art. 289) e portanto é necessario harmonisar a data da emancipação com a duração do serviço obrigatorio, e é esta a razão pela qual o Codigo prohibe aos magistrados pupillares que contractem por tempo que venha a exceder os 15 annos do pupillo (167).

(167) Estes contractos de aprendizagem revelam a necessidade de bons regulamentos, que possam cohibir a muitas traficancias que se pôdem dar á sombra da bandeira da misericordia, ou da *traficancia* governativa.

§ 179

QUANDO MAIORES

Tanto o exposto como o abandonado ficam maiores aos 18 annos, e até podem ser emancipados aos 15 (art. 291-289).

A emancipação é dada pelo conselho de beneficencia, ou por quem suas vezes fizer, mostrando-se que o emancipado tem capacidade para se reger.

O Código faz dependente de uma prova esta emancipação, e a prova consiste em mostrar que o menor tem capacidade para governar-se; mas não nos diz qual ha de ser o processo, como tambem não declara quem é a pessoa competente para solicitar esta emancipação.

Enquanto ao primeiro entendemos que é a prova moral, e sem formulas judiciais, abonadores, certidões authenticas de bom porte, etc.; e enquanto á competencia da pessoa para requerer toda e qualquer uma vez que o interessado consinta, porque tem para lhe fazer mal, privando-o da protecção da auctoridade poderia haver algum que promovesse tal emancipação.

O exposto ou abandonado torna suas todas aquellas coisas que, durante a menoridade houver adquirido (art. 290) sem ter que indemnizar o estabelecimento ou pessoa que d'elle se encarregou; por que, embora o Código o não diga, dicta-o a boa razão. A sociedade alimentando o exposto ou o abandonado, foi uma mãe legal, e do mesmo modo que as mães não fazem seus os peculios dos filhos, tambem a mãe legal os não deve fazer.

Por esta mesma razão de maternidade legal, o estabelecimento de beneficencia que cuidou do exposto ou abandonado, é quem lhe succede *ab intestato* (art. 292).

O Código não o diz, mas parecia-nos de toda a justiça que esta recompensa se extendesse aos individuos que gratuita e livremente se houvessem encarregado do exposto ou abandonado. Basta a ingratidão natural do homem, não é necessario que a lei a tenha. Nem salva isto o dizer-se que o remedio está na mão do exposto ou abandonado, e é, testar em favor do seu bemeitor. Ha sempre no homem certa repugnancia em testar; é collocar-se ante a morte, a tractar com ella negocios de defuncto, e por isso deixar dependente da gratidão, ou do ex-pupillo, ou mesmo da possibilidade de testar, que muitas vezes falla, não nos parece remedio, e menos excusa da omissão da lei.

SECÇÃO XI

Da tutela dos filhos de pessoas miseraveis

O A. do Código destinando uma secção da sua obra para estes infelizes, grangeou por certo as benções e gratidão de muitos desgraçados; e esta recompensa deve ser a mais grata de todas, e além d'isso, servir de compensação a quaesquer faltas que por ventura se possam dar.

O pensamento não é novo, e mesmo a existencia de estabelecimentos tendentes a obter este resultado não faltam. Roma, sobretudo, superabunda em hospícios, collegios, albergues, etc., para a clas-

se que tracta o Código (Vid. Gaume, *Les trois Romes*). Na Allemanha ha bastantes estabelecimentos que teem o mesmo destino (Vid. a *Memoria sobre Penitenciarias*, do inallagrado joven magistrado, e nosso amigo, Manuel Thomaz de Sousa Azevedo) mas o que não conhecemos é que em Código algum haja uma secção destinada ex-professo a tractar d'este ponto.

§ 180

EM QUE CONSISTE ESTA TUTELA

Consiste na criação, alimentação e educação até á idade de poderem ganhar a vida, d'aquelles menores filhos de pessoas, a quem a morte, idade, molestia, ou outro qualquer infortunio justificado reduziu á miseria, e não tiverem parentes que os possam soccorrer.

Esta disposição, tão christã, carece todavia de ser applicada com certa prudencia, para não servir de estímulo á relaxação dos costumes.

Temos um escrupulo scientifico, que desaparece diante da magnitude do beneficio.

O Código civil não deve conter regras e disposições administrativas, e por isso mais propria parece esta parte de um Código de beneficencia, ou administração municipal, do que do Código civil, que define e concede direitos e impõe obrigações civis correlativas.

Esta duvida scientifica mui pouco caso fazemos d'ella; mas o facto da concessão ou reconhecimento da obrigação imposta á sociedade de ser mãe adoptiva de uma classe de necessitados, achamol-a muito mais importante.

É dar um principio de solução, admitindo a sua existencia ao terrivel problema social do direito ao trabalho, da solidariedade dos officios e direitos sociaes, dos soccorros em commun, etc., e de todos os elementos do communismo, ou pelo menos do socialismo.

Não sabemos se acaso se abusará das disposições do Código; por que de tudo se pode abusar; mas o que entendemos é que elle não cahe no perigo que parece.

Effectivamente o pae miseravel; por qualquer das causas mencionadas no Código, pode ter filhos, e a maior das suas misérias é por certo não poder dar aos filhos a alimentação do corpo e do espirito, necessaria para os tornar homens, e poderem ganhar a vida.

Não só ha n'isto uma grande desgraça, e a sociedade deve soccorrer os seus membros que são victimas, nem o espirito christão tolera outra cousa; ainda ha o principio de prover efficazmente ao futuro.

O que é hoje infante, será amanhã mancebo, e logo homem: ora se a sua infancia foi descurada, physica e moralmente, o resultado é

que a sua adolescência e virilidade serão enfermas e viciosas, e portanto serviriam taes creanças para annos depois encherem os hospitaes e as cadeias de homens não só inúteis, mas prejudiciaes à sociedade; tanto mais que irão ser a origem de uma nova geração mais prevertida e degenerada do que a d'elles, e assim se chegará em poucos annos a uma perversão physica e moral quasi incrível.

Assim o dever da sua conservação impõe à sociedade a obrigação de prestar este auxilio. Não tracta o Código dos hospícios e collegios, nem das escolas aos paes enfermos, idosos, etc., isso é que é administrativo, tracta de impôr à sociedade o dever de ir transformar em futuros cidadãos prestantes, os que, sem este auxilio, morreriam á míngua, ou viriam a dar dias de dôr e lagrimas á mesma sociedade.

É um dever bem util!

Os soccorros são dados pelas municipalidades á custa das rendas do concelho, e portanto pode a camara municipal organizar a prestação d'estes soccorros como melhor entender; mas por serem prestadas das rendas do concelho, não se segue que os soccorridos tenham de ser educados e alimentados no mesmo concelho, a centralisação administrativa é n'estes casos muito adoptavel, porque produz importantes economias.

O caso, porém, é que ás municipalidades é imposto este dever, e que pode ser até effeito de uma decisão judicial, determinando o juizo em vista da pobreza dos paes, ou da sua desgraça, como no caso de por uma condemnação do pae os filhos ficarem reduzidos á miséria; para evitar esta triste, mas necessaria consequencia da sentença, pode esta ordenar na sua ultima parte que os filhos sejam entregues á municipalidade.

Termina esta tutela quando os filhos chegarem á idade de poder ganhar a vida.

É esta disposição do art. 294; mas este termo só pela idade não nos parece dever entender-se á risca.

Juridicamente só podia ser aos 21 annos, que é a maioridade commum, ou aos 18 que é dos expostos; mas se o rumo que houverem dado ao rapaz uão se poder seguir senão com mais um ou dois annos de apprendizado, conserve-se por esses dois annos, que nada perdem com isso.

Assim como os expostos teem *ab intestato* por herdeiros os estabelecimentos pios que os alimentaram pelo mesmo principio de indemnisação, quando possível, os paes d'estes pupillos municipaes, se melhorarem de fortuna, serão obrigados a restituir as despesas feitas pelo municipio e reclamando, obterem seus filhos (art. 29).

Isto parece-nos ainda applicavel ao proprio filho, quando adquira bens.

É estabelecer o principio da gratidão como regra legal, e ao mesmo tempo habilitar os municipios a continuarem com novas tutelas.

É como tutores, embora se resalvem os direitos paternaes, que as municipalidades são consideradas em relação aos menores.

SECÇÃO XII

Consequencia das tutelas dos menores

§ 181

RESCISÃO DOS SEUS ACTOS

Todos aquelles actos que o menor pode legalmente praticar por si, ou auctorizado pelo tutor, são validos, e sómente podem ser rescindidos nos casos em que a lei geral o permittir (art. 208).

Se o menor, porém, praticar actos para que a lei exige a auctorisação do tutor, sem a ter, são nulos taes actos, excepte emquanto ao casamento, porque ainda quando este se faça nos casos que a lei o prohibe sem auctorisação (art. 1058) todavia o casamento fica valido (art. 1059) mas o menor que assim obrou, não pode administrar os seus bens sem que chegue á idade de 21 annos; tem sómente alimentos, e não ha communhão de bens.

O menor que houver practicado estes actos, que a lei fere de nulidade, pode rescindi-los por esta causa, mas para isso é necessario a) que elle não fosse perito no negocio em que contrahiu obrigações b) se usou de dolo para passar por maior; não sendo, todavia, dolo a simples declaração, ou inculcada maioridade (art. 299).

Não podem, porém, os menores em caso algum reclamar o privilegio da restituição *in integrum*.

Diz-se tal o direito que a legislação romana, e subsequentemente as que d'ella se derivaram, concediam aos menores, para ainda depois de maiores annullarem os compromissos contrahidos durante a menoridade, se lhes eram nocivos; e para este privilegio marcavam o espaço de quatro annos.

Comparando-se aos menores outras pessoas juridicas, como as municipaes etc. tambem a estas se estendia o mesmo chamado privilegio de restituição *in integrum*.

O Código acabou com estas excepções; e approvamos que se acabasse, porque o Direito civil é tanto mais perfeito quanto mais igual fôr para todos a sua applicação.

DO REGISTO DAS TUTELAS

Em cada um dos juizes orphanologicos deve haver, segundo o Codigo, art. 300, um livro de registo das tutelas dos menores interditos.

N'este livro serão inscriptas todas as tutelas existentes em juizo.

Esta inscripção conterá:

- (a) o nome, filiação, idade e domicilio do tutelado;
- (b) a importancia dos bens de toda a especie do casal;
- (c) a data do principio e fim da tutela;
- (d) nome, profissão, idade, estado e domicilio do tutor, e a qualidade, se é legitimo, testamentario ou dativo;
- (e) se ha hypotheca e qual, ou se deu caução, e qual;
- (f) as datas do começo e fim da gerencia do tutor;
- (g) data da conta, se houve alcance, e qual;
- (h) todas as observações uteis.

Para assim se levar a effecto esta classificação, manda o Codigo que o livro de registo seja dividido em oito columnas por pagina, tendo no fim um indice alphabetico dos nomes dos tutores e tutelados, ficando a cargo do escrivão n.º 10 a escripturação do mesmo livro (168).

O Codigo impõe ao escrivão e juiz que deixarem de cumprir o que lhes tocar nesta disposição a responsabilidade dos erros de officio, além da por perdas e danos (art. 302 e 203).

(168) É necessario que quanto antes se faça uma nova tabella de emolumentos para occorrer aos novos trabalhos que o Codigo impõe aos empregados de justiça.

A escripturação d'este livro das tutelas é trabalhoso e no entanto não ha na lei indemnisação alguma marcada para o escrivão que a faz, por todos os seus collegas.

A tabella de emolumentos é da mais alta importancia.

Depois do absurdo e escandaloso roubo legal das multas impostas aos que decahem, tão tyrannicamente impostas a torto e a direito nos que perdem as causas, como irracionalmente dispensadas ás viúvas, e menores como se não podessem ter tão má fé, como o varão, nenhuma coisa tem aviltado mais o nosso foro do que os emolumentos.

A ninguém fica mal viver do seu trabalho, nem o magistrado ou empregado de justiça que é remunerado pelo que trabalha perde a consideração que lhes é devida; pelo contrario exalta-se a dignidade e bobeza do trabalho: o que importa, porém, é muito, é que não pareça compra, e que se evite o contacto da parte que requer justiça, e o juiz que lhe dá o despacho, recebendo no boteão da cadeira do magistrado os cobres em que a lei avaliou esse trabalho.

Depois é absurdo que uma sentença se pague por tanto, sem distincção da sua importancia em relação ás partes e em relação ao trabalho de analyse de autos etc.

A exorbitancia dos escandalosos salarios da actual tabella affasta do foro todos os que tem pequenos pleitos, e no entanto isto de grande ou pequena importancia varia infinitamente para as partes. E assim muito roubo se conserva, muita atrocidade se commette, por os poderosos poderem contra pequenos por que estes não podem com as custas e salarios, e tremem diante das multas.

Depois o systema das tabellas leva muita gente a pensar que juizes e officiaes de justiça multiplicam sem necessidade os termos dos processos só por ganharem; e esta crença geral é corroborada pelo facto de ser tudo pago, e a convicção (aliás bem fundada) de que os ordenados dos juizes são tão miseravelmente pequenos, que carecem elles para terem apenas para comer, de fazer render o officio.

Se os tribunaes são necesarios (e quem dirá o contrario?) pague-se bem a quem os compozer, como se deve pagar ao militar e ao professor. É um encargo da sociedade.

Haja o systema dos preparos nas causas em relação ao seu valor, percentagem mui moderada.

Sejam os empregados de justiça pagos com bons ordenados fixos, e como renda eventual, da percentagem pelas causas em que funcionarem, mas pagos em globo, e no fim, por terem todos incentivo para não prolongarem as causas.

Parecerá deslocada esta nota; mas o novo systema orphanologico do Codigo hade ter muita difficuldade em ser observado por causa da tabella.

SECÇÃO XIII

Conselho de tutela

Concluimos com as tutelas por maioridade do tutelado, mas como o Codigo estabelece uma nova entidade, ou tribunal tutelar destinado, não á parte administrativa, e por assim dizer paternal da tutela, mas a fiscalisar a mesma tutela; e servir de tribunal de recurso; por isso vamos agora tractar d'essa nova creação; e se invertemos a ordem seguida pelo Codigo, foi por nos parecer mais natural concluir com o que dizia respeito ás tutelas, e passar depois aos recursos que das suas decisões a lei estabelece.

§ 183

O QUE SEJA E COMO SE FORMA

Para conhecer por via de recurso das deliberações do conselho de familia, estabeleceu a lei o conselho de tutela (art. 226).

Este conselho conhece de todas as deliberações do conselho de familia, excepto da negação da licença para casar, porque desta não ha recurso (art. 1062).

Se o recurso tem provimento, pode ainda recorrer-se para a Relação do districto, que decide definitivamente (art. 226, n.º 3).

Se não tiver provimento, e for confirmada a deliberação, não ha recurso (art. 226, n.º 2).

A lei quiz cortar as dilações, e mais inconvenientes da multiplicidade de recursos.

Estes recursos têm effeito suspensivo, quando expressamente a lei não ordenar outros (art. 226, n.º 4).

O conselho é formado pelo juiz de direito da comarca e dos seus dois substitutos immediatos (169) e do curador geral dos orphãos, que unicamente terá voto consultivo.

(169) O Código parece fallar sómente dos juizes substitutos, mas a razão é a mesma para o curador.

§ 184

PROCESSO DO RECURSO

A deficiência do Código a respeito do exercicio das funções d'este conselho de tutela foi supprida em grande parte pelo decreto de 12 de março de 1868, assignado pelo auctor do Código, que também o foi do relatorio que precede o decreto.

O decreto explica quaes são os immediatos entre os juizes substitutos que tem de entrar nos conselhos de tutela nas comarcas de Lisboa, Porto e Funchal; o que era necessario, porque embora haja nestes tres pontos uma só comarca, ha todavia em Lisboa seis juizes, no Porto tres, e no Funchal dois.

Os que podem interpor este recurso são o tutor, pro-tutor e qualquer interessado (art. 226), ora estes, se estiverem presentes, podem fazel-o logo, ou dentro de tres dias, por si, ou por seu procurador, se estiverem ausentes; conta-se o mesmo praso, mas desde o dia da intimação, fazendo-se requerimento ou nos autos ou pro fóra, expondo os fundamentos do recurso, e só com esta exposição é que o juiz mandará tomar o termo.

Como ainda ha juizes ordinarios, e, enquanto existirem, tem de presidir aos inventarios, ante elles se interpõe o recurso; não recebido o recurso, tem os autos de ser remettidos ex-officio para o juiz de direito, dentro de cinco dias, sendo intimado o recorrido (art. 3 do D.).

Os recursos tem de ser julgados dentro de cinco dias depois da interposição, se fôr ante o juiz de direito, ou em igual praso contado da apresentação, se acaso o inventario corria no juizo ordinario. Para isto se alcançar, o escrivão fará immediatamente os autos conclusos para o juiz presidente designar dia e hora para o julgamento, feitas as competentes notificações aos substitutos, e curador, os quaes se no dia e hora marcada não comparecerem, será a causa adiada para d'ahi a outros oito dias, sendo multados os que faltarem na quantia de 20\$000 a 50\$000 rs. para a Fazenda, e se ainda faltar,

será multado no dobro, além de perdas e danos e custas accrescidas; mas notifica-se o substituto immediato (art. 4 do D.).

Não ha continuação de autos nem vistas, mas qualquer das partes poderá juntar no cartorio, ou no acto do julgamento quaesquer documentos ou allegações escriptas (art. 5).

O conselho dará em acto continuo a sua decisão escripta, e fundamentada, lavrando-se pelo escrivão o competente auto assignado pelos vogaes, e publicando-se na tabella affixada na casa da audiência (art. 6).

As partes, nos casos em que a lei permite recurso para a Relação, poderão interpol-o, sendo o competente o de petição ou de instrumento, segundo o caso, mas tem de ser requerido ao juiz presidente do conselho, e interposto dentro de tres dias; e o recorrente terá de apontar o fundamento do agravo, sem o que o juiz lho não admittirá. O escrivão continuará os autos ao recorrido, e por igual praso, mas em ultimo logar o curador (quando não fôr este o recorrente) para contestarem o agravo.

E findos os prazos, os cobrará, e sem necessidade de compulsorio os remetterá à Relação com os competentes emolumentos que serão entregues pela parte no acto de se tomar o recurso, julgandose este deserto, e não seguidos, se não honver o tal preparo (art. 7).

Se o agravo fôr de instrumento, o escrivão dará vista ás partes e ao curador, por cinco dias a cada um, para aposentar as peças que devam copiar-se, tirando estas copias em vinte e quatro horas, salvo em caso de completa impossibilidade, porque então poderá o juiz prorogar o praso.

Tirado o instrumento terá cada uma das partes (sendo o curador o ultimo), vista por tres dias, e, depois d'elle, cobrados os autos e remettidos immediatamente para o guarda-mór da Relação com os emolumentos.

As partes (menos representando os menores) podem desistir do recurso, tanto no juizo recorrido como no superior (art. 10 e 11).

Nos processos e recursos de menores pobres não ha nem preparo, nem emolumentos, nem sello nas partes que exclusivamente lhes disserem respeito.

Julga-se pobre aquelle que tiver um inventario não excedente a 300\$000 rs.

Esta mesma isenção de sello e preparo se dá quando o recurso fôr interposto pelo curador, embora o menor não seja pobre (art. 12).

Os accordãos n'estes recursos serão sempre fundamentados, e a parte vencida será condemnada nas custas, e nestas entram os delles e emolumentos dos recursos interpostos pelo curador, os quaes vimos serem d'elles isentos (170) excepto se o menor fôr pobre.

Estas disposições vieram tornar possível a existencia do conse-

lho de tutela; e no entanto ainda ha que remover algumas difficuldades, sendo a de maior importancia a falta de tabella de salarios.

Enquanto o nosso processo admittir os taes salarios e emolumentos; a falta de tabella que os marque é o mesmo que tornar em letra morta a disposição da lei; não é só não andar o negocio; é andar torto, o que é muito peor.

(170) É meia justiça, em attenção á pobreza do menor, mas não é inteira, porque esta pedia que nunca o menor pagasse o que elle não mandou fazer. Que culpa tem o menor de que o curador por ignorancia, ou capricho requeira injustamente?

SECÇÃO XIV

Como findam as tutelas dos menores

Além da morte, dissolvente universal, *mors omnia solvit*, a tutela dos menores acaba, extinguindo-se a causa que lhe dá origem, isto é, a falta de idade.

Ora esta falta de idade, que constitue o que se chama menoridade, não é baseada unicamente na falta dos annos, mas na supposição medico-legal de que tal ou tal idade indica uma fraqueza physica e intellectual, que torna os que a tem incapazes de se regerem, tendo de lidar com individuos que pela idade e habitos são consummados nas artimanhas da civilização velha, e por isso velhaca, das sociedades actuaes.

Nas antigas legislações era a idade de vinte e cinco annos o typo geral, porque se entendia que o desenvolvimento intellectual, acompanhando o physico, dava n'essa idade o homem capaz de só por si se governar.

Era, porém, notada a differença dos sexos, e comquanto não se estivesse no caso dos paizes torpicaes, nos quaes a mulher de vinte e cinco annos é já caduca e estéril, todavia ninguem ignorava que a mulher aos vinte e cinco annos começava já a perder no physico, e que de ha muito havia chegado ao maximo desenvolvimento intellectual.

Estas considerações levaram os legisladores modernos a encurtar a idade para o homem ser declarado maior.

E além d'isso, o Codigo, coherente com o systema de confundir os sexos, não os distinguio para a maioridade.

Casos ha, e tem sempre havido, que tem merecido dos legisladores a maior contemplação, fazendo com que ou em bem da causa publica, ou como recompensa de certos actos se dispense o numero de annos que aliás julgaram necessarios para a maioridade, attendendo a que esses factos provavam no menor uma aptidão physica e intellectual que tornava dispensavel o estar a esperar mais annos.

Cessa pois a causa da tutela do menor, ou pelo numero de annos que este tem, ou pela sua capacidade, e d'ahi também os dois modos de finalizar a tutela—*maioridade, emancipação*.

O rigor logico levava a que a tutela continuasse além da maioridade, se o maior fosse incapaz de reger-se; e effectivamente assim succede, mas é só depois do maior haver practicado actos que demonstrem a sua incapacidade; e então, em virtude d'ella entra em nova tutela, que é a dos *interdictos, prodigos*, etc., de que se occupa o Codigo em toda a especialidade.

§ 185

MAIOREDADE

Aos vinte e um annos completos, a contar do dia do nascimento, dá-se a maioridade de qualquer individuo do genero humano, sem distincção de sexo.

A lei reconhece no maior o direito de livremente dispor de sua pessoa e bens, sem outra restricção que as estabelecidas para todos os homens que vivem em sociedade, e que estão no pleno gozo de seus direitos.

Como a lei marca os vinte e um annos completos, quer dizer que a maioridade verifica-se no primeiro dia que se segue ao ultimo do vigesimo primeiro anno, não se seguindo a regra do anno começado anno acabado (art. 341).

Embora a maioridade se verifique *pleno jure*, todavia se existia tutela é mister que esta acabe legalmente, e para isso deve o maior requerer com certidão ao juiz competente, que este lhe mande entregar os bens que estiverem na administração tutelar, e dar baixa na tutela (art. 342).

Ora, por mais depressa que isto se faça, não deixa de dar-se por algum tempo o facto de ser ainda o tutor quem administra, e está de posse, e d'estas duas circumstancias podem nascer duvidas acerca do titulo pelo qual o tutor governa e administra.

Royer no seu repertorio juridico, e Spinnael nas notas a Toullier apontam casos que se tem dado em França, por ex. gr. em uma causa de prescripção, fim de um arrendamento, etc.

Parece que no intervalo entre a aquisição dos direitos pela maioridade, e a sua realisação dependente de certos actos judiciaes, como posses, intimações, etc. prolonga-se o exercicio da tutela, como um mandato judicial, sendo o tutor responsavel como mandatario do expupillo que figura de mandante: e em relação ás posses, a juridica transmitta-se *ipso facto* para o maior, mas a natural só depois de verificada a extincção legal da tutela.

O principal fim de ser o juiz quem deva declarar o fim da tutela é para o caso em que contra o maior passe do menor alguma causa de interdicção, quer já declarada por sentença, quer ainda em estado de processo (art. 313).

O que era menor podia deixar de o ser, mas estar em estado de não poder governar a sua pessoa, e administrar seus bens, d'onde lhe nasce a interdicção, passando de uma especie de tutela a outra.

Poderá esse estado de interdicção (por ex. a demencia, a prodi-galidade etc.) haver sido requerida pelo proprio tutor?

Entendemos que não, porque seria abrir a porta a um meio de prolongar a tutela, cargo de muita responsabilidade, mas que também dá lucros legaes e honestos, e pode ser occasião de os auferir grandissimos, embora illegaes e deshonestos: e o systema doCodigo é o da desconfiança.

O pro-tutor, o curador, qualquer membro do conselho de familia e mesmo qualquer pessoa estranha pode haver requerido esta interdicção, e até mesmo haver sido allegada e provada indirectamente: tudo isto basta para o pupillo que chegou á maioridade não entrar no gosó d'ella, e continuar a não poder livremente dispôr da sua pessoa e bens, passando de pupillo a interdicto.

§ 186

DA EMANCIPAÇÃO

Esta palavra *emancipação*, admittida como technica em todas as legislações modernas, d'onde passou para a linguagem vulgar, é uma das muitas provas da origem e indole romana de todos os Codigos e leis modernas.

Hoje difficil seria, pelo sentido etymológico da palavra, definir a cousa, e no emtanto ainda para designar o facto de qualquer sair do patrio poder, antes de ter a idade legal da maioridade, se lança mão de um vocabulo que nasceu da existencia do *res mancipi*, e *nec mancipi*, e da sahida d'esta cathegoria do filho, álias *res mancipi*, se se fez *emancipatio* para exprimir a sahida, a partida do logar onde, (*mancipi*) para denotar esse estado.

O mais antigo, puro, e intrinsecado romanismo é a base, a raiz da *emancipação*, e no emtanto de certo ninguem pensa na sua origem quando se serve d'este vocabulo; e mesmo a emancipação é hoje tam diversa do que foi e era por Direito romano, que nem nos damos ao trabalho de expôr a sua origem.

OCodigo veio estabelecer doutrina completamente nova, e um dos beneficios da sua promulgação foi por certo livrar das contradic-torias disposições da N. R. J. em relação a menoridades e emanci-pações.

Preferimos esta definição resumida da que Rogron, da que extra-hida do Direito romano da Waldeck (§ 139) *actus sollemnis quo pa-ter liberos potestate demittit*, por ser mais conforme ás noções do nosso Direito, e basta para isso notar que por Direito romano só o pater-familias emancipava quando, entre nós a mãe e o conselho de familia emancipam:

Dizemos que a emancipação é de menor, porquanto o maior ainda quando não esteja no pleno-goso de seus direitos, e venha a entrar n'elles, não é por emancipação, mas pela cessação da interdicção, o que é mui differente.

OCodigo definiu a emancipação pelo resultado dizendo que elle *habilita o menor* para reger a sua pessoa e bens, como se fosse maior (art. 305).

É uma definição objectiva, e comprehende os effeitos d'este acto.

Esta definição doCodigo dá logar a uma duvida de grande alcan-ce. Diz oCodigo que o emancipado *rege* a sua pessoa e bens; e o maior *dispõe* da sua pessoa e bens: assim o *emancipado rege*, e o maior *dispõe*—Será o mesmo?

Por certo que não, nem grammatical, nem juridicamente. — Dis-pôr é muito mais que reger; mas quiz oCodigo fazer esta distincção usando de dois vocabulos differentes?

Em boa hermeneutica devemos dizer que sim; mas pelo systema doCodigo, que é pouco escrupuloso nos termos, parece-nos que não.

A practica mostrará o que deva fazer-se: no entretanto *ad cau-telam*, aconselharemos sempre que com o emancipado menor de 21 annos haja mais segurança nos contractos que com o maior de 21.

Admitte a lei duas especies de emancipação, ou antes dois modos de realizar-se—o casamento—a concessão do pae—na falta d'este, da mãe—na falta de ambos, do conselho de familia:

São, todavia, mui differentes no modo e nos effeitos.

A emancipação por casamento dá-se quando o varão aos dezoito annos, e a mulher aos dezeseis, auctorisados por seus paes ou tuto-res, casam com toda a solemnidade.

Consummado o matrimonio, o menor, que para elle tinha de ser emancipado, requer ao juiz competente, juncitando ao requerimento os documentos que provem a idade legal, o consentimento ou auctori-sação dos superiores, e a realisação do casamento, para em vista de tudo isto lhe ser entregue a administração dos seus bens; e o juiz deferirá sem necessidade de ouvir pessoa alguma.

Este despacho, que é verdadeiramente o titulo de emancipação, tem de ser registado no livro de registo das tutelas, de que já fallá-mos (art. 306 e 309).

A emancipação é o acto pelo qual o menor adquire o direito de re-ger a sua pessoa, e administrar os seus bens dentro dos limites da lei.

Se qualquer dos menores casar antes da idade legal, ou sem o devido consentimento, o casamento é valido, mas não os emancipa, porque continua a tutela até que elles tenham a idade legal, e só tem direito a um augmento de alimentos (art. 309).

Isto enquanto á emancipação pelo casamento; agora enquanto á outra de concessão dos superiores, varia segundo a pessoa que emancipa. Sendo os paes, estes assignam um termo ou auto de declaração perante o juiz, e em que intervenha o emancipando, fazendo constar o seu consentimento, bem como que tem a idade de dezoito annos, qualquer que seja o seu sexo (171), e bom será que o juiz interrogue o mesmo emancipando, para evitar quaesquer cavilações, tanto mais de temer quanto o acto se torna irrevogavel.

Em vista do auto, o juiz manda passar o alvará de emancipação, o qual para obrigar os terceiros, tem de ser registado no livro das tutelas.

O juiz competente é o do domicilio do emancipando (art. 307 e 308).

O effeito commum a ambas as emancipações é o pleno gozo de se reger e governar.

Torna-se irrevogavel a emancipação depois de concedida (art. 310).

É esta consequencia mui logica historicamente, porque prende com os principios de Direito romano, pelo qual o patrio-poder, uma vez perdido, não podia ser recuperado; mas não pelo rigor dos nossos principios; porque, sobretudo na emancipação pelo casamento, cessando este pela viuvez, cessava a causa, e portanto devêra cessar o effeito.

Mas attende-se, e com razão, a que era duro que fosse capaz de governar casa, sendo casado, se tornasse incapaz, sem culpa sua, nem facto que provasse essa incapacidade.

Se a emancipação é concedida pelo conselho de familia deverá ser em consequencia de uma deliberação tomada pela forma ordinaria.

Não nos diz oCodigo quem é que pode solicitar do conselho esta emancipação, mas recorrendo ao Projecto, como fonte immediata, e aoCodigo francez, fonte mediata, não duvidamos dizer que todo e qualquer, começando pelo proprio menor que pode querer ter razão para ser emancipado; taute mais que, supprimida a emancipação pelos grãos academicos, ou pelo exercicio de um emprego de nomeação regia, é mui facil dar-se o caso de estar sob o patrio poder quem já está regendo e administrando o que é dos outros.

E pelas mesmas razões entendemos que no caso de recusa do conselho de familia, podem e devem recorrer para o conselho de tutela, e d'este para a Relação.

O auctor propunha a emancipação pelos grãos academicos, ordens

sacras, e empregos de nomeação regia, mas noCodigo não apparecem estas causas de emancipação.

E comquanto a idade de vinte e um annos torne menos provavel a hypothese de um menor bacharel ou presbytero, todavia não torna impossivel; e muito mais possivel em relação aos empregos de nomeação regia, ou por decreto; e no entanto será ridiculo ter de requerer ao conselho de familia, como concessão, o que *pleno jure* devia dar-se.

O processo e disposições da N. R. J. ficam plenamente alteradas e revogadas peloCodigo, assim em relação á maioridade, como enquanto ao modo de emancipar é hoje a unica lei a doCodigo.

(171) OCodigo pela generalidade com que se exprime no art. 307 não faz distincção de sexos, e o mesmo se nota no projecto.

CAPITULO IX

Dos interdictos

Pode haver a idade que a lei marca para a maioridade, e haver por conseguinte a presumpção legal de capacidade de se governarem os que houverem attingido essa idade, mas faltarem-lhes as qualidades physicas e moraes necessarias para se dirigirem convenientemente; a estes chamam-se *interdictos*, porque é por immediata disposição da lei que são declarados incapazes de se administrarem, e assim sujeitos a uma administração legal, que por antigo direito se chamava curatela ou tutela, segundo se referia sómente aos bens, como succede ao prodigo, ou á pessoa é bens como no mentecapto, etc.

OCodigo forma cinco classes de interdictos—defeito intellectual, *dementes*—defeito physico, *surdos-mudos*—incapacidade moral, *prodigos*—legalidade, *os condemnados criminalmente*—é finalmente os *accidentaes*.

SECÇÃO I

Da demencia

§ 187

O QUE SEJA E COMO SE PROCESSA

Desassissado, desmemoriado, mentecapto, doido, furioso, demente, louco, parvo, tolo, idiota, maniaco, melancolico, e ainda mais são os nomes dos differentes desarranjos intellectuaes de que o homem pode ser victima.

Ferido na parte mais nobre do seu organismo, no instrumento

do principio pensador, da alma, tornam-se as expressões d'este estado enfermo variadas até ao infinito; e infinitos são os tractados de medicina legal, que a tal respeito se tem escripto; mas se moi importantes são estas distincções no Direito penal, porque a culpabilidade varia infinitamente conforme os infinitos achaques que podem affectar o estado intellectual do homem, no Direito civil tornam-se muito menos applicaveis estas distincções, porque sendo o resultado de qualquer d'ellas o privar o affectado da livre disposição de sua pessoa e bens, é claro, que pouco importa a exactidão da classificação. Não saber o que faz, é a causada sua interdicção, e é quanto basta indagar.

Assim definimos demencia o *estado anormal das faculdades intellectuales*, que torna qualquer incapaz do governar sua pessoa e bens (art. 314).

Este estado enfermo pode dar-se em todas as edades; sexos e estados, e consequentemente podem ser dados por dementes, mentecaptos etc., todos e quaesquer individuos, não só para se lhes applicarem os meios therapeuticos da sciencia medica, mas tambem para se lhes dar o remedio legal para a administração da pessoa e bens (art. 314). Assim quando está no menor, é necessario que seja requerida dentro do anno próximo á maioridade (art. 314 § un.)

O decretamento de um tal estado é resultado de um processo; e n'isso, bom serviço prestou oCodigo.

Antigamente, e mesmo ainda depois da N. R. J., não havia processo acerca dos mentecaptos, e apenas a Ord. do L. 4, tit. 103 § 6, falla na inquirição a que o juiz deve proceder em relação aos prodigos; o que levou os nossos praxistas a duas conclusões diametralmente oppostas—Uns queriam que, para a demência não fosse necessaria a inquirição, e que a lei a restringia sómente aos prodigos; em quanto outros queriam que a houvesse *a exemplo* do que se ordenava em relação aos prodigos. Lobão (Not. a Mell. 2., tit. 12, §. 7) seguindo a Guérreiro sustenta que ninguem devia ser privado da administração de seus bens e pessoa, sem ser justificada e provada a causa da interdicção.

Mas ainda assim Corrêa Telles, seguido por Coelho da Rocha adoptaram o processo francez: o que prova a falta em que laborava a nossa legislação a este respeito.

Agora, pelo Codigo, ha um processo especial, mas bem determinado.

Quem tem interesse na conservação da pessoa e dos bens do *interdicto* é competente para requerer a sua interdicção. O Codigo diz *qualquer parente successivel, ou conjugue*.

Mas pode dar-se o caso de não haver nenhum d'estes; e então parece-nos que o socio, o amigo, o domestico, que tem interesse pela conservação da pessoa ou bens do individuo deve ser competente.

O Codigo francez incumbe isto, á falta de parentes, ao ministério publico, mas como o nosso Codigo transforma o ministério publico em defensor do arguido, não-lhe podemos attribuir essas funções; salvo se (talvez seja melhor) a exemplo do que se determina no art. 316, o ministério publico requer a interdicção, e o juiz nomear um defensor ao arguido.

O Codigo effectivamente ordena que, na falta de conjugue ou parente successivel, ou havendo demencia com furor, ou tendo o demente filhos menores, e as pessoas competentes não requererem a interdicção, o faça o ministério publico (art. 316).

No entanto persistimos em que sempre que haja quem denuncie em juizo a existencia da demencia de qualquer, o ministério publico deve occupar o lugar de defensor do arguido.

O requerente apresenta ao juiz o requerimento, articulando os factos, e junctando os elementos de prova documental ou testemunhal.

O juiz dará vista para responder ao defensor do arguido, quer seja o ministério publico, quer o corador *ad hoc*, ou mesmo ao proprio arguido, pois nenhum modo melhor se pode dar de verificar o seu estado intellectual, do que mandando-o responder por escripto, ou mesmo verbalmente; e mesmo porque o Codigo ordena esta vista ao arguido, mais adiante.

Ouvida a parte, ou seu defensor, convoca-se o conselho de familia, segundo o methodo já indicado, e lhe será proposta a questão da interdicção.

Se ao conselho parecer infundado o pedido, ou por outras quaesquer circumstancias, o juiz entender que o requerimento é infundado, será logo indeferido.

D'este indeferimento deve haver recurso para a relação do districto, como ha quando se declara interdicto.

No caso do parecer do conselho ser a favor do requerimento, o juiz dará conhecimento do requerimento, parecer do conselho, e de todos os documentos, ao arguido, ou a seu defensor; e depois procederá ao interrogatorio do mesmo arguido, e fará proceder ao exame por meio de dois facultativos, assistindo o ministério publico e o defensor do arguido, quando o ministério publico for o requerente.

Se ainda d'este interrogatorio e exame não resultar prova procederá o juiz a inquirir testemunhas, citando-se o arguido e seu defensor para assistirem e produzirem testemunhas e documentos em sua defesa.

Depois é que o juiz proferirá a sentença, e se for caso de tutela a deferirá immediatamente.

O ministério publico appellará sempre da sentença que deferir a tutela.

Se o tribunal superior confirmar a interdicção, ainda que d'esta de-

cição se interponha revista, o juiz decretará immediatamente a tutela.

Enquanto estiver interposta a appellação, que só tem effeito devolutivo, a tutela deferida será provisoria; e só em casos de urgente necessidade, e, ainda assim, se o juiz ordenar ouvido o ministerio publico, é que se empregarão medidas que não sejam de pura protecção e conservação (art. 317).

O processo, tal qual se deduz do Codigo, offerece garantias, e todas são necessarias, porque são diarias as tentativas criminosas a este respeito.

O conselho de familia que funciona n'estes casos é, como disse-mos, o mesmo que devia ser se em lugar de um interdicto, se tractasse de um menor, mas são d'elle excluidos os que requererem a interdicção, embora pelo parentesco ou outras razões lhes pertencesse fazer parte do mesmo conselho (art. 318).

As sentenças de interdicção por demencia serão publicadas nos jornaes da comarca, e por editaes, depois de registadas no livro das tutelas, e na Gazeta da Relação, tendo passado na 2.^a instancia (art. 319).

§ 188

A QUEM SE DEFERE A TUTELA DOS MENTECAPTOS, E QUAL A SUA ACÇÃO

Sendo o interdicto casado, e vivendo em communhão, uma vez que o seu conjuge não seja incapaz, physica ou moralmente, é esse conjuge o tutor.

Não podendo ser, ou não havendo conjuge, e o pae.

Faltando o pae, é a mãe.

Na falta d'estes são os filhos maiores, varões, se os houver, preferindo o mais velho; mas esta preferencia pode ser alterada pelo juiz em consequencia do parecer do ministerio publico.

Finalmente, á falta d'estes aquelle que fôr escolhido pelo conselho de familia que não tem outra limitação senão o afastar da tutela e curatutela quem fôr immediato successor, nem aquelles que pelos seus actos criminosos, ou mesmo simplesmente reprehensíveis tenham contribuido para produzir a demencia (art. 320).

Estas unicas limitações estabelecidas pelo Codigo deixam amplissima liberdade para a escolha, e por isso não parecia mais conforme que emquanto á preferencia dos filhos tambem fosse ouvido o conselho de familia, o qual deve estar mais conhecedor das qualidades dos membros da familia, de que o ministerio publico pessoa estranha a todos os particulares domesticos do interdicto.

Notaremos ainda que pelas expressões do Codigo parece-nos que sómente podem ser varões os filhos chamados á tutela; mas quando a escolha fôr feita pelo conselho, então poderá ter lugar em alguma

parenta, irmã, tia etc., porque, não sendo excluidas as mulheres, e a mãe, não ha razão de privar o desgraçado enfermo de corpo e de espirito dos carinhos e cuidados que só corações femininos sabem achar para minorar os padecimentos physicos e moraes.

O afastar da tutela os que tenham interesse em que o demente dure pouco, e sempre incapaz de dispor do que é seu, para assim terem certa e em breve a herança, é mui justo, conquanto em relação á tutela da menor senão seguisse.

Não entram n'esta exclusão os ascendentes e descendentes, porque a lei não suppõe nunca o parreicidio.

A segunda exclusão é altamente moral.

Infelizmente o estado de demencia, e mais ainda o de idiotismo, apparece muitas vezes desde o berço; mas ainda assim, se não fossem más companhias, não se aggravaria ao ponto de tornar incapazes de se regerem os enfermos de tal doença.

Se o tutor fôr um dos conjuges não se faz inventario, ainda mesmo que não haja communhão de bens, uma vez que os pertencentes ao interdicto estejam descriptos em documento authenticico: e bem assim o conjuge tutor não tem que dar contas da sua gerencia (art. 320 a 325), que dura enquanto durar a interdicção (art. 334).

São estas as obrigações communs a ambos os conjuges, mas temos as especiaes a cada um d'elles.

Se o tutor fôr o marido da demente consiste a tutela no exercicio de todos os direitos conjugaes, excepto nos dois seguintes:

a) nos actos em que fôr necessario o consentimento da mulher, é este supprido pelo juiz, ouvido o ministerio publico, e o parente mais proximo;

b) em casos em que a mulher poderia requerer contra o marido para salvar seus direitos; porque é ella representada pelo pro-tutor, ou por qualquer parente seu (art. 326).

Sendo tutora a mulher dá-se o mesmo caso com as seguintes restricções:

a) não poder vender bens immoveis sem auctorisação do juiz, ouvido o ministerio publico e o mais proximo parente do interdicto.

b) poder ser excluido ou removido por decisão do juiz, com audição do conselho de familia, a requerimento do pro-tutor, ou de qualquer parente do interdicto, isto pelo máo tratamento dado ao demente, ou má gerencia dos negocios (art. 327).

Se os tutores forem filhos ou pessoas extranhas, a tutela regula-se pelo que fica dicto em relação aos menores (art. 328).

O tutor do interdicto serve de tutor dos filhos menores d'este, se os tiver, uma vez que sejam legitimos, ou perfilhados.

Em todos os casos de tutela de demente, excepto sendo o pae

tutor, haverá o pro-tutor nomeado pelo conselho de família, e que tem as mesmas attribuições que o da tutela dos menores (art. 330).

§ 189

ESTADO DO INTERDICTO EMQUANTO A PESSOA E BENS

O mentecapto gosa da sua liberdade pessoal; tanto quanto os cuidados da sua saúde o puderem permitir, bem como a segurança dos outros: assim não pode ser enclausurado nem em casa particular, nem em estabelecimento publico; nem removido de uma para outra localidade, sem consentimento do juiz, ouvido o ministerio publico e conselho de família; e tanto que, ainda quando haja accessos de furor que obriguem a lançar mão da força para conter o demente furioso, assim mesmo este emprego deve ser limitado ao tempo necessario para requerer a intervenção da auctoridade competente, que n'este caso deverá ser a administrativa, porque é mais medida de policia para segurança publica impedir os desvarios do furioso, do que outra cousa (art. 333).

O Código attendeu evidentemente aos muitos abusos que infelizmente se tem dado com as demencias; e sobretudo com a complicada, e ainda indecisa, questão da curabilidade dos dementes (pelo menos certas especies) nos hospícios ou hospitales de doidos.

Vê-se que o Código quer afastar quanto possível a entrada do demente n'esses estabelecimentos.

O facto de se achar recolhido em uma casa de doidos; e de ser por consequencia tido por doido pelos seus amigos e conhecidos, costuma fazer tal impressão em muitos, que é quanto basta para apagar os ultimos lampejos de cordura.

O A. do Código, no sen Projecto, prohibia unicamente o transporte para fóra do reino, mas no Código appareceram cautelas que muito approvamos.

Por mais e maiores cautelas que se tomem, a preversidade acha sempre meio de fazer das suas; e bom é que a lei civil dê tantas garantias ao desgraçado, privado do uso da sua razão.

N'esta mesma ordem de idéas está a disposição do art. 332 do Código, que manda inverter os bens do interdicto, em melhorar-lhe o seu estado. E que melhor applicação pode ter a fazenda de qualquer, do que para lhe fazer recobrar o pleno gozo das faculdades intellectuaes e moraes?

Entendemos mesmo, que, ainda quando o resto da família tenha de soffrer algumas privações para haver meios para salvar o enfermo, deve-se fazer o que conveniente fór para o tractamento curativo do demente: porque se para uma enfermidade que atacasse

uma parte do corpo, de certo se faria isto, muito mais para o curativo de uma tão terrivel enfermidade.

Os contractos celebrados pelo interdicto desde o dia da promulgação da sentença de interdicção, pelos meios especiaes de maxima publicidade que o Código dá a taes promulgações, são nulos; e os que fizerem esses contractos sibi imputent (art. 334).

Mas pôde haver actos e contractos celebrados antes da sentença, e até muitas vezes os disparates ou ruindade de taes contractos costumam ser a maior e mais solida base da interdicção.

N'estes casos a regra é serem validos; e a excepção é quando se prova que a esse tempo não só já existia a causa da interdicção, mas alem d'isso que era conhecida do estipulante (art. 335).

§ 190

COMO ACABA

Cessando a causa deve cessar o effeito; e portanto a tutela cessa acabando a sandice; mas é necessario que uma sentença a declare acabada, rehabilitando o interdicto, e diz o Código que se devem observar as mesmas formalidades prescriptas para se julgar a existencia do impedimento.

Já expozemos e analysámos essas formalidades no § 183, mas parece-nos que para a sua rehabilitação pode o proprio interdicto requerer que se instaure o processo competente.

A rehabilitação deve achar esta facilidade, porque o começar-se pode ser um meio de cura para o infeliz: primeiramente, conhecer que se está, ou esteve doido, é ter já meia dose de juizo, depois a esperança de rehaver a posição perdida, e a condição de para isso não fazer loucuras pode dar ao enfermo a força moral para se dominar, e quem se domina governa-se, e quem se governa não está demente; de fórma que este principio de rehabilitação pode ser um grande meio de cura.

SECÇÃO II

Dos surdos-mudos

§ 191

QUANDO SE DÁ A TUTELA

O Código, reconhecendo as bellas conquistas que á força da sciencia tem conseguido, tornando homens completos os que estavam privados dos dois grandes meios de communicação com a

sociedade=ouvir e fallar=reconhece aos surdos-mudos a plenitude de todos os seus direitos.

Mas ainda ha desgraçados aos quaes a surdez e mudez torna mais ou menos incapazes de se governarem e regerem; ou porque a sua enfermidade seja mais pertinaz, ou porque abandonados não se acudiu a tempo e adequadamente, e tractou de lhes cultivar o espirito e a razão.

É para esses que a lei attendeu, tornando-lhe applicaveis as disposições applicaveis á tutela dos dementes.

Ha, porém, uma grande differença, e vem a ser que na tutela dos dementes estam por lei marcados os limites das attribuições dos membros da tutela, sendo esta sempre a mesma; ao passo que na tutela do surdo-mudo a extensão e limites da tutela são especificados na sentença, conforme o gráo de incapacidade do surdo-mudo (art. 337 a 339).

SECÇÃO III

Dos prodigos

§ 192

O QUE SEJAM E QUAL A TUTELA

Ha, na verdade, uma grandissima difficuldade em estabelecer os caracteristicos da prodigalidade.

Gastar muito, gastar mais do que se tem, pode ser prodigalidade, mas tambem pode ser generosidade, ou especulação, mais ou menos licita. O calote não é prodigidade, como não é ser prodigo o ser caloteiro, ou vice-versa.

Ha na prodigalidade um grande desprendimento das riquezas, e um furor de gastar em coisas inuteis, em bagatellas, furor que não se mitiga gastando, antes augmenta.

Mas aqui é que está a difficuldade em bem classificar os actos, e tanto é assim que o Codigo deixa ao arbitrio do juiz o avaliar *conforme* as circumstancias, se os factos allegados são sufficientes para caracterisar a prodigalidade (art. 340 § un.); e ainda assim só considera que ha prodigalidade quando haja ascendentes, descendentes, ou conjuges; porque em quanto aos outros parentes e successores mais arredados, não os julga com direito a opporem-se a que o indicado como prodigo, gaste por fórma que nada lhes venha a deixar.

E ainda coherente com o systema restrictivo, exige que a prodigalidade seja habitual; para não auctorisar que um ou outro gasto extraordinario seja fundamento para privar a qualquer da livre e ampla administração do que é seu.

Fica portanto larga margem para o prudente arbitrio do juiz (art. 340).

Ainda que o prodigo pelos seus actos possa comprometter mais ou menos a sua existencia, porque o fructo de loucuras é uma vida desregrada, e esta não serve para dar saude ao corpo, todavia, antes de chegar a esse resultado, o maior risco que ao prodigo causa o seu estado anormal é a ruina da sua fortuna, e é tambem a feição particular da tutela do prodigo o salvar-lhe a fortuna.

E consequente com estes principios o Codigo concede o direito de requerer esta tutela áquelles que tem interesse na conservação dos bens, descendentes, mulher, ascendentes, parentes da mulher, ou pelo ministerio publico em nome dos descendentes, quando estes forem menores ou prodigos (art. 341).

Estas doutrina expressa pelo Codigo não exclue por certo as mulheres de serem declaradas prodigas, embora d'ellas não faça menção.

O que ha de mais particular é a restricção emquanto ás pessoas que podem requerer a declaração da prodigalidade, e a razão já a demos.

O juiz da comarca do domicilio do prodigo é o competente (art. 362).

Emquanto á acção houve uma completa alteração entre o Projecto e a redacção definitiva.

Conforme o nosso costume, poremos ambas a par uma da outra, para melhor se entenderem as nossas reflexões.

PROJECTO

Art. 353

O juiz de direito fará citar o arguido para confessar ou contestar a acção.

§ unico. Se a acção fór confessada será julgada a confissão por sentença; se fór contestada será o feito processado summariamente até final, segundo o disposto no Codigo do Processo.

CODIGO

Art. 343

A acção de interdicção será processada summariamente sem *citação do arguido*. Esta acção, não pôde ser confessada, são applicaveis a esta acção as disposições do artigo 317, §§ 1, 2, 3.

A grande differença está em que o arguido não é ouvido, e que esta acção não poderá ser confessada.

Pois estas duas alterações são exactamente as razões por que preferiríamos as disposições do Projecto ás do Codigo.

A sentença de prodigalidade coarcta um dos mais imprescriptiveis direitos da personalidade juridica do homem, o de dispor do que é seu; ora decidir d'este direito sem citar o arguido, é facilitar demasiadamente a expropriação, e é privar, talvez mui levemente, o arguido dos seus meios de defeza.

Demais, na legislação anterior tanto patria como estrangeira, respeitou-se o principio de não condemnar sem ouvir.

As nossas leis a tal respeito são omissas, assim mesmo a opinião dos nossos praxistas era que ninguem devia ser privado da administração de seus bens sem se provar a sua incapacidade e havendo citação (Guerr. Fr. 3. L. 4. cap. 3. n.º 20, 70. etc. Lobão Not. a Mello. L. 2. tit. 12, § 7—Corrêa Telles, Dig. Port. Pat. 2. art. 735 e segg. Coelho da Rocha § 380).

O Codigo civil francez art. 496, e o da Prus. art. 800, estabelecem como primeiro acto, depois de installado o conselho da familia em virtude da denuncia o interrogar o arguido; e Rogron no seu commentario a este artigo, considera como principal base de todo este processo este interrogatorio. Ora para elle ser um meio de descobrir a verdade, e não uma cillada, é indispensavel que haja a citação para prevenir o arguido, e dar-lhe logar a reunir os seus meios de defeza.

Por outro lado, o Codigo não admittre que o arguido confesse a prodigalidade.

Esta prohibição torna forçadamente controvertida a questão, e dá assim logar a poder o arguido defender-se.

É um remedio, mas nós preferiamos o não haver d'elle necessidade; e mesmo algumas vezes n'esta confissão podia haver a expressão da convicção do proprio prodigo.

Bem sabemos (e até poderíamos citar exemplos) de que muitas vezes o arguido vem a juizo seduzido pela promessa de lhe darem alguns direitos para malgastar, e ahí confessa tudo quanto quizerem.

A acção por ser summaria não deixa de admittir toda a especie de elementos provativos, e a rapidez não exclue a prova.

Convencido o juiz da procedencia da accusação de prodigalidade, depois de ouvido o conselho de familia e curador, profere a sentença que pode ir até á inhibição de todo e qualquer acto administrativo, ou simplesmente de algum acto, como contrahir emprestimos ou ser fiador, etc. (art. 344).

O prodigo assim julgado na primeira instancia pode embargar a sentença, ou d'ella appellar, como melhor entender, e mesmo appellar da sentença que julgar os embargos: no entanto, todos estes recursos são devolutivos, pois nem os proprios embargos suspendem a execução da sentença (art. 345).

§ 193

ESTADO DO PRODIGO, E COMO ACABA ESTE ESTADO

Logo que a sentença de prodigalidade passar em julgado, se n'ella se tirar ao prodigo a administração dos seus bens, é esta en-

tregue ao pae do interdicto, e na sua falta á mãe, mas n'este caso tem de haver a approvação do conselho de familia; e na falta d'estes os ascendentes, o juiz ouvido o conselho de familia e o curador nomeará um administrador.

Isto será applicavel aos bens do filho do interdicto, quando este os administrar (art. 346).

Sendo casado por dote, e havendo por isso separação de bens, a mulher do prodigo ficará com a administração dos bens que lhe pertencem, mas não poderá alienal-os sem licença do juiz; isto nos casos em que o consentimento do marido fosse necessario; porquanto o juiz só ficou substituindo a capacidade legal e administrativa do interdicto (art. 347).

O interdicto receberá, arbitrada pelo juiz, ouvidos o conselho de familia e curador, uma pensão em relação ás suas posses e posição, e essa poderá ella gastar como entender.

Só em casos imprevistos poderá requerer mais meios, que a arbitrio do juiz lhe podem ser concedidos (art. 348).

Pelo art. 349 estabelece o Codigo um curador provisório que serve para auctorisar os actos do interdicto, desde a publicação da sentença até á decisão final de todos os recursos. O interdicto não lhe convindo o curador recorre para o juiz, o qual, ouvido o ministerio publico, decidirá definitivamente. Os actos praticados pelo interdicto sem auctorisação do curador são nullos, se a sentença condemnatoria passar em julgado; mas pela mesma razão validos se a sentença fôr revogada.

Ao menos assim entendemos o Codigo (art. 349).

Por egualdade de razão pode o interdicto recorrer para o juiz, quando entender que os seus curadores abusam do seu encargo; e se o juiz o não attender, pode recorrer d'elle para a relação competente (art. 350).

A curatela, ou administração dos bens do prodigo regula-se pelas regras da curadoria dos ausentes, só com duas differenças: a) que se a curatela estiver a cargo do pae ou da mãe, estes não prestam caução; b) as contas annuaes são prestadas assistindo o interdicto.

A interdicção por prodigalidade acaba, cessando o estado que lhe dava causa; mas tem esta mudança de provar-se em juizo, a requerimento do interdicto, e sómente cinco annos depois de pronunciada a sentença; e se o pedido para a extincção da interdicção não fôr julgado procedente, tem de decorrer outros cinco annos antes de poder intentar outra acção de rehabilitação (art. 352).

Da incapacidade accidental

§ 194

EM QUE CONSISTE E QUAES OS SEUS EFEITOS

Em rigor esta materia deveria figurar quando se tractasse das causas que annullam os contractos; porque aqui tractamos dos modos pelos quaes a lei supprime a incapacidade dos individuos para contrahirem obrigações, quer a incapacidade seja physica, quer moral, e portanto o logar proprio para tutelas e curatelas; e as disposições doCodigo n'este titulo 13 são respectivas ás consequencias que devem ter os actos praticados por homens accidentalmente incapazes, e por isso a lei fere esses actos de nullidade, mas não tracta de dar aos individuos quem os proteja, nem tão pouco os inibe de contractar.

A exposição do que manda o Codigo torna esta rasão de differença mais palpavel.

Os actos e contractos celebrados por pessoas privadas do uso da rasão *accidentalmente* são *annullaveis*, se as pessoas que assim obrarem dentro de dez dias immediatos ao seu restabelecimento protestarem por essa nullidade perante um tabellião e duas testemunhas, e dentro dos vinte seguintes intentarem a competente acção rescisoria.

Esta acção não obsta a que se intentem quaesquer outras, tendentes a annullar o contracto (art. 353 e 354).

Não nos podemos conformar com as disposições do Codigo; por que empregando as palavras *delirio*, *embriaguez*, ou *outra causa semelhante*, deixa um vago muito grande para poderem acolher-se a elle os homens de má fé. Mas o peor é a declaração, que nem ao menos é jurada, feita perante o tabellião e duas testemunhas, como sufficiente preparatorio para a nullidade.

Ou esta declaração é decisiva, ou não; se o é, estão todos os homens de boa fé sujeitos a fazer contractos para os vér rescindir por meio d'estas declarações.

Se não é senão um começo ou introito para a acção, então completamente deslocada a disposição, e além d'isso superflua, porque quando se tractar dos contractos, se verá que para serem validos é necessario que se prove que os contractantes estavam em seu perfeito juizo.

Tracta-se, porém, de entender a lei e de a executar; e n'esse caso o que importa é vér como hão de ser entendidas as expressões por ella empregadas.

O Codigo penal distingue a embriaguez casual e completa que

torna o embriagado incapaz de conhecer o que faz, e aquella que o agente emprega anticipadamente, e como meio de preparar o animo, quer embotando-lhe a consciencia para não parar na perpetração do acto criminoso, quer mesmo para augmentar a energia physica; e como é sabido, uma d'estas é attenuante, outra aggravante; ora a mesma distincção se deve fazer emquanto á embriaguez de que falla o Codigo civil. Se a embriaguez é casual, temos o caso do Codigo; mas se o contractante se embriagou voluntariamente, para se privar de rasão, e talvez para depois allegar esta causa rescisoria, então não deve ser attendida.

A declaração feita ante o tabellião e duas testemunhas parece-nos que deverá conter da parte do tabellião e das testemunhas a asseveração de que o declarante está *compos sui*, aliás podia tal declaração não passar de uma scena da mesma comedia.

Emquanto á acção competente de que falla o art. 353, lendo-se o que diz o art. 354, não pode deixar de se admittir uma acção especial creada ou nascida do Codigo civil, na qual a unica questão de facto será a existencia d'essa incapacidade accidental no momento da feitura do contracto.

Se o que fere tal incapacidade morrer antes de recobrar a rasão, ou mesmo havendo-a recobrado, morrer ántes de findarem os dez dias, podem os seus herdeiros protestar e intentarem o mesmo meio rescisorio, uma vez que intentem a acção antes de vinte dias posteriores ao fallecimento (§ un. do art. 353).

A disposição da lei é terminante; mas parece-nos que tambem se devia dar esta mesma disposição no caso em que o interdicto accidental houvesse morrido *compos sui* já feito o protesto, mas antes de concluirem os vinte dias para a propositura d'acção; porque não vemos rasão para que, succedendo-lhe os herdeiros no direito de proporem a acção antes de feita a declaração, não hão de poder represental-o depois de feita a tal declaração.

SECÇÃO V

da incapacidade por effeito de sentença penal condemnatoria

§ 195

O QUE SEJA O SEU REMEDIO

Quasi que a transcripção das disposições do Codigo bastava.

Os condemnados não são interdictos de nenhum dos seus direitos civis, senão em virtude de sentença passada em julgado (art. 355).

E como esta interdicção seja por certo um agravamento do castigo, é claro pelos principios de Direito criminal, seguidos pelo nosso Código penal, que sem expressa determinação da sentença impondo esta interdicção, não poderá ella deduzir-se nunca da pena corporal por mais grave que seja.

O interdito por sentença terá um curador nomeado segundo o que ficou determinado para a demencia (art. 356).

Esta curatela limita-se pela natureza dos direitos interditos (art. 357).

Rasão de mais para que a sentença que pronuncia a interdicção seja mui explicita, marcando de que direitos, e até onde fica o condemnado privado.

A extinção da interdicção dá-se quando se extingue a pena.

No caso de ser esta extinção pronunciada em consequencia de annullação ou revisão de sentença, extingue-se a interdicção, e revalidam-se os actos que o interdito houver practicado no periodo da interdicção, contanto que não offendam a terceiro.

FIM DO PRIMEIRO VOLUME

CARTA DE LEI

DOM LUIZ, por graça de Deus, rei de Portugal e dos Algarves, etc. Fazemos saber a todos os nossos subditos, que as côrtes geraes decretaram, e nós queremos a lei seguinte:

Artigo 1.º É approvedo o projecto do código civil, que faz parte da presente lei.

Art. 2.º As disposições do dito código começarão a ter vigor, em todo o continente do reino e nas ilhas adjacentes, seis mezes depois da publicação da presente lei no *Diario de Lisboa*.

Art. 3.º Para todos os efeitos previstos no mesmo código; ter-se-ha, como dia da sua promulgação, o dia em que elle começar a ter vigor, nos termos do artigo antecedente.

Art. 4.º Todas as disposições do código civil, cuja execução depender absolutamente da existencia de repartições publicas ou de outras instituições, que ainda não estiverem creadas, só obrigarão desde que taes instituições funcţionarem.

Art. 5.º Desde que principiar a ter vigor o código civil, ficará revogada toda a legislação anterior que recai nas materias que o mesmo código abrange, quer essa legislação seja geral, quer seja especial.

Art. 6.º Toda a modificação no direito, que de futuro se fizer sobre materia contida no código civil, será considerada como fazendo parte d'elle, e inserida no logar proprio, quer seja por meio de substituição de artigos alterados, quer pela suppressão de artigos inuteis ou pelo addicionamento dos que forem necessarios.

Art. 7.º Uma commissão de juriscóultos será encarregada pelo governo, durante os primeiros cinco annos da execução do código civil, de receber todas as representações, relatorios dos tribunaes, e quaesquer observações relativamente ao melhoramento do mesmo código, e á solução das difficuldades que possam dar-se na execução d'elle. Esta commissão proporá ao governo quaesquer providencias que para o indicado fim lhe pareçam convenientes.

CODIGO CIVIL PORTUGUEZ

PARTE I

DA CAPACIDADE CIVIL

LIVRO UNICO

TITULO I

Da capacidade civil, e da lei que a regula em geral

Artigo 1.º

Só o homem é susceptível de direitos e obrigações. N'isto consiste a sua capacidade jurídica ou a sua personalidade.

Artigo 2.º

Entende-se por direito, n'este sentido, a faculdade moral de praticar ou de deixar de praticar certos factos; e por obrigação, a necessidade moral de praticar, ou de não praticar certos factos.

Artigo 3.º

Se os direitos e obrigações se limitam, as relações reciprocas dos cidadãos entre si, como meros particulares, ou entre os cidadãos e o estado, em questões de propriedade ou de direitos puramente individuaes, esses direitos e obrigações constituem a capacidade civil dos cidadãos, deponham-se direitos e obrigações civis, e são regidos pelo direito privado, contido no codigo civil, excepto na parte que é regulada por lei especial.

Artigo 4.º

Estes direitos e obrigações derivam:

- 1.º Da propria natureza do homem;
- 2.º De facto e vontade propria, independentemente de cooperação de outrem;
- 3.º De facto e vontade propria e de outrem conjunctamente;
- 4.º De mero facto e vontade de outrem;
- 5.º Da mera disposição da lei.

Artigo 5.º

A lei civil reconhece e especifica todos estes direitos e obriga-

Art. 8.º O governo fará os regulamentos necessarios para a execução da presente lei.

Art. 9.º É o governo auctorizado a tornar extensivo o codigo civil ás provincias ultramarinas, ouvidas as estações competentes, e fazendo-lhe as modificações que as circumstancias especiaes das mesmas provincias exigirem.

Art. 10.º Fica revogada a legislação em contrario.

Mandamos, portanto, a todas as auctoridades, a quem o conhecimento e execução da referida lei pertencer, que a cumpram e façam cumprir e guardar tão inteiramente como n'ella se contém.

Os ministros e secretarios d'estado dos negocios ecclesiasticos e de justiça e dos negocios da marinha e ultramar a façam imprimir, publicar e correr. Dada no paço d'Ajuda, em 1 de julho de 1867.—

EL-REI (com rubrica e guarda).

Augusto Cesar Barjona de Freitas.

Visconde da Praia Grande.

(Logar do sello grande das armas reaes).

Carta de Lei pela qual vossa magestade, tendo sancionado o decreto das côrtes geraes, de 26 de junho proximo findo, que approva o projecto do codigo civil, o qual faz parte da presente lei, e cujas disposições começarão a ter vigor em todo o continente do reino e nas ilhas adjacentes seis mezes depois da publicação da mesma lei no *Diario de Lisboa*; e auctorisa o governo a tornal-as extensivas ás provincias ultramarinas, fazendo-lhes as modificações, que as circumstancias alli exigirem; manda cumprir e guardar o mesmo decreto, tão inteiramente como n'elle se contém, pela forma retro declarada.

Para vossa magestade vêr.

Joaquim Pedro Seabra Junior a fez.

ções; mantem e assegura a fruição d'aquelles e o cumprimento d'estas; declara os casos em que o cidadão pode ser inhibido do exercicio dos seus direitos, e determina o modo como deve ser supprida a incapacidade d'elle.

Artigo 6.º

A capacidade juridica adquire-se pelo nascimento; mas o individuo, logo que é procreado, fica debaixo da protecção da lei, e tem-se por nascido para os effeitos declarados no presente codigo.

Artigo 7.º

A lei civil é igual para todos, e não faz distincção de pessoas, nem de sexo, salvo nos casos que forem especialmente declarados.

Artigo 8.º

A lei civil não tem effeito retroactivo. Exceptua-se a lei interpretativa, a qual é applicada retroactivamente, salvo se d'essa applicação resulta offensa de direitos adquiridos.

Artigo 9.º

Ninguém pode eximir-se de cumprir as obrigações impostas por lei, com o pretexto de ignorancia d'esta, ou com o do seu desuso.

Artigo 10.º

Os actos praticados contra a disposição da lei, quer esta seja prohibitiva, quer preceptiva, envolvem nullidade, salvo nos casos em que a mesma lei ordenar o contrario.

§ unico. Esta nullidade pode, contudo sanar-se pelo consentimento dos interessados, se a lei infringida não fôr de interesse e ordem publica.

Artigo 11.º

A lei, que faz excepção ás regras geraes, não pode ser applicada a nenhuns casos, que não estejam especificados na mesma lei.

Artigo 12.º

Toda a lei, que reconhece um direito, legitima os meios indispensaveis para o seu exercicio.

Artigo 13.º

Quem, na conformidade com a lei, exerce o proprio direito, não responde pelos prejuizos que possam resultar d'esse mesmo exercicio.

Artigo 14.º

Quem, exercendo o proprio direito, procura interesses, deve, em collisão e na falta de providencia especial, ceder a quem pretende evitar prejuizos.

Artigo 15.º

Em concurso de direitos eguaes ou da mesma especie, devem os interessados ceder reciprocamente o necessario, para que esses direitos produzam o seu effeito; sem maior detrimento de uma que de outra parte.

Artigo 16.º

Se as questões sobre direitos e obrigações não poderem ser resolvidas, nem pelo texto da lei, nem pelo seu espirito, nem pelos casos analogos, prevenidos em outras leis, serão decididas pelos principios de direito natural, conforme as circumstancias do caso.

Artigo 17.º

Só os cidadãos portuguezes podem gozar plenamente de todos os direitos, que a lei civil reconhece e assegura.

TITULO II

De como se adquire a qualidade de cidadão portuguez

Artigo 18.º

São cidadãos portuguezes:

1.º Os que nascem no reino, de pae e mãe portuguezes, ou só de mãe portugueza sendo filhos illegítimos;

2.º Os que nascem no reino, de pae estrangeiro, comtanto que não resida por serviço da sua nação, salvo se declarem por si, sendo já maiores ou emancipados, ou por seus paes ou tutores, sendo menores, que não querem ser cidadãos portuguezes;

3.º Os filhos de pae portuguez, ainda quando este haja sido expulso do reino, ou os filhos illegítimos de mãe portugueza, bem que nascidos em paiz estrangeiro, que vierem estabelecer domicilio no reino, ou declararem por si, sendo maiores ou emancipados, ou por seus paes ou tutores, sendo menores, que querem ser portuguezes;

4.º Os que nascem no reino, de paes incognitos, ou de nacionalidade desconhecida;

5.º Os estrangeiros naturalizados, seja qual fôr a sua religião;

6.º A mulher estrangeira que casa com cidadão portuguez.

§ 1.º A declaração exigida no n.º 2.º será feita perante a municipalidade do logar em que o declarante tiver residido; e a exigida no n.º 3.º, perante os respectivos agentes consulares portuguezes, ou perante a competente auctoridade estrangeira.

§ 2.º O menor, chegando á maioridade ou sendo emancipado, poderá, por meio de nova declaração, feita perante a municipalidade do logar que eleger para seu domicilio, reclamar a declaração que,

durante a sua menoridade, houver sido feita por seu pae ou tutor, nos termos do n.º 2.º

Artigo 19.º

Podem ser naturalisados os estrangeiros, que forem maiores ou havidos por maiores, em conformidade da lei do seu paiz e da lei portugueza:

1.º Tendo capacidade para grangearem salario pelo seu trabalho, ou outros recursos para subsistirem;

2.º Tendo residido um anno, pelo menos, em territorio portuguez.

§ unico. Podem contudo ser naturalisados, sem dependencia da clausula n.º 2.º, os estrangeiros descendentes de sangue portuguez por linha masculina ou feminina, que vierem domiciliar-se no reino.

Artigo 20.º

O governo pode dispensar todo ou parte do tempo da residencia exigida no n.º 2.º do artigo antecedente, ao estrangeiro casado com mulher portugueza, e áquelle que tenha feito, ou seja chamado para fazer á nação algum serviço relevante.

Artigo 21.º

As cartas de naturalisação só produzirão o seu effeito, depois que forem registadas no archivo da camara municipal do concelho onde o estrangeiro estabelecer o seu domicilio.

TITULO III

De como se perde a qualidade de cidadão portuguez

Artigo 22.º

Perde a qualidade de cidadão portuguez:

1.º O que se naturalisa em paiz estrangeiro; pode porém recuperar essa qualidade, regressando ao reino com animo de domiciliar-se n'elle, e declarando-o assim perante a municipalidade do lugar que eleger para seu domicilio;

2.º O que sem licença do governo aceita funções publicas, graça, pensão ou condecoração de qualquer governo estrangeiro; pode com tudo rehabilitar-se por graça especial do governo;

3.º O expulso por sentença, enquanto durarem os effeitos d'esta;

4.º A mulher portugueza que casa com estrangeiro, salvo se não for, por esse facto naturalisada pela lei do paiz de seu marido. Dissolvido porém, o matrimonio, pode recuperar a sua antiga qualidade de portugueza, cumprindo com o disposto na 2.ª parte do n.º 1.º d'este artigo.

§ 1.º A naturalisação em paiz estrangeiro, de portuguez casado

com portugueza, não implica a perda da qualidade de cidadão portuguez, em relação á mulher, salvo se ella declarar, que quer seguir a nacionalidade de seu marido.

§ 2.º Da mesma forma, a naturalisação, em paiz estrangeiro, de portuguez, ainda casado com mulher de origem estrangeira, não implica a perda da qualidade de cidadão portuguez em relação aos filhos menores, havidos antes da naturalisação; salvo se estes, depois da maioridade ou emancipação declararem, que querem seguir a nacionalidade de seu pae.

Artigo 23.º

As pessoas, que recuperarem a qualidade de cidadãos portuguezes, conforme o que fica disposto no artigo antecedente, só podem aproveitar-se d'este direito desde o dia da sua rehabilitação.

TITULO IV

Dos cidadãos portuguezes em paiz estrangeiro

Artigo 24.º

Os portuguezes, que viajam ou residem em paiz estrangeiro, conservam-se sujeitos ás leis portuguezas concernentes á sua capacidade civil, ao seu estado, e á sua propriedade immobiliaria situada no reino, enquanto aos actos que houverem de produzir n'elle os seus effeitos: a forma externa dos actos será, todavia, regida pela lei do paiz, onde forem celebrados, salvo nos casos em que a lei expressamente ordenar o contrario.

Artigo 25.º

Os portuguezes, que contraem obrigações em paiz estrangeiro, podem ser demandados no reino, pelos nacionaes ou estrangeiros com quem as hajam contrahido, se n'elle tiverem domicilio.

TITULO V

Dos estrangeiros em Portugal

Artigo 26.º

Os estrangeiros, que viajam ou residem em Portugal, tem os mesmos direitos e obrigações civis dos cidadãos portuguezes, enquanto aos actos que hão de produzir os seus effeitos n'este reino; excepto nos casos em que a lei expressamente determine o contrario, ou, se existir tratado ou convenção especial, que determine e regule de outra forma os seus direitos.

Artigo 27.º

O estado e a capacidade civil dos estrangeiros são regulados pela lei do seu paiz.

Artigo 28.º

Os estrangeiros, sendo encontrados n'este reino, podem ser demandados perante as justicas portuguezas, pelas obrigações contrahidas com portuguezes em paiz estrangeiro.

Artigo 29.º

Os estrangeiros podem, igualmente, ser demandados por outros estrangeiros perante as justicas portuguezas, por obrigações contrahidas no reino, se n'elle forem encontrados.

Artigo 30.º

O disposto nos dois artigos precedentes, deve entender-se sem prejuizo do que fica ordenado na ultima parte do artigo 26.º

Artigo 31.º

As sentenças proferidas nos tribunaes estrangeiros sobre direitos civis, entre estrangeiros e portuguezes, podem ser executadas perante os tribunaes portuguezes, nos termos prescriptos no codigo do processo.

TITULO VI**Das pessoas moraes****Artigo 32.º**

Dizem-se pessoas moraes as associações ou corporações temporarias ou perpetuas, fundadas com algum fim ou por algum motivo de utilidade publica e particular conjuntamente, que nas suas relações civis representam uma individualidade juridica.

Artigo 33.º

Nenhuma associação ou corporação pôde representar esta individualidade juridica, não se achando legalmente auctorisada.

Artigo 34.º

As associações ou corporações, que gozam de individualidade juridica, podem exercer todos os direitos civis, relativos aos interesses legitimos do seu instituto.

Artigo 35.º

As associações ou corporações perpetuas não podem, porém, adquirir por titulo oneroso bens immobiliarios, excepto sendo fundos

consolidados; e os que adquirirem por titulo gratuito, não sendo d'esta especie, serão, salvas as disposições de leis especiaes, convertidos n'ella dentro de um anno, sob pena de os perderem em benefício da fazenda nacional.

§ 1.º O que fica disposto na segunda parte d'este artigo, não abrange os bens immoveis, que forem indispensaveis para o desempenho dos deveres das associações ou corporações.

§ 2.º São havidas, para os effeitos declarados n'este artigo, como perpetuas:

1.º As associações ou corporações por tempo illimitado;

2.º As corporações ou associações, ainda que por tempo limitado, que não tenham por objecto interesses materiaes.

Artigo 36.º

Se alguma das corporações ou associações, a que se refere o artigo antecedente, por qualquer motivo se extinguir, os seus bens serão incorporados na fazenda nacional, quando lei especial lhes não tenha dado outra applicação.

Artigo 37.º

O estado, a egreja, as camaras municipaes, as juntas de parochia e quaesquer fundações ou estabelecimentos de beneficencia, piedade ou instrução publica, são havidos, emquanto ao exercicio dos direitos civis respectivos, por pessoas moraes, salvo na parte em que a lei ordenar o contrario.

Artigo 38.º

Nem o estado, nem quaesquer outras corporações ou estabelecimentos publicos, gozam do privilegio de restituição por inteiro.

Artigo 39.º

As associações de interesse particular são regidas pelas regras do contrato de sociedade.

TITULO VII**Do domicilio****CAPITULO I****DISPOSIÇÕES GERAES****Artigo 40.º**

O exercicio dos direitos, e o cumprimento das obrigações civis, são determinados, em diversos casos previstos na lei, pelo domicilio do cidadão.

Artigo 41.º

Domicílio é o lugar, onde o cidadão tem a sua residência permanente.

§ unico. Com relação ás corporações ou associações, a sede da sua administração substitue a residência.

Artigo 42.º

O domicílio pode ser voluntário ou necessário; voluntário é o que depende do arbitrio do cidadão; necessário, o que é designado pela lei.

CAPITULO II.

DO DOMICILIO VOLUNTARIO

Artigo 43.º

Se o cidadão tiver diversas residencias, onde viva alternadamente, será havido por domiciliado n'aquella onde se achar, excepto se tiver declarado perante a respectiva camara municipal, que prefere alguma d'ellas.

Artigo 44.º

O cidadão pode mudar, quando lhe aprouver, o seu domicílio, manifestando o facto da transferencia perante as camaras municipaes dos concelhos, d'onde e para onde se muda.

§ unico. Esta comunicação produzirá os seus effeitos, desde que o transferente tiver estabelecido a sua morada no concelho indicado por ella.

Artigo 45.º

O cidadão, que não tiver residencia permanente, será tido por domiciliado no lugar onde se achar.

Artigo 46.º

Os cidadãos podem estipular domicílio particular, para o cumprimento de actos determinados, que a lei não haja sujeito a certo domicílio, fazendo-o por documento authentico ou authenticado; não podem, porém, deixar essa escolha a arbitrio de outrem.

§ unico. Fallecendo algum dos estipulantes, a convenção conserva os seus effeitos, em relação aos beneficiarios, não tendo havido declaração em contrario.

CAPITULO III

DO DOMICILIO NECESSARIO

Artigo 47.º

Os menores, não emancipados, teem por domicílio o do pae ou

da mãe, a cuja auctoridade se acham sujeitos, e, na falta ou impedimento legal d'estes, o do tutor.

Artigo 48.º

Os maiores, sujeitos a tutela, teem por domicílio o do tutor.

Artigo 49.º

A mulher casada tem por domicílio o do marido, não se achando separada judicialmente de pessoa e bens, salva a disposição do § 2.º do artigo 53.º

Artigo 50.º

Os maiores ou os menores emancipados, que servem ou trabalham habitualmente em casa de outrem, teem por domicílio o da pessoa a quem servem, se com ella habitarem, salvo o que fica disposto nos dois artigos precedentes.

Artigo 51.º

Os empregados publicos, que exercem os seus empregos em lugar certo, teem n'ella domicílio necessario. O domicílio é determinado pela posse do emprego, ou pelo exercicio das respectivas attribuições.

§ unico. Não sendo o emprego exercido em lugar certo, applicar-se-hão ás disposições do capitulo antecedente, para determinar o domicílio do empregado.

Artigo 52.º

Os militares arregimentados teem domicílio no lugar, onde o corpo a que pertencem está de guarnição. Os militares não arregimentados teem domicílio no lugar onde estão de serviço, se não tiverem algum estabelecimento ou morada permanente; porque, n'esse caso, ali será o seu domicílio.

§ unico. Os marítimos com praça na armadã teem domicílio em Lisboa. Os que pertencerem á tripulação de navios de commercio, ou de barcos costeiros, teem domicílio nas povoações a que pertencem os ditos navios ou barcos, se por outra causa não tiverem domicílio differente.

Artigo 53.º

Os condemnados a prisão, desterro ou degredo teem por domicílio o lugar onde estão cumprindo a pena imposta; excepto no que respeita ás obrigações contrahidas antes do delicto, em relação ás quaes conservam o antigo domicílio, se porventura o tinham.

§ 1.º Os réos condemnados, enquanto não forem transferidos para o lugar onde houverem de cumprir a pena, terão por domicílio o lugar onde se acharem retidos.

§ 2.º A mulher e os filhos do condemnado a degredo, que não o

acompanharam para o logar de cumprimento da pena, não teem por domicilio o do marido e do pae, mas o seu proprio, em conformidade das regras estabelecidas nos artigos antecedentes.

Artigo 54.º

O domicilio necessario cessa desde o momento em que cessa o facto de que depende.

TITULO VIII

Da ausencia

CAPITULO I

DA CURADORIA PROVISORIA DOS BENS DO AUSENTE

Artigo 55.º

Se qualquer pessoa desaparecer do logar do seu domicilio ou residencia, sem que d'elle se saiba parte, e não houver deixado procurador, ou quem legalmente administre seus bens, e se fôr necessario prover a este respeito, ser-lhe-ha dado curador pelo juiz competente.

§ 1.º É competente para esse effeito o juiz do domicilio do ausente.

§ 2.º O que fica disposto no § antecedente, não obstará ás providencias conservatorias que se tornarem indispensaveis em qualquer outra parte, onde o ausente tenha bens.

Artigo 56.º

São habeis para requerer a mencionada curadoria, o ministerio publico, e todos aquelles que tenham interesse na conservação dos bens do ausente.

Artigo 57.º

Na escolha do curador, dará o juiz preferencia aos herdeiros presumidos e, na falta d'estes, aos que maior interesse tenham na conservação dos bens do ausente.

Artigo 58.º

O curador nomeado receberá por inventario os bens do ausente, e prestará caução sufficiente pela importancia dos valores mobiliarios, e do rendimento liquido de um anno dos bens immobiliarios.

§ unico. Se o curador nomeado não poder prestar a sobredita caução, o juiz fará consignar em deposito os valores mobiliarios, que utilmente se poderem conservar, e os demais serão vendidos em leilão, e assim o seu producto como os outros capitães serão empregados em valores productivos, que offereçam sufficiente segurança.

Artigo 59.º

Os poderes do curador provisorio limitam-se aos actos de mera administração, da qual dará contas annualmente; mas o dito curador deve propôr em juizo as acções conservatorias, que não possam retardar-se sem prejuizo do ausente; e é, além d'isso, competente para representar o mesmo ausente em quaesquer acções, que contra elle forem intentadas.

Artigo 60.º

Se fôr necessario intentar-se algum pleito contra ausente, que não tenha curador ou quem legalmente o represente, ser-lhe-ha nomeado curador especial, que o defenda no dito pleito.

Artigo 61.º

O curador provisorio haverá cinco por cento da receita liquida que realisar.

Artigo 62.º

O ministerio publico é encarregado de velar pelos interesses do ausente, e será sempre ouvido nos actos judiciaes que disserem respeito a este.

Artigo 63.º

A curadoria provisoria termina:

- 1.º Pela volta do ausente, ou pela certeza da sua existencia;
- 2.º Pela comparancia de procurador bastante, ou de pessoa que legalmente represente o ausente;
- 3.º Pela certeza da morte do ausente;
- 4.º Pela installação da curadoria definitiva.

CAPITULO II

DA CURADORIA DEFINITIVA DO AUSENTE SOLTEIRO

SECÇÃO I

Da installação da curadoria definitiva e de seus effeitos

Artigo 64.º

Decorridos quatro annos, depois do dia em que desapareceu o ausente, sem d'elle haver noticias, ou da data das ultimas noticias, que d'elle houve, poderão seus herdeiros presumidos ao tempo da ausencia ou das ultimas noticias, quer sejam legitimos, quer instituidos em testamento publico, justificada a ausencia com assistencia do ministerio publico, requerer a entrega dos bens do mesmo ausente, excepto se tiver deixado procuração bastante; pois, n'este caso, só poderão requerer a dita entrega, passados dez annos desde o dia em que desaparecer o dito ausente, ou houver as ultimas noticias d'elle.

§ unico. Os herdeiros poderão, contudo, requerer, passados tres annos, nos termos sobreditos, que o procurador preste caução sufficiente, se occorrer justo receio de insolvencia; e quando este a não possa ou não queira prestar, julgar-se-ão cassados os seus poderes.

Artigo 65.º

A sentença, que defere a curadoria definitiva, não pode ser proferida, sem que o ausente tenha sido notificado por editos, publicados com anticipação de seis mezes na folha official, na gazeta da respectiva relação e nas portas da igreja parochial do lugar do seu ultimo domicilio; nem pode ser dada á execução sem que decorram quatro mezes depois da sua publicação, a qual será feita pelo mesmo modo que fica ordenado para a dos editos.

§ unico. Estas publicações serão por extracto, cuja exacção será verificada pelo juiz, que o rubricará, achando-o conforme.

Artigo 66.º

Se o ausente tiver deixado testamento cerrado, o juiz, antes de proferir a sentença, mandará proceder á abertura do dito testamento, afim de o tomar na devida consideração, e por elle deferir a curadoria.

Artigo 67.º

Deferida a curadoria definitiva, tanto os legatarios, como todos aquelles que por morte do ausente teriam direito fundado a alguma parte dos bens d'elle, podem requerer que essa parte lhes seja entregue.

§ unico. No prazo declarado no artigo 64.º, poderão os interessados, a que se refere este artigo, requerer a entrega dos bens a que tenham direito, justificada a ausencia como dito é.

Artigo 68.º

Se, ainda depois de deferida, apparecer algum herdeiro, que na ordem da successão deva excluir aquelle a quem a curadoria foi dada, poderá usar dos meios competentes, para que seja tirada a este, e deferida, novamente, a quem pertencer.

SECÇÃO II

Do inventario e da caução dos bens do ausente

Artigo 69.º

Os bens do ausente só podem ser entregues aos herdeiros e demais interessados, precedendo inventario e caução sufficiente.

Artigo 70.º

Se os herdeiros ou interessados não prestarem a deferida caução, continuará a administração provisoria dos bens do ausente, durante o tempo em que a dita caução é necessaria; mas ser-lhes ha licito, justificando falta de meios, requerer, que se lhes adjudique metade dos rendimentos que haveriam, tomando conta dos ditos bens.

SECÇÃO III

Dos direitos e obrigações dos curadores definitivos e demais interessados

Artigo 71.º

Os curadores definitivos podem exigir a entrega de todos os bens, e exercer todos os direitos que pertenciam ao ausente até ao dia em que desapareceu, ou até a data das ultimas noticias d'elle.

Artigo 72.º

Os bens e direitos, que eventualmente sobrevieram ao ausente, desde que desapareceu, sem d'elle haver noticias, ou desde a data das ultimas que d'elle houve, e que sejam dependentes da condição da sua existencia, passam aquelles que seriam chamados a succede-lhe, se elle fosse fallecido.

§ 1.º N'este caso, os curadores definitivos ou, na sua falta, o ministerio publico, só teem o direito de requerer, que taes bens sejam inventariados, e que aquelles que retiverem ou arrecadarem os ditos bens prestem caução sufficiente, que só durará pelo espaço de dez annos, contados desde que os ditos bens lhe advierem.

§ 2.º O direito do ausente a estes bens só se extingue em conformidade das regras geraes da prescripção; mas aquelles que os houverem arrecadado farão seus, em caso de restituição, os fructos percebidos, não havendo má fé.

Artigo 73.º

Os curadores definitivos e demais interessados farão sua, salvo o disposto no artigo precedente, desde o dia da entrega dos respectivos bens, a quarta parte dos rendimentos d'estes, apparecendo o ausente ou outros herdeiros dentro de dez annos, contados desde o dia do desaparecimento do mesmo ausente, ou da data das ultimas noticias que d'elle houver; e apparecendo dentro do prazo de dez a vinte, farão sua metade. Passados os vinte annos, farão seus todos os rendimentos.

Artigo 74.º

Os curadores definitivos podem pedir contas aos curadores pro-

visorios, não o tendo sido elles mesmos, ou não tendo as ditas contas sido prestadas devidamente; podem, além d'isso, receber os fructos e rendimentos, que existirem da anterior administração, e demandar e ser demandados como legítimos herdeiros do ausente.

Artigo 75.º

Os curadores definitivos não são obrigados a dar contas da sua administração, excepto ao ausente ou a seus herdeiros, se outros se habilitarem.

Artigo 76.º

Os curadores definitivos não podem alienar os bens immobiliares, excepto se de outro modo se não poder solver qualquer divida do ausente, evitar a deterioração e ruina de alguma propriedade, custear as bemfeitorias necessarias ou uteis de que carecem os bens do mesmo ausente, ou occorrer a outra urgente necessidade.

§ unico. N'estes casos precederá auctorisação do juizo competente, e será a venda feita em hasta publica, com assistencia do ministerio publico.

Artigo 77.º

Os ditos curadores não podem, egualmente, transigir sem auctorisação judicial, nem repudiar herança, a que o ausente tivesse direito adquirido antes do seu desaparecimento, ou da data das ultimas noticias que d'elle houve, mas devem acceptal-a a beneficio do inventario.

SECÇÃO IV

Do termo da curadoria definitiva

Artigo 78.º

A curadoria definitiva termina:

- 1.º Pela volta do ausente;
- 2.º Pela noticia da sua existencia;
- 3.º Pela certeza da sua morte;
- 4.º Pelo lapso de vinte annos;
- 5.º Contando o ausente noventa e cinco annos de idade.

§ unico. No caso do n.º 2.º os curadores definitivos serão considerados como provisórios enquanto não comparecer o ausente, ou quem legalmente o represente.

Artigo 79.º

Em qualquer dos ultimos tres casos referidos no artigo precedente, ficam os herdeiros e demais interessados alliviados da caução que houverem prestado, e podem dispor dos bens do ausente como seus.

Artigo 80.º

Se, depois de vinte annos de ausencia, ou de ter completado noventa e cinco annos, o ausente apparecer, ou apparecerem descendentes ou ascendentes seus, elle ou elles haverão só os bens existentes, no estado em que se acharem, os subrogados em seu lugar, ou o preço que os herdeiros e demais interessados houverem recebido pelos alienados depois d'aquelle tempo.

§ unico. Este direito concedido aos descendentes e ascendentes prescreve, decorridos dez annos desde o tempo da curadoria definitiva.

Artigo 81.º

Apparecendo outros herdeiros, que não sejam os mencionados no artigo antecedente, só podem exigir os bens do ausente, não tendo decorrido os vinte annos declarados no artigo 78.º, n.º 4.º

CAPITULO III

DA ADMINISTRAÇÃO DOS BENS DO AUSENTE CASADO

SECÇÃO I

Da administração dos bens do ausente casado, não havendo filhos

Artigo 82.º

Se o ausente fôr casado, justificada a ausencia, nos termos declarados no capitulo antecedente, proceder-se-ha, com citação dos herdeiros presumidos, a inventario e partilha ou a separação de bens, conforme a natureza do contracto de casamento.

Artigo 83.º

Se o ausente não deixou filhos, o conjugue presente conserva a administração de todo o casal por espaço de vinte annos, contados desde o tempo do desaparecimento ou das ultimas noticias havidas do ausente, ou pelos annos que faltarem para que o ausente perfaça os noventa e cinco annos de idade, na forma prescripta no artigo 78.º n.º 5.º

Artigo 84.º

O conjugue presente pode dispor livremente dos seus bens, feito o inventario, a partilha e a separação d'elles.

Artigo 85.º

O conjugue presente tem, ácerca dos bens do ausente, os mesmos direitos e obrigações dos curadores definitivos, com a circumstancia especial de lhe pertencerem todos os fructos e rendimentos.

Artigo 86.º

Regressando o conjuge ausente antes de findo o praso assignado no artigo 83.º, continuará a sociedade conjugal, nos termos em que tiver sido constituida.

Artigo 87.º

Findos vinte annos, ou completa a idade mencionada no artigo 78.º n.º 5.º, ou havendo certeza da morte do ausente, podem os herdeiros habilitados tomar conta dos bens do mesmo ausente e dispor d'elles livremente.

§ unico. O conjuge administrador tem, n'este caso, o direito de apagio nos termos do artigo 1234.º

Artigo 88.º

Fallecendo o conjuge presente, antes do praso estabelecido no artigo antecedente, serão os bens do ausente entregues do mesmo modo aos seus herdeiros, os quaes serão considerados como curadores definitivos, levando-se-lhes em conta o tempo da administração do conjuge fallecido.

Artigo 89.º

Regressando o conjuge ausente, passado o praso estabelecido no artigo 83.º, recuperará os seus bens, na forma declarada no artigo 80.º; mas, se o conjuge presente for ainda vivo, não se entenderá por isso que fica estabelecida a communhão de bens, se porventura tiver existido, salvo se os conjuges assim o convencionarem de novo, por escriptura publica.

§ unico. É applicavel aos ascendentes ou descendentes successivos, que apparecerem no praso mencionado n'este artigo, o que fica disposto no artigo 80.º

SECÇÃO II

Da administração dos bens do ausente casado, havendo filhos

Artigo 90.º

Se o ausente tiver deixado consorte e filhos communs, proceder-se-ha do mesmo modo a inventario e partilha ou a separação de bens, com a unica differença de que os bens que tocarem á parte do ausente serão subdivididos entre os referidos filhos.

Artigo 91.º

Se os filhos forem maiores ou se emanciparem, poderão tomar conta dos bens que lhes couberem, e administral-os como seus, não podendo todavia alienal-os senão passados dez annos contados desde o dia do desaparecimento do ausente, ou da data das ultimas noticias que d'elle houver, salvo nos casos especificados e nos termos prescriptos no artigo 76.º e seu §.

§ unico. Os bens sujeitos a perecer ou a depreciar-se, e os de dispendiosa conservação, podem ser alienados por esta causa antes do praso mencionado, precedendo auctorisação judicial. O preço da venda será empregado productivamente.

Artigo 92.º

Se os filhos forem menores, observar-se-hão as regras prescriptas nos artigos 137.º e seguintes, em relação, tanto aos filhos, como aos bens que lhes tocarem.

Artigo 93.º

Se o ausente tiver deixado outros filhos, que tenham direito a succeder-lhe, observar-se-ha a respeito d'elles o mesmo que determinam os artigos antecedentes.

Artigo 94.º

Regressando o ausente, passado o praso assignado no artigo 91.º, só poderá recuperar os bens que effectivamente existirem ainda em poder de seus filhos, e os subrogados, ou comprados com o preço dos alienados.

SECÇÃO III

Da ausencia simultanea ou successiva

Artigo 95.º

Desapparecendo simultanea ou successivamente ambos os conjuges, deixando filhos maiores, tomarão estes conta, justificada a ausencia nos termos do artigo 64.º, dos bens de seus paes, que administrarão livremente como entre si acordarem; não poderão porém alienal-os, salvo nos casos e nos termos do artigo 91.º e seu §.

Artigo 96.º

Se os filhos forem menores, proceder-se-ha a inventario e partilha, como se os ausentes fossem fallecidos, sem prejuizo do que fica disposto na ultima parte do artigo precedente.

TITULO IX

Da incapacidade por menoridade e do seu supprimento

CAPITULO I

DISPOSIÇÕES GERAES

Artigo 97.º

São menores as pessoas de um e de outro sexo, enquanto não perfizerem vinte e um annos de idade.

Artigo 98.º

Os menores são incapazes de exercer direitos civis, e os seus actos e contractos não podem constituir-los em obrigação jurídica, salvo nos casos expressamente exceptuados na lei.

Artigo 99.º

Os contractos celebrados illegitimamente pelos menores, não podem todavia ser impugnados pelos outros estipulantes, com o fundamento da incapacidade do menor.

Artigo 100.º

A incapacidade dos menores é supprida pelo poder paternal, e na falta d'este pela tutela.

CAPITULO II

DO PODER PATERNAL

SECÇÃO I

Dos filhos legítimos

Artigo 101.º

São havidos por legítimos os filhos nascidos de matrimonio legitimamente contrahido, passados cento e oitenta dias depois da celebração d'elle, ou dentro dos trezentos dias subsequentes á sua dissolução, ou á separação dos conjuges, judicialmente decretada.

Artigo 102.º

A legitimidade do filho, nascido dentro dos cento e oitenta dias seguintes á celebração do matrimonio, não pode, contudo, ser impugnada:

1.º Se o marido antes de casar teve conhecimento da gravidez da mulher;

2.º Se, estando presente, consentiu que no assento do nascimento fosse declarado por seu filho, ou se, por qualquer outro modo, reconheceu, que era seu o filho assim nascido.

Artigo 103.º

A presumpção da legitimidade dos filhos nascidos durante o matrimonio, passados cento e oitenta dias depois da sua celebração, ou dentro dos trezentos dias subsequentes á sua dissolução, ou á separação dos conjuges, só pode ser illidida, provando-se ter-se achado o marido physicamente impossibilitado de cohabitar com a mulher nos primeiros cento e vinte um dias, ou mais, dos trezentos que houverem precedido o nascimento do filho.

Artigo 104.º

A presumpção de que o filho, nascido fora dos trezentos dias subsequentes á separação dos conjuges, não pertence ao marido separado, pode ser illidida provando-se, que o dito filho effectivamente pertence ao marido.

§ unico. Esta prova pode fazer-se pelos modos estabelecidos no artigo 119.º n.ºs 1.º e 2.º e §§ 1.º e 2.º

Artigo 105.º

A impotencia do marido, anterior ao matrimonio, não pôde ser allegada para impugnar a legitimidade do filho; mas pôde sel-o a posterior, comtanto que a allegação não tome por fundamento a velhice.

Artigo 106.º

Só podem impugnar a legitimidade dos filhos o pae ou os seus herdeiros, nos termos dos artigos seguintes.

Artigo 107.º

O pae só pode impugnar a legitimidade dos filhos, nos casos em que a lei o permite, propondo a acção em juizo, se estiver no logar do nascimento, dentro de sessenta dias, contados desde esse facto, e, não o estando, dentro de cento e vinte dias, contados desde o dia da sua volta.

§ unico. Se o nascimento do filho lhe tiver sido occultado, poderá propôr acção dentro de cento e vinte dias, contados desde aquelle em que tiver conhecimento da fraude.

Artigo 108.º

Os herdeiros do marido só podem impugnar a legitimidade dos filhos, nascidos na constancia do matrimonio:

1.º Se o dito marido, achando-se presente, deu começo á acção competente, e d'ella não desistiu;

2.º Se falleceu antes que decorressem os prazos marcados para a proposição da acção;

3.º Se o filho nasceu depois da morte do marido.

Artigo 109.º

A acção dos herdeiros prescreve, decorridos sessenta dias, contados desde aquelle em que o filho tenha entrado na posse dos bens do presumido pae, ou desde o dia em que os herdeiros forem perturbados na posse da herança pelo dito filho.

Artigo 110.º

Só é tido por filho, para os effeitos legaes, aquelle de quem se prove, que nasceu com vida e com figura humana.

Artigo 111.º

O direito dos filhos legítimos a vindicar o estado que lhes pertence é imprescriptível.

Artigo 112.º

Os herdeiros dos filhos podem proseguir nas acções de vindicação de estado, pendentes; mas só podem intentá-las de novo, sendo o filho fallecido, ou tendo caído em demencia, antes de decorridos quatro annos depois da sua emancipação, ou maioridade, e havendo fallecido n'esse estado.

§ unico. Esta acção prescreve no espaço de quatro annos, contados desde o fallecimento do filho.

Artigo 113.º

Em todos os casos, em que a presumpção de legitimidade do filho fôr impugnada em juizo, sendo elle menor, ser-lhe-ha dado tutor, que será escolhido d'entre os parentes da mãe, se os tiver; e esta será sempre ouvida em juizo.

§ unico. A nomeação do tutor será feita em conselho de familia, e este composto com parentes da mãe, ou com pessoas da sua amizade, na falta d'aquelles.

SECÇÃO II

Da prova da filiação legítima

Artigo 114.º

A filiação legítima prova-se pelos registos de nascimento, na sua falta por qualquer documento authenticó e, na falta d'este, pela posse de estado, provada por escripto ou por testemunhas.

Artigo 115.º

A posse de estado, n'este caso, consiste no facto de alguém haver sido reputado e tratado por filho, tanto pelos paes, como pelas familias d'estes e pelo publico.

Artigo 116.º

Na falta de registo de nascimento, documento authenticó e posse de estado, a filiação legítima pode provar-se por qualquer meio, havendo começo de prova por escripto, proveniente de ambos os paes, conjunta ou separadamente.

Artigo 117.º

Ninguém pode vindicar estado contrario ao que resulta dos registos de nascimento, achando-se estes confirmados com a posse do dito estado; bem como ninguém pode impugnar esse mesmo estado.

Artigo 118.º

Pode oppor-se à vindicação d'estado qualquer especie de prova escripta ou testemunhal.

SECÇÃO III

Dos filhos legitimados

Artigo 119.º

O matrimonio legitima os filhos nascidos antes d'elle das pessoas que o contraem:

1.º Se os ditos filhos são reconhecidos pelos paes e mães no asento do casamento, ou o foram no do nascimento dos mesmos filhos, ou em testamento ou escriptura publica, quer anteriores, quer posteriores ao matrimonio;

2.º Se os filhos provarem a sua filiação por meio de acção e sentença judicial.

§ 1.º O reconhecimento, de que trata o n.º 1.º, pode ser impugnado por todos aquelles que n'isso tiverem interesse.

§ 2.º As acções, de que trata o n.º 2.º, são applicaveis as disposições dos artigos 130.º e 133.º

§ 3.º Os effeitos da legitimação principiam, em todo o caso, desde a data do matrimonio.

Artigo 120.º

A legitimação aproveita tanto aos filhos, como aos seus descendentes, se os ditos filhos já não existirem.

Artigo 121.º

Os legitimados por subsequente matrimonio são em tudo equiparados aos filhos legítimos.

SECÇÃO IV

Dos filhos perfilhados

Artigo 122.º

Podem ser perfilhados todos os filhos illegítimos, excepto:

1.º Os filhos adulterinos;

2.º Os filhos incestuosos.

§ 1.º Filhos adulterinos são os havidos por qualquer pessoa, casada ao tempo da concepção, de outra que não seja o seu consorte.

§ 2.º Entendem-se por incestuosos para o effeito sobredito:

1.º Os filhos de parentes por consanguinidade ou afinidade em qualquer grão da linha recta;

2.º Os filhos de parentes por consanguinidade até o segundo grão inclusivê da linha transversal.

Artigo 123.º

A perfilhação pode ser feita por ambos os paes, de commum accordo, ou qualquer d'elles separadamente, comtanto que seja no registo do nascimento ou em escriptura, testamento ou auto publico.

Artigo 124.º

Quando o pae ou a mãe fizerem o reconhecimento separadamente, não poderão revelar no documento da perfilhação o nome da pessoa de que houveram o filho reconhecido, nem indicar circumstancias por onde essa pessoa venha a reconhecer-se.

Artigo 125.º

Basta, para que esta perfilhação seja feita por um dos paes separadamente, que o perfilhante fosse habil para contrahir matrimonio nos primeiros cento e vinte dias dos trezentos, que precedam o nascimento do filho.

Artigo 126.º

O filho maior não pode ser perfilhado sem consentimento seu.

Artigo 127.º

Se o perfilhado for menor, poderá impugnar a perfilhação dentro dos quatro annos immediatos á sua emancipação ou maioridade.

Artigo 128.º

Tanto o reconhecimento do pae ou da mãe, como a impugnação do filho podem ser contestados por todos aquelles que n'isso tiverem interesse.

Artigo 129.º

Os perfilhados espontaneamente, ou por sentença, adquirem os direitos:

- 1.º De usar dos appellidos de seus paes;
- 2.º De serem alimentados por elles;
- 3.º De succederem a seus paes ou haverem parte na herança, conforme o que vae disposto nos artigos 1989.º a 1992.º

SECÇÃO V

Da investigação da paternidade illegitima

Artigo 130.º

É prohibida a acção de investigação de paternidade illegitima, excepto nos casos seguintes:

1.º Existindo escripto do pae, em que expressamente declare a sua paternidade;

2.º Achando-se o filho em posse de estado, nos termo do artigo 115.º;

3.º No caso de estupro violento ou de rapto, coincidindo a época do nascimento, nos termos indicados no artigo 101.º, com a época do facto criminoso.

Artigo 131.º

A acção de investigação de maternidade é permittida; mas o filho deve provar, por qualquer dos meios ordinarios, que é o proprio que se diz nascido da pertensa mãe.

Artigo 132.º

A acção de investigação de paternidade ou de maternidade, não é, porém, admittida em juizo nos casos em que a perfilhação é defesa.

Artigo 133.º

As acções de investigação de paternidade ou de maternidade só podem ser intentadas em vida dos pertensos paes, salvas as seguintes excepções:

1.º Se os paes fallecerem durante a menoridade dos filhos; porque, n'esse caso, tem estes o direito de intentar a acção, ainda depois da morte dos paes, comtanto que o façam antes que expirem os primeiros quatro annos da sua emancipação ou maioridade;

2.º Se o filho obtiver, de novo, documento escripto e assignado pelos paes, em que estes revelem a sua paternidade; porque, n'este caso, pode propôr acção a todo o tempo em que haja alcançado o sobredito documento; isto sem prejuizo das regras geraes ácerca da prescripção dos bens.

SECÇÃO VI

Dos filhos esurios

Artigo 134.º

Dizem-se filhos esurios os que não podem ser perfilhados.

Artigo 135.º

Os filhos esurios só tem o direito de exigir de seus paes os alimentos necessários; em tudo o mais são havidos por inteiramente estranhos aos paes e á familia d'estes.

Artigo 136.º

O filho esurio só poderá demandar seus paes, para o effeito sobredito, se o facto da paternidade ou da maternidade se achar provado em processo civil ou criminal, convertido entre seus paes ou outras partes; ou, no caso do n.º 3.º do artigo 130.º, se o facto tiver sido judicialmente provado.

SECÇÃO VII

Do poder paternal na constancia do matrimonio

Artigo 137.º

Aos paes compete reger as pessoas dos filhos menores, protegê-los e administrar os bens d'elles: o complexo d'estes direitos constitue o poder paternal.

Artigo 138.º

As mães participam do poder paternal, e devem ser ouvidas em tudo o que diz respeito aos interesses dos filhos; mas é ao pae que especialmente compete durante o matrimonio, como chefe da familia, dirigir, representar e defender seus filhos menores, tanto em juízo, como fóra d'elle.

Artigo 139.º

No caso de ausencia ou de outro impedimento do pae, fará a mãe as suas vezes.

Artigo 140.º

Os paes devem dar a seus filhos os necessarios alimentos e occupação conveniente, conforme as suas posses e estado.

Artigo 141.º

O poder dos paes, emquanto ás pessoas dos filhos menores, não é sujeito a cautela alguma preventiva; mas, no caso de abuso, os paes poderão ser punidos, na conformidade da lei geral, e inibidos de reger as pessoas e bens de seus filhos, a requerimento dos parentes ou do ministerio publico.

§ unico. Sendo o pae inibido de reger a pessoa e os bens do menor, será dado tutor ou administrador a este, por nomeação do conselho de familia.

Artigo 142.º

Os filhos devem, em todo o tempo, honrar e respeitar seus paes, e cumprir, durante a menoridade, os seus preceitos em tudo o que não seja illicito.

Artigo 143.º

Se o filho for desobediente e incorrigivel, poderão seus paes recorrer á auctoridade judicial, que o fará recolher á casa de correcção para isso destinada, pelo tempo que lhe parecer justo, o qual aliás não excederá o praso de trinta dias.

§ unico. O pae tem, todavia, a faculdade de fazer cessar a prisão ordenada.

Artigo 144.º

Pertence aos paes a propriedade e uso-fructo dos bens que os filhos adquirem emquanto estão em sua companhia, com o emprego de

meios ou capitaes pertencentes aos mesmos paes, salvo o direito de os remunerar, dando-lhes alguma parte dos ditos bens.

Artigo 145.º

Pertence aos paes só o uso-fructo dos bens, que os filhos que estão em sua companhia adquirirem por seu trabalho, industria e recursos proprios, ou por qualquer titulo gratuito.

Artigo 146.º

Pertence aos paes só a administração:

1.º Dos bens doados ou deixados aos filhos com exclusão do uso-fructo dos paes;

2.º Dos bens provenientes de successão, de que os paes foram excluidos por causa de indignidade. Mas esta disposição não abrange o conjuge não declarado indigno.

Artigo 147.º

Não pertence aos paes, nem o uso-fructo, nem a administração:

1.º Dos bens que os filhos adquirem por seu trabalho e industria, vivendo sobre si com permissão dos paes;

2.º Dos bens que os filhos adquirem pelas armas, letras ou artes liberaes, vivam, ou não, em companhia dos paes;

3.º Dos bens que forem doados ou deixados aos filhos, com exclusão de administração dos paes.

Artigo 148.º

Os encargos do uso-fructo pertencente aos paes são:

1.º Todos aquelles a que em geral estão sujeitos os uso-fructuarios, excepto a caução;

2.º A decente sustentação e educação dos filhos, conforme a sua condição e os seus haveres;

3.º O pagamento de quaesquer prestações ou interesses atrasados, a que os bens uso-fruidos estejam obrigados.

§ unico. A excepção feita no n.º 1.º relativamente á caução cessará para o pae, se passar a segundas nupcias.

Artigo 149.º

O direito de uso-fructo concedido aos paes extingue-se:

1.º Pela emancipação ou maioridade dos filhos;

2.º Por condemnação criminal dos paes, que envolva interdicção do poder paternal;

3.º Se a mãe passa a segundas nupcias;

4.º Se o pae ou mãe, por morte do outro conjuge, não promove inventario dentro do praso estabelecido no artigo 156.º;

5.º Pela renuncia.

§ unico. A renuncia feita em favor do filho será tida em conta de doação.

Artigo 150.º

Os paes não podem alienar, hypothecar, ou por qualquer outro modo obrigar os bens dos filhos, sendo meros usufructuarios ou administradores dos ditos bens, excepto no caso de urgente necessidade, ou de proveito evidente para o menor, precedendo auctorisação judicial, com audiencia do ministerio publico.

Artigo 151.º

Se, durante o exercicio do poder paternal, alguns bens recairem nos filhos, os paes, consistindo a herança em valores mobiliarios de consideravel importancia, serão obrigados a prestar caução, sendo julgada necessaria.

§ unico. Se os paes não poderem prestar a sobredita caução, serão depositados os valores, ou, se os paes o requererem, convertidos em outros valores ou collocados productivamente, com a possivel segurança, e receberão os mesmos paes o rendimento d'elles.

Artigo 152.º

Os paes não são obrigados a dar contas da sua gerencia, salvo pelo que toca aos bens de que forem meros administradores.

§ unico. Estas contas serão tomadas pelo juiz respectivo, de quatro em quatro annos, e observar-se-ha, a respeito do producto liquido ou do alcance, o disposto nos artigos 253.º, 254.º e 255.º

Artigo 153.º

Se entre os paes e seus filhos menores se levantarem conflictos de interesses, cuja resolução dependa da auctoridade publica, será dado aos filhos, por nomeação do juiz competente, tutor especial que os defenda.

Artigo 154.º

Os paes devem entregar a seus filhos, logo que se emancipem ou cheguem á maioridade, não sendo por outra causa incapazes, todos os bens e rendimentos que lhes pertencem, na forma declarada nos artigos antecedentes.

§ unico. Os moveis, de que o pae tiver o usufructo, serão restituídos no estado em que se acharem; não existindo, pagará aquelle o valor d'elles, excepto se se tiverem consumido em uso que fosse commun aos ditos filhos, ou tendo perecido por caso fortuito.

SECÇÃO VIII

Do poder paternal, dissolvido o matrimonio

Artigo 155.º

Dissolvido o matrimonio pormorte de um dos conjuges, o que sobrevive continua a exercer o poder paternal, devendo conformar-se com as seguintes disposições:

Artigo 156.º

O conjuge sobrevivente é obrigado a requerer, dentro de sessenta dias, contados desde o fallecimento do outro conjuge; que se proceda a inventario dos bens que pertencem ao menor, ou que deve-rem ser repartidos com elle.

§ unico. O conjuge que assim o não cumprir perderá o usufructo dos bens do filho.

Artigo 157.º

Se, ao tempo da morte do marido, a mulher ficar grávida, fará constar dentro de vinte dias, ou logo que conheça a gravidez, o seu estado ao juiz dos orphãos competente, para que este nomeie curador ao ventre, que tome provisoriamente conta dos bens que houverem de pertencer ao nascituro.

§ unico. Esta curatella dura só enquanto durar a gestação.

Artigo 158.º

O curador dos orphãos promoverá o andamento e conclusão do inventario e requererá o que fôr de direito a favor dos menores, sob pena de perdas e damnos.

Artigo 159.º

O pae pode nomear em seu testamento um ou mais conselheiros, que dirijam e aconselhem a mãe viúva em certos casos, ou em todos aquelles em que o bem dos filhos o exigir.

§ unico. Não gozará d'esta faculdade o pae, que, ao tempo do seu fallecimento, estiver interdito do poder paternal.

Artigo 160.º

Só podem ser nomeados conselheiros os individuos que podem ser tutores.

Artigo 161.º

A mãe, que, em prejuizo de seus filhos, deixar de seguir o parecer do conselheiro nomeado pelo pae, ou por qualquer modo, abusar da sua auctoridade materna, poderá ser inhibida, por deliberação do conselho de familia, a requerimento do dito conselheiro, do curador, ou de qualquer parente dos filhos, de reger as pessoas e bens d'estes.

§ unico. Neste caso nomeará o conselho de família pessoa que sirva de tutor aos filhos menores, nos termos dos artigos 183.º e seguintes.

Artigo 162.º

A mãe que passar a segundas nupcias perderá, além do usufructo dos bens dos filhos menores, a administração dos ditos bens, se n'ella não fôr mantida por deliberação do conselho de família; mas conservará o seu poder materno no que disser respeito às pessoas de seus filhos, e poderá exigir que o conselho de família lhes arbitre as mezas convenientes.

§ unico. A mãe viúva, que, por deliberação do conselho de família, fôr mantida na administração dos bens dos filhos, é obrigada a dar a caução que ao mesmo conselho parecer necessaria, se elle não julgar conveniente dispensal-a.

Artigo 163.º

Se a mãe viúva fôr mantida na administração dos bens dos filhos, será o marido solidariamente responsavel com ella pelos prejuizos que resultarem da sua gerencia.

§ unico. Se a mãe fôr privada da administração dos bens dos filhos, nomeará o conselho de família pessoa que se encarregue d'essa administração, com os mesmos direitos e obrigações que têm os tutores relativamente aos bens dos menores.

Artigo 164.º

Se a mãe tornar a enviuvar, recobrará o usufructo e a administração dos bens dos filhos, se d'esta se achasse egualmente privada.

Artigo 165.º

Em caso de annullação de matrimonio, ou de separação judicial, observar-se-ha o respeito dos filhos o disposto nos titulos respectivos.

SECÇÃO IX

Do poder paternal em relação aos filhos illegítimos

Artigo 166.º

Os filhos menores perfilhados estão sujeitos ao poder paternal, da mesma forma que os filhos legítimos; excepto se os paes houverem contestado a sua paternidade, e forem convencidos judicialmente. Os paes não gozam, todavia, do usufructo dos bens dos filhos perfilhados.

§ unico. No caso excepcional indicado n'este artigo, o menor será tutelado, segundo o disposto nos artigos 279.º, 280.º e 281.º se o outro progenitor não poder exercer o poder paternal.

Artigo 167.º

Os filhos menores não perfilhados não estão sujeitos ao poder paternal, e serão tutelados, como se dirá nos artigos 279.º e seguintes.

SECÇÃO X

Da suspensão e do termo do poder paternal

Artigo 168.º

O poder paternal suspende-se:

- 1.º Pela incapacidade dos paes, judicialmente reconhecida;
- 2.º Pela ausencia dos paes, nos termos do artigo 82.º;
- 3.º Por condemnação dos paes, que envolva interdicção temporaria d'aquelle poder.

Artigo 169.º

Os paes conservam, porém, o seu direito ao usufructo dos bens do filho menor, no caso de suspensão do poder paternal por effeito de demencia.

Artigo 170.º

O poder paternal termina:

- 1.º Por morte dos paes ou dos filhos;
- 2.º Por condemnação criminal dos paes, que envolva interdicção perpetua d'aquelle poder;
- 3.º Pela emancipação ou maioridade dos filhos.

SECÇÃO XI

Dos alimentos

Artigo 171.º

Por alimento entende-se tudo o que é indispensavel ao sustento, habitação e vestuario.

§ unico. Os alimentos comprehendem, tambem, a educação e instrucção do alimentado, sendo este menor.

Artigo 172.º

A obrigação de alimentos é reciproca entre descendentes e ascendentes e entre irmãos, nos termos seguintes.

Artigo 173.º

Na falta dos paes, ou se estes não tiverem meios para prestar os devidos alimentos, ou se esses meios não forem sufficientes, podem os filhos legítimos ou legitimados pedir-os aos ascendentes mais proximos de qualquer das linhas, segundo o seu direito successorio.

Artigo 174.º

Na falta dos paes e de outros ascendentes, podem os filhos legítimos ou legitimados pedir alimentos a seus irmãos legítimos, germanos, uterinos ou consanguíneos, mas subsidiariamente e na ordem em que vão nomeados.

Artigo 175.º

Os filhos perfilhados só podem pedir alimentos a seus paes ou mães e a seus irmãos, segundo a regra estabelecida no artigo precedente.

Artigo 176.º

A obrigação de prestar alimentos transmite-se com a herança, tendo sido judicialmente pedidos ou prestados.

Artigo 177.º

Os filhos legítimos que se acharem sem pae, mãe, avós ou irmãos, que possam prestar-lhes alimentos, serão alimentados até á idade de dez annos por quaesquer outros parentes até ao decimo grau, preferindo os mais proximos.

Artigo 178.º

Os alimentos serão proporcionados aos meios d'aquelle que houver de prestal-os, e á necessidade d'aquelle que houver de recebêl-os.

Artigo 179.º

A obrigação de alimentos cessa:

- 1.º Quando aquelle que os presta não pôde continuar aprestal-os, ou aquelle que os recebe deixa de precisar d'elles;
- 2.º Nos casos em que é admittida a desherdação.

Artigo 180.º

Cessa igualmente a obrigação de alimentos, quando a necessidade d'estes resulta de procedimento reprehensivel do alimentado, e este emendando-se os pôde tornar desnecessarios. Mas se a emenda do alimentado já não pôde fazer com que elle deixe de carecer dos alimentos, o acto reprehensivel d'elle será tido em consideração só para o effeito de se lhe arbitrar menores, ou de se lhe reduzirem os já arbitrados.

Artigo 181.º

Os alimentos taxados podem ser reduzidos, se a possibilidade de prestal-os ou a necessidade de recebêl-os se acharem minoradas.

Artigo 182.º

O direito aos alimentos não pôde ser renunciado, bem que estes possam deixar de ser pedidos, e que possam renunciar-se aos alimentos vencidos.

Artigo 183.º

Se aquelle que for obrigado aos alimentos, justificar, que os não pode prestar como pensão, mas tão somente em sua casa e companhia, assim poderão ser decretados. O mesmo se observará, se o alimentado, sem justa causa, saiu de casa e companhia d'aquelle que tem de prestar-lh'os.

Artigo 184.º

Os alimentos taxados, ou consistentes em prestações periodicas, serão pagos no principio de cada periodo em que se vencerem.

CAPITULO III.

DA TUTELA DOS FILHOS LEGÍTIMOS E ILLEGÍTIMOS

SECÇÃO I

Disposições gerais

Artigo 185.º

Na falta ou impedimento dos paes, é o poder paternal supprido pela tutela.

Artigo 186.º

A tutela é um encargo, de que ninguém pôde ser escuso, senão nos casos expressos na lei.

Artigo 187.º

A tutela é exercida por um tutor, um protutor, um curador e um conselho de familia.

Artigo 188.º

O juiz do domicilio do menor é o competente para prover acerca da sua pessoa e bens.

§ 1.º Não obsta a doutrina d'este artigo ás providencias conservatorias, que possam tornar-se necessarias acerca dos bens que o menor tenha em outros julgados.

§ 2.º Neste caso, serão as providencias, que se tomarem, communicadas officialmente ao juiz e ao curador do menor.

Artigo 189.º

Fallecendo alguma pessoa cujos herdeiros, sejam menores, ausentes ou incapazes de administrar seus bens, será obrigado a que ficar cabeça do casal, e, na sua falta, qualquer pessoa que morasse com o fallecido, a dar parte do fallecimento ao curador dos orphãos no prazo de dez dias, sob pena de cinco mil réis a cem mil réis de multa.

Artigo 190.º

O curador dos orphãos requererá ao respectivo juiz, que proveja

provisoriamente no que for de urgência quanto ás pessoas e bens dos menores, se não for possível convocar promptamente, para esse fim, o conselho de família; e, bem assim, solicitará, que se comece o inventário dentro de um mez, ao mais tardar, contado desde a participação mencionada no artigo antecedente, que irá sempre junta ao seu requerimento.

Artigo 191.º

Se o juiz não for requerido, e tiver noticia de que se dá o caso de proceder judicialmente, assim o mandará desde logo, com citação do curador dos orphãos, que requererá o que for de justiça contra quem não tiver feito as devidas participações.

§ unico. Se o juiz achar, que a negligencia proveiu do curador dos orphãos, assim o participará ao respectivo procurador regio.

Artigo 192.º

O curador dos orphãos, que não promover o inventario, e o juiz que, sendo requerido, não proceder nos termos referidos, serão responsáveis por todos os prejuizos que, por sua culpa ou negligencia, os menores venham a padecer.

SECÇÃO II

Da tutela testamentaria

Artigo 193.º

O pae pôde nomear em testamento, ou por acto authenticico entre vivos, tutor ao filho menor ou interdicto, se a mãe é fallecida, ou se acha inhibida de exercer o poder paternal.

§ unico. Na falta, ou no impedimento do pae, tem a mãe a mesma faculdade; mas, se nomear seu segundo marido, ficará a nomeação dependente da approvação do conselho de familia.

Artigo 194.º

Tanto o pae, como a mãe, na falta ou no impedimento d'elle, podem nomear um só tutor para todos os filhos, ou um tutor differente para cada um d'elles.

Artigo 195.º

Quando a mãe nomear tutor a seus filhos, por impedimento do pae, e este impedimento vier a cessar, ficará a dita nomeação sem effeito.

Artigo 196.º

Se o pae ou a mãe nomearem mais de um tutor para se substituirem uns a outros, recairá a tutela em cada um dos nomeados pela ordem da nomeação, se a precedencia entre elles não for de outro modo especificada.

Artigo 197.º

As pessoas que deixarem ao menor qualquer herança ou legado poderão nomear-lhe tutor, se o pae ou a mãe o não tiverem nomeado, e se o dito legado ou herança forem de maior valor que o patrimonio do menor. Esta nomeação porém dependerá da confirmação do conselho de familia.

§ unico. Mas bem poderá aquelle que, por seu testamento, deixar alguns bens ao menor, nomear, em todo o caso, administrador especial para os ditos bens, enquanto durar a menoridade.

Artigo 198.º

Os tutores testamentarios servirão enquanto durar a menoridade ou a interdicção.

SECÇÃO III

Da tutela legitima

Artigo 199.º

Haverá tutela legitima:

1.º Nos casos de impedimento, suspensão, ou perda do poder paternal;

2.º Na falta de tutor testamentario.

Artigo 200.º

A tutela legitima pertence aos parentes do menor na ordem seguinte:

1.º Ao avô paterno;

2.º Ao avô materno;

3.º Aos demais ascendentes em linha recta, preferindo sempre o paterno em egualdade de grau;

4.º Aos irmãos varões, sendo preferidos os germanos aos consanguineos, estes aos uterinos, e, em cada uma d'estas classes, os de maior idade;

5.º Aos irmãos do pae ou da mãe, preferindo sempre os da linha paterna, excepto sendo menos idoneos. Em egualdade de circumstancias, preferirá o mais velho.

Artigo 201.º

Os tutores legitimos servirão, enquanto durar a menoridade.

§ 1.º Se houver diversos parentes, no mesmo grau e igualmente idoneos, servirá cada um d'elles por espaço de três annos.

§ 2.º A tutela legitima depende da confirmação do conselho de familia.

SECÇÃO IV

Da tutela dativa

Artigo 202.º

A falta dos tutores testamentarios e legitimos supprime-se com a tutela dativa.

Artigo 203.º

Os tutores dativos são nomeados pelo conselho de família.

Artigo 204.º

Os tutores dativos não são obrigados a servir por mais de tres annos.

SECÇÃO V

Dos protutores

Artigo 205.º

Em todos os casos de tutela haverá um protutor, nomeado pelo conselho de família na mesma sessão, em que nomear ou confirmar o tutor.

Artigo 206.º

Se o tutor for parente do menor, o protutor não poderá ser nomeado na mesma linha, salvo sendo irmão germano.

§ unico. Se não houver parentes senão em uma das linhas, e o tutor for nomeado n'ella, o protutor será nomeado de entre os estranhos.

SECÇÃO VI

Da formação do conselho de família

Artigo 207.º

O conselho de família compõe-se de cinco parentes mais proximos do menor, residentes dentro dos limites da jurisdicção do juiz do inventario, tres da linha paterna e dois da materna, preferindo os mais velhos, em egualdade de grau.

§ 1.º Se não houver parentes senão de uma das linhas, os outros vogaes serão nomeados de entre os amigos dos paes do menor, com a differença de que, n'este caso, aindaque essa linha seja a materna, subministrará tres vogaes.

§ 2.º Os irmãos germanos, e os maridos das irmãs germanas do menor, podem ser todos conjunctamente membros do conselho de família, aindaque sejam mais de cinco; mas, se formarem numero par, será chamado mais um parente.

§ 3.º A nullidade, resultante da inobservancia do que fica disposto n'este artigo, pôde ser sanada pelos tribunaes, se não intervier dolo, ou não houver prejuizo dos menores.

Artigo 208.º

Se os parentes, que residirem no julgado do inventario, não forem em numero sufficiente para a formação do conselho de família, serão chamadas pessoas, que tenham tido relações de amizade com os paes do menor, e, na falta d'ellas, quaesquer outras pessoas de probidade.

Artigo 209.º

Os parentes, que residirem em diversa jurisdicção, podem, querendo, fazer parte do conselho de família.

Artigo 210.º

O conselho de família será convocado de officio dentro de oito dias, contados desde a noticia do facto da orphanidade, ou da vacancia da tutela, e em todos os outros casos no prazo que parecer necessario.

Artigo 211.º

O juiz fará sempre declarar no mandado convocatorio o objecto principal, que deve ser submettido á deliberação do conselho.

Artigo 212.º

O tutelado maior de quatorze annos tem o direito de assistir as deliberações do conselho de família, e de ser n'ellas ouvido, quando se tratarem negocios de maior importancia, e, não estando ausente, será convocado, pela forma determinada nos artigos precedentes, para que possa, querendo, usar d'aquelle direito.

Artigo 213.º

Os vogaes do conselho são obrigados a comparecer pessoalmente.

Artigo 214.º

O que não comparecer no dia e hora designados, não allegando em tempo legitima causa de escusa ou de impedimento, será condemnado pelo juiz na multa de 500 reis até 5.000 reis, para os estabelecimentos de beneficencia pupillar.

Artigo 215.º

Os curadores dos orphãos e os tutores devem sempre assistir aos conselhos de família, mas terão tão somente voto consultivo.

Artigo 216.º

O juiz preside, sem voto, ao conselho de família.

Artigo 217.º

O conselho de família não pôde deliberar com menos de três membros.

Artigo 218.º

Nenhum vogal do conselho de família tem voto, nem pôde assistir a deliberação sobre negocio em que elle, ou os seus ascendentes, descendentes ou consorte tenham interesse proprio e opposto ao interesse dos menores; mas pôde ser ouvido, se o conselho o julgar conveniente.

Artigo 219.º

As decisões do conselho de família são tomadas por maioria absoluta de votos dos vogaes presentes.

SECÇÃO VII

 Dos curadores dos orphãos

Artigo 220.º

Os curadores geraes dos orphãos e os magistrados do ministerio publico que fazem as vezes d'elles, têm a seu cargo velar pelos interesses e direitos dos menores.

Artigo 221.º

Os curadores devem ser ouvidos em tudo o que diga respeito aos direitos e interesses dos menores, e podem exigir, dos tutores e dos protutores, todos os esclarecimentos de que careçam a bem d'aquelles.

Artigo 222.º

O curador é responsavel, solidariamente com o juiz, pelas perdas e damnos, que resultarem ao menor de providencias illegalmente requeridas por elle, e ordenadas pelo juiz, ou ordenadas pelo juiz com a approvação e acquiescencia do curador.

Artigo 223.º

O juiz que não ouvir o curador, nos termos do artigo 221.º, é responsavel por erro de officio, aindaque d'esse despacho não resulte prejuizo aos menores.

SECÇÃO VIII

 Das attribuições do conselho de família

Artigo 224.º

Pertence ao conselho de família:

1.º Confirmar a mãe viúva na administração dos bens do filho menor e interdicto;

2.º Confirmar os tutores legitimos;

3.º Nomear os tutores dativos;

4.º Nomear protutor, nos casos em que deve haver esta nomeação;

5.º Confirmar a tutela confiada pela mãe em testamento ao segundo marido;

6.º Remover o tutor nos casos mencionados nos artigos 236.º e seguintes;

7.º Determinar a profissão, o officio, ou o serviço, a que o menor ha de dedicar-se, e resolver, quando o pae ou a mãe do menor exercessem alguma industria ou commercio, se esta industria ou commercio devem continuar a ser exercidos por elle, não tendo os paes disposto a tal respeito, ou se occorrerem graves inconvenientes no cumprimento da sua vontade;

8.º Taxar no começo da tutela as quantias, que o tutor poderá despendar com o menor, e com a administração dos bens, sem prejuizo de augmento ou da diminuição, que as circumstancias exigirem;

9.º Especificar o valor da hypotheca, que ha de ficar onerando os bens do tutor, com attenção á importancia dos moveis, e rendimentos, que elle houver de receber, e poder accumular até o fim da tutela; designar os bens, em relação aos quaes deve ser registada, e assignar um prazo razoavel, dentro do qual seja feito o registo e, bem assim, quando o julgar conveniente, escusar o tutor da hypotheca, ou só do registo previo d'ella, e das mais formalidades, para que possa entrar logo no exercicio da tutela;

10.º Verificar a legalidade das dividas passivas do menor, e auctorisar e regular o seu pagamento, não havendo opposição dos interessados;

11.º Designar a applicação, que devem ter o dinheiro, as joias, ou quaesquer outros objectos preciosos do menor;

12.º Auctorisar o tutor para fazer prender o menor, nos termos do artigo 143.º e seu §;

13.º Auctorisar o tutor para proceder á venda dos moveis, cuja conservação não for conveniente, e deliberar sobre a applicação, que lhes deve dar, não havendo comprador;

14.º Auctorisar o tutor para quaesquer bemfeitorias extraordinarias, e para dar os immoveis de arrendamento por mais de tres annos, contanto que o prazo não exceda a epoca da maioridade;

15.º Auctorisar o tutor para levantar os capitaes do menor dados a juros;

16.º Auctorisar o tutor para contrahir empréstimos, emprestar dinheiro do menor, hypothecar ou alienar bens immoveis, em caso de urgente necessidade ou de utilidade reconhecida;

17.º Auctorisar o tutor para aceitar doações feitas ao menor, pro-

por acções persecutorias, fazer composições amigáveis, transacções ou compromissos, em termos determinados;

18.º Auctorisar o casamento, e as convenções anti-nupciaes do menor, não sendo tutor d'este o avô;

19.º Arbitrar, quando não haja opposição, as meçadas ou os alimentos, que deverem ser pagos por conta do menor a seus irmãos ou ascendentes;

20.º Examinar e approvar as contas da tutela nos prazos, que elle próprio designar, os quaes não poderão exceder a quatro annos;

21.º Auctorisar a substituição ou redução da hypotheca, a que os bens do tutor estejam sujeitos;

22.º Emancipar o menor na falta do pae e da mãe;

Artigo 225.º

O conselho de familia não pôde nomear ao menor mais de um tutor simultaneamente. Se o menor tiver bens a grande distancia, poderá ser encarregada a sua administração a um administrador, que será nomeado pelo juiz dos orphãos da localidade, precedendo requisição do juiz do inventário.

Artigo 226.º

Das decisões do conselho de familia podem recorrer, para o conselho de tutela o tutor, o protutor, o curador dos orphãos, e qualquer parente do menor, ou outro interessado na decisão, salvo o caso especificado no artigo 4062.

§ 1.º O conselho de tutela é composto do juiz de direito da comarca, dos seus dois substitutos immediatos, e do curador dos orphãos, que terá voto meramente consultivo.

§ 2.º Da decisão do conselho de tutela, que confirmar a do conselho de familia, não haverá recurso.

§ 3.º Se a decisão do conselho de familia não for confirmada, poder-se-há recorrer para a relação do districto, que resolverá definitivamente.

§ 4.º Estes recursos têm effeito suspensivo, salvo nos casos em que a lei expressamente ordenar o contrario.

SECÇÃO IX

Das pessoas que podem escusar-se de serem tutores, protutores ou vogaes do conselho de familia

Artigo 227.º

Podem escusar-se da tutela e da protutela:

1.º Os ministros de estado effectivos;

2.º Os empregados de nomeação do governo;

3.º Os militares, ainda que não sejam de patente; os reformados não poderão todavia escusar-se, se não se acharem empregados em serviço activo;

4.º Os ecclesiasticos que tiverem cura de almas;

5.º Os que já tiverem a seu cargo alguma tutela;

6.º Os que tiverem cinco filhos legítimos vivos;

7.º Os que tiverem setenta annos de idade;

8.º Os que padecerem molestia chronica, que os impossibilite de sairem de casa, e de tratarem pessoalmente dos seus proprios negocios;

9.º Os que forem tão pobres, que não possam occupar-se da tutela ou da protutela, sem grave prejuizo seu.

Artigo 228.º

Os que não forem parentes do menor, não podem ser constrangidos a acceitar a tutela; havendo no julgado parentes que a possam exercer.

Artigo 229.º

A escusa não será attendida, se o tutor ou protutor não a requerer na sessão, em que forem nomeados, estando presentes a ella, e, não o estando, dentro de seis dias, contados desde aquelle em que a nomeação lhes fór intimada?

§ unico. Se as causas da escusa forem supervenientes, deverá esta ser requerida dentro de trinta dias, contados desde aquelle em que essas causas chegarem ao conhecimento do requerente; fora d'esse tempo não serão attendidas.

Artigo 230.º

Os que forem escusos da tutela ou da protutela podem ser compellidos a acceita-la, cessando o motivo da escusa.

Artigo 231.º

Se o conselho de familia desattender a escusa do tutor ou do protutor em exercicio, e estes recorrerem da decisão, serão obrigados a continuar a exercer os seus cargos, enquanto o recurso não fór resolvido. Se assim o não fizerem, o conselho de familia nomeará quem os substitua, ficando o revel responsavel pela gerencia do substituto, se não obtiver provimento.

Artigo 232.º

O tutor testamentario, que se escusa da tutela, ou é removido por sua má gerencia, perde o direito ao que lhe foi deixado no testamento, se outra coisa não fór determinada pelo testador.

Artigo 233.º

As escusas dos vogaes do conselho de familia são applicaveis as disposições dos n.ºs 7.º e 8.º do artigo 227.º, e as dos artigos 228.º, 229.º e seu §.

SECÇÃO X

Das pessoas que não podem ser tutores, protutores, nem vogaes do conselho de familia.

Artigo 234.º

Não podem ser tutores, protutores, nem vogaes do conselho de familia:

- 1.º Os interdictos;
- 2.º Os menores não emancipados;
- 3.º As mulheres, excepto as aspendentes do menor;
- 4.º Os devedores de somma consideravel ao menor;
- 5.º Os que tiverem demanda com o menor, ou se a tiverem, seus paes, filhos ou mulheres, por objecto importante; e os que forem conhecidos, como inimigos do menor ou dos paes d'elle;
- 6.º As pessoas de mau procedimento, e que não tiverem modo de vida conhecido;
- 7.º Os que tiverem sido removidos de outra tutela, por falta de cumprimento das suas obrigações;
- 8.º Os juizes singulares, e o curador dos orphãos nos julgados do domicilio do menor, ou em que seus bens estiverem.

SECÇÃO XI

Das que podem ser removidos da tutela.

Artigo 235.º

Podem ser removidos da tutela:

- 1.º O tutor testamentario ou legitimo, que começar a exercer o seu cargo antes da convocação do conselho de familia, e da nomeação do protutor;
- 2.º Os que não requererem nem promoverem o inventario nos termos da lei;
- 3.º Os que procederem mal na sua gerencia, tanto em relação ás pessoas, como em relação aos bens dos tutelados;
- 4.º Aquelles a quem sobrevier algum dos motivos de exclusão indicados na secção precedente.

SECÇÃO XII

Da exclusão ou remoção dos tutores e dos protutores

Artigo 236.º

Ao conselho de familia pertence resolver a exclusão ou a remoção do tutor e do protutor, verificando as causas ou os impedimentos legais com audiéncia do interessado, sempre que esta se possa dar sem grave inconveniente.

Artigo 237.º

A resolução do conselho de familia será sempre fundamentada.

Artigo 238.º

Se o interessado aquiescer á resolução do conselho de familia, proceder-se-ha immediatamente á sua substituição.

Artigo 239.º

Se o interessado recorrer da resolução do conselho, será esta sustentada á custa do menor. O conselho só poderá ser condemnado nas custas no caso de calunnia manifesta.

Artigo 240.º

No caso de exclusão, proverá o conselho provisoriamente, como convier, acerca da pessoa e dos bens do menor, enquanto se não resolver definitivamente o recurso.

Artigo 241.º

No caso de remoção, se o removido estiver no exercicio de suas funções, e houver grave inconveniente em que continue na gerencia, enquanto se não resolver o recurso, poderá o curador requerer ao juiz a providencia provisoria que parecer indispensavel.

Artigo 242.º

O tutor ou o protutor removido ficará ao mesmo tempo inhabilitado de ser vogal do conselho de familia.

SECÇÃO XIII

Dos direitos e obrigações do tutor

Artigo 243.º

Pertence ao tutor:

- 1.º Reger e defender a pessoa do menor, e administrar seus bens, como bom pae de familia, e representalo em todos os actos civis, excepto no casamento, e na disposição da ultima vontade;

2.º Educar, ou fazer educar, alimentar e tratar o menor, conforme a sua condição, da maneira ordenada pelo conselho de família;

3.º Reprehender e corrigir moderadamente o menor nas suas faltas, recorrendo, se elle não se emendar, ao conselho de família, que procederá nos termos do artigo 143.º;

4.º Requerer inventario do patrimonio do menor dentro de oito dias, desde aquelle, em que lhe fôr deferido o juramento, e promover sollicitamente o seu andamento;

5.º Requerer a convocação e auctorisação do conselho de família, em todos os casos em que esta auctorisação é necessaria;

6.º Arrendar os immoveis do menor por tempo, que não exceda a tres annos;

7.º Prover ás reparações e despezas ordinarias dos immoveis, e fazer cultivar os pradios rusticos, que não forem arrendados;

8.º Receber as rendas, fóros, censos, quinhões e juros do menor, e promover e receber o pagamento de quaesquer dividas, salvo o que fica disposto no artigo 224.º n.º 15.º;

9.º Propôr acções conservatorias, e as persecutorias, que forem auctorisadas pelo conselho de família, e defender o menor em todas as acções intentadas contra elle;

10.º Pagar as dividas do menor, se para isso estiver auctorisado;

11.º Aceitar, a beneficio de inventario, as heranças que sobrevierem ao menor;

12.º Promover a venda dos bens mobiliarios do menor, nos casos em que não possam conservar-se, e a venda dos bens immobiliarios, nos casos em que esta pôde admitir-se.

Artigo 244.º

É absolutamente defeso ao tutor:

1.º Dispor, por titulo gratuito, dos bens do menor;

2.º Arrendar, comprar e arrematar os bens do menor;

3.º Tornar-se cessionario de direitos, ou de credito contra o seu pupillo, excepto nos casos de subrogação legal;

4.º Receber doações do menor, entre vivos ou por testamento, ou do ex-pupillo emancipado ou maior, salvo depois de ter dado contas de sua administração e de ter obtida quitação geral;

5.º Fazer contractos em nome do pupillo, que obriguem este pessoalmente a praticar certos actos, excepto no caso, em que essa obrigação fôr necessaria para se lhe dar educação, estabelecimento ou occupação.

Artigo 245.º

A disposição do n.º 4.º do artigo antecedente não é applicavel aos tutores, que forem ascendentes ou irmãos do menor.

Artigo 246.º

O tutor é obrigado a declarar no inventario o que o menor lhe deve; se o não fizer, não poderá exigir o pagamento, durante a tutela; e se o exigir depois, deverá provar, que antes d'isso não tivera conhecimento da divida.

Artigo 247.º

O tutor tem direito a ser gratificado, e esta gratificação, se não tiver sido designada pelos paes do menor em seu testamento, será arbitrada pelo conselho de família, comtanto que não exceda a quinta dos rendimentos liquidos dos bens do menor.

Artigo 248.º

O tutor é responsavel pelos prejuizos que, por dolo, culpa ou negligencia, causou ao seu pupillo.

SECÇÃO XIV.

Das contas da tutela.

Artigo 249.º

O tutor é obrigado a dar contas da sua gerencia, ou seja ao conselho de família, ou seja ao ex-pupillo emancipado ou maior.

Artigo 250.º

As contas apresentadas no conselho de família serão examinadas por uma ou duas pessoas intelligentes, designadas pelo mesmo conselho d'entre os seus membros sendo possivel, e serão approvadas ou reprovadas, em todo ou em parte, como parecer directamente.

Artigo 251.º

As contas devem ser acompanhadas dos documentos justificativos, excepto pelo que toca a despezas de que não é costume exigir recibo.

Artigo 252.º

Serão abonadas ao tutor todas as despezas legalmente feitas, ainda que d'ellas não tenha resultado proveito ao menor, se isso não acontecer por culpa do mesmo tutor.

Artigo 253.º

Se á vista das contas, o tutor ficar alcançado, a importancia do alcance vencerá o juro da lei, desde a approvação das mesmas contas.

Artigo 254.º

O saldo a favor do tutor será satisfeito pelos primeiros rendimen-

tos do menor que o tutor receber; mas, se occorrerem despesas urgentes, de forma que o tutor se não possa inteirar, vencerá juros o saldo, quando se lhe dever, se o conselho de família não prover de outro modo ao prompto pagamento da dívida.

Artigo 253.º

O tutor alcançado, não tendo bens por onde indemnise o menor, fica sujeito ao castigo, que a lei penal lhe imponha, sem que por isso deixe, quando a indemnisação venha a ser possível, de estar obrigado a ella.

Artigo 256.º

Nos casos de morte, ausência ou interdicção do tutor, as contas serão dadas pelos seus herdeiros ou representantes,

Artigo 257.º

No caso de emancipação ou maioridade, as contas serão dadas ao emancipado ou maior, com assistencia do curador e do protutor.

§ unico. O saldo, que resultar d'estas contas, vencerá juros legais a favor do tutor ou contra elle; no primeiro caso, desde que ao expulillo for requerido o pagamento, com prévia entrega de seus bens, e no segundo, desde a approvação das contas.

SECÇÃO XV

Dos direitos e obrigações do protutor

Artigo 258.º

Incumbé ao protutor, além de outras attribuições expressas n'este codigo:

1.º Sustentar e defender os direitos do menor em juizo, ou fóra d'elle, todas as vezes que se acharem em opposição com os interesses do tutor;

2.º Vigiar a administração do tutor, e elevar ao conhecimento do curador, e do conselho de família, tudo quanto lhe parecer prejudicial á pessoa ou aos interesses do menor;

3.º Assistir ao inventario e á venda dos bens do menor;

4.º Promover a convocação do conselho de família, nos casos de abandono ou vacancia da tutela, e em todos aquelles em que deva verificar-se a exclusão ou remoção do tutor.

Artigo 259.º

O protutor pôde assistir ás deliberações do conselho de família, e tomar parte n'ellas, mas não pôde votar.

Artigo 260.º

O protutor pôde exigir do tutor, no mez de janeiro de cada anno, uma nota do estado da administração dos bens do menor; e, a todo o tempo, que o tutor lhe deixe ver o seu livro ou caderno de gerencia, e que lhe preste os esclarecimentos, de que a este respeito precisar.

Artigo 261.º

O protutor não pôde aceitar procuração do tutor em objecto da gerencia d'este.

Artigo 262.º

São applicaveis ao protutor as disposições do artigo 244.º n.ºs 2.º, 3.º e 4.º; do artigo 248.º

SECÇÃO XVI

Do arrendamento e da venda dos bens dos menores

Artigo 263.º

Os bens immoveis dos menores serão dados de arrendamento, se o conselho de família não resolver, por achar n'isso maior conveniencia, que sejam administrados pelo tutor.

Artigo 264.º

Os arrendamentos, até tres annos, serão feitos pelo tutor, do modo que parecer mais conveniente aos interesses dos menores.

Artigo 265.º

Os arrendamentos, por mais de tres annos, serão sempre feitos em hasta publica, com assistencia do protutor e do curador.

Artigo 266.º

O disposto nos tres artigos antecedentes não é applicavel aos arrendamentos dos bens dos menores, que se acharem debaixo do poder paternal, os quaes serão feitos ao prudente arbitrio do pae, salvo no que diz respeito ao prazo estabelecido no artigo 224.º n.º 14.º

Artigo 267.º

A venda dos bens mobiliarios, nos casos em que deva fazer-se, será feita em hasta publica, com assistencia do protutor e do curador, excepto se, por seu diminuto valor, o conselho de família encarregar o tutor de realizar a venda particularmente.

Artigo 268.º

A venda dos bens immobiliarios dos menores, será sempre feita em hasta publica, na forma sobredita.

Artigo 269.º

Se os bens mobiliarios ou immobiliarios estiverem em julgado differente d'aquelle, onde correr o inventario, será a venda d'elles effectuada em hasta publica, no julgado, onde estiverem, por deprecada do juiz da tutela, com assistencia do respectivo curador, e da pessoa que o conselho de familia auctorisar, se tiver por conveniente fazel-o, para requerer no acto tudo quanto for a bem dos menores.

§ unico. A disposição d'este artigo não deroga a excepção do artigo 267.º

Artigo 270.º

Sempre que se houver de proceder a venda de bens de menores, em hasta publica, será o valor de taes bens previamente verificado, e o conselho de familia estabelecerá o minimo preço venal, que não poderá ser inferior ao sobredito valor.

Artigo 271.º

Sendo postos os bens em praça com preço superior ao da avaliação, se não houver arrematação, far-se-ha segunda praça com o preço da avaliação.

Artigo 272.º

Se os bens forem desde logo postos em praça com o preço da avaliação, e não houver arrematante, não se fará segunda praça com o mesmo preço, e o conselho de familia resolverá se ha de sobreestimar-se na alienação, ou se deverão os bens voltar á praça com preço inferior, que n'este caso poderá ser determinado pelo mesmo conselho.

Artigo 273.º

Observar-se-hão em tudo o mais as formalidades ordinarias das arrematações.

Artigo 274.º

O que fica disposto nos artigos precedentes, é applicavel á venda dos bens dos menores, que se acharem debaixo do patrio-poder, sendo, porém, n'este caso, as attribuições do conselho de familia exercidas pelo juiz, com assistencia do curador dos orphãos.

SECÇÃO XVII

Da tutela dos filhos perfilhados

Artigo 275.º

A tutela dos filhos perfilhados rege-se pelas mesmas regras da tutela dos filhos legitimos, com as seguintes modificações.

Artigo 276.º

O conselho de familia será substituido por um conselho especial.

composto de cinco visinhos, que o juiz dos orphãos nomeará d'entre os amigos ou parentes do pae ou da mãe, que houver reconhecido o filho menor.

Artigo 277.º

Se o pae ou a mãe, que houver perfilhado o filho illegitimo, lhe nomear tutor, esta nomeação terá effeito, ainda que o filho venha posteriormente a ser reconhecido pelo outro progenitor.

Artigo 278.º

Não haverá tutela legitima pelo que respeita aos filhos perfilhados.

SECÇÃO XVIII

Da tutela dos filhos espurios

Artigo 279.º

O pae ou a mãe do filho espurio menor pode nomear-lhe tutor por acto entre vivos, ou em seu testamento, nos casos em que é obrigado a dar-lhe alimentos.

Artigo 280.º

Na falta de pae e de mãe, nomeará o respectivo juiz dos orphãos pessoa idonea, que se encarregue do menor, e proveja á sua educação e rumo futuro, com os meios que para esse fim os paes hótiverem applicado.

Artigo 281.º

Se os paes nenhuns meios houverem applicado para os alimentos do filho, o tutor, que n'este caso será nomeado pelo juiz, promoverá com assistencia do curador dos orphãos, as acções, que devam propor-se contra os paes ou seus herdeiros.

Artigo 282.º

N'esta especie de tutela exercerá o juiz todas as attribuições do conselho de familia, e o curador dos orphãos as que competem ao protutor. Das decisões do juiz recorrer-se-ha, quando cumprir, para a relação do districto.

Artigo 283.º

Se o pae ou a mãe do menor fallecerem insolventes, o menor será tido por abandonado, e observar-se-ha ácerca d'elle o mesmo que na secção seguinte se determina ácerca dos expostos.

SECÇÃO XIX

Da tutela dos menores abandonados

Artigo 284.º

Os expostos e os menores abandonados, cujos paes não forem co-

nhecidos, enquanto não chegarem á idade de sete annos, estarão debaixo da tutela e administração das respectivas camaras municipaes, ou das pessoas, que se houverem encarregado voluntaria, ou gratuitamente, da sua criação.

§ unico. O disposto n'este artigo não obsta á execução dos regulamentos especiaes de qualquer estabelecimento publico de beneficencia pupillar, auctorisado por lei.

Artigo 285.º

Logo que os expostos, ou abandonados, prefaçam sete annos de idade, serão postos á disposição do conselho de beneficencia pupillar, ou de qualquer outra magistratura, a quem a lei administrativa incumbir d'esse mister.

Artigo 286.º

O conselho de beneficencia pupillar, ou a magistratura que o substituir, dará aos expostos ou abandonados o rumo de vida, que lhes fôr mais vantajoso, fazendo-os entrar em algum estabelecimento, ou entregando-os por contrato a pessoas, que queiram encarregar-se da sua educação e ensino.

Artigo 287.º

As pessoas, que tomarem a seu cargo expostos ou abandonados, ficam sendo seus tutores, salva a superintendencia do conselho, ou da magistratura que o substituir, que pôde fazer rescindir o contrato, e dar novo rumo ao menor, em caso de abuso, ou de falta de cumprimento das obrigações estipuladas.

Artigo 288.º

O conselho de beneficencia pupillar, ou a magistratura que o substituir, não pode impor ao exposto ou abandonado, nem estipular em nome d'elle, obrigações, que vão além dos quinze annos de sua idade.

Artigo 289.º

Chegando o exposto, ou abandonado, a esta idade, poderá ser emancipado pelo sobredito conselho, ou pela magistratura que o substituir, se mostrar, que tem a capacidade necessaria para reger-se.

Artigo 290.º

O exposto, ou abandonado, terá a propriedade e o usufructo de tudo o que adquirir por qualquer titulo, durante a sua menoridade.

Artigo 291.º

Logo que o exposto, ou abandonado, chegue aos dezoito annos de idade, ficará de direito emancipado, e se lhe dará baixa no livro competente.

Artigo 292.º

Se o exposto, ou abandonado, fallecer intestado, e sem descendentes, herdará seus bens o estabelecimento de beneficencia pupillar.

Artigo 293.º

Em tudo o mais que disser respeito aos direitos do exposto, ou abandonado, observar-se-ha, no que fôr applicavel, o disposto relativamente aos outros menores.

SECÇÃO XX

Da tutela dos filhos de pessoas miseraveis

Artigo 294.º

Os filhos menores de pessoas miseraveis, que por morte, avançada idade, ou molestia de seus paes, ou por qualquer outro motivo justificado, não poderem ser alimentados e soccorridos por elles, ou por seus parentes, serão entregues ao cuidado e protecção da respectiva municipalidade, que os fará crear, alimentar e educar á custa das rendas do conselho, até a idade em que possam ganhar sua vida.

Artigo 295.º

Se os paes melhorarem de condição, e adquirirem meios sufficientes, pagarão as despesas feitas pelo municipio, e se pedirem seus filhos, ser-lhes-hão entregues.

Artigo 296.º

A municipalidade é considerada como legitima tutora dos mencionados menores, enquanto estiverem a seu cargo, em tudo o que disser respeito á sua criação e educação, sem quebra dos direitos paternos, que em tudo o mais subsistem na forma da lei geral.

SECÇÃO XXI

Da rescisão dos actos praticados pelos menares.

Artigo 297.º

Os menores não gozam do privilegio de restituição por inteiro.

Artigo 298.º

Os actos e contratos, que o menor pôde legalmente praticar, e bem assim os que forem praticados com a devida auctorisação, tanto pelo menor, como pelo tutor, não podem ser rescindidos pelos menores, se não nos casos em que a lei geralmente, ou alguma disposição especial d'ella, o permite.

Artigo 299.º

Os actos praticados pelo menor sem a devida auctorisação são nulos, salvo o disposto nos artigos 1058.º e 1059.º, mas não poderá o dito menor valer-se d'esta nullidade nos casos seguintes:

1.º Nas obrigações, que tiver contrahido sobre coisas de arte ou profissão em que seja perito;

2.º Se tiver usado de dolo para se fazer passar por maior.

§ unico. A simples declaração, ou inculca de maioridade, ou de emancipação, não é sufficiente para, neste caso, caracterisar o dolo.

SECÇÃO XXII

Do registo das tutelas

Artigo 300.º

Em cada juizo orphanologico haverá um livro numerado, rubricado e encerrado pelo respectivo juiz, para serem registadas as tutelas dos menores e interdictos.

§ unico. O escrivão, que servir o officio n.º 1, será encarregado d'este livro, no qual lançará não só as tutelas do seu cartorio, mas também as dos outros, para o que deverão os respectivos escrivães transmittir-lhe as necessarias notas.

Artigo 301.º

As paginas d'este livro serão divididas em columnas, ou casas, em que se declare:

- 1.º A filiação, a idade e o domicilio do menor, ou do interdicto;
- 2.º A importancia do seu patrimonio em bens mobiliarios e imobiliarios;
- 3.º As datas em que teve principio e fim o inventario;
- 4.º O nome, profissão, idade, estado e domicilio do tutor, e se é testamentario, legitimo ou dativo;
- 5.º Se o tutor tem hypotheca, ou prestou outra caução;
- 6.º As datas, em que começou e findou a gerencia do tutor;
- 7.º A data das contas que este prestar; se houve alcance, e qual;
- 8.º As observações que occorrerem.

Artigo 302.º

O livro, mencionado nos artigos precedentes, será acompanhado de um indice alphabetico dos nomes dos tutores e dos tutelados.

Artigo 303.º

O escrivão ou o juiz, que pela sua parte deixar de cumprir o que fica disposto n'esta secção, incorre em responsabilidade por erro de officio, e pelas perdas e damnos a que der causa.

SECÇÃO XXIII

Da emancipação

Artigo 304.º

O menor pôde emancipar-se:

1.º Pelo casamento;

2.º Por concessão do pae, da mãe na falta d'este, ou do conselho de familia, na falta de ambos.

Artigo 305.º

A emancipação habilita o menor para reger sua pessoa e bens, como se fosse maior.

Artigo 306.º

A emancipação por casamento, porém, só produzirá os seus efeitos legaes, tendo o varão dezoito annos completos, e a mulher dezeseis, e tendo sido o casamento competentemente auctorisado.

§ unico. Casando-se o menor, sem a necessaria auctorisação, continuará a ser considerado como menor enquanto á administração de seus bens, até á maioridade; mas ser-lhe-hão arbitrados dos rendimentos dos ditos bens os alimentos necessarios ao seu estado.

Artigo 307.º

A emancipação mencionada no artigo 304.º n.º 2.º só pôde verificar-se com aprazimento do menor, e depois que este haja completado dezoito annos.

Artigo 308.º

A emancipação, outorgada pelo pae ou pela mãe, consistirá n'um simples auto ou termo, assignado perante o juiz do domicilio do emancipante; e a outorgada pelo conselho de familia consistirá no auto de deliberação tomada na forma ordinaria.

§ unico. O juiz mandará passar em seguida o respectivo alvará, que só produzirá o seu effeito, em relação a terceiros, desde que for registado no livro das tutelas.

Artigo 309.º

No caso do n.º 1.º do artigo 304.º, o menor emancipado requerá ao juiz competente, ajuntando os documentos comprovativos do seu casamento, idade e respectiva licença, que o faça entrar na administração dos seus bens; e o juiz deferirá, como for justo, sem audiencia prévia de alguém.

§ unico. O despacho, que mandar entregar a administração, só produzirá o seu effeito, em relação a terceiros, desde que for registado no livro das tutelas.

Artigo 310.º

Concedida a emancipação, não pôde ser revogada.

SECÇÃO XXIV

Da maioridade

Artigo 311.º

A época da maioridade é assignada, sem distincção de sexo, aos vinte e um annos completos. O maior fica habilitado para dispor livremente da sua pessoa e bens.

Artigo 312.º

O maior deve requerer, com a certidão de idade, que lhe sejam entregues os bens, que tiverem estado em administração, e se lhe dá baixa no registo de tutelas.

Artigo 313.º

O juiz, porém, sobrestará sempre na entrega dos bens, havendo sentença de interdicção, proferida contra o requerente, ou processo, só que seja, pendente para esse fim.

TITULO X

Da incapacidade por demência

Artigo 314.º

Serão interdictos do exercicio de seus direitos os mentecaptos e todos aquelles que, pelo estado anormal de suas faculdades mentaes, se mostrarem incapazes de governar suas pessoas e seus bens.

§ unico. Esta interdicção pôde applicar-se a maiores, ou a menores, contando que, n'este ultimo caso, seja requerida dentro do anno proximo á maioridade.

Artigo 315.º

A interdicção pôde ser requerida por qualquer parente successivel, ou pelo conjuge do desassinado.

§ unico. Em tal caso o ministerio publico será o defensor do arguido.

Artigo 316.º

A interdicção será requerida pelo ministerio publico:

1.º Na falta das pessoas mencionadas no artigo antecedente;

2.º No caso de demencia acompanhada de furor, ou tendo o desassinado filhos menores, se as sobreditas pessoas a não requererem.

§ unico. N'este caso nomeará o juiz defensor ao arguido.

Artigo 317.º

A acção de interdicção será proposta perante o juiz de direito do domicilio do desassinado, pela forma seguinte:

§ 1.º O requerente apresentará ao juiz o seu requerimento articulado, e com elle o rol das testemunhas, e os documentos que devam comprovar a demencia.

§ 2.º O juiz, ouvindo o ministerio publico, se este não fôr o requerente, ou se o fôr, o defensor que nomear, convocará o conselho de familia, que dará o seu parecer.

§ 3.º Se á vista d'este parecer e de quaesquer outras circumstancias, achar que o requerimento é infundado, este será desde logo indeferido.

§ 4.º Se o parecer do conselho de familia fôr a favor do requerente, o juiz mandará dar copia ao arguido, ou ao seu defensor, tanto do requerimento como do parecer do conselho de familia, e dos mais documentos que houver, e procederá ao interrogatorio do arguido, e ao seu exame, por dois facultativos, com assistencia do competente magistrado do ministerio publico.

§ 5.º Se d'este interrogatorio e exame não resultar prova cabal da demencia do arguido, procederá o juiz ao inquerito das testemunhas indicadas, fazendo citar o arguido ou o seu defensor, que poderão produzir em defeza testemunhas e documentos.

§ 6.º Seguidamente, o juiz proferirá a sentença e deferirá a tutela, se esta tiver cabimento, a quem competir.

§ 7.º O ministerio publico appellará sempre, para a relação do districto, da sentença que decretar a interdicção.

§ 8.º Esta appellação será recebida só com effeito devolutivo; mas a tutela conferida n'este caso, deverá limitar-se, enquanto se não decide o recurso, aos actos de mera protecção da pessoa do arguido, e de conservação de seus bens e direitos, salvo occorrendo urgente necessidade de outros actos, e precedendo para elles auctorisação do juiz, com audiencia do ministerio publico.

§ 9.º Sendo a interdicção decretada pelo tribunal de appellação, o juiz recorrido deferirá immediatamente a tutela, aindaque se interponha o recurso de revista.

Artigo 318.º

O conselho de familia será formado conforme o que fica disposto no titulo precedente, artigos 207.º e seguintes; mas não poderão fazer parte d'elle as pessoas que houverem requerido a interdicção, as quaes, aliás, poderão assistir ás deliberações do mesmo conselho, como meros informadores.

Artigo 319.º

Proferida a sentença de interdicção, ou seja em primeira ou em segunda instancia, será registada no livro das tutelas do domicilio do

interdicto, e publicada por extracção, no primeiro caso, em algum dos jornaes da comarca e por editaes no lugar do sobredito domicilio, e no segundo caso, na gazeta da respectiva relação.

§ unico. Este registo e publicação serão promovidos pelo escrivão do processo.

Artigo 320.º

A tutela do interdicto será deferida na ordem seguinte:

1.º Ao outro conjuge, sendo casado, salvo achando-se judicialmente separado de pessoa e bens, ou separado de facto por suas desavenças, ou sendo por outra causa legalmente incapaz;

2.º Ao pae, ou á mãe, na falta d'este;

3.º Aos filhos maiores, se os tiver, preferindo o mais velho, salvo se o juiz, ouvindo o ministerio publico, entender, que algum dos outros poderá melhor desempenhar este encargo;

4.º A pessoa que fôr nomeada pelo conselho de família. N'este caso, porém, o cuidado e guarda da pessoa do interdicto não serão commettidos a pessoa que deva succeder-lhe.

§ unico. Não pôde ser nomeado tutor quem, por seus actos criminosos ou meramente reprehensíveis, praticados em detrimento do interdicto, tiver dado causa á demencia d'este.

Artigo 321.º

O interdicto é equiparado ao menor, e são-lhe applicaveis as regras que regulam a incapacidade por menoridade, salvas as disposições dos artigos subsequentes.

Artigo 322.º

No caso da tutela recair no pae ou na mãe, exercerão estes o poder paternal, como fica disposto dos artigos 101.º e seguintes.

Artigo 323.º

No caso da tutela recair no marido ou na mulher, observar-se-hão as seguintes disposições.

Artigo 324.º

Não se procederá a inventario sendo o casamento por communhão de bens, nem ainda no caso de separação d'estes, achando-se os do interdicto descriptos em documento authenticico.

Artigo 325.º

O conjuge não é obrigado a prestação de contas.

Artigo 326.º

Sendo tutor o marido, continuará a exercer acerca de sua mulher interdicta os direitos conjugaes, salvas as seguintes modificações:

§ 1.º Nos casos em que os actos do marido dependem do consentimento da mulher, será este supprido pelo juiz, com audiencia do ministerio publico, e do parente mais proximo d'ella.

§ 2.º Nos casos em que a mulher pôde requerer contra os actos do marido ou demandal-o, para assegurar os seus direitos, violados ou postos em perigo, será representada pelo seu protutor, ou por qualquer dos seus parentes.

Artigo 327.º

Nos casos em que a tutela fôr commettida á mulher do interdicto, exercerá esta os direitos que a elle competiam, como chefe de família, salvas as seguintes declarações:

§ 1.º Não poderá alienar os bens immobiliarios do interdicto sem auctorisação, na forma indicada no § 1.º do artigo precedente.

§ 2.º Nos casos de maus tratamentos, de negligencia nos cuidados devidos ao estado do interdicto, ou de ruinosa gerencia de seus bens, poderá a mulher ser removida da tutela, a requerimento do protutor, ou de qualquer parente do interdicto, precedendo audiencia do conselho de família.

Artigo 328.º

Sendo tutor do interdicto alguma das pessoas indicadas no artigo 320.º, n.ºs 3.º e 4.º, observar-se-hão as regras que regem a tutela dos menores, em tudo aquillo a que forem applicaveis.

Artigo 329.º

Se o interdicto fôr solteiro ou viuvo, e tiver filhos menores legitimos, ou perfilhados, será tutor d'elles o tutor do mesmo interdicto.

Artigo 330.º

Em todos os casos de interdicção, excepto achando-se o interdicto entregue ao cuidado de seus paes, será nomeado pelo conselho de família um protutor, que vele pelos direitos e bom tratamento d'elle, e informe o ministerio publico, para que este possa requerer o que fôr conveniente ao interdicto, dentro dos limites legais.

Artigo 331.º

A tutela dos conjuges, dos ascendentes ou dos descendentes, durará enquanto durar a interdicção.

Artigo 332.º

Os rendimentos do interdicto, e até os seus bens, se fôr necessario, serão, com preferencia, applicados ao melhoramento do seu estado.

Artigo 333.º

O interdicto não pôde ser privado da sua liberdade pessoal, nem

TITULO XII

Da incapacidade dos prodigos

Artigo 340.º

As pessoas maiores, ou emancipadas, que por sua habitual prodigalidade, se mostrarem incapazes de administrar seus bens, poderão ser interditas da administração dos ditos bens, sendo casadas, ou existindo ascendentes ou descendentes legítimos.

§ unico. Ficará ao prudente arbitrio do juiz avaliar, conforme as circumstancias, se os factos, que se allegarem, são ou não sufficientes para caracterisar a prodigalidade.

Artigo 341.º

Esta interdicção pode ser requerida pelos ascendentes ou descendentes do prodigo, por sua mulher, por qualquer parente d'esta, ou pelo ministerio publico, tendo o prodigo descendentes menores ou interdictos.

Artigo 342.º

A interdicção será requerida perante o juiz de direito da comarca, onde o prodigo tiver domicilio.

Artigo 343.º

A acção de interdicção será processada summariamente sem citação do arguido. Esta acção não pôde ser confessada.

§ unico. São applicaveis a esta acção as disposições do artigo 317.º, §§ 1.º, 2.º e 3.º

Artigo 344.º

O juiz por sua sentença, conforme a gravidade dos factos, que resultarem das provas, privará o prodigo da administração geral dos seus bens, ou conservar-lh'a-ha, inhibindo-o simplesmente de certos actos, quando não forem precedidos da approvação do curador.

§ unico. Esta sentença será registada no livro de tutelas, e publicada por extracto em algum dos jornaes da comarca, ou, não os havendo, por editaes no logar do domicilio do interdicto.

Artigo 345.º

O prodigo conserva todavia a livre disposição de sua pessoa, e todos os outros direitos civis, e poderá embargar a sentença que o tiver privado da administração dos seus bens, ou de praticar certos actos sem approvação do curador, bem como appellar da mesma sentença.

§ 1.º Os embargos não suspenderão a execução da sentença, e a appellação será recebida, só com o effeito devolutivo.

clausurado em qualquer casa particular, ou estabelecimento de qualquer natureza, nem transportado para fóra do reino, ou ainda da provincia, sem que preceda auctorisação judicial, sendo ouvidos o ministerio publico e o conselho de familia.

§ unico. O disposto n'este artigo deve entender-se de modo que não obste a recorrer-se á força, quando seja necessario empregar-a para conter o demente furioso; mas esse recurso restringir-se-ha ao tempo absolutamente indispensavel, para se requerer á competente auctoridade.

Artigo 334.º

Todos os actos e contratos, celebrados pelo interdicto desde o dia em que a sentença de interdicção fór registada e publicada, serão nulos de direito; se a dita sentença passar em julgado.

Artigo 335.º

Os actos e contratos, celebrados pelo interdicto antes da sentença, só podem ser annullados, provando-se que a esse tempo já existia, e era notoria, a causa da interdicção; ou era conhecida do outro estipulante.

Artigo 336.º

Cessando a causa da interdicção, será esta levantada por sentença, observando-se as mesmas formalidades prescriptas para o seu julgamento.

TITULO XI

Da incapacidade dos surdos-mudos

Artigo 337.º

Os surdos-mudos, que não tiverem a capacidade necessaria para reger seus bens, serão postos em tutela.

Artigo 338.º

A extensão e os limites d'esta tutela serão especificados na sentença, que a conferir, conforme o grau de incapacidade do surdo-mudo.

Artigo 339.º

Esta tutela pôde ser requerida pelas pessoas designadas nos artigos 315.º e 316.º, n.º 1.º, e observar-se-hão em tudo o mais, na parte em que forem applicaveis as disposições do titulo antecedente.

§ 2.º Da sentença, que rejeitar os embargos, também o prodigo poderá interpor o recurso de apelação.

Artigo 346.º

Logo que a sentença passar em julgado, se a administração fôr ordenada, será esta entregue ao pae do prodigo, ou a sua mãe, se o pae não existir, annuindo n'este ultimo caso o conselho de familia. Se não tiver pae nem mãe, que d'ella se encarregue, nomeará o juiz administrador, ouvido o conselho de familia e o ministerio publico.

§ unico: Se o prodigo administrar bens de seus filhos menores, ou interdictos, serão esses bens comprehendidos na sobredita administração.

Artigo 347.º

Se o prodigo fôr casado, com separação de bens, a mulher conservará a administração de seus bens proprios, que não poderá alienar sem auctorisação judicial, nos casos em que o consentimento do marido á necessario.

Artigo 348.º

No caso de interdicção geral, serão postas á disposição do interdicto as quantias, que parecerem necessarias para as suas despesas ordinarias, conforme o seu estado e posses.

§ 1.º Estas quantias serão taxadas pelo prudente arbitrio do juiz, ouvido o ministerio publico e o conselho de familia.

§ 2.º O interdicto poderá, contudo, occorrendo necessidade imprevista, recorrer de novo ao juiz, que proverá nos termos sobreditos, como parecer de justiça.

Artigo 349.º

Publicada a sentença de interdicção, geral ou especial, será nomeado ao interdicto um curador provisório, que o auctorisar para os actos de que estiver inhibido, e que se tornarem necessarios, podendo o interdicto, no caso de recusa da annuência do curador, recorrer ao juiz, que resolverá definitivamente, ouvido o ministerio publico. Os actos que o interdicto praticar sem a devida auctorisação, serão nulos de direito, se a sentença passar em julgado.

Artigo 350.º

O interdicto poderá recorrer ao juiz da interdicção, quando entender que os seus curadores abusam por alguma forma do seu encargo. O juiz decidirá como fôr de direito, ouvido o ministerio publico e, se cumprir, o conselho de familia. Das suas decisões poderá recorrer-se para a relação do districto, que resolverá definitivamente.

Artigo 351.º

Os administradores dos bens do prodigo têm os mesmos direitos, e estão sujeitos ás mesmas obrigações, que pertencem aos cu-

radores provisórios dos bens dos ausentes, salvas as seguintes modificações:

1.º Achando-se a curatella a cargo do pae ou da mãe, não haverá caução.

2.º As contas annuaes serão prestadas com assistencia do interdicto.

Artigo 352.º

O prodigo, passados cinco annos, poderá requerer, que a interdicção lhe seja levantada, e assim se ordenará, convindo o conselho de familia e o ministerio publico.

§ unico. Se o prodigo não obtiver o levantamento da interdicção, poderá requerel-o de novo, até que lhe seja concedido; contanto que entre cada indeferimento que tenha, e o novo requerimento que fizer, medeie um intervallo de cinco annos pelo menos.

TITULO XIII

Da incapacidade accidental

Artigo 353.º

Os actos e contratos, celebrados por pessoas que accidentalmente se acharem privadas, ao tempo d'elles, de fazerem uso de sua razão, por algum accesso de delirio, embriaguez ou outra causa semelhante, poderão ser rescindidos, se, dentro dos dez dias immediatos ao seu restabelecimento, essas pessoas protestarem perante algum tabelião, na presença de duas testemunhas, e intentarem a acção competente dentro dos vinte dias seguintes.

§ unico. Esta acção só poderá aproveitar aos herdeiros das pessoas mencionadas, fallecendo ellas sem recobrem a razão, ou antes que hajam decorrido os dez dias em que devem protestar, contanto, porém, que seja proposta dentro dos vinte dias subseqüentes ao fallecimento.

Artigo 354.º

O disposto no artigo precedente não obsta a quaesquer outras acções, que possam intentar-se contra a validade dos actos e contratos, mencionados n'este mesmo artigo.

TITULO XIV

Da incapacidade por effeito de sentença penal condemnatoria

Artigo 355.º

Os criminosos não podem ser interdictos de nenhum de seus direitos civis, senão por virtude de sentença passada em julgado.

Artigo 356.º

Ao interdito de direitos civis por sentença, proferida em processo ordinario criminal, e passada em julgado, será dado um curador.

§ unico. A curatela será deferida pela ordem da tutela dos dementes.

Artigo 357.º

A extensão e os effeitos d'esta curatela deduzem-se da natureza dos direitos interdictos.

Artigo 358.º

A sobredita curatela durará só enquanto durar a pena.

§ unico. Se a pena fôr extincta por effeito de revisão e annullação de sentença, serão validos os actos, que o condemnado tiver praticado na epoca em que d'elles estava interdito, comtanto que d'essa validade não resulte offensa de direitos adquiridos.

SENHOR.

No dia 22 do corrente março deve começar a executar-se o código civil portuguez; mas essa execução é de todo o ponto impossivel enquanto a muitas das suas disposições, se não forem acompanhadas dos respectivos regulamentos.

No artigo 3.º da carta de lei de 1 de julho do anno preterito determinou-se que todas as disposições do código civil, cuja execução dependesse absolutamente da existencia de repartições publicas ou de outras instituições que ainda não estivessem creadas, só obrigariam desde que taes instituições funcionassem. Esta disposição justifica-se na hypothese; mas nem por isso deixa de ser urgente a organização d'essas mesmas instituições, sem as quaes o código civil não passará de letra morta.

A isto acresce que, sendo o mesmo código um corpo de doutrina complexo e harmonico em todas as suas partes, facil é de prever que da inexecução de algumas d'ellas, embora temporaria, deve resultar necessariamente uma certa perturbação e transtorno no systema do mesmo código.

É indispensavel por tanto que se proveja com urgencia a tão graves inconvenientes.

A parte regulamentar de que depende a effectiva execução do código diz respeito principalmente, ou á organização de certas instituições, ou á forma do processo propriamente dito.

Toda esta materia cabe na esphera do que se denomina código do processo; e é assim que geralmente se tem comprehendido de baixo d'esse título a parte organica e a parte activa das instituições judiciarias.

É portanto incontestavel a necessidade de um novo código de processo, em que, aproveitando-se tudo o que ha de bom e comprovado pela pratica na actual reforma judicial, se emende o que pareça menos acceptavel, ou em desharmonia com os principios do código, e se addicione o que fôr indispensavel.

Entretanto, Senhor, pareceu-me que não seria acertado differir para o tempo afastado que o complemento d'aquelle trabalho exige o beneficio que desde já se pôde ir colhendo de providencias especiaes que bem se podem tomar destacadamente, e que a todo o tempo acharão seu logar competente na codificação geral respectiva.

E n'este intuito, Senhor, que tenho a honra de submeter desde já á approvação de Vossa Magestade os dois projectos regulamentares, o primeiro sobre o conselho de tutela, creado pelo artigo 226.º do código civil, e o segundo sobre as causas de separação conjugal a que se referem os artigos 1:204.º e seguintes do mesmo código; projectos que serão seguidos de outros de que incessantemente me occupo.

Secretaria d'estado dos negocios ecclesiasticos e de justiça, em 12 de março de 1868.

Visconde de Seabra.

Tomando em consideração o que acaba de expor-me o ministro e secretario d'estado dos negocios ecclesiasticos e de justiça, e tendo em vista o disposto no § 12.º do artigo 75.º da carta constitucional da monarchia e no artigo 8.º da lei de 1 de julho do anno proximo preterito; hei por bem approvar os dois regulamentos que baixam com este decreto e d'elle fazem parte, e vão assignados pelo referido ministro e secretario d'estado, que assim o tenha entendido e faça executar.

Paço, em 12 de março de 1868.

Visconde de Seabra.

REI.

N.º 1.

REGULAMENTO DO CONSELHO DE TUTELA

(CÓDIGO CIVIL, Artigo 226.º)

Artigo 1.º

O conselho de tutela será composto do juiz de direito da comarca, dos seus dois substitutos immediatos, e do curador dos orphãos, que terá voto consultivo.

§ unico. Os juizes substitutos que entram na constituição do conselho de tutela, serão nas comarcas de Lisboa, do Porto e do Funchal os designados para as outras comarcas do reino, e se não estivesse o § 1.º do artigo 87.º da novissima reforma judicial.

Artigo 2.º

Os juizes de direito das comarcas do reino e das varas, em que correrem os inventarios, serão os presidentes do conselho de tutela.

§ unico. O escrivão do inventario será o escrivão do processo em todos os actos do conselho de tutela.

Artigo 3.º

O recurso das deliberações do conselho de familia para o conselho de tutela será interposto ou no mesmo acto da deliberação, ou por termo nos autos, dentro dos tres dias subsequentes, se os interessados estiveram presentes de per si ou por procurador, e se não estiveram presentes, em igual praso contado desde a intimação.

§ 1.º Os recorrentes devem expor resumidamente os fundamentos da queixa, nos requerimentos que fizerem ao juiz presidente, a fim de lhes mandar tomar o recurso, aliás não lhes será admittido.

§ 2.º Quando o recurso for interposto em inventario processado perante os juizes ordinarios (enquanto subsistirem), os autos serão remetidos officialmente, dentro de cinco dias, pelo escrivão ao juiz de direito da comarca, com intimação do recorrido se não estivesse presente á interposição do recurso.

Artigo 4.º

Os recursos nos inventarios, que são processados perante o juiz

de direito, serão julgados pelo conselho de tutela dentro de cinco dias, contados da interposição; e nos inventários, que são processados perante o juiz ordinario, serão julgados em igual praso, contado desde que forem apresentados na cabeça da comarca.

§ 1.º O escrivão fará os autos conclusos immediatamente ao juiz presidente, para designar o dia e hora do julgamento, o qual será notificado aos juizes substitutos e ao curador dos orphãos.

§ 2.º Se os juizes substitutos não comparecerem no dia designado á hora marcada, o juiz presidente adiará o julgamento, designando outro dia, dentro dos cinco dias subsequentes, e os condemnará nas custas á que deram causa, e além d'isso na multa (a cada um d'elles) de 20\$000 a 50\$000 réis para a fazenda nacional.

§ 3.º Se algum dos juizes substitutos tiver impedimento legal, deverá declarar-o por escripto no acto da notificação, e em seu lugar será notificado o substituto immediato.

§ 4.º No caso em que o substituto notificado não haja comparecido, sem motivo legal, no dia aprasado de novo, será condemnado no dobro da multa, além das custas acrescidas, a que tiver dado causa, e será chamado o substituto immediato, para o julgamento que deverá ter lugar dentro dos tres dias subsequentes.

Artigo 5.º

Será permitido a qualquer das partes juntar no cartorio do escrivão, ou no acto do julgamento, as allegações e documentos que lhe parecerem convenientes, os quaes podem ser examinados pela outra parte, sem continuação de vista dos autos ou qualquer adiamento.

Artigo 6.º

O conselho de tutela resolverá o recurso em conferencia: a sua decisão será fundamentada, e exarada em auto lavrado pelo escrivão, e assignado por todos os membros do conselho.

§ unico. Esta decisão será publicada em acto continuo em uma tabella, que para esse fim será collocada na sala do tribunal, e o escrivão dará nos autos fé da publicação.

Artigo 7.º

Se as partes não recorrerem para a relação do districto da decisão do conselho de tutela, no caso em que lhe é permitido pelo § 3.º do artigo 226.º do código civil, os inventários processados no juizo ordinario serão logo remettidos officialmente ao escrivão respectivo.

Artigo 8.º

O recurso para a relação do districto, no caso em que a lei o concede, será o de agravo de petição, se ella tiver a sua sede na co-

marca, em que foi proferida a decisão recorrida; e será o de agravo de instrumento, se tiver sua sede em outra comarca.

§ 1.º A interposição d'estes recursos deve ser requerida ao juiz que presidiu ao conselho de tutela, e tomada por termo nos autos dentro de tres dias contados da publicação.

§ 2.º O juiz presidente negará o recurso, se o recorrente não apontar na sua petição os fundamentos do agravo.

Artigo 9.º

Se o recurso interposto for de agravo de petição, o escrivão mandará immediatamente os autos com vista por tres dias continuos ao recorrido, para responder ao agravo, e pelo mesmo praso ao curador dos orphãos, que dirá em ultimo lugar pelos menores, excepto sendo recorrente.

§ unico. O escrivão, findos os prazos dos vistos, cobrará os autos e os remetterá, sem accordão compulsorio, á relação com os emolumentos respectivos, sob pena de suspensão por dez a trinta dias. A importancia d'estes emolumentos será entregue ao escrivão no acto em que tomar o recurso. Negando-se o recorrente a presta-los, julgar-se-ha deserto o recurso.

Artigo 10.º

Se o recurso interposto for de agravo de instrumento, o escrivão dará vista dos autos ao recorrente, ao recorrido e ao curador, a cada um d'elles por cinco horas, para apontarem as peças que devem ser copiadas no instrumento, e deve copia-las em vinte e quatro horas, dando preferencia a este serviço.

§ unico. Em caso da impossibilidade notoria o juiz poderá prorrogar este praso.

Artigo 11.º

O escrivão dará depois vista do instrumento por tres dias a cada uma das partes, e ao curador, que dirá em ultimo lugar, não sendo recorrente.

§ 1.º Em seguida o escrivão cobrará o processo, e o remetterá officialmente, e sem demora, pelo correio ao guarda mór da relação com os emolumentos respectivos, nos termos indicados na ultima parte do § unico do artigo 9.º

§ 2.º As partes, que não representarem os menores, poderão desistir do recurso, tanto no juizo recorrido, como no juizo superior.

Artigo 12.º

Todos os recursos, em que forem interessados menores pobres, serão escriptos em papel sem sello nas partes do processo e nas allegações, que exclusivamente lhes respeitarem.

§ 1.º Nos recursos, que forem interpostos em proveito de menores pobres, não haverá preparo, e serão expedidos oficialmente, e julgados sem emolumentos alguns.

§ 2.º São considerados menores pobres, para os efeitos dos recursos, aquelles que forem interessados nos inventarios, cujo valor não exceder a quantia de 300\$000 réis.

§ 3.º Se os recursos forem interpostos pelo curador dos orphãos, serão escriptos em papel não sellado na parte que respeitar aos menores, sejam ou não pobres, e serão expedidos e julgados na relação, sem previo pagamento de emolumentos.

Artigo 13.º

Os recursos de agravo de petição e de instrumento serão apresentados, pelo guarda mór, ao presidente da relação na primeira sessão; e serão julgados pela forma prescripta no artigo 3.º e §§ 1.º e 2.º da lei de 14 de julho de 1843.

§ 1.º Os accordãos da relação n'estes recursos serão sempre fundamentados.

§ 2.º Os juizes do recurso condemnarão a parte vencida nas custas, e esta condemnação comprehenderá os emolumentos e respectivos sellos, nos recursos interpostos pelo curador dos orphãos, excepto se os menores forem pobres.

Artigo 14.º

Decidido o recurso, e contadas as custas feitas no tribunal, serão os autos entregues ou remettidos oficialmente aos respectivos escrivães do juizo d'onde subiram.

§ 1.º Os escrivães do juizo recorrido, logo que receberem os autos do agravo, devem faze-los conclusos ao juiz que presidiu ao conselho de tutela, para mandar cumprir o accordão.

§ 2.º Os escrivães da comarca, em que a relação tiver a sua séde, cobrarão dos tutores, ou dos administradores dos bens dos menores, os emolumentos contados aos juizes superiores, e entrega-los-hão ao guarda mór em quinze dias, com recibo dado na margem da verba da conta, sob pena de suspensão até á entrega, imposta pelo juiz do inventario.

§ 3.º Os escrivães das outras comarcas e dos juizes ordinarios cobrarão estes emolumentos, e remette-los-hão em igual praso, pelo seguro do correio, ao guarda mór da relação.

§ 4.º O guarda mór mandará oficialmente recibo pelo correio aos escrivães, que lhe fizerem a remessa, e estes deverão junta-lo aos autos em vinte dias, sob pena de suspensão imposta pelo juiz do inventario até que o juntem.

Artigo transitório

Os recursos, que se acharem já interpostos das decisões do conselho de familia antes do dia em que o código civil começar de ter execução, serão processados segundo a legislação anterior.

Secretaria d'estado dos negocios ecclesiasticos e de justiça, em 12 de março de 1868.

Visconde de Seabra.

O Regulamento n.º 2 approved pelo decreto de 12 de março (a pag. 64) é respectivo ao Processo sobre as causas de separação (artigos 1:204 a 1:208 do Código). Vem transcripto no volume d'esta obra que contém a parte que encerra os referidos artigos.

INDICE

PARTE I

DA CAPACIDADE CIVIL

LIVRO UNICO

	Pag.
Carta de lei sancionando o decreto das côrtes geraes que approvou o codigo civil.....	1
Título I—Da capacidade civil, e da lei que a regula em geral..	3
Título II—De como se adquire a qualidade de cidadão portuguez.....	5
Título III—De como se perde a qualidade de cidadão portuguez	6
Título IV—Dos cidadãos portuguezes em paiz estrangeiro.....	7
Título V—Dos estrangeiros em Portugal	7
Título VI—Das pessoas moraes.....	8
Título VII—Do domicilio	9
Capítulo I—Disposições geraes.....	9
Capítulo II—Do domicilio voluntario.....	10
Capítulo III—Do domicilio necessario.....	10
Título VIII—Da ausencia.....	12
Capítulo I—Da curadoria provisoria dos bens do ausente	12
Capítulo II—Da curadoria definitiva do ausente solteiro.....	13
Secção I—Da installação da curadoria definitiva e de seus effeitos	13
Secção II—Do inventario e da caução dos bens do ausente.....	14
Secção III—Dos direitos e obrigações dos curadores definitivos e demais interessados.....	15
Secção IV—Do termo da curadoria definitiva.....	16
Capítulo III—Da administração dos bens do ausente casado.....	17
Secção I—Da administração dos bens do ausente casado, não havendo filhos.....	17
Secção II—Da administração dos bens do ausente casado, havendo filhos.....	18
Secção III—Da ausencia simultanea ou successiva.....	19
Título IX—Da incapacidade por menoridade e do seu supprimento.....	19
Capítulo I—Disposições geraes.....	20
Capítulo II—Do poder paternal.....	20
Secção I—Dos filhos legitimos.....	21
Secção II—Da prova da filiação legitima.....	22

	Pag.
Secção III—Dos filhos legitimados	23
Secção IV—Dos filhos perfilhados	»
Secção V—Da investigação da paternidade illegitima	24
Secção VI—Dos filhos espurios	25
Secção VII—Do poder paternal, na constancia do matrimonio...	26
Secção VIII—Do poder paternal dissolvido o matrimonio	29
Secção IX—Do poder paternal em relação aos filhos illegitimos..	30
Secção X—Da suspensão e do termo do poder paternal	31
Secção XI—Dos alimentos	»
Capitulo III—Da tutela dos filhos legitimos e illegitimos	33
Secção I—Disposições geraes	»
Secção II—Da tutela testamentaria	34
Secção III—Da tutela legitima	35
Secção IV—Da tutela dativa	36
Secção V—Dos protutores	»
Secção VI—Da formação do conselho de familia	»
Secção VII—Dos curadores dos orphãos	38
Secção VIII—Das attribuições do conselho de familia	»
Secção IX—Das pessoas que podem escusar-se de serem tutores, protutores ou vogaes do conselho de familia	40
Secção X—Das pessoas que não podem ser tutores, protutores, nem vogaes do conselho de familia	42
Secção XI—Dos que podem ser removidos da tutela	»
Secção XII—Da exclusão ou remoção dos tutores e dos protutores	43
Secção XIII—Dos direitos e obrigações do tutor	»
Secção XIV—Das contas da tutela	45
Secção XV—Dos direitos e obrigações do protutor	46
Secção XVI—Do arrendamento e da venda dos bens dos menores	47
Secção XVII—Da tutela dos filhos perfilhados	48
Secção XVIII—Da tutela dos filhos espurios	49
Secção XIX—Da tutela dos menores abandonados	»
Secção XX—Da tutela dos filhos de pessoas miseraveis	51
Secção XXI—Da rescisão dos actos praticados pelos menores...	»
Secção XXII—Do registo de tutelas	52
Secção XXIII—Da emancipação	53
Secção XXIV—Da maioridade	54
Titulo X—Da incapacidade por demencia	»
Titulo XI—Da incapacidade dos surdos-mudos	58
Titulo XII—Da incapacidade dos prodigos	59
Titulos XIII—Da incapacidade accidental	61
Titulo XIV—Da incapacidade por effeito da sentença penal con- demnatoria	»
Relatorio do ministro das justicas	65
Decreto	66
Regulamento do conselho de tutela	67