

INSTITUIÇÕES

DE

**DIREITO CIVIL
PORTUGUEZ,**

POR

M. A. Coelho da Rocha,

Lente da Faculdade de Direito na Universidade de Coimbra, e Vogal
Ordinário do Conselho Superior de Instrução Pública.

PARA USO DOS SEUS DISCIPULOS.

TERCEIRA EDIÇÃO.

TOMO I.



COIMBRA,
NA IMPRENSA DA UNIVERSIDADE.

1852.

PREFACÃO.

(Da 2.^a edição.)

O Direito patrio deve ao genio reformador e patriota do marquez de Pombal o sair da obscuridade, em que jazeu até ao reinado de el Rei D José. As profundas e luminosas providencias, dictadas por este memoravel Ministro na Lei de 18 de Agosto de 1769, e nos Estatutos da Universidade de 1772, fizeram que este Direito assumisse, assim no foro, como na academia, a superioridade, de que até ahí tinha andado excluido pelo romano e canonico. Para o mesmo fim concurreu sobre tudo o sabio Lente da Universidade o Sr. Paschoal José de Mello Freire, illustre fundador da nossa eschola de jurisprudencia patria, publicando nos fins do seculo passado o seu abalizado escripto das *Institutiones Juris Civilis Lusitanæ, cum publicæ, tum privatæ*, no qual pela primeira vez appareceu entre nós a legislação portugueza reduzida a um systema regular, e expendida com critica e philosophia. Esta obra prima foi em virtude do Alvará de 16 de Janeiro de 1805 adoptada como compendio, para ser ensinada nas Faculdades juridicas em curso biennial por dois Lentes alternados

Porém desde a epocha, em que escreveu o Sr. Paschoal, a legislação tem sido quasi inteiramente alterada: e por outra parte o Decreto de 5 de Dezembro de 1836, que reuniu as duas antigas Faculdades de Leis e Canones em uma só, a de *Direito*, segundo os progressos da sciencia, e o methodo modernamente usado,

A verdade e a simplicidade formam o character da jurisprudencia. — *L. de 18 de Ag. de 1769* §. 13.

distribuiu as disciplinas por differente maneira, deixando para as cadeiras do curso biennial unicamente a parte do Direito *Civil propriamente dicto*. A obra do Sr. Paschoal nem podia acompanhar as reformas, nem se accommodava a esta distribuição: por tanto tornou-se desde então indispensavel reunir em um corpo novo, e tractado regular as doutrinas especiaes sobre este ultimo objecto. A sorte, que nos assignou a regencia de uma destas cadeiras, impoz-nos a obrigação de nos dar a este trabalho.

Quando o empreendemos, não nos eram desconhecidas as difficuldades. Não se tracta de explicar um codigo, porque o não temos; nem de reduzir a synthese, ou desinvolver, os principios fixos e constantes de um systema coherente, porque o não ha na nessa legislação civil. Pelo contrario, no meio do chaos, em que ella se acha, o escriptor até certo ponto é obrigado a tomar a vez do legislador: tem de formar o plano: tem de fazer a selecção das doutrinas: e tem de redigir até as ultimas illações.

A lei da ordem é duplicadamente severa nas obras destinadas para a instrucção: não se contenta com a clareza e distincção ordinaria; exige além disto, que as materias, assim no plano geral do quadro, como na contextura de cada uma das suas partes, sejam deduzidas com tal artificio, que as antecedentes, sem serem repetidas, abram a porta, e dêem a luz para a entrada das seguintes. Todas as pessoas, ainda as mediocremente versadas no estudo da jurisprudencia, conhecem quanto nesta sciencia é difficil a rigida observancia daquella lei; difficuldades, que nomeadamente a respeito do Direito Civil se podem facilmente avaliar pela leitura do opusculo do Sr. Vicente José Ferreira Cardoso

Que é o Codigo Civil? Era este o nosso primeiro embataço.

Esta lei do methodo, que nas obras elementares é a primeira, nos codigos considerase apênas de uma importancia secundaria: e é por isso que entre os variados planos dos codigos modernos nenhum achamos, que nos parecese appropriado para o fim, que nos propomos.

A divisão geral da Instituta de Justiniano em *Jura personarum*, *Jura rerum*, e *Obligatíones*, que tem sido communmente seguida pelos escriptores dogmaticos de direito, e que o foi ainda pelo Sr. Paschoal no *Jus privatum*, não se pôde perfeitamente ajustar, segundo a moderna distribuição, dentro dos limites do objecto, que nos incumbe. Nas obras dos professores francezes tambem não encontramos o modelo de um plano regular, porque lhes é prohibido no ensino alterar a ordem estabelecida nos codigos.

Agradou-nos porém, e fizemos por imitar um que encontrámos na mui accreditada obra *Manuel de Droit Romain* de Mackeldey, professor da Universidade de Bonn *, começando por uma *Introdução*, onde se contém as noções geraes e historicas sobre as leis, e fontes de direito a qual corresponde aos titulos do *Digesto de justitia et jure*, e *de legibus*. Depois na *Parte Geral* collocámos o que podemos chamar technologia da sciencia, isto é, as definições communs e principios mais geraes, de que continuadamente tem de se fazer uso e applicação na *Parte Especial*. Nesta finalmente distribuimos as doutrinas em tres livros com attenção aos tres ele-

* Servimo-nos da traducção franceza de Jules Beving, Bruxelles, 1837

mentos do direito, *Pessoas, Causas, e Actos Juridicos*. Nesta distribuição nada se póde notar, que não seja mui trivial, senão a divisão *Actos Juridicos*, que algum tanto differe da *de Obligationibus et Actionibus* da Instituta, mas da qual se encontra já o exemplo no nosso Código Commercial no artigo *Actos Commerciaes*.

Posto que não desconhecamos os inconvenientes deste plano, maiores os receamos ainda dos outros. Não nos cançamos em defendel-o, antes com muita franqueza patenteamos os nossos votos por que nos seja indicado algum menos defeituoso para o adoptarmos.

A compilação das doutrinas não era sujeita a menos embaraços, do que a escolha do methodo. Tinhamos de extractar as leis publicadas no longo periodo de mais de dous seculos: tinhamos de combinar as Ordenações, a cuja redacção presidiu a influencia ecclesiastica, ou a supremacia do direito romano, com as leis da reforma Josephina, dictadas por um espirito inteiramente opposto; e além disso de pôr em harmonia umas e outras com os principios da Carta, e com as reformas novissimas: tinhamos finalmente de supprir as immensas lacunas das leis patrias, mendigando os materiaes pelos escriptos dos praxistas, pelas collecções do direito romano e canonico, e pelos codigos modernos das nações civilizadas. Esta tarefa complicada collocava-nos em um estado de perplexidade; ou (porque o não havemos de confessar?) dava-nos uma arbitrariedade, que sendo vantagem em outro genero de escriptos, é um verdadeiro embaraço nos de direito positivo, em que a razão se deve occupar antes de colligir, concordar e filiar os principios já fixados pelas leis, do que de os escolher e discutir

Ainda que estejamos convencidos de que muito errará aquelle, que na execução das Ordenações e leis antigas attender ao espirito, que as dictou, sem modificar a sua applicação conforme as circumstancias, e tendencia da epocha presente: com tudo, em desempenho do nosso dever de professor, pozemos especial cuidado em as sustentar e seguir, e sómente as abandonámos por antiquadas, quando nem no sentido literal, nem no logico, as podémos concordar com as reformas posteriores.

Nos casos omissos ordinariamente adoptamos as decisões do direito romano: muitas vezes porém recurremos aos codigos modernos, principalmente ao Civil Francez e ao da Prussia. As razões, que a isso nos impelliram, acham-se desinvolvidas na Nota B do Tom. 1.º, para onde remettemos os leitores.

Finalmente, a fim de extrahirmos destes variados elementos um todo homogeneo na substancia e na fórma, e de evitar os defeitos, que com razão se arguem ao Código Commercial: fizemos passar por igual fieira de redacção, assim os longos periodos das Ordenações e leis antigas, e as complicadas formulas das leis do Digesto, como as versões dos codigos. Sobre tudo nesta parte do nosso trabalho esforçamo-nos por unir a clareza com a precisão: não nos atrevemos a lisonjear-nos de ter conseguido tal fim, porque o mesmo principio, que parece clarissimo a quem está senhor da materia, está bem longe de o ser para outros, principalmente para aquelles, que apenas conhecem os primeiros rudimentos é este o inconveniente, que torna sobre tudo difficeis de preencher as funcções do magisterio.

Imitando o exemplo do illustre auctor do

Digesto, Portuguez, cujo trabalho é dever nossa confessar que nos serviu de grande subsidio, indicámos em cada disposição a fonte, donde era extrahida. Este methodo põe-nos a salvo da nota de innovador; indica ao leitor o lugar, aonde deve recorrer para se esclarecer, ou entender o verdadeiro sentido das nossas expressões; e além disto communica a esta obra algum tanto de jurisprudencia comparada, que nos parece não será sem utilidade.

Não elevámos as vistas até a altura de cogitar de projecto de Código: conhecemos muito bem os limites da nossa missão. Se em alguns pontos nos desviámos do caminho trilhado, adoptando opiniões menos communs, foi isso filio da necessidade de prender as leis modernas com as antigas, e de desvanecer as irregularidades, ou contradicções, que os nossos discipulos a cada passo encontrariam na reunião de elementos tão variados. O Sr. Pascheal fez outro tanto.

O acolhimento, com que foi recebida a 1.^a edição, constituiu-nos no dever de aperfeiçoar aquêlle nosso trabalho; e o exame reflectido, que delle fizemos no espaço de dois cursos, habilitou-nos para o retocar e emendar, e para accrescentar ainda nesta 2.^a edição alguns esclarecimentos de novo.

Conhecemos porém, que ainda não hão de ser poucas as inexactidões, e talvez as contradicções para umas e outras sollicitamos a indulgencia dos leitores, na certeza de que as suas advertencias serão sempre acolhidas com attenção e reconhecimento.

TABELLA DAS MATERIAS.

INTRODUCCÃO.

SECÇÃO 1.^a

DOS DIREITOS E DAS LEIS EM GERAL.

§ 1	Noção de direito	pag. 1
— 2	Noção de lei	ib.
— 3.	Classificação mais geral das leis	2

SECÇÃO 2.^a

DAS LEIS CONSIDERADAS EM QUANTO Á SUA ORIGEM

§ 4.	Das leis naturaes e positivas	pag. 2
— 5.	1. ^a differença entre umas e outras	ib.
— 6.	2. ^a differença	3
— 7.	Necessidade da publicação das civis	ib.
— 8	Não têm effeito retroactivo	ib.
— 9.	Podem ser abrogadas	4
— 10	Necessidade do exame das naturaes	ib.
— 11.	Obrigações do homem a) considerado absolutamente	5
— 12.	b) Considerado em differentes circumstancias especiaes	6
— 13.	Direitos naturaes correlativos: 1. ^o o de liberdade	ib.
— 14	2. ^o O da defesa de si mesmo	7
— 15	Limites deste direito	ib.
— 16	3. ^o O de propriedade	8
— 17	Modos naturaes de a adquirir	ib.
— 18	4. ^o O de igualdade	ib.

§ 19.	Obrigações, que são consequencia dos principios postos : 1.ª a de indemnizar	pag. 9
— 20.	2.ª A de reparar o damno, ainda sem culpa	10
— 21.	3.ª A de contribuir para a vantagem dos outros	<i>ib.</i>
— 22.	4.ª A de cumprir as convenções	<i>ib.</i>

SECÇÃO 3.ª

DAS LEIS PORTUGUEZAS.

§. 23.	Razão de ordem	pag. 11
— 24.	1.ª Lei propriamente dita	<i>ib.</i>
— 25.	Sua publicação	<i>ib.</i>
— 26.	Quando aproveita a ignorancia dellas?	12
— 27.	2.ª Decretos do Governo	13
— 28.	3.ª Portarias dos Ministros de Estado	<i>ib.</i>
— 29.	4.ª As providencias dos differentes tribunaes e auctoridades	14

SECÇÃO 4.ª

DAS LEIS EM QUANTO AO SEU OBJECTO, E DO DIREITO CIVIL.

§. 30	1.ª classificação das leis, em quanto aos actos, que regulam	pag. 14
— 31.	2.ª classificação, em quanto ao seu objecto immediato	15
— 32.	3.ª classificação, em quanto ao seu fim	16
— 33.	Do direito civil	17
— 34.	Fontes deste direito	<i>ib.</i>
— 35.	Fontes com força de lei : I. Ordenações	<i>ib.</i>

§ 36	II. Extravagantes	pag. 18
— 37	III. Legislação posterior á Carta	20
— 38	IV. Assentos da Casa da Supplicação	<i>ib.</i>
— 39.	V. Direito consuetudinario	21
— 40	Fontes subsidiarias : I direito romano	<i>ib.</i>
— 41.	II. O canonico	22
— 42.	III Opiniões dos JCTos, e arestos	<i>ib.</i>
— 43.	IV. Leis das nações modernas	<i>ib.</i>

SECÇÃO 5.ª

DA INTERPRETAÇÃO DAS LEIS.

§. 44	O que seja interpretação, e suas especies?	pag. 23
— 45	Regras de interpretação	24

PARTE GERAL.

SECÇÃO 1.ª

DO DIREITO NA ACCEPÇÃO DE FACULDADE MORAL

§ 46.	Noção de direito neste sentido	pag. 28
— 47	Elementos do direito	<i>ib.</i>
— 48	Dos privilegios	29
— 49	Exercicio dos direitos	30
— 50.	Tempo legal para o exercicio dos direitos	31
— 51	Conservação dos direitos	32
— 52	Extinção dos direitos	<i>ib.</i>
— 53.	Do titulo dos direitos	33

SECÇÃO 2.^a

NOÇÕES GERAES SOBRE PESSOAS.

§ 54. Noção de pessoa	pag	34
CAP. I. DAS PESSOAS PHYSICAS.		
— 55. Estado do homem natural ou civil		<i>ib</i>
— 56. Do natural: I. em quanto ao nascimento		35
— 57. Como se prova o nascimento?		36
— 58. II. Em quanto á idade		37
— 59. Do civil: I. em quanto á cidade		38
— 60. II. Em quanto á familia		<i>ib.</i>
— 61. III. Em quanto ao parentesco		39
— 62. Noção de linha e de gráo		<i>ib</i>
— 63. Modo de contar o parentesco		40
— 64. Especies de collateraes		41
— 65. Da affinidade		<i>ib</i>
— 66. IV. Em quanto ao domicilio		42
— 67. Do domicilio voluntario		<i>ib</i>
— 68. Do necessario		43
— 69. Dos vizinhos		44
— 70. Como se prova a morte da pessoa?		<i>ib</i>
— 71. Dos assentos dos obitos		45
— 72. Morrendo muitas pessoas conjunctamente, qual se presume ter sobrevivido?		46
CAP. II. DAS PESSOAS MORAES EM GERAL		
— 73. Especies de pessoas moraes		47
— 74. Das sociedades		48
— 75. Dos corpos de mão morta		49

SECÇÃO 3.^a

NOÇÕES GERAES SOBRE COUSAS.

§ 76. Noção de cousas ou bens	pag	49
-------------------------------	-----	----

CAP. I. DAS COUSAS CONSIDERADAS EM SI MESMAS.

§. 77. I. ^a classificação : corporeas, e incorporeas	pag	50
— 78. II. ^a classificação, a) moveis		<i>ib.</i>
— 79. b) immoveis		52
— 80. A qual destas pertencem as incorporeas?		53
— 81. III. ^a classificação : fungiveis, e não-fungiveis		<i>ib.</i>
— 82. IV. ^a classificação : cousas principaes, e accessorias, ou pertenças		55
— 83. a) Dos fructos		<i>ib.</i>
— 84. b) Das bemeitorias		56
— 85. c) Das deteriorações		57
CAP. II. DOS BENS, EM QUANTO AOS POSSUIDORES.		
— 86. Classificação dos bens neste sentido I. nacionaes		<i>ib.</i>
— 87. II. Municipaes e das parochias		58
— 88. III. Bens dos estabelecimentos publicos		59
— 89. IV. Bens dos particulares		<i>ib.</i>
CAP. III. DA AVALIAÇÃO DAS COUSAS.		
— 90. Noção de valor e de avaliação		60
— 91. Fórma da avaliação		<i>ib.</i>
— 92. Avaliação dos moveis		61
— 93. Avaliação dos immoveis		62

SECÇÃO 4.^a

NOÇÕES GERAES SOBRE ACTOS JURIDICOS

§ 94. Noção de acto juridico	pag.	63
— 95. Fórma dos actos juridicos		64
— 96. Elementos dos actos juridicos		65
— 97. Essenciaes em geral: 1. ^a em quanto ás pessoas		<i>ib.</i>

§. 98.	2.º Em quanto ao objecto	pag. 66
— 99.	3.º Em quanto ao consentimento	<i>ib.</i>
— 100.	Defeitos do consentimento, a)	
	erro e ignorancia	67
— 101.	b) Dolo	<i>ib.</i>
— 102.	c) Medo e violencia	68
— 103.	Naturaes dos actos juridicos	69
— 104.	Accidentaes	<i>ib.</i>
— 105.	a) Da condição e suas especies	<i>ib.</i>
— 106.	b) Do termo	70
— 107.	c) Do modo	<i>ib.</i>
— 108.	d) Da causa	71
— 109.	Da nullidade dos actos	72
— 110.	Interpretação dos actos	<i>ib.</i>

SECÇÃO 5.ª

DAS OBRIGAÇÕES EM GERAL

§ 111.	Razão de ordem	pag. 73
— 112.	O que seja obrigação?	74
— 113.	Classificação das obrigações: I. em quanto á sua origem	75
— 114.	II. Em quanto ao modo da solução	76
— 115.	Como se extingue a alternativa?	<i>ib.</i>
— 116.	III. Em quanto ao sujeito	77
— 117.	Fundamento das obrigações solidarias	79
— 118.	Direitos e obrigações: a) dos crédores solidarios	<i>ib.</i>
— 119.	b) Dos devedores solidarios	80
— 120.	IV. Em quanto ao objecto	81
— 121.	Effeitos das obrigações	82

SECÇÃO 6.ª

DAS PERDAS E INTERESSES.

§. 122.	O que sejam perdas e interesses?	pag. 83
— 123.	Causas das perdas e interesses	84
— 124.	1.º Acaso	<i>ib.</i>
— 125.	2.º Dolo	85
— 126.	3.º Culpa	<i>ib.</i>
— 127.	4.º Mora	86
— 128.	Quando principia a mora?	<i>ib.</i>
— 129.	Liquidação das perdas e interesses	87
— 130.	Das perdas e interesses nas dividas de dinheiro	88
— 131.	Processo das perdas e interesses	<i>ib.</i>

SECÇÃO 7.ª

DAS OBRIGAÇÕES RESULTANTES DOS ACTOS ILLICITOS

§. 132.	Razão de ordem	pag. 89
— 133.	Por quaes factos illicitos se deva a indemnização?	90
— 134.	Por quaes se não deve?	91
— 135.	Quando o damno foi causadô por terceiro	<i>ib.</i>
— 136.	Graduação da indemnização	92
— 137.	Avaliação dos damnos: I nos bens da fortuna	93
— 138.	II. No corpo: a) no caso de morte	94
— 139.	b) No caso de ferimentos	<i>ib.</i>
— 140.	III Na honra	95
— 141.	IV. Na liberdade	96

SECÇÃO 8.ª

DA EXTINÇÃO DAS OBRIGAÇÕES

	pag.
§ 142. Modos geraes, por que se extinguem	96
CAP. I. DO PAGAMENTO.	
— 143. O que seja? seus effeitos e especies	97
— 144. I. Do real: quem póde pagar?	98
— 145. A quem?	<i>ib.</i>
— 146. Como?	99
— 147. Logar e tempo, em que deve fazer-se	100
— 148. Prova e presumpção do pagamento	<i>ib.</i>
— 149. Imputação do pagamento	101
— 150. II. Pagamento por consignação judicial	102
— 151. Effeitos da consignação	103
— 152. III. Do pagamento por subrogação	<i>ib.</i>
— 153. a) Da subrogação legal	104
— 154. b) Da convencional	<i>ib.</i>
— 155. Da cedencia	106
— 156. Precauções contra as cessões usurarias	<i>ib.</i>
— 157. IV Do pagamento feito indevidamente	106
— 158. Repetição do pagamento feito por erro	107
— 159. O que neste caso se deve restituir	108
CAP. II DA NOVAÇÃO.	
— 160. O que seja? e seus requisitos	<i>ib.</i>
— 161. Diversas fórmãs da novação	109
— 162. Effeitos da novação	110
CAP. III. DO PERDÃO DA DIVIDA	
— 163. Sua fórmula e effeitos	<i>ib.</i>
CAP. IV. DA COMPENSAÇÃO.	
— 164. O que seja?	111
— 165. Seus requisitos	112
§ 166.	

§. 166. Em quaes dividas não tem logar?	pag 112
— 167. Effeitos da compensação	113
CAP. V. DA CONFUSÃO	
— 168. Sua natureza e effeitos	<i>ib.</i>
CAP. VI DA PERDA DA COUSA DEVIDA.	
— 169. Quando extingue a obrigação?	114
CAP. VII. DO MUTUO DISSENSO.	
— 170. Quando tem logar?	115

SECÇÃO 9.ª

DAS ACÇÕES E EXCEPÇÕES.

§. 171. O que seja acção?	pag 116
— 172. O que seja excepção?	117
— 173. Das provas	118
— 174. Gradação das provas	<i>ib.</i>
— 175. Suas especies	119
CAP. I DA CONFISSÃO.	
— 176. O que seja confissão?	<i>ib.</i>
— 177. a) Da judicial	120
— 178. b) Da extrajudicial	<i>ib.</i>
CAP. II DO JURAMENTO.	
— 179. O que seja?	121
— 180. a) Do juramento decisorio	<i>ib.</i>
— 181. Da acção de juramento de alma	122
— 182. b) Do suppletorio	123
CAP. III. DAS TESTEMUNHAS.	
— 183. O que seja testemunha? e seus requisitos	124
— 184. Pessoas, que não podem ser testemunhas	<i>ib.</i>
— 185. Testemunhas suspeitas	125
CAP. IV. DOS INSTRUMENTOS	
— 186. Noção de instrumento, e suas especies	126

§. 187.	a) Dos instrumentos publicos, e seus effeitos	pag. 127
— 188	Especies de instrumentos publicos	<i>ib.</i>
— 189.	b) Dos particulares: aa) assignados	128
— 190.	bb) Não assignados: livros dos negociantes	129
— 191.	cc) Assentos domesticos, e notas não assignadas	130
— 192	Dos originaes e traslados	131
CAP. V. DAS PRESUMPCÕES.		
— 193.	Noção de presumpção, e suas especies	132
— 194	a) Das presumpções legaes	<i>ib.</i>
— 195.	b) Das simplices	133
CAP. VI. DAS PROVAS EXTRAORDINARIAS.		
— 196.	Do arbitramento	<i>ib.</i>
— 197.	Das vistorias	134

PARTÉ ESPECIAL.

LIVRO PRIMEIRO.

DOS DIREITOS DAS PESSOAS.

§. 198.	Razão de ordem	pag 136
---------	----------------	---------

SECÇÃO 1.ª

DOS PORTUGUEZES E ESTRANGEIROS.

§. 199	Quaes são os Portuguezes?	pag. 136
— 200.	Differença entre portuguez e cidadão portuguez	137

§. 201.	Da perda dos direitos de portuguez	pag. 138
— 202.	Da suspensão dos direitos politicos	139
— 203	Direitos dos estrangeiros	<i>ib.</i>
— 204.	Da naturalização	141

SECÇÃO 2.ª

DOS DIREITOS DOS CONJUGES.

§. 205.	Razão de ordem	pag. 141
CAP. I DOS ESPONSAES.		
— 206	Definição e fundamento dos esponsaes	142
— 207.	Pessoas, que os podem contrahir	143
— 208.	Suas solemnidades essenciaes	144
— 209.	Acção dos esponsaes	<i>ib.</i>
— 210.	Sua dissolução	145
— 211.	Retractação dos esposados	<i>ib.</i>
— 212.	Effeitos da retractação e dissolução	146
CAP. II. DO MATRIMONIO.		
— 213	Definição de matrimonio, e sua natureza	147
— 214.	Pessoas, que o não podem contrahir	<i>ib.</i>
— 215	Dos impedidos a) por impossibilidade physica	148
— 216.	b) Pela repugnancia e pejo natural	<i>ib.</i>
— 217.	c) Por motivos civis ou religiosos	149
— 218	d) Em pena	<i>ib.</i>
— 219	Dispensa dos impedimentos	150
— 220	Solemnidades essenciaes do matrimonio	<i>ib.</i>
— 221	Solemnidades não essenciaes a) proclamas	151
— 222	b) Consentimento dos superiores	152
— 223.	Supprimento do consentimento paterno	<i>ib.</i>

§. 224. Efeitos civis do matrimonio	pag. 153
— 225. Do matrimonio putativo	<i>ib.</i>
— 226. Como se prova o matrimonio?	154
— 227. Da acção de nullidade do matrimonio	<i>ib.</i>
CAP. III DIREITOS E OBRIGAÇÕES ENTRE OS CONJUGES	
— 228. Natureza destes direitos	155
— 229. Direitos communs	156
— 230. Direitos especiaes : 1.º em quanto ás pessoas	<i>ib.</i>
— 231. 2.º Em quanto aos bens : a) administração	157
— 232. b) Alienação : aa) dos moveis	<i>ib.</i>
— 233. bb) Dos de raiz	158
— 234. Efeitos da falta do consentimento da mulher	159
— 235. Direitos da mulher : a) em quanto aos bens	160
— 236. b) Em quanto aos negocios judiciais	<i>ib.</i>
CAP. IV. DA SEPARAÇÃO DOS CONJUGES.	
— 237. Quando tem logar a separação?	161
— 238. Acção da separação	162
— 239. Seus effeitos	163
— 240. Da simples separação de bens	<i>ib.</i>
CAP. V. DA COMMUNIÃO LEGAL DOS BENS ENTRE OS CONJUGES.	
— 241. O que seja communião legal? seu fundamento e effeitos	164
— 242. Quando começa a communião legal?	165
— 243. Quaes bens se communicam?	<i>ib.</i>
— 244. Bens, que se não communicam : a) pela sua natureza	166
— 245. b) Por outras causas	<i>ib.</i>
— 246. c) Em quanto ás dividas anteriores ao matrimonio	167

§. 247 d) Em quanto ás contrahidas na constancia do matrimonio	pag. 169
— 248. Administração dos bens communs	170
— 249. Dissolução da communião	<i>ib.</i>
— 250. Partilhas da communião	171
— 251. Contribuição para as dividas	172
— 252. Renuncia da communião	173
— 253. Efeitos desta	<i>ib.</i>
— 254. Em quanto ao matrimonio putativo	174
CAP. VI. DOS CONTRACTOS MATRIMONIAES.	
— 255. Natureza destes contractos	175
— 256. Solemnidades destes contractos	176
— 257. Da exclusão da communião	177
— 258. Efeitos desta clausula	178
— 259. Da clausula da separação de bens	<i>ib.</i>
— 260. Da clausula do usufructo	179
— 261. Da clausula de reversão	<i>ib.</i>
CAP. VII. DA COMMUNIÃO DOS ADQUIRIDOS.	
— 262. Quando se dá a communião dos adquiridos?	180
— 263. Quaes bens se computam dos adquiridos?	181
— 264. Quaes se não computam?	182
— 265. Quando cessa a communião dos adquiridos?	183
— 266. Partilhas da mesma	184
CAP. VIII. DOS DOTES.	
— 267. Definição de dote e bens dotaes	<i>ib.</i>
— 268. Constituição do dote : a) em quanto ás solemnidades	185
— 269. b) Em quanto ao modo	186
— 270. Objecto do dote	187
— 271. Obrigações dos dotadores	<i>ib.</i>
— 272. Direitos do marido sobre o dote	188
— 273. Favores do dote: I. inalienabilidade dos bens de raiz.	189
— 274. Casos, em que se podem alienar	190

§ 275.	II. Hypotheca sobre os bens do marido	pag. 190
— 276.	Restituição do dote: a) em quanto ao tempo	191
— 277.	b) Em quanto ao modo	ib.
— 278.	c) Em quanto aos fructos	192
— 279.	d) Em quanto ás beneficentorias	193
— 280.	Dos bens paraphernaes	ib.
— 281.	Clausulas dotaes	194
CAP. IX. DAS ARRHAS, E APANAGIOS.		
— 282.	Noção de arrhas	195
— 283.	Seus requisitos	ib.
— 284.	Noção de apanagios	196
— 285.	Quando se devem os apanagios legaes?	ib.
— 286.	Como se processam?	ib.
— 287.	Dos alfinetes	197

SECÇÃO 3^a

DOS PAES E DOS FILHOS.

§. 288.	Razão de ordem	pag. 197
CAP. I. DA PATERNIDADE E FILIAÇÃO LEGITIMA.		
— 289.	O que seja? e seu fundamento	199
— 290.	Presumpção das leis a este respeito	ib.
— 291.	Quando póde ser elidida?	200
— 292.	Da paternidade no caso de segundas nupcias	ib.
— 293.	Provas da filiação legitima	201
CAP. II. DA PATERNIDADE DOS FILHOS ILLEGITIMOS.		
— 294.	Modos, por que se verifica	202
— 295.	I Da legitimação <i>per subsequens matrimonium</i>	ib.

§. 296.	A quaes filhos aproveita	pag. 203
— 297.	II Da perfilhação solemne	ib.
— 298.	Sua fórma	204
— 299.	Seus effeitos	205
— 300.	III. Da acção de filiação	ib.
— 301.	Da maternidade	207
CAP. III DO PODER PATERNAL		
— 302.	Definição e fundamento deste poder	ib.
— 303.	A quem compete, e sobre quaes filhos?	208
— 304.	Direitos dos paes: I. Em quanto ás pessoas dos filhos	209
— 305.	II. Em quanto aos bens: a) usufructo	ib.
— 306.	b) Administração	210
— 307.	c) Em quanto aos bens livres do filho	211
— 308.	III Em quanto aos actos licitos	212
— 309.	IV. Em quanto aos actos illicitos	213
— 310.	Direitos e obrigações das mães	ib.
— 311.	Obrigações dos filhos para com seus paes	214
— 312.	Cessação do poder paternal	ib.
CAP. IV. DA EMANCIPAÇÃO.		
— 313.	O que seja emancipação?	215
— 314.	Da emancipação legal	ib.
— 315.	Da solemne	ib.
— 316.	Effeitos da emancipação	217

SECÇÃO 4^a

DOS DIREITOS DOS PARENTES.

§. 317.	Fundamento dos direitos dos parentes	pag. 217
CAP. I. DOS ALIMENTOS		
— 318.	Regra geral sobre os alimentos dos parentes	218

§. 319. O que sejam alimentos	pag	219
— 320. Alimentos I. aos filhos: a) na constancia do matrimonio	<i>ib.</i>	
— 321. b) Dissolvido o matrimonio	<i>ib.</i>	
— 322. Direito da mãe de pedir as despesas feitas com os filhos		220
— 323. Obrigações dos paes de dar um estabelecimento aos filhos	<i>ib.</i>	
— 324. c) Alimentos aos outros descendentes		221
— 325. d) Aos illegitimos		222
— 326. II. Aos ascendentes	<i>ib.</i>	
— 327. III. Aos irmãos e collateraes		223
— 328. Cessação dos alimentos: a) por diferentes causas	<i>ib.</i>	
— 329. b) Em pena		224
— 330. Taxa dos alimentos		225
— 331. Dos alimentos provisionaes	<i>ib.</i>	
— 332. Seu processo		226
CAP. II. DA SUCCESSÃO LEGITIMA.		
— 333. Noção de successão, e suas especies		227
— 334. Fundamento da successão legitima	<i>ib.</i>	
— 335. Ordem da successão		228
— 336. Da representação		229
— 337. Modo de succeder		230
— 338. I. Successão dos descendentes: a) legitimos	<i>ib.</i>	
— 339. b) Dos naturaes		231
— 340. c) Dos espurios aa) em geral		232
— 341. bb) Dos espurios perfilhados		233
— 342. II. Successão dos ascendentes		234
— 343. III. Successão dos collateraes		235
— 344. Parentes excluidos da successão		236
— 345. IV. Successão dos conjuges		237
— 346. V. Successão do Thesouro, ou herança vaga	<i>ib.</i>	

CAP. III. DOS HERDEIROS NECESSARIOS.

§. 347. O que sejam herdeiros necessarios?	pag.	238
— 348. Fundamento da legitima		239
— 349. Qual seja a legitima, e a terça?		240
— 350. Computação especial no caso de collações	<i>ib.</i>	
— 351. Inviolabilidade da legitima		241
— 352. Satisfacção da legitima a) em geral	<i>ib.</i>	
— 353. b) No caso de doações inofficiosas		242
— 354. Da desherdação		243
— 355. Causas justas da desherdação: a) dos descendentes		244
— 356. b) Dos ascendentes		245

SECÇÃO 5.ª

DOS MENORES E INTERDICTOS.

§. 357. Transição	pag.	246
CAP. I. DA TUTELA DOS MENORES.		
— 358. Sua definição, fundamento e divisão	<i>ib.</i>	
— 359. Da tutela: a) testamentaria		247
— 360. b) Da legitima		248
— 361. Particularidades a respeito da tutela da mãe		249
— 362. c) Da dativa	<i>ib.</i>	
— 363. Do conselho de familia: a) sua organização		250
— 364. b) Sua reunião	<i>ib.</i>	
— 365. c) Suas resoluções		251
— 366. d) Funcções do Conselho: aa) em quanto ao pessoal		252
— 367. bb) Em quanto ao material da tutela		253

§. 368. Do sub-tutor	pag. 253
— 369. Pessoas incapazes de ser tutores	254
— 370. Pessoas, que podem excusar-se	255
— 371. Allegação da excusa	<i>ib.</i>
— 372. Exclusão e remoção do tutor	256
— 373. Funções do tutor: a) em quanto á pessoa do pupillo	<i>ib.</i>
— 374. b) Em quanto aos bens	257
— 375. c) Actos relativos aos bens, que o tutor não pôde practicar	258
— 376. Fim da tutela	259
— 377. Contas do tutor	<i>ib.</i>
— 378. Do curador	260
CAP. II DA TUTELA DOS INTERDICTOS.	
— 379. Noção de interdictos	261
— 380. Processo da interdicção	262
— 381. Termos da tutela dos interdictos	263
— 382. Funções do tutor	<i>ib.</i>
— 383. Fim da tutela dos interdictos	264
— 384. Do conselho judicial	<i>ib.</i>
CAP. III DA RESTITUIÇÃO IN INTEGRUM.	
— 385. Definição e fundamento da restituição	265
— 386. Em que negocios tem logar?	<i>ib.</i>
— 387. Tempo, em que deve implorar-se	266
— 388. Pessoas, a quem aproveita	<i>ib.</i>
— 389. Processo da restituição	267
— 390. Seus effeitos	<i>ib.</i>
— 391. Casos, em que não têm logar	268
— 392. Pessoas equiparadas aos menores para este fim	<i>ib.</i>

SECÇÃO 6.ª

DOS AUSENTES.

§. 393. Quaes sejam os ausentes?	pag. 269
— 394. Curadoria ordinaria dos bens destes	270
— 395. Curadoria provisoria dos parentes	<i>ib.</i>
— 396. Effeitos da sentença, que a defere	271
— 397. Particularidades desta curadoria	272
— 398. Fim da curadoria	273
— 399. Restituição dos rendimentos	274

NOTAS FINAES DO TOMO I.

Nota A ao §. 8. Sobre a não retroactividade das leis	pag. 277
— B ao §. 43. Sobre o subsidio dos codigos modernos na nossa jurisprudencia	280
— C ao §. 70. Sobre a morte civil	286
— D ao §. 100. Sobre o erro de direito	287
— E ao §. 120. Sobre as obrigações indivisiveis	289
— E ao §. 126. Sobre a graduação da culpa	290
— G ao §. 128. Sobre a epocha da mora	
— H ao §. 156. Sobre as cessões usurarias	295
— I ao §. 188. Sobre as escripturas publicas	296
— K ao §. 213. Sobre o matrimonio	298
— L ao §. 219. Sobre as dispensas nos impedimentos do matrimonio	300
— M ao §. 241. Sobre o regimen dos bens matrimoniaes	302

Nota N ao §. 250. Sobre as partilhas dos bens dos conjuges pag	304
— O ao §. 273. Sobre os favores dos bens dotaes	307
— P ao §. 296. Sobre a legitimação <i>per subsequens</i>	310
— Q ao §. 307. Sobre os bens dos filhos-familias	312
— R ao §. 314. Sobre a emancipação dos filhos pela maioridade	314

TOMO II.

LIVRO SEGUNDO.

DOS DIREITOS DAS COUSAS.

§. 400. Razão de ordem	pag. 317
------------------------	----------

SECÇÃO 1.ª

DA PROPRIEDADE EM GERAL.

§. 401. Noção e especies de propriedade	pag. 318
— 402. Da propriedade revogavel	319
— 403. Direitos dos proprietarios	320
— 404. Restricções legaes da propriedade:	
<i>a)</i> em geral	321
— 405. <i>b)</i> Em quanto aos encravados	322
— 406. Da acção de reivindicção	<i>ib.</i>
— 407. Seu objecto	323
— 408. Quando não tem logar?	324

SECÇÃO 2.ª

DOS MODOS DE ADQUIRIR A PROPRIEDADE.

§. 409. O que seja modo de adquirir?	pag. 324
CAP. I. DA OCCUPAÇÃO E INVENÇÃO	
— 410. O que seja occupação? e suas especies	326
— 411. I. Caça	<i>ib.</i>
— 412. II. Pesca	327
— 413. III. Occupação das aguas dos rios publicos	328
— 414. IV. Nascentes, e aguas pluviaes	<i>ib.</i>
— 415. V. Pedreiras e veeiros de metaes	329
— 416. Da invenção	<i>ib.</i>
CAP. II. DA ACCESSÃO.	
— 417. Especies da accessão: 1.ª natural	331
— 418. 2.ª Industrial	332
— 419. Regras: <i>a)</i> sobre a adjudicação das cousas nesta accessão	<i>ib.</i>
— 420. <i>b)</i> Sobre o conhecimento das principaes e accessorias	333
— 421. <i>c)</i> Em quanto ás construcções	<i>ib.</i>
— 422. <i>d)</i> Em quanto á indemnização	334
— 423. 3.ª Mixta	<i>ib.</i>
CAP. III. DA ADQUISICÃO DAS HERANÇAS.	
— 424. Transmissão das heranças	335
— 425. Modo da transmissão	336
— 426. Da adição e renuncia	<i>ib.</i>
— 427. Seus efeitos	337
— 428. Pessoas, a quem compete	338
— 429. Tempo, em que deve practicar-se	339
— 430. Do beneficio de inventario	<i>ib.</i>
— 431. Fórmula, por que deve ser feito o inventario	340
— 432. Efeitos do beneficio de inventario	341

SECÇÃO 3.ª

DA POSSE E PRESCRIÇÃO.

§. 433. Razão de ordem	pag. 341
CAP. I. DA POSSE.	
— 434. O que seja posse?	343
— 435. Classificação da posse: 1.º natural e civil	<i>ib.</i>
— 436. 2.º Justa e injusta	344
— 437. De boa e de má fé	345
— 438. Regras sobre a posse de boa e de má fé	<i>ib.</i>
— 439. Adquirição da posse	346
— 440. Apprehensão, ou tomada: a) da posse	347
— 441. b) Da quasi posse	348
— 442. c) Da judicial e extrajudicial	<i>ib.</i>
— 443. Conservação da posse	349
— 444. Perda da posse	<i>ib.</i>
— 445. Posse ficta	350
— 446. Da compossessão	351
CAP. II. DOS DIREITOS RESULTANTES DA POSSE	
— 447. Direitos dos possuidores: I. em geral	<i>ib.</i>
— 448. II. Em quanto aos fructos e rendimentos	352
— 449. III. Em quanto ás bemfeitorias e deteriorações	353
— 450. IV. Em quanto ás acções	354
— 451. a) Acção para pedir a posse (<i>adipiscendae</i>)	<i>ib.</i>
— 452. b) Acção ou interdicto <i>retinendae</i>	356
— 453. c) Acção ou interdicto <i>recuperandae</i>	357

CAP. III. DA PRESCRIÇÃO.

§. 454. Noção de prescrição e suas especies.	pag. 357
— 455. Seu fundamento	358
— 456. Requisitos geraes da prescrição: a) em quanto ao objecto	<i>ib.</i>
— 457. b) Em quanto ao seu começo	359
— 458. c) Em quanto á sua continuação	360
— 459. d) Em quanto á boa fé	361
— 460. Requisitos especiaes da acquisitiva: I. posse titulada	362
— 461. II. Publica e não equivocca	363
— 462. III Pelo espaço de tempo marcado nas leis: a) ordinaria	364
— 463. b) De trinta annos	365
— 464. c) De quarenta annos	366
— 465. Requisitos especiaes da extinctiva	<i>ib.</i>

SECÇÃO 4.ª

DA PROPRIEDADE COMMUM.

§. 466. Razão de ordem	pag. 368
CAP. I. DA PROPRIEDADE COMMUM DE UMA COUSA.	
— 467. Direitos dos comproprietarios: I. em geral	<i>ib.</i>
— 468. II. Em quanto á administração	369
— 469. III Divisão a) da coisa commum	370
— 470. b) Das aguas	371
— 471. c) Dos baldios e maninhos	<i>ib.</i>
— 472. d) Demarcações	372
CAP. II. DA ADMINISTRAÇÃO DAS HERANÇAS.	
— 473. Connexão	<i>ib.</i>

§. 474. Do cabeça de casal	pag. 373
— 475. Seus direitos e obrigações	374
CAP. III. PREPARATORIOS DAS PARTILHAS.	
— 476. I. Do inventario	375
— 477. II. Da avaliação	376
— 478. III. Da collação	<i>ib.</i>
— 479. Em que herdeiros tem logar?	377
— 480. Quaes bens devem vir á collação?	<i>ib.</i>
— 481. Quaes são exceptuados?	378
— 482. Da collação dos prazos	379
— 483. Como devam conferir-se os bens?	380
— 484. IV. Da licitação	381
— 485. Em que termos tem logar?	<i>ib.</i>
CAP. IV. DAS PARTILHAS.	
— 486. O que sejam?	383
— 487. Modos, por que podem ser feitas	<i>ib.</i>
— 488. Do processo das judiciaes	384
— 489. Separação dos bens para os crédores	385
— 490. Divisão entre os coherdeiros	386
— 491. Effeitos das partilhas	<i>ib.</i>
— 492. Da garantia dos lotes	387
— 493. Em que casos tem logar?	388
— 494. Rescisão das partilhas	<i>ib.</i>
— 495. Supplemto ou emenda das partilhas	389
— 496. Acção de sonogados	<i>ib.</i>

SECÇÃO 5.ª

DOS BENS VINCULADOS.

§. 497. Razão de ordem	pag. 390
CAP. I. DOS MORGADOS, SUA INSTITUIÇÃO E ABOLIÇÃO.	
— 498. O que seja morgado?	391
	§.

§. 499. Seu principio justificativo	pag. 391
— 500. Da instituição e seus requisitos:	
a) em quanto á fórma	392
— 501. b) Em quanto ás pessoas	393
— 502. c) Em quanto aos bens	<i>ib.</i>
— 503. d) Em quanto ás clausulas ou encargos	394
— 504. Provas das antigas instituições	396
— 505. Abolição dos morgados	<i>ib.</i>
— 506. Pessoas, a quem compete, sua fórma e effeitos	397
CAP. II. DA SUCCESSÃO DOS MORGADOS.	
— 507. I. Da successão dos descendentes	398
— 508. II. Da successão dos transversaes:	
a) em geral	399
— 509. b) No caso de descenderem do instituidor	400
— 510. c) No caso de não descenderem:	
aa) se existem sobrinhos do ultimo administrador	401
— 511. bb) Se não restam irmãos, nem sobrinhos	403
— 512. Successão dos instituidos por dois conjuges	404
— 513. Pessoas excluidas da successão	<i>ib.</i>
— 514. III. Successão na falta dos transversaes	405
— 515. Denuncias dos vinculos	<i>ib.</i>
CAP. III DOS DIREITOS DOS ADMINISTRADORES DOS VINCULOS.	
— 516. Quaes sejam estes direitos?	406
— 517. Alienações permittidas: I aforamentos	<i>ib.</i>
— 518. II Locação ou arrendamento	407
— 519. III. Trocas, transacções e hypothecas	<i>ib.</i>
— 520. IV. Prescripção	408

§. 521. Direitos do successor: 1.º em quanto ás dividas do antecessor	pag. 409
— 522. 2.º Em quanto ás deteriorações e bemfeitorias	<i>ib.</i>
— 523. 3.º Em quanto aos fructos	410
CAP. IV. DAS CAPELLAS.	
— 524. O que seja capella?	411
— 525. Principios geraes á respeito dellas	412
— 526. Das capellas: a) administradas por corporações	<i>ib.</i>
— 527. b) Administradas por particulares	413
— 528. aa) Vinculadas	<i>ib.</i>
— 529. bb) Não vinculadas	<i>ib.</i>
— 530. Reducção dos encargos	414

SECÇÃO 6.ª

DOS BENS EMPHYTEUTICOS.

§. 531. Razão de ordem	pag. 415
CAP. I. DA EMPHYTEUSE.	
— 532. Noção de emphyteuse	<i>ib.</i>
— 533. Natureza deste contracto	416
— 534. Classificação da emphyteuse: a) em quanto á duração	417
— 535. b) Em quanto á fórma da successão	<i>ib.</i>
— 536. Pessoas, que podem dar de aforamento	419
— 537. Pessoas, que podem receber de aforamento	<i>ib.</i>
— 538. Bens, que podem ser aforados	420
— 539. Solemnidades, e prova deste contracto	421
— 540. Extincção da emphyteuse	<i>ib.</i>
CAP. II. DOS DIREITOS DOS SENHORIOS.	
— 541. I. Do canon ou foro	422

§. 542. Considerado a) em quanto á qualidade	pag. 422
— 543. b) Em quanto á quantidade	423
— 544. c) Em quanto ao tempo e logar da solução	424
— 545. d) No caso de se dividir o prazo	<i>ib.</i>
— 546. Excusa da solução	425
— 547. Das luctuosas	426
— 548. Privilegio do senhorio para a recepção	427
— 549. II Direito de opção	<i>ib.</i>
— 550. Quando tem logar?	428
— 551. Em que termos?	429
— 552. III Laudemio	<i>ib.</i>
— 553. Quando se deve, e por quem?	430
— 554. IV. Direito de consolidação	431
— 555. a) No caso de falta de successor ou caducidade	<i>ib.</i>
— 556. b) No de culpa do foreiro, ou commisso	432
— 557. Da acção de commisso	433
— 558. Reposição das bemfeitorias	434
CAP. III. DIREITOS DOS FOREIROS.	
— 559. I Direito de usar livremente	435
— 560. II. Direito de alienação	<i>ib.</i>
— 561. III Direito de subemprazar	436
— 562. IV. Direito de nomear	437
— 563. Quem póde ser nomeado?	438
— 564. Fórma da nomeação	439
— 565. Como póde revogar-se?	440
— 566. Quando se annulla, ou rescinde?	441
— 567. V. Direito de pedir a renovação	<i>ib.</i>
— 568. A quem compete?	442
— 569. Quando?	443
— 570. Fórma da renovação	444
— 571. Acção para a renovação	445
CAP. IV. DA SUCCESSÃO LEGAL DOS PRAZOS.	

§. 572. Quando tem lugar esta successão ?	pag. 446
— 573. Seu fundamento	447
— 574. Successão dos prazos fateusins	448
— 575. Successão dos de vidas	449
— 576. a) Na ordem dos descendentes	<i>ib.</i>
— 577. b) Na ordem dos ascendentes	450
— 578. c) Na ordem dos collateraes	451
— 579. Excepções destas regras de successão	452
CAP. V. DIREITOS E OBRIGAÇÕES DO SUCCESSOR	
— 580. Em quanto ao preço e bemfeitorias a) effectuadas fóra do matrimonio	453
— 581. b) Effectuadas na constancia do matrimonio	454
— 582. Em quanto ás dividas e fructos	455
CAP. VI. DOS CENSOS	
— 583. O que seja censo ?	456
— 584. Sua principal classificação	457
— 585. Natureza e requisitos do censo consignativo	458
— 586. Direitos em geral do censuista e do censuario	<i>ib.</i>

SECÇÃO 7.ª

DAS SERVIDÕES.

§. 587. Noção de servidão	pag. 459
— 588. Sua natureza	460
— 589. Sua classificação	462
— 590. Origem das servidões: I. a natureza	463
— 591. II. A disposição das leis: a) em quanto a obras e expropriações de prédios rusticos	464

§. 592. b) Em quanto a excavações	pag. 464
— 593. c) Em quanto ás plantações	465
— 594. d) Em quanto aos edificios	466
— 595. e) Em quanto aos muros e paredes meias; aa) construcção	467
— 596. bb) Uso das paredes meias	468
— 597. III Sentença do Juiz	469
— 598. IV. Disposição do proprietario	<i>ib.</i>
— 599. V. Prescripção	470
— 600. Por quem se adquirem, ou conservam	471
— 601. Direitos e obrigações reciprocas, que resultam da servidão	472
— 602. Extincção das servidões	473
— 603. Acções competentes: a) em geral	474
— 604. b) Do embargo ou nunciação de nova obra	<i>ib.</i>
— 605. Quando tem lugar ?	475
— 606. Processo desta acção ?	<i>ib.</i>

SECÇÃO 8.ª

DO USUFRUCTO.

§. 607. O que seja usufructo ?	pag. 476
— 608. Objecto deste direito	477
— 609. Como se constitue ?	<i>ib.</i>
— 610. Fundamento dos direitos entre o usufructuario e o proprietario	478
— 611. Prestação da caução	<i>ib.</i>
— 612. Direitos e obrigações do usufructuario: I em quanto aos fructos	479
— 613. II Em quanto ás arvores	480
— 614. III. Em quanto aos tributos e encargos	481

§. 615.	IV. Em quanto aos reparos e bemfeitorias	pag. 482
— 616.	V. Em quanto ás dividas	483
— 617.	VI. Em quanto ao usufructo dos capitaes	484
— 618.	VII. Em quanto aos litigios	485
— 619.	Exercicio do usufructo	<i>ib.</i>
— 620.	Sua extincção	486
— 621.	Restituição dos bens usufruidos	487
— 622.	Do uso e habitação	<i>ib.</i>
— 623.	Direitos e obrigações do usuario	488

SECÇÃO 9.ª

DO PENHOR E HYPOTHECA.

§. 624.	Razão de ordem	pag. 488
— 625.	Noção de penhor em geral, e suas especies	489
CAP. I DO PENHOR PROPRIAMENTE DITO.		
— 626.	Sua noção e caracteres	490
— 627.	Quaes bens podem ser empenhados?	491
— 628.	Direitos e obrigações do crédor;	
	a) em quanto á conservação	492
— 629.	b) Em quanto á entrega	<i>ib.</i>
— 630.	Direitos do devedor, em quanto á coisa empenhada	493
— 631.	Venda do penhor	494
— 632.	Sua extincção	495
CAP. II. DA HYPOTHECA		
— 633.	O que seja?	496
— 634.	Sobre quaes bens póde impor-se?	<i>ib.</i>
— 635.	Sua classificação	498
— 636.	I. Da hypotheca convencional	<i>ib.</i>
— 637.	Suas solemnidades	499
— 638.	II Da hypotheca legal	500
— 639.	a) Das legaes privilegiadas	<i>ib.</i>

§. 640.	b) Das legaes simples	pag. 502
— 641.	III. Da hypotheca judicial	503
— 642.	Effeitos da hypotheca : a) em quanto ao devedor e seus herdeiros	504
— 643.	b) Em quanto a terceiros	<i>ib.</i>
— 644.	Da extincção da hypotheca.	505
CAP. III DO REGISTO DAS HYPOTHECAS		
— 645.	Do registo, e suas vantagens	506
— 646.	Quaes hypothecas devem ser registadas?	507
— 647.	Titulo competente para se tomar o registo	<i>ib.</i>
— 648.	Modo, por que deve ser tomado	509
— 649.	Logar e tempo, em que deve ser feito	510
— 650.	Em quanto ás hypothecas anteriores á installação do registo	511
— 651.	Effeitos do registo	512
— 652.	A quem compete promovê-lo?	<i>ib.</i>
CAP. IV. DAS PREFERENCIAS.		
— 653.	O que sejam, e quando têm logar?	514
— 654.	Classes e graduação dos crédores	<i>ib.</i>
— 655.	I. Crédores em razão do dominio	515
— 656.	II. Privilegiados a) sobre todos os bens do devedor	<i>ib.</i>
— 657.	b) Sobre certos moveis	517
— 658.	Sobre certos immoveis	518
— 659.	III. Hypothecarios simples	519
— 660.	IV. Chirographarios	520
— 661.	V. Crédores de rateio	<i>ib.</i>
— 662.	Concurso dos crédores	521
— 663.	Do beneficio da separação	522
CAP. V. PRIVILEGIOS E HYPOTHECAS DO THESOURO		
— 664.	Favor concedido ao Thesouro	523
— 665.	I. Em quanto aos impostos	524
— 666.	II. Em quanto ás dividas dos contractadores e empregados	525

§. 667. III. Em quanto ás custas judi-
ciaes pag. 526

CAP. VI. DA ANTICHRESE.

— 668 O que seja? *ib.*
— 669 Direitos do crédor antichretico *ib.*
— 670. Obrigações do mesmo 527

LIVRO TERCEIRO

**DOS DIREITOS, EM QUANTO AOS ACTOS
JURIDICOS.**

§ 671 Razão de ordem pag. 529

SECÇÃO 1ª

DAS DISPOSIÇÕES DE ULTIMA VONTADE

§ 672 Divisão dos actos de ultima von-
tade pag. 530

CAP. I. DOS TESTAMENTOS.

— 673 Definição e natureza dos testamen-
tos *ib.*
— 674. Seu principio justificativo 531
— 675. Pessoas intestaveis: a) por incapa-
cidade natural *ib.*
— 676. b) Civilmente 532
— 677. Dos testamentos em quanto á fór-
ma externa 533
— 678 I. Ordinarios: a) testamento pu-
blico 534
— 679. b) Cerrado ou mystico *ib.*
— 680 c) Aberto feito por escripto par-
ticular 536
— 681. Publicação ou redução deste
testamento *ib.*
— 682. II Privilegiados: a) nuncupativo 537

§. 683. Sua redução pag. 538

— 684. b) Militar *ib.*

— 685 c) Maritimo 539

— 686 Qualidades, que devem ter as te-
stemunhas 541

CAP. II DA DISPOSIÇÃO DOS BENS.

— 687. I. Em quanto ás pessoas: noção de
herdeiro e legatario *ib.*

— 688. Especies de legatarios 542

— 689. Pessoas incapazes de ser nomea-
das: a) absolutamente *ib.*

— 690 b) Relativamente 644

— 691. II. Da disposição e distribuição dos
bens: a) havendo herdeiros ne-
cessarios 545

— 692. b) Havendo irmãos *ib.*

— 693. c) Em quanto á distribuição em
geral 546

— 694. aa) Entre os herdeiros nomeados 548

— 695. bb) Quando concorrem com lega-
tarios 549

— 696 cc) Relativamente á solução dos
encargos e legados particulares 550

— 697. dd) Do direito de accrescer *ib.*

— 698. III. Em quanto á modalidade:
1.º disposição pura 551

— 699 2.º Condicional: a) sob condição
impossivel *ib.*

— 700. b) Effeitos da condição 552

— 701. 3.º A certo termo 553

— 702. 4.º Para certo fim, ou modo *ib.*

— 703. 5.º Por certa causa 554

CAP. III. DOS LEGADOS PARTICULARES.

— 704 Regras geraes sobre os legados *ib.*

— 705. Objecto dos legados particulares 555

— 706. Do legado do crédito ou obrigação 556

— 707. Do legado da divida do proprio le-
gatario 557

§. 708. Do legado de opção ou quantidade	pag. 557
— 709 Do legado de rendas annuaes, ou usufructo	558
— 710. Do vencimento do legado	559
— 711. Direitos e obrigações geraes do legatario	560
— 712. Privação dos legados	561
CAP. IV. DAS SUBSTITUIÇÕES.	
— 713. Noção e divisão mais geral de substituição	562
— 714. I. Da directa: a) vulgar	563
— 715. b) Pupillar	<i>ib.</i>
— 716. c) Exemplar	564
— 717. d) Reciproca	<i>ib.</i>
— 718. II. Da fideicommissaria	<i>ib.</i>
— 719. Extincção do fideicommisso	565
CAP. V. DA EXECUÇÃO DOS TESTAMENTOS.	
— 720. Do testamenteiro	566
— 721. Suas funcções: a) em geral	567
— 722. b) Quando lhe foi encarregada a administração da herança	568
— 723. Das contas	<i>ib.</i>
CAP. VI. DA REVOGAÇÃO DOS TESTAMENTOS.	
— 724. Da revogação: I. por mudança de vontade	569
— 725. II. Por defeito do herdeiro ou legatario	571
— 726. III Em pena	572
CAP. VII. DOS TESTAMENTOS DE MÃO COMMUM	
— 727 O que seja testamento de mão commum?	573
— 728 Como se revogam?	574
CAP. VIII DOS CODICILLOS.	
— 729. Noção e solemnidades do codicillo	575

CAP. IX. DOS PACTOS SUCCESSORIOS.

§. 730. Noção de pactos successorios	pag. 577
— 731. Quando são válidos?	<i>ib.</i>

SECÇÃO 2.^a**DOS CONTRACTOS EM GERAL, E DAS TRANSACÇÕES.**

§. 732. Razão de ordem	pag. 578
CAP. I DOS CONTRACTOS EM GERAL.	
— 733. Noção de contracto	<i>ib.</i>
— 734. Sua classificação	579
— 735. Da fórma interna dos contractos	581
— 736. Efeitos do consentimento viciado	<i>ib.</i>
— 737. Da lesão	582
— 738. Da fórma externa	583
— 739. Das penas convencionaes	584
— 740. Do signal	585
— 741. Efeitos dos contractos	586
— 742. Garantias dos contractos	<i>ib.</i>
— 743. Quando não tem logar a garantia?	587
CAP. II. DAS TRANSACÇÕES	
— 744. O que seja transacção?	588
— 745. Quem pode transigir?	<i>ib.</i>
— 746. Objecto da transacção	589
— 747. Casos especiaes, em que póde rescindir-se	590
— 748. Efeitos da transacção	591

SECÇÃO 3.^a**DOS CONTRACTOS GRATUITOS.**

§. 749. Quaes sejam os contractos gratuitos?	pag. 592
CAP. I. DAS DOAÇÕES.	

§. 750. Noção de doação e sua natureza pag.	592
— 751. Sua divisão mais geral	594
— 752. Que pessoas podem doar, e a quem?	595
— 753. Quaes bens podem ser doados?	<i>ib.</i>
— 754. Forma externa	596
— 755. Da insinuação	<i>ib.</i>
— 756. Seu processo	597
— 757. Em quaes doações se requer?	598
— 758. Quaes são dispensadas?	<i>ib.</i>
— 759. Revogação das doações : 1.º pela inexecução da condição, ou clau- sula de reversão	599
— 760. 2.º Por ingratição	<i>ib.</i>
— 761. 3.º Pela superveniencia de filhos	600
— 762. 4.º Por inofficiosidade	601
— 763. Das doações <i>causa mortis</i>	<i>ib.</i>
— 764. Das doações para casamento: a) em geral	602
— 765. b) Em quanto á forma	603
— 766. c) Effeitos desta doação, sendo <i>causa mortis</i>	<i>ib.</i>
— 767. Das doações entre os esposos para casamento	604
— 768. Das doações entre marido e mu- lher	605
CAP. II. DO EMPRESTIMO	
— 769. O que seja emprestimo?	<i>ib.</i>
— 770. I Do <i>commodato</i>	<i>ib.</i>
— 771. Obrigações do commodatario: a) em quanto á restituição	606
— 772. b) Em quanto á conservação da coisa	<i>ib.</i>
— 773. Obrigações do commodante	607
— 774. II Do <i>mutuo</i>	<i>ib.</i>
— 775. Obrigações do mutuario e mu- tuante	608
— 776. Particularidades em quanto á pro- va deste contracto	<i>ib.</i>

— 777. Do emprestimo de dinheiro pag.	609
— 778. Quando é feito a filhos-familias	<i>ib.</i>
— 779. Dos juros: a) em geral	610
— 780. b) Em quanto ao modo	611
— 781. Do pagamento no emprestimo de dinheiro, em quanto á especie de moéda	612
CAP. III DO DEPOSITO	
— 782. O que seja deposito em geral	613
— 783. Definição e natureza do deposito propriamente dito	614
— 784. Pessoas, que o podem contrahir	<i>ib.</i>
— 785. Obrigações do depositario: a) em quanto á guarda	615
— 786. b) Em quanto á entrega	<i>ib.</i>
— 787. Obrigações do deponente	616
— 788. Do deposito necessario	617
— 789. Do sequestro	<i>ib.</i>
— 790. Suas especies	618
— 791. Obrigações do depositario judicial	<i>ib.</i>
CAP. IV. DO MANDATO.	
— 792. O que seja mandato?	619
— 793. Natureza deste contracto	620
— 794. Seu objecto	<i>ib.</i>
— 795. Sua forma	621
— 796. Obrigações do mandatario	<i>ib.</i>
— 797. Obrigações do mandante, ou con- stituente	623
— 798. Como acaba o mandato?	624
— 799. Do procurador <i>in rem propriam</i>	625
CAP. V. DA NEGOTIORUM-GESTÃO	
— 800. O que seja negotiorum-gestão?	<i>ib.</i>
— 801. Obrigações do gestor	626
— 802. Obrigações do dono dos negocios	<i>ib.</i>

SECÇÃO 4.ª

DOS CONTRACTOS ONEROSOS.

§. 803. Razão de ordem	pag. 627
CAP. I. DA COMPRA E VENDA.	
— 804. O que seja compra e venda?	<i>ib.</i>
— 805. Pessoas, que não podem vender	628
— 806. Pessoas, que não podem comprar	629
— 807. Quaes cousas podem ser objecto deste contracto?	<i>ib.</i>
— 808. Do preço	630
— 809. Obrigações do vendedor: I. em quanto á entrega	631
— 810. II. Em quanto á garantia	632
— 811. a) Da prestação da evicção	633
— 812. O que deva prestar-se?	<i>ib.</i>
— 813. Da autoria	634
— 814. Quando cessa a prestação?	635
— 815. b) Dos vicios redhibitorios	636
— 816. Da acção de redhibição	<i>ib.</i>
— 817. Obrigações do comprador	637
— 818. Effeitos da venda a) pura	638
— 819. b) Da condicional	639
— 820. c) Clausula da addicção <i>in diem</i>	640
— 821. d) Clausula da lei commissoria	<i>ib.</i>
— 822. e) Clausula <i>de retrovendendo</i>	641
— 823. Direitos do vendedor na venda a <i>retro</i>	642
— 824. f) Da clausula <i>a contento</i>	<i>ib.</i>
— 825. g) Da clausula estimatoria	643
— 826. Da venda da herança	644
— 827. Da venda judicial	645
CAP. II. DA PERMUTAÇÃO.	
— 828. O que seja?	646
— 829. Direitos e obrigações dos permu- tantes	<i>ib.</i>

CAP. III. DA LOCAÇÃO-CONDUÇÃO.

§. 830. O que seja? e suas especies	pag. 647
— 831. I. Do arrendamento e aluguel	<i>ib.</i>
— 832. Pessoas, que podem dar ou accei- tar de arrendamento	648
— 833. Da renda	<i>ib.</i>
— 834. Obrigações do locador: a) em quan- to á entrega e conservação	649
— 835. b) Em quanto á garantia	650
— 836. Obrigações do conductor: a) em quanto ao uso	651
— 837. b) Em quanto á restituição.	<i>ib.</i>
— 838. c) Em quanto ao pagamento do aluguel	652
— 839. Fim do arrendamento: a) pela na- tureza do contracto	653
— 840. b) Por outras causas	<i>ib.</i>
— 841. Particularidades dos arrendamen- tos de casas: a) em quanto ao espaço da locação	656
— 842. b) Em quanto ao despejo e re- sponsabilidade	<i>ib.</i>
— 843. Particularidades do arrendamento dos predios frugiferos: a) em quanto ao uso	657
— 844. b) Em quanto ao termo do arren- damento	658
— 845. c) Em quanto ao pagamento	<i>ib.</i>
— 846. d) Arrendamentos de parceria	659
— 847. e) Favores dos colonos das herda- des do Alemtéjo	660
— 848. Arrendamentos de foros, rendas ou prestações	<i>ib.</i>
— 849. Contracto de animaes a ganho	661
— 850. II. Da locação de obras	662
— 851. Dos recoveiros	663
— 852. Direitos e obrigações dos emprei- teiros	664

§. 853. Direitos e obrigações do dono da encommenda ou obra	pag. 665
— 854. Dos officiaes e jornaleiros	666
— 855. Dos criados	<i>ib.</i>
— 856. Direitos e obrigações dos amos	668
— 857. Quando podem despedir os cria- dos?	<i>ib.</i>
— 858. Direitos e obrigações dos criados	669
— 859. Quando podem estes despedir-se?	670
— 860. Acção de soldadas	671
CAP. IV. DA SOCIEDADE.	
— 861. Definição e essenciaes da socie- dade	<i>ib.</i>
— 862. Sua classificação	672
— 863. Administração da sociedade	673
— 864. Direitos e obrigações dos socios:	
a) em quanto ás entradas	674
— 865. b) Em quanto ao uso dos fundos da sociedade	675
— 866. c) Em quanto ás contas com a sociedade	<i>ib.</i>
— 867. d) Em quanto ás obrigações para com terceiros	676
— 868. Distribuição dos lucros e perdas	<i>ib.</i>
— 869. Dissolução da sociedade: a) por sua natureza	679
— 870. b) Pela renuncia	<i>ib.</i>
— 871. Sociedade tacita entre pessoas da mesma familia	679
— 872. Partilha dos fructos ao tempo da dissolução desta sociedade	680

SECÇÃO 5.ª

DOS CONTRACTOS ALEATORIOS.

§. 873. O que sejam contractos aleatorios	pag. 681
§.	

§. 874. Do jogo, apostas, e loterias	pag. 681
— 875. Se destes resulta acção?	682
— 876. Da renda vitalicia	<i>ib.</i>
— 877. Natureza deste contracto	683
— 878. Obrigações resultantes deste con- tracto	<i>ib.</i>

SECÇÃO 6.ª

DOS CONTRACTOS ACCESSORIOS.

§. 879. Quaes sejam os contractos accesso- rios?	pag. 685
— 880. Noção e especies de fiança	<i>ib.</i>
— 881. Sua natureza	<i>ib.</i>
— 882. Pessoas, que podem ser fiadoras	688
— 883. Effeitos da fiança: a) entre o fia- dor e o crédor	687
— 884. b) Entre o fiador e o devedor	688
— 885. Quando póde demandar o devedor antes de ter pago?	<i>ib.</i>
— 886. c) Entre os confiadores	689
— 887. Extincção da fiança	690

NOTAS FINAES DO TOMO II.

Nota S ao §. 454. Sobre a prescripção	pag. 691
— T ao §. 465. Se o devedor póde pre- screver contra o pro- prio titulo?	694
— U ao §. 475. Sobre os direitos do ca- beça de casal	697
— V ao §. 499. Noticia historica dos Morgados	700
— X ao §. 533. Noticia historica da em- phyteuse	703

Nota Y	ao §. 536.	Sobre as formalidades dos aforamentos dos bens dos estabelecimentos publicos pag	710
— Z	ao §. 540	Sobre a prescripção da emphyteuse	712
— AA	ao §. 567.	Sobre a renovação dos prazos de vidas	714
— BB	ao §. 583.	Noticia dos censos	717
— CC	ao §. 585.	Sobre a natureza do censo consignativo	721
— DD	ao §. 633.	Sobre hypothecas, e preferencias	723
— EE	ao §. 645.	Sobre o registo das hypothecas	727
— FF	ao §. 673.	Sobre testamentos	732
— GG	ao §. 697.	Sobre o direito de accrescer	737
— HH	ao §. 731.	Sobre os pactos successorios	739
— II	ao §. 737.	Sobre a lesão nos contractos	743
— KK	ao §. 818.	Sobre a transferencia da propriedade da coisa comprada	745
— LL	ao §. 848.	Sobre a evicção no arrendamento de rendas	749

INTRODUÇÃO.

SECÇÃO 1.ª

DO DIREITO E DAS LEIS EM GERAL.

Noção de Direito.

§. 1. **A** Palavra *Direito* toma-se em diferentes accepções: 1.º pela lei: 2.º pelo complexo de leis: 3.º pela faculdade moral de obrar ou concedida pela lei 4.º pela jurisprudencia. Nesta Introdução emprega-se especialmente na 1.ª e 2.ª accepções

Além destas toma-se tambem em outras accepções, ainda que menos frequentes: como *direitos d'Alfandegas*, isto é, os impostos *obter direito*, isto é, que se lhe faça justiça *dizer de direito*, em contraposição a dizer de facto.

Noção de Lei.

§. 2. *Lei* é a regra estabelecida para as acções dos homens por uma auctoridade, a quem se deve obedecer. A acção conforme com esta regra diz-se *justa*: a que se lhe oppõe, *injusta*. É da essencia da lei 1.ª a *parte dispositiva*, ou a expressão da vontade do legislador: 2.ª a *sanção*, isto é, a pena imposta ao transgressor. Quando em alguma lei civil a sanção não é explicita, sempre se subentende ou a nullidade do acto, ou a *acção judicial*, que compete ao interessado na observancia da lei contra o transgressor.

Classificação mais geral das leis.

§. 3. Podemos considerar as leis em geral em quanto á sua origem, ou em quanto ao seu objecto. Consideradas na primeira relação, ou são *Naturaes*, ou *Positivas*: de que tractaremos na seguinte Secção.

SECÇÃO 2.^a

DAS LEIS CONSIDERADAS EM QUANTO Á SUA ORIGEM.

Leis naturaes, e positivas.

§. 4. *Leis naturaes* dizem-se aquellas, que Deos gravou no coração de todos os homens, que se deduzem immediatamente da sua natureza, e fim, para que foram creados, e se conhecem pela simples luz da razão. O seu complexo, ou systema fórma o que chamamos *Direito Natural*. Todas as outras se chamam *positivas*, e principalmente aquellas, por que os homens se regem no estado social, as quaes formam o *Direito Civil*, ou *Leis Civis* de cada nação.

As leis naturaes têm por auctor a Deos, porém como Deos é tambem auctor da revelação, por isso os interpretes fazem distincção entre *Direito natural*, e *Direito divino positivo*.

1.^a differença entre umas e outras.

§ 5 As leis naturaes, como são fundadas na razão e na natureza do homem, são *immutaveis*. Não podem por tanto variar, quaesquer que sejam as circumstancias dos tempos e dos logares. As *positivas* porém, porque são accom-

modadas aos costumes, character, e mesmo vicios do povo, que devem reger, são necessariamente *variaveis* conforme as circumstancias.

Quando dizemos, que as leis naturaes são *immutaveis*, não queremos dizer, que ellas sejam sempre as mesmas, seja qual for a posição, em que o homem se ache, mas sim, que, dada essa posição, ha de necessariamente dar-se a mesma lei natural. Assim a obrigação do pae — de vigiar pelo bem de seus filhos, é uma lei natural de todos os tempos e de todos os logares — o pleno conhecimento, que devem ter os contraentes, das obrigações, a que se sujeitam, é uma lei da natureza para todos os contractos, e todos os povos. Mas estabelecer a regra geral sobre a idade, em que se presume haver este conhecimento, bem como marcar as solemnidades, com que se deve expressar o consentimento, pertence á lei civil, e póde variar conforme os tempos e os logares.

2.^a differença.

§. 6. As leis *naturaes* são conhecidas pela *razão*: ninguem, que tenha uso desta faculdade, as póde ignorar; estão, para assim dizer, publicadas na consciencia dos individuos. As *positivas* precisam ser publicadas externamente, de modo que cheguem á noticia daquelles, a quem devem obrigar.

Necessidade da publicação nas civis.

§. 7. Daqui se segue I que as *positivas* ou *civis* não obrigam, em quanto não forem legalmente *publicadas*. Em algumas leis a publicação não é expressa; mas presumida em virtude da diuturnidade, practica constante, e assenso dos cidadãos e auctoridades. Estas formam o *Direito consuetudinario*.

Não têm effeito retroactivo.

§. 8. Segue-se II. que não podem ter ef-

feito retroactivo; isto é, não podem ser julgados nulos, ou injustos, os actos contrarios á nova lei, nem os direitos adquiridos antes da sua publicação. *C. Const. art. 145. §. 2* Excepto: a) se na mesma por motivos de utilidade publica expressamente se determinar outra cousa: b) se a lei é interpretativa ou declaratoria, a qual se applica a todos os casos praticados depois da interpretada: menos áquelles, que já estiverem decididos por sentença passada em julgado, ou transacção. *Portug. de donat. P. 2. cap. 10. n. 116. e 118.*

De leis com effeito retroactivo encontra-se exemplo no *Alf. de 3 de Nov de 1757.* e *Lei de 25 de Junho de 1766 §. 11.*

Em quanto aos litigios, pendentes ao tempo da lei revocatoria ou declaratoria, determina o *Decr. de 17 de Julho de 1778*, que, havendo já sentença de primeira instancia, se deve na superior julgar pela legislação vigente ao tempo daquella sentença.

(*Veja. no fim do Tom. 1.º a Nota A.*)

Podem ser abrogadas

§. 9. Segue-se III: que podem ser *abrogadas*: a) ou expressamente por outra lei b) ou tacitamente, se uma lei posterior estabelece disposição incompativel com a anterior, ou quando a razão, ou motivo da lei cessou manifestamente: v. g. as providencias para a guerra, se esta acabou.

Necessidade do exame das naturaes.

§. 10. Ainda que no estado social sejam as leis civis as mais importantes e de execução obligatoria e efficaz, com tudo a cada passo é necessario ainda recorrer ás *naturaes*, ou para entender as civis, e achar os seus verdadeiros

fundamentos, ou para supprir as suas omissões. A applicação, que dellas fazemos em direito civil para estes fins, chama-se *equidade*. Assim uma cousa diz-se *de justiça*, quando não é oposta ás disposições das leis civis; e diz-se *de equidade*, quando é conforme aos principios da *moral*, ou do *direito natural*, se estes não estão formalmente determinados pelas leis civis. Por isso adicionaremos aqui um breve esbôço das leis naturaes.

O extracto seguinte é pela maior parte tirado do *Cours de Code Civil* de Mr. Delvincourt.

Obrigações do homem: a) considerado absolutamente.

§. 11. Attendendo unicamente á natureza do homem, e abstrahindo de quaesquer circumstancias ou posição particular, em que elle possa achar-se, podemos consideral-o em tres estados a saber *em relação a Deos; em relação a si mesmo; e em relação aos outros homens*

O estado do homem relativamente a Deos é evidentemente um estado de submissão e reconhecimento: d'aqui resulta a obrigação, que o homem tem, de respeitar a Deos, amal-o, e obedecer-lhe em tudo. O complexo destes sentimentos e deveres fórma a *Religião*.

Em relação a si mesmo: tendo o homem uma tendencia manifesta para tudo o que póde fazel-o feliz, deve necessariamente praticar tudo o que concorrer para a sua conservação e felicidade verdadeira.

Em fim em quanto aos outros o estado natural do homem é o de *sociedade*; mas como não póde existir sociedade sem sentimentos de reciproca benevolencia e attenção entre os so-

cios, é claro que os homens devem uns para com os outros exercer mutuamente estes deveres.

Por tanto os principios mais geraes e fundamento das leis naturaes são *a Religião, o amor esclarecido e judicioso de si mesmo, e a benevolencia para com os outros.* São estas mesmas as regras, que servem de base á moral.

b) *Considerado em differentes circumstancias especiaes.*

§. 12 Mas como o homem póde soffrer differentes alterações nesse estado primitivo e abstracto, em que até aqui o considerámos, e em consequencia da sua liberdade natural collocar se em infinitos estados eventuaes, é preciso, que d'aquelles principios se deduzam, como consequencias, muitas outras regras, que continuam a regular as suas acções nessas differentes circumstancias. A estas chamam alguns naturalistas *Direito natural secundario, ou hypothetico*. Taes são as que regulam a propriedade, os contractos, os direitos e obrigações reciprocas entre paes e filhos, entre marido e mulher, etc.

Direitos naturaes correlativos: 1.º o de liberdade.

§. 13. Por isso que as leis naturaes impõem aos homens obrigações, concedem-lhes tambem muitos direitos. Destes direitos naturaes unicamente apontaremos os principaes, que servem de base ás leis civís.

O 1.º é o da *liberdade natural*, que é a faculdade, que o homem tem, de fazer tudo o que não é prohibido pela lei, e por consequente de

dispôr da sua pessoa, acções e bens da maneira, que julgar mais conforme á sua felicidade: mas sempre debaixo da condição de não offender os seus deveres para com Deos, para comigo, nem para com os outros.

2.º *O da defesa de si mesmo.*

§. 14. O 2.º é o da *defesa de si mesmo*. Se a lei natural impõe ao homem o dever da sua conservação, ha de para esse fim conceder-lhe o direito de empregar as suas forças para se defender de qualquer aggressor; ainda mesmo quando da defesa resulte prejuizo notavel a este ultimo.

Limites deste direito.

§. 15. Porém para conciliar este direito com os deveres *erga alios*, é necessario: a) *Que a aggressão seja injusta.* Se uma pessoa ataca o ladrão para defender seus bens, esta aggressão é justa; e por tanto, se o ladrão, para se defender, mata o aggressor, nem por isso deve deixar de ser punido, como assassino; porque a aggressão da parte d'elle é injusta. b) *Que se não possa evitar o perigo de outra maneira, senão offendendo o aggressor.* É facil de entender, que este segundo requisito só raras vezes se verificará no estado civil; porque sendo o governo encarregado de cuidar da defesa dos particulares contra as aggressões injustas, deve-se recorrer á protecção das auctoridades, sempre que as circumstancias o permittam. c) *Que a defesa seja proporcionada ao ataque;* isto é, que não vá além daquillo, que exigem a defesa de nós mesmos, e o interesse da nossa conservação.

A esta proporção é que os juristas romanos chamam *moderamen inculpatæ tutelæ*. L. 1. Cod. Unde vi.

3.º O de propriedade.

§. 16. O 3.º direito natural é o de *propriedade*, isto é, de se servir das suas cousas, e de dispôr dellas, como bem lhe parecer, com a exclusão de todos os outros. É obvio, que este direito não provém da natureza primitiva do homem; mas suppõe um facto do mesmo, isto é, a apprehensão ou posse de uma cousa, que até ahí estava na communião primeva.

Modos naturaes de o adquirir.

§. 17. Mas como a propriedade, uma vez adquirida, se torne um direito do acquirente, e já lhe não possa ser tirada sem o seu consentimento, segue-se, que este direito se póde adquirir por um de dous modos: *a)* ou pela *simples apprehensão (occupação)*, se a cousa até ahí não pertencia a outrem; *b)* ou pela *alienação e consentimento* do antigo proprietario, quando se verifica em cousas, que já tinham dono. Esta dimissão ou consentimento ordinariamente é expresso e formal, como nos contractos: algumas vezes porém é só presumida, resulta do silencio e abandono do proprietario por tanto tempo, que faz presumir ter elle renunciado á sua propriedade. Este ultimo modo de adquirir chama-se *prescripção*.

4.º O de igualdade.

§. 18. O 4.º direito natural é aquelle, pelo qual exigimos dos outros, que nos não pertur-

hem no justo exercicio dos nossos direitos. Podemos-lhe chamar *direito de igualdade*, e consiste em que, por maiores vantagens ou superioridade de facto, v. gr., riqueza, força, nobreza, que um homem tenha sobre outro, nem por isso póde violar as leis a seu respeito, assim como este as não póde violar a respeito d'aquelle. Esta igualdade é a chamada *formal*.

Neste direito são fundados os axiomas seguintes, a que continuamente recurremos no desinvolvimento das leis civis:

1.º Que ninguem deve fazer a outro aquillo, que não quereria que lhe fizessem:

2.º Que devemos estar dispostos a fazer em favor dos outros aquillo, que em iguaes circunstancias desejaríamos que nos fizessem:

E por tanto:

3.º Que ninguem deve locupletar-se com detrimento de outrem.

Obrigações, que são consequencias dos principios postos. 1.º a de indemnizar.

§. 19. Destes axiomas decorrem muitas consequencias, que são a base de todas as obrigações do homem no estado social. 1.º *A obrigação de indemnizar a outro o damno, que se lhe causou.* Mas para se dar esta obrigação, é necessario *a)* que o acto, donde resultou o damno, seja injusto, isto é, prohibido pela lei. *b)* Que o damno nos possa ser imputavel directa ou indirectamente, o que exclue os damnos procedidos de méro acaso, ou força maior. *c)* Que o que soffreu o damno, não tenha consentido, alias presume-se, ou que foi indemnizado, ou que o perdoou, e fica nos termos da regra: *Volenti non fit injuria*.

2.ª *A de reparar o damno, ainda sem culpa.*

§. 20. 2.ª A obrigação de reparar o damno, que a outrem se causou ainda mesmo sem culpa nossa, ou acção, que nos seja imputavel, quando delle nos resulta proveito. Porque esta obrigação é fundada no principio de que *ninguem se deve locupletar á custa d'outrem*, segue-se, que a reparação só se deve até ao concorrente valor da utilidade, que tirámos do facto, que causou o damno. Esta obrigação dá-se até mesmo a respeito d'aquelle, que possui de má fé uma cousa, que nos pertence.

3.ª *A de contribuir para a utilidade dos outros.*

§. 21 3.ª A obrigação de contribuir, quanto podémos, para o proveito e felicidade de outrem; d'onde resulta: a) que somos obrigados a fazer bem aos outros, sempre que o possamos sem prejuizo proprio: b) a obrigação de o fazer igualmente, ainda que d'ahi nos resulte algum prejuizo, mas infinitamente modico em comparação da utilidade, que deve resultar ao outro.

4.ª *A de cumprir as convenções.*

§. 22. 4.ª A obrigação de satisfazer as convenções validamente contrahidas Mas para que a convenção seja valida, faz-se mistér a) que as partes contractantes tenham perfeito conhecimento do que fazem: b) que o consentimento seja livre, sem dolo, nem erro: c) que seja reciproco: d) que o objecto seja licito.

SECÇÃO 3.ª

DAS LEIS PORTUGUEZAS.

Razão de ordem.

§. 23. D'entre as leis positivas são as *Portuguezas* as de que mais nos interessa ter conhecimento. as quaes têm diferentes nomes, conforme a auctoridade donde dimanam, e a fórma, por que são publicadas. Aqui tractamos sómente das que actualmente estão em uso; e são as seguintes

1.º *A lei propriamente dita.*

§. 24. 1.º *A lei propriamente dita*, a qual é um acto do poder legislativo, passado com as formalidades marcadas na Carta Constitucional. Estas formalidades são: a) ter sido o projecto offerecido na Camara dos Deputados ou dos Pares, á excepção dos projectos sobre impostos e recrutamento, cuja iniciativa pertence exclusivamente á dos Deputados. *C. Const. art. 35. e 45.* b) Ser discutido e votado em cada uma dellas, e approvado pela maioria. *Art. 45.* c) Ser sancionado pelo Rei, e promulgado na fórma dos *art. 59. e 61.*

Ao projecto de lei, quando, depois de approvado pelas Cortes, sobe a saneção, costuma dar-se o nome de *Decreto*.

Sua publicação.

§. 25. As leis devem ser publicadas na gazeta official do governo. *Decr. de 19 d'Ag. de 1833* § 2.º Sómente obrigam em Lisboa e seu termo tres dias depois da publicação no Diario: nas

outras terras do continente do reino, quinze dias depois da mesma publicação. e nas ilhas adjacentes oito dias depois da chegada da participação official. *Lei de 9 de Out. de 1841.*

Quando aproveita a ignorancia dellas?

§ 26. As leis do reino, que são publicadas, escriptas e diurnas, não admittem ignorancia, que releve. *Decr. de 9 de Set. de 1747.* Porém se pela lei for prohibido um facto, até ahi licito ou indifferente, o transgressor poderá defender-se com a ignorancia, para ser alliviado da pena. *Cod. da Pr. Intr. artt. 16. e 17.*

Por Direito Romano a ninguem aproveitava a ignorancia das leis ou do direito, porque todos as deviam saber, excepto ás mulheres, aos menores, aos soldados e aos rusticos. *L. 9. Dig. e L. 12. Cod. de jur et fact. ignor.*

Porém já Struckio *Us. hodiern. Liv. 92. tit. 6.*, segundo a outros, tinha combatido o uso daquella regra do Direito Romano entre os Allemães, e foi entre nós imitado por Mello *L. 4 tit. 4. §. 10.* e por Lobão *Seg. Linh. not 435. pag. 398. e D. Emphyt. §. 419.*, os quaes estabeleceram a regra inversa, — de que no meio da confusão e desordem da nossa legislação, complicada com as Leis Romanas e Canonicas em linguas estranhas, devia presumir-se, e a todos devia aproveitar a ignorancia dellas

Não nos agrada nem uma, nem outra destas regras em these: a do Direito Romano pela sua dureza, e incompatibilidade com o estado da nossa legislação, e a moderna, porque vai inutilizar o effeito da publicação. Se a todos é licito excusar-se com a ignorancia, segue-se que a lei não obriga, se não desde que chegou ao conhecimento individual de cada cidadão.

Preferimos por isso estabelecer esta doutrina no sentido, em que a encontramos no *Cod. da Pr. Intr. art. 16. e 17.*, com que parece combinar-se a opinião de Borges Carneiro *D. Civ. L. 1. Intr. P. 2. §. 11 n. 13*; e apoiando-nos no *Decr. de 9 de Set. de 1747*, limitamol-a somente ás leis nacionaes escriptas, e legalmente publicadas.

(Cumpra advertir, que a referencia deste *Decr.* é feita sobre do *Report.* de Fernandes Thomaz *t. 3. Ignorancia.* não pode-

mas achal-o nas colleções, e apenas o vimos indicado no *Atv. de 13 de Nov. de 1806*)

O *Cod. de Baviera Intr. chap. 1. art. 7.* manda attender á ignorancia da lei, quando se provar impossibilidade de ter della conhecimento.

Aqui tocamos esta questão somente em relação á imputação, ou responsabilidade, que pôde resultar da falta de cumprimento da lei. Adiante ao §. 100 tractaremos della com relação aos actos, em que por ignorancia ou erro nos obrigamos para com terceiros.

2.º Os Decretos do Governo.

§. 27. 2.º Os *Decretos do Governo* no desenvolvimento das attribuições do poder executivo e moderador. São redigidos em nome do Rei, assignados por elle, e referendados pelos Ministros de Estado, ou ao menos pelo da competente repartição. *C. Const. art. 102.* A sua publicação e época do obrigar deveria entender-se da mesma forma, que nas leis; mas como nem todos são publicados na gazeta do governo, ou, ainda que o sejam, muitas vezes exigem prompta execução, devem entender-se obrigatorios somente desde que chegam ao conhecimento dos interessados por meio de edital, intimação, ou remessa dirigida pela auctoridade encarregada da sua execução.

Ainda modernamente se encontram muitos Decretos do Governo com a antiga denominação e formas de Alvaras, Cartas Regias, etc., v. gr. a *Carta do 1.º de Outubro de 1839*, que elevou o logar de Boças á categoria de Villa.

3.º As Portarias dos Ministros de Estado

§. 28. 3.º As *Portarias dos Ministros de Estado*. Contém ordens verbaes do Rei, expedidas e assignadas pelo Ministro competente, dirigidas ás auctoridades subalternas. Ainda que não pos-

sam ter força de lei geral, com tudo têm obtido alguma auctoridade na legislação, como voto, ou interpretação do governo, e são obrigatórias para o caso especial, de que tractam. Mas como contêm ordinariamente providencias particulares, e de expediente, para obrigar não basta a publicação na gazeta, será necessario intimação, ou directa, ou ao menos por meio de editaes.

4.º *As providencias dos differentes tribunaes e auctoridades.*

§. 29. 4.º As Portarias, Provisões, Resoluções de consultas, e outras providencias dos tribunaes, e auctoridades inferiores, as quaes obrigam nos objectos das suas attribuições.

SECÇÃO 4.ª

DAS LEIS EM QUANTO AO SEU OBJECTO,
E DO DIREITO CIVIL.

1.ª *classificação das leis: em quanto aos actos, que regulam.*

§. 30. *As leis, em quanto ao seu objecto*, podem considerar-se ou com referencia á qualidade geral dos actos, que ellas regulam, ou com referencia ao seu objecto immediato. No primeiro sentido, a) ou regulam as relações das differentes nações entre si, e formam o *Direito das Gentes* b) ou as relações dos cidadãos de cada nação com o seu governo, e formam o *Direito Publico*: ou c) finalmente os direitos e obrigações respectivas dos cidadãos uns para com os outros, e constituem o *Direito Par-*

ticular, ou *Civil* em sentido menos lato. *As Leis* ou *Direito Criminal*, em quanto á imposição da pena, pertencem ao direito publico; em quanto á indemnização do lesado, pertencem ao particular.

2.ª *classificação: em quanto ao seu objecto immediato.*

§. 31. Em quanto ao objecto, sobre que versam immediatamente, as leis ou são *reaes*, ou *pessoaes*. Dizem-se *reaes* aquellas, que se occupam das cousas, abstrahindo de quem as possui, como as que regulam a propriedade, a transmissão dos bens, as servidões e as hypothecas: *pessoaes*, aquellas, que fixam o estado e condição das pessoas, como as que versam sobre os matrimonios, poder paternal, filiação, minoridade, etc. As primeiras obrigam todos aquelles, que possuem bens de raiz no territorio, onde ellas regem, em quanto a esses bens, ainda que sejam estrangeiros. As segundas obrigam sómente os cidadãos da nação respectiva, ainda mesmo em paizes estrangeiros. *Cod Civ Fr. art. 3.*

Esta classificação das leis serve sobre tudo para determinar, a quaes estão sujeitos os estrangeiros, e a quaes os nacionaes. Porém muitas são difíceis de classificar por exemplo, as relativas as successões, sobre as quaes geralmente se costuma dizer, que são *pessoaes*, as que dizem respeito á capacidade ou inhabilidade das pessoas para succeder, e *reaes*, as que regulam as partilhas, collações, pagamento de dividas, etc.

Um Portuguez residente em França podera julgar-se maior aos 21 annos, como detemina a lei franceza?

Outro emigrado em Inglaterra, onde tinha adquirido moveis e fundos de grande valor, tenno em Portugal mulher e duas filhas, no seu testamento deixou tudo a uma só das filhas, o que pelas leis inglezas era permitido. Poderá annullar-se a disposição?

Costuma fazer-se, outra classe de leis, *as de segurança e*

de *policea*; ás quaes estão sujeitos tanto os nacionaes, como os estrangeiros.

3.^a *classificação*: em quanto ao seu fim.

§. 32. Em quanto ao seu fim as leis são *imperativas*, como as que prescrevem as solemnidades dos testamentos, as que impõem a obrigação da tutela; ou *prohibitivas*, como as que prohibem as usuras; ou *permissivas*, aquellas, que deixam á liberdade das pessoas praticar, ou deixar de praticar os actos, de que tractam, como as que permitem a desherdação, as prescripções. A disposição das leis imperativas e prohibitivas não pode ser derogada por convenção dos cidadãos: a das facultativas ou permissivas sim, excepto se na sua observancia interessa a ordem publica, ou os bons costumes. *Cit. Cod. dt. 6.*

Nô systema da legislação estão continuamente confundidas as leis *preceptivas* e *prohibitivas* com as *facultativas*. Assim a lei, que permite fazer testamento, é *facultativa*, porque ninguém é obrigado a fazê-lo; mas fazendo-o, sujeitou-se a lei *prohibitiva* de offender as legitimas, e a *preceptiva* das solemnidades, com que deve ser feito. É neste sentido que se diz que se não pôde convencionar contra o que a lei manda ou prohibe. Da mesma maneira a lei a ninguém manda usar da acção de lesão; nesta parte é *facultativa* mas a *Créd. L. 4. tit. 13. §. ult.* prohibe renunciar a esta faculdade, por ser contra a moral.

Applicando este mesmo principio aos direitos e obrigações, que resultam das leis, costuma dizer-se em jurisprudencia, que ninguém pode subtrahir-se ás obrigações impostas pelas leis, sem consentimento da parte interessada, ou dispensa da auctoridade, nos casos, em que esta pôde ter logar; porém que todos podem renunciar aos direitos, que a lei lhes concede com tanto que 1.^o o direito seja concedido unicamente em seu favor, 2.^o que a lei o não prohiba. Assim o successor do vinculo, que tem filho, não pôde renunciar a successão em prejuizo deste: o pae não pôde renunciar ao poder paternal.

Do Direito Civil.

§ 33. É do Direito *Particular*, ou *Civil Portuguez*, no sentido, que acima fica exposto, que nos propomos fazer uma exposição methodica: porém com exclusão das leis, que regulam o *processo*, assim como das que regulam os direitos e obrigações entre commerciantes, que constituem o *Direito Commercial*: das quaes, assim como de quaesquer outras, não tractaremos senão em alguns casos, em que seja necessario recordar as suas disposições para a explicação das leis civis.

A expressão *Direito Civil* é muito ambigua. Toma-se 1.^o pela legislação positiva de cada nação em contraposição ao Direito Natural. 2.^o Dá-se este nome, bem como o de *Commum*, por antonomasia ao Direito Romano em contraposição ao Canonico 3.^o e igualmente ao Direito Particular em contraposição ao Publico e ao Criminal. 4.^o Toma-se no sentido, que fica indicado no §

Fontes deste Direito

§. 34 Ainda que já fiquem acima expostas as especies e caracteres das leis portuguezas, com tudo, como não temos Codigo de Direito Civil, é necessario enumerar aqui as *fontes*, isto é, os artigos de legislação, a que havemos de recorrer, para auctorizar as doutrinas respectivas. Estas fontes podem-se reduzir a duas classes: 1.^a *das que têm força de lei*: 2.^a *das subsidiarias*.

Fontes com força de lei I Ordenações.

§ 35 As que têm força de lei são: I. *As Ordenações do Remo* publicadas em 1603, chamadas vulgarmente *Philippinas* Comprehendem

o Codigo geral de toda a legislação, que, tendo sido pela primeira vez compilado na minoridade de el Rei D Affonso V nos principios do seculo 15.º, e depois reformado nos principios do 16.º por el Rei D. Manoel, foi finalmente outra vez reformado por D. Philippe II de Hespanha, e I. de Portugal, nos fins do mesmo seculo, e publicado em 1603 por seu filho Philippe III. Depois da expulsão dos Philippes foram estas Ordenações revalidadas no reinado de D. João IV. por *Lei de 29 de Janeiro de 1643*, declarando-se revogadas todas as anteriores á sua publicação, excepto as que se achavam lançadas em um livro especial da Casa da Supplicação; assim como as Ordenações da Fazenda e Sizas; os Foraes, e alguns Regimentos especiaes *Cit. L. de 29 de Jan impressa á testa das mesmas Ordd.* A parte respectiva ao Direito Civil achase quasi toda no Livro 4.º, ainda que insufficiente e sem ordem

II. Extravagantes

§ 36. II. *As Leis extravagantes*, que vem a ser toda a legislação posterior ás Ordenações, da qual não temos collecção authentica. Esta legislação extravagante consta: 1.º de *Leis propriamente ditas*, ou *Cartas de Lei*, ou *Cartas patentes*, nas quaes se expediam antigamente as providencias, que deviam ter effeito permanente de mais de um anno Começavam pelo nome do Rei com todos os seus titulos; eram referendadas pelo Secretario de Estado, assignadas pelo *Rei com guarda*, e publicadas na Chancellaria Mór do Reino. *Ord. L. 2. tit. 40*

2.º *Alvarás*, pelos quaes se expediam aquellas providencias, cujo effeito não devia durar

mais de um anno, excepto quando continham mercês. *Cit. Ord.* Porém esta circumstancia de não durar mais de um anno nunca foi observada, ou porque no contexto do mesmo Alvará se revogava a Ordenação, ou por ser principio corrente, que todas as providencias legislativas, não limitadas a tempo certo, duram, em quanto não forem revogadas Começavam *Eu el Rei*; eram assignados pelo Rei e Secretario de Estado; e deviam, assim como as Leis, ser publicados na Chancellaria mór

3.º *Cartas Regias*, as quaes muitas vezes contém providencias legislativas Começavam *Eu el Rei vos envio muito saudar*; e eram dirigidas a certas auctoridades, que gozavam desta prerogativa Nem as Cartas Regias, nem as seguintes especies eram publicadas na Chancellaria.

4.º *Decretos*: começavam directamente pela exposição da providencia, que continham; eram assignados com a rubrica do Rei, e remettidos á auctoridade, ou repartição, a quem competia executal-os

5.º *Resoluções de Consultas*. São as confirmações, ou desapprovação, que o Rei dava aos pareceres e propostas dos Tribunaes, ordinariamente por meio de uma simples cóta lançada á margem da mesma consulta Hoje costumam ser resolvidas por Decreto, ou Portaria

6.º *Provisões dos Tribunaes*, expedidas por estes em nome do Rei, e que contém providencias obligatorias nos objectos da sua competencia

7.º *Avisos e Portarias dos Secretarios de Estado*, que estes expediam como ordens verbaes do Rei *A Ord. L. 2. tit. 41.* prohibia fazer obra por elles; entretanto a inobservancia desta Orde-

nação prevaleceu de tal maneira, que se encontram exemplos de Avisos, que não só estabelecem disposição nova, mas até derogam leis, ainda que isto se deva reputar abuso.

Muitas vezes em jurisprudencia citam-se os Regimentos, Pragmaticas, Foraes, Concordatas, Privilegios, Estatutos, e outras disposições, conforme a diversidade dos objectos, cuja força de obrigar porém não resulta, senão da Lei ou Alvará, que os confirmou, ainda que este se não indique.

Lobão *a Mell. L. 1. tit. 1. §. 5.* deixou-se fascinar até ao ponto de dar força de lei aos Avisos, no que é justamente censurado pelo Sr. Correa Telles *Comm. Crit. á Lei da boa razão pg. 5. not.* O mesmo tinha seguido V. J. Ferreira Cardoso *Compt. System. §. 22.*, e a maior parte dos escriptores antigos.

III. Legislação posterior á Carta Constitucional.

§ 37. III. A's Leis extravagantes podemos accrescentar, porque vulgarmente se não entendem nellas comprehendidas, não só as providencias legisladas com as fórmulas constitucionaes depois da publicação da Carta em 1826; mas tambem os Decretos da Regencia em nome da Rainha durante o governo de D Miguel, até a reunião do Corpo legislativo em 1834: assim como a legislação subsequente.

Nesta parte da legislação comprehende-se o Código Commercial, confirmado e mandado executar por *Decr. de 18 de Set. de 1833.* Nelle se encontram muitos principios, principalmente sobre contractos, applicaveis não só aos negocios commerciaes, mas tambem aos civis, que por isso muitas vezes temos de invocar.

IV. Assentos da Casa da Supplicação.

§. 38 IV. Os Assentos da Casa da Supplicação, que este extincto tribunal, conforme a *Ord. L. 1 tit 5. § 5*, e *Lei de 18 d'Ag de 1769 §. 4.*

tomava para resolver as duvidas, que os Ministros ou Advogados encontravam na intelligencia, ou applicação das leis.

V. Direito Consuetudinario.

§. 39. V. O Direito Consuetudinario, ou os Costumes, os quaes fazem lei, com tanto que sejam: a) não contrarios a lei expressa; b) conformes á boa razão; c) e que excedam a cem annos. *Lei de 18 d'Ag. de 1769 §. 14.*

Se o costume póde antiquar lei escripta? A *cit. L. de 18 de Agosto* expressamente o prohibe: porém no *Alvara de 4 de Junh. de 1789* acha-se indicado o contrario. Vid. *Borg. Carn. Dir. Patr. Introd. §. 15. n. 11.*

Subsidiarias. I. Direito Romano.

§ 40 As fontes subsidiarias são: I. O Direito Romano, o qual constitue a fonte mais copiosa da jurisprudencia civil portugueza; já porque as Ordenações em muitos logares expressamente o mandam seguir; já porque está declarado subsidiario para os casos omissos, uma vez que seja conforme á boa razão, ou direito natural *L. de 18 de Ag de 1769 § 9* Quando as leis patrias o mandam observar em alguma especie, tem força de lei

Para que os juizes ou interpretes se possam decidir a respeito dos textos de Direito Romano, que são conformes á razão, os *Estatutos da Universidade L. 2. tit. 5. cap 3* prescrevem as duas seguintes regras 1.^a verificar, se a lei é fundada em alguma razão puramente civil e peculiar do povo romano, v. gr., da sua religião, costumes e maximas, ou circumstancias dos tempos, que hoje não existem, para a rejeitar 2.^a consultar o uso, que destas leis fazem as nações modernas da Europa, examinando para esse fim as obras dos juris-

consultos mais accreditados, ou as disposições dos seus Códigos, para as seguir, se por ellas estão adoptadas, ou *vice versa*.

II. O Canonico.

§. 41 II. O Direito Canonico, o qual as Ordenações em alguns logares mandam seguir; e além disso pela *Lei de 18 de Ag. de 1769* §. 12. foi este direito declarado subsidiario para todos os negocios, que se tractam perante os tribunaes e justiças ecclesiasticas na falta das leis patrias

III. Opiniões dos Jurisconsultos, e Arestos

§. 42. III. As opiniões dos JCTos, e Arestos. Na variedade, complicação e deficiencia das leis em materias de direito civil, continuamente recurremos aos escriptos e opiniões dos JCTos, não porque tenham força de obrigar, mas ou porque nelles achamos a tradição successiva, ou o direito consuetudinario, sobre a decisão dos casos e intelligencia das leis duvidosas; ou porque nos servem de meio para descobrir a boa razão das leis, e chegar á sua verdadeira interpretação. O mesmo se deve dizer dos Arestos ainda que destes fazemos menor uso, por não termos collecções

Os Arestos encontram se dispersos pelas obras dos praxistas. Em Mendes a Castro, e no seu addicionador França acha-se uma pequena collecção.

IV Leis das nações modernas

§. 43 IV Finalmente as leis e Códigos mais accreditados das nações modernas tambem nos

servem de fonte do direito civil: a) como subsidiarias nos negocios commerciaes, economicos e maritimos; b) nos outros, como meios de nos decidir sobre a razão e uso das leis romanas. *Cit. L. de 18 d'Ag. §. 9.*

(Veja. no fim do Tom. 1. a not. B.)

SECÇÃO 5.ª

DA INTERPRETAÇÃO DAS LEIS.

O que seja interpretação, e suas especies.

§. 44. *Interpretação* é a exposição do verdadeiro sentido de uma lei, que é escura ou ambigua. Considerada: 1.º em quanto ao auctor, a interpretação ou é *authentica*, ou *doutrinal*. A primeira é a feita pelo proprio legislador Tem força de lei, e hoje compete unicamente ao poder legislativo. *C. Const. art. 15.* A segunda é a feita por qualquer JCTo, ou particular: não tem mais auctoridade, do que a das razões, em que se funda. E se em lugar de argumentos é deduzida da practica e uso, chama-se *usual*. 2.º Em quanto ao objecto: chama-se *grammatica*, se a difficuldade versa sobre a intelligencia das palavras; e *logica*, se sobre o pensamento, ou sentido da lei 3.º Em quanto ao fim: quando se pretende unicamente explicar o texto escuro ou ambiguo. chama-se *declarativa*. Porém muitas vezes o fim da interpretação é determinar os casos, em que a lei é applicavel, e então chama-se *restrictiva*, ou *extensiva*, conforme se acha que na sua disposição se comprehendem mais ou menos casos, do que á primeira vista podia deduzir-se das palavras.

Regras de interpretação.

§ 45 Para proceder com acerto nesta operação de interpretar, que a cada passo nos é necessaria, quer se tracte de entender, quer de applicar as leis, devem observar-se as regras da Hermeneutica, communs a toda a especie de escriptos, e ensinadas na Logica Mas além destas ha outras espectaes para a jurisprudencia, das quaes indicaremos apenas algumas

1.^a Na interpretação das leis deve sobre tudo ter-se em vista a intenção do legislador, ou o *espírito da lei*, o qual consiste no complexo de todas as determinações individuaes, de todas as circumstancias especificas, em que o legislador concebeu a lei, e quiz que ella obrigasse, e do fim e razão, que o moveram a estabelecê-la. *Est. da Univ. L. 2. tit. 6. cap. 6.* § 19 Esta razão ordinariamente encontra-se no contexto, ou no preambulo ou relatorio da lei; mas muitas vezes é omissa, e outras apparente ou suasoria: e neste caso é necessario procurar-a no objecto mesmo da lei; nas causas, que a provocaram; e na historia e circumstancias do tempo, em que foi promulgada Nas leis feitas em Cortes, é á discussão que principalmente se deve recurrer para achar o seu espirito

2.^a Como as leis positivas assentam nos principios da Moral e do Direito Natural, com os quaes o legislador se presume ter-se querido conformar; devem ser entendidas no sentido mais conforme á *equidade* (§ 10)

3.^a Mas esta equidade deve ser accommodada ao systema das leis civis e á natureza do negocio, de que se tracta

Assim em regra as partes dos coherdeiros, ou collegatarios, que não accetam, deveriam pela equidade absoluta passar para os herdeiros *ab intestato*. mas admitida pelas leis a faculdade de testar, e por tanto o principio de que se deve cumprir a vontade do testador, vem em consequencia a ser fundado na equidade o *direito de accrescer*.

4.^a Se a disposição da lei é expressa e terminante, ainda que pareça opposta á equidade; ou se o legislador se propoz um fim de maior utilidade publica, que ficaria destruido, se pela equidade se lhe fizessem excepções; deve seguir-se á risca a disposição, ou o rigor da lei.

Assim, quando as leis determinam as solemnidades dos testamentos, ainda que a vontade do testador se possa evidentemente provar sem ellas, nem por isso a disposição subsiste. Da mesma maneira, ainda que pela equidade dos contractos onerosos se devia indemnizar toda e qualquer lesão com tudo, para dar estabilidade ás transacções e a propriedade, as leis não dão acção, senão para a indemnização da *enorme*.

6.^a Quando a lei auctoriza um fim, entende-se auctorizar os meios necessarios para conseguir esse fim.

Por isso, supposto que aos menores seja prohibido contractar, com tudo, como se lhes permite celebrar o matrimonio, é consequencia necessaria auctorizal-os para os contractos antenuptiaes.

6.^a Nas leis não se presumem palavras ociosas, e a todas ellas se deve attender para achar o seu verdadeiro sentido

É por este principio, e attendendo ás palavras—*neste caso*,— que se acham na *Ord. L. 4. tit. 31. §. 11.*, que alguns interpretes entendem a sua disposição restricta ao caso das soldadas dos criados, de que se tracta, e inapplicavel a outra qualquer especie de dividas. *Silva ad eandem Ordem. n. 29*

7.^a As leis devem comparar-se não só em

todas as suas partes, mas tambem com as outras sobre o mesmo objecto, porque por umas se vem a conhecer o espirito das outras.

Assim, para entender a *Lei de 18 d'Ag. de 1769*, é necessario comparal-a com os *Estatutos da Universidade L. 2. tit. 5. cap. 2.* Epela mesma regra entende Lobão *Suppl. as N. a Mell. Diss. 4. §. 37.*, fundado na *Ord. do Liv. 1. tit. 78 §§. 4. e 5.*, que o Tabelião deve ler o auto da approvação do testamento perante as testemunhas antes da assignatura, ainda que a *Ord. do L. 4. tit. 80.* o não exija expressamente.

8.^a Aproveita muito consultar as leis anteriores, ou para achar o sentido das posteriores, que dellas foram extrahidas, ou para perceber bem os termos e extensão, em que as revogaram

Assim é impossivel comprehender a *Reforma Juheciaria* na parte orphanologica desde o *art. 387* sem um perfeito conhecimento da anterior legislação sobre órfãos, principalmente da *Ord. L. 1. tit. 88.*, e do *Decr. de 18 de Maio de 1832.*

9.^a Póde argumentar-se da disposição de umas leis para entender as outras por *analogia* ou identidade de razão; mas é necessario, que a razão seja precisamente a mesma, alias será arriscada a interpretação Da mesma maneira os argumentos de mais para menos, ou de menos para mais, só podem ser usados com muita cautela.

Assim da *Ord. Liv. 4. tit. 91. §. 2.*, que impõe ao pae ou mãe bunubo a obrigação de deixar aos filhos do primeiro matrimonio os bens, que herdou dos irmãos destes, se póde por identidade de razão concluir o mesmo para o pae ou mãe, que casar terceira vez, a respeito dos filhos do segundo matrimonio. Por outra parte, ainda que seja exacto o argumento, que quem pode dispôr, póde doar, erradamente concluiria aquelle, que da liberdade, que o menor tem, de testar, argumentasse para a doação, ou dos contractos antenupciaes argumentasse para outros, ainda que de menos importancia.

10.^a A lei nunca auctoriza o dolo, nem permite a cavillação.

Assim, quando a lei prohibe deixar legados a certas pessoas, prohibe igualmente deixal-os a pessoas interpostas para os fazerem passar áquellas.

11.^a Se se encontrarem leis contradictorias, deve o interprete em primeiro lugar examinar escrupulosamente as diferentes especies, em que seja possível verificar-se cada uma dellas Se assim as não poder conciliar, deverá ver, se alguma contém excepção da outra; e se nem assim, então a regra é, que a posterior deroga a anterior.

12.^a Nenhum juiz se póde recusar a julgar com fundamento de falta, silencio, ou obscuridade da lei *Ref. Jud. art. 1243.* Deve recorrer ás leis subsidiarias, aos meios da interpretação, e á equidade

Esta decisão tem por fonte o *art. 4. do Cod. Civ. Francez.* Conforme a *Ord. Liv. 3. tit. 64. §. 2.* o juiz, na falta de lei, ou direito subsidiario, devia recorrer ao governo.

No sentido das regras, que ficam expostas, póde na interpretação das leis fazer-se tambem uso da outra regra *Od ossa limitanda, favorabilia amplianda*, a pezar de ser reputada falsa e inepta por Mell. *Fr. Hist. Jur. §. 130.*, e por Lobão a *Mell. Suppl. Diss. 2. §. 1.*, segundo a *Thomasio Inst. Jur. Div. L. 2. cap. 12. n. 160*, e *Barbeyrac ad Pufend. de J. N. et G. L., 5. cap. 12. §. 12.* Entendem-se por odiosas para este fim; 1) as leis, que derogam os principios geraes. ou direito commum, como as que concedem excepções, dispensas, ou privilegios 2) as que restringem a liberdade natural, ou prohibem cousa indifferente, como as dos contrabandos, e em geral todas as penas; pois ainda que sejam necessarias e justas, não só são restrictivas da liberdade, mas exorbitantes do direito natural, em quanto, além da indemnização, estabelecem a pena publica 3) aquellas, que estabelecem o rigor de direito contra a equidade ou dictames da moral, como as leis da prescrição, e as que permitem a desherdação. *Vef. Domat Traité des loix chap. 12. n. 10. e 11.*, e *des loix civ. l. 1. Sect. 2. n. 14. e 15.*

PARTE GERAL.

SECÇÃO I.^a

DO DIREITO, NA ACCEPÇÃO DE FACULDADE MORAL.

Noção de direito neste sentido.

§ 46. *D*ireito no sentido de faculdade moral, ou tomado subjectivamente, é o poder legal, que compete a uma pessoa, de fazer alguma cousa, ou exigir que outrem a faça. Neste sentido é correlativo de obrigação, a qual é a necessidade moral, em que está esse outro, de fazer, ou consentir, que se faça. Na palavra fazer comprehendem-se tambem os actos negativos

Todo o systema do Direito Civil consiste na exposição methodica das relações dos cidadãos uns para com os outros, isto é, dos direitos e obrigações correlativos, tomados na acceção, que deixamos indrçada. Algumas vezes nesta exposição considera-se tanto o activo do direito, como o passivo de obrigação respectiva: mas quando assim se não pôde fazer, como o direito suppõe a obrigação, e vice versa, pela indrcação de um facilmente se pôde vir no conhecimento do outro.

Elementos dos direitos.

§ 47. Para se dar direito é necessario: 1.^o uma pessoa capaz, ou o sujeito, a quem compete o direito, ou sobre quem recáe a obrigação; 2.^o o objecto, facto, ou cousa, sobre que versa; 3.^o a causa, ou acto, que o creou. Com relação a estes tres elementos se costuma fazer a distri-

buição mais geral das doutrinas do Direito Civil, que havemos de seguir: considerando-o 1.^o em quanto ás circumstancias ou estado das pessoas, a quem competem os direitos, ou obrigações (*jura personarum*). 2.^o Em quanto á natureza das cousas (*jura rerum*). Nesta relação os direitos umas vezes competem sobre certa cousa, abstrahindo das pessoas, os quaes por conseguinte podem exercer-se contra qualquer possuidor; outras sómente competem contra as pessoas, que se obrigaram a dal-as: daqui nasce a divisão em direitos reaes (*jus in re*); e direitos pessoaes (*jus ad rem*). 3.^o Em quanto aos actos, que criam ou invertem os direitos (*obligationes*). Nestes actos umas vezes o direito e obrigação provém pela disposição da lei, sem attenção á vontade do agente, como nos illicitos; outras vezes deduzem-se antes da vontade expressa, ou presumida do agente e a estes últimos chamamos *actos juridicos*.

Dos privilegios.

§. 48. Chamam-se *privilegios* os direitos especiaes, que as leis concedem em favor de certas pessoas, ou cousas, como excepção ou dispensa da lei geral. Quando o privilegio é concedido em favor de muitas pessoas, chama-se antes *direito singular*; como os privilegios dos ecclesiasticos, dos commerciantes: quando em favor de uma pessoa, chama-se *privilegio propriamente dito*, como o dos novos inventos. Não só pôde ser concedido em favor de certas pessoas, mas tambem de certas cousas, v. g., os da Fazenda nacional. Estão abolidos todos os que não são essencialmente ligados aos cargos por utilidade publica. *C. Const. art. 145 §. 15.* O

privilegio concedido a uma pessoa physica, só por ella pôde ser exercido; e por tanto não pôde ser alienado, nem cedido, nem passa para seus herdeiros, excepto se na lei, que o estabelece, se determina outra cousa: o concedido ás pessoas Moraes dura, em quanto subsiste essa pessoa.

Exercicio dos direitos.

§ 49. Da natureza do direito, e dos principios, que acima deixamos expostos, segue-se: 1.º que aquelle, a quem compete um direito, pôde exercel-o em toda a extensão, ou se é limitado, dentro nos seus limites; ainda mesmo que do seu exercicio resulte prejuizo a outrem, com tanto que lh'o não cause sem nenhum interesse, e só por emulação. *L. 1. § 12. D. de aqua, et aquae plu. arc., L. 151. de reg. jur.* 2.º Pôde exercel-o por si, ou por outrem, cedel-o, e transmittil-o, excepto quando forem direitos concedidos sómente á pessoa, ou ás qualidades da pessoa. *Cod. da Pr. Introd. art. 106.* 3.º A'quelle, a quem compete um direito, competem tambem os meios necessarios para tornar effectivo o exercicio desse direito. *L. 10 D. de servit, e L. 3. §. 3 de servit. praed. rust.* 4.º Quem tem direito ás utilidades de uma cousa, deve tambem supportar os encargos, que lhe andam inherentes. *L. 10. D. de reg. jur.* 5.º Na collisão dos direitos, prefere o maior, isto é, o mais favorecido pelas leis. *Cit. Cod. da Pr. art. 102* 6.º Se são igualmente favorecidos, aquelle, que tem por fim evitar um damno, deve preferir áquelle, que tracta de obter um lucro *L. 11. §. 6., L. 34. pr. D. de minor.* 7.º Se os direitos são perfeitamente iguaes, deve cada um ceder em parte, quanto

seja necessario, para que ambos o exercitem *Cit. Cod. da Pr. art. 104. Vej. Makeld. Manuel du droit rom. §. 192.*

Tempo legal para o exercicio dos direitos.

§. 50. Muitas vezes os direitos são restrictos a certo tempo, para não serem exercidos senão durante elle, ou depois d'elle passado. Este tempo pôde ser *continuo* ou *util*: mas estas expressões referem-se umas vezes ao começo, outras á duração do tempo. a) Em quanto ao começo: diz-se *continuo* aquelle, que principia desde certo acontecimento, quer os interessados o soubessem, quer não, v. g., o tempo para a querela, *Ref. Jud. art. 1208*; e *util*, aquelle, que corre sómente desde a intimação ou sciencia, como a maior parte dos termos do processo. b) Em quanto á duração: diz-se *continuo* aquelle, que corre, contando-se seguidamente os dias do calendario; e *util*, aquelle, em que sómente se conta o espaço, em que se podia proseguir o direito, e não o impedido, como nos quatro annos da restituição concedida aos menores. *Ord L 3 tit. 41 § 6.*

Costuma tambem fazer-se differença entre tempo *natural*, e *civil* O primeiro conta-se de momento a momento, v. g. na minoridade. *L. 3. §. 3. D. de min.* O segundo conta-se por dias; e neste c) tem logar a regra. = *Dies novissimus coeptus pro completo habetur.* = *L. 6. D. de usurp. et usucap.* d) O dia da assignação do termo não se conta, excepto se outra cousa se declarou *L. 101. D. de reg. jur., Cod. Comm. art. 266.* O dia *natural* conta-se de meia noute a meia noute, *id. art 265.*; porém para alguns ef-

feitos conta-se desde o nascer até o pôr do sol, como para a citação *Ref. Jud. art. 204.*

No *Cod. da Pr. P. 1. tit. 3. art. 4.* acha-se disposto, que na expressão *anno e dia* se entende um anno e trinta dias.

Conservação dos direitos.

§. 51. Entre os meios, de que nas leis se faz menção, que servem para a conservação dos direitos, contam-se:

1.º *O protesto*, isto é, a declaração solenne, pela qual se resalvam as consequencias prejudiciaes, que nos poderiam resultar de certos actos.

2.º *A reserva*, isto é, a conservação expressa de certos direitos, que se poderiam entender renunciados, ou transmittidos em consequencia de algum acto nosso.

3.º *O direito de retenção*, isto é, o direito de conservar a cousa de outrem, que já possuíamos por titulo legitimo, até que este satisfaça alguma obrigação, que nos deve, relativa á mesma cousa.

4.º *A caução*, isto é, a segurança ou garantia, que uma pessoa dá a outra sobre o cumprimento da sua obrigação. Em direito são conhecidas tres especies de caução, a saber, *juratoria*, *fidejussoria*, e *pigneraticia*.

5.º *O arresto*, ou *embarço*, isto é, a restricção imposta pelo juiz á liberdade do devedor para segurança do crédor. A *penhora judicial* pertence neste sentido tambem aos arrestos

Extincção dos direitos.

§. 52. Os direitos, uma vez adquiridos, continuam, até que chegue uma nova circumstancia

cia ou facto, cuja consequencia é fazel-os cesar. Destes factos alguns são *actos juridicos*, em que a extincção do direito provém da vontade da pessoa, a quem elle até ahí competia; e a estes pertence tambem: 1.º a *renúncia*, isto é, o abandono, que qualquer faz, do seu direito, sem o transferir para outro 2.º a *alienação*, isto é, a translação ou cessão do direito para outrem. Outros consistem em diferentes circumstancias, que são tão varias, como a qualdade dos direitos. Assim os que nascem do estado da pessoa, acabam com esse estado; os direitos *reaes*, com a cousa, sobre que versam: e os direitos e obrigações *pessoaes* acabam pelas diferentes maneiras, que adiante se indicarão.

Do titulo dos direitos.

§. 53. A palavra *titulo* na linguagem vulgar, e muitas vezes na forense, significa o documento, que serve para provar os direitos, ou obrigações. Porém no sentido juridico dizemos *titulo* o fundamento da acquisição, ou, como se diz em Direito Romano, a *causa* dos direitos como o contracto, a successão, a filiação, a minoridade, etc. O titulo diz-se *oneroso*, quando o direito foi obtido por outra retribuição equivalente, como acontece nos contractos chamados onerosos; e *gratuito*, ou *lucrativo*, quando não houve retribuição, como se verifica ordinariamente nos contractos beneficos, nos legados, e nas successões.

Além disto o *titulo* diz-se *universal*, quando comprehende um todo de cousas e direitos, como as heranças; e *singular*, quando se refere a um direito ou cousa individual. Final-

mente o titulo diz-se *revogavel*, ou *resoluvel*, quando a transmissão fica dependente de alguma circumstancia de *modalidade*, declarada no mesmo acto, ou estabelecida pela lei, como condição resolutive; e *irrevogavel*, ou *irresoluvel*, quando se não pôde desfazer.

Os Romanos faziam differença entre *titulo* e *modo de adquirir*, de que tractaremos em outro lugar.

Aquelle, para quem passa o direito de outrem, ou seja por contracto, ou seja pela disposição da lei, dizemos nós geralmente *successor* os Francezes dizem *ayant-cause*.

SECÇÃO 2.^a

NOÇÕES GERAES SOBRE PESSOAS

Noção de Pessoa.

54. Diz-se *Pessoa* no sentido juridico todo o sujeito, a quem cõpetem direitos. Propriamente estes só podem competir aos individuos da especie humana, aos homens: porém na jurisprudencia admittem-se *seres* capazes de direitos ou obrigações, considerados em abstracção dos individuos, como *uma sociedade*, *a herança jacente*. Daqui nasce a distincção entre *pessoa physica*, e *pessoa moral*, ou *juridica*.

CAPITULO I.

DAS PESSOAS PHYSICAS.

Estado do homem: natural, ou civil.

§. 55. Todo o homem é capaz de ter direitos, e por tanto todo o homem é *pessoa*. Mas nos homens os direitos variam conforme as dif-

ferentes qualidades, posição, ou circumstancias, em que elles se acham, ou, para nos servirmos da phrase dos JCos Romanos, conforme seu differente *estado*. Estas circumstancias podem provir ou da natureza, ou da lei civil; e daqui o *estado* pôde ser *natural*, ou *civil*.

Em Direito Romano os escravos não eram *personas*, porque não eram capazes de direitos. Este principio pouco uso pôde ter em Direito patrio; porque entre nós todos são livres, e apenas tolerados os escravos pretos em nossas possessões Africanas. Estes mesmos, logo que desembarquem no continente do reino, ou nas ilhas dos Açores, ou Madeira, ficam livres, excepto se andarem servindo na equipagem dos navios. *Alv. de 19 de Set. de 1764*, e *de 10 de Março de 1800*. E ainda que estes não gozem dos direitos das pessoas livres, os principios da humanidade e as leis têm suavizado muito a sua condição. Assim o senhor não os pôde castigar com mais dureza, do que aos criados livres. *Ord. L. 5. tit. 36. §. 1.* Se para os corrigir, for necessario recolhê-los á cadeia, não devem ser mais maltractados, do que os outros presos, e o senhor deve-os sustentar. *Dêcr. de 30 de Setembro de 1693*, e *Alv. de 3 de Out. de 1758*.

As circumstancias ou qualidades, e por tanto o estado dos homens, podem variar ao infinito. não sendo por isso possível indicá-los todos, daremos aqui as noções daquelles, que são mais frequentes, ou necessitem de maior esclarecimento.

Natural. I. Em quanto ao nascimento.

§ 56. Pelo que pertence ao estado natural: o homem I. *em quanto ao nascimento*: ou é *nascido*, ou *embrião* (*nasciturus*, *venter*, *embryo*) Estes, em tudo o que é do seu interesse, são pelas leis equiparados aos nascidos, e conservam até o nascimento todos os direitos, que lhes competiriam, se estivessem já nascidos no momento, em que os adquiriram, *L. 7. e 26. D. de stat. hom*; com tanto que nasçam *capazes de viver*. *L. 3. Cod. de post. haered. inst.*

Reputa-se incapaz de viver não só 1) o *feto*, que nasce morto, ou monstruoso, como tambem 2) o *abortivo*, isto é,

aquelle, que nasceu vivo, mas antes do periodo sufficiente da gestação, e que por esta causa não pôde continuar a viver. Como não é possível fixar a epocha da concepção, nem os Physiologistas são accordes sobre o espaço de gestação indispensavel para a perfeita formação do feto: as questões, que se suscitarem sobre ser, ou não, *vital* o feto, que morreu logo depois de nascido, só poderão ser decididas por alguns indícios, e, na falta destes, por exame de peritos. O sabio A. do *Dig. Port.* 2. *art.* 853. seguiu a regra estabelecida na *L. 13 do Touro*, de que se tinha por abortivo o feto, que morreu dentro em 24 horas depois de nascido. Porém como neste espaço podiam sobrevir outras causas de morte além do defeito de aborto, preferimos a disposição da Lei Romana: *licet illico decessit*.

Como se prova o nascimento?

§. 57. O nascimento prova-se por certidão do assento do baptismo, e na falta de tal assento, por testemunhas, documentos, ou presumpções. Os Parochos devem lançar estes assentos no mesmo dia do baptismo em um livro rubricado e authenticico, que como officiaes publicos devem ter para esse fim. O assento contém: 1.º a declaração do sexo, e nome da criança; 2.º o lugar, dia, e, podendo ser, a hora do nascimento; 3.º os nomes e domicilio dos paes e avós, assim paternos, como maternos; 4.º a declaração de legitimo, ou illegitimo, e sendo illegitimo, não se declara o nome do pae, excepto se elle consentir; 5.º devem declarar-se tambem os nomes dos padrinhos. Nos assentos dos expostos devem notar-se as circumstancias do tempo e lugar, e os signaes, com que foi achado ou entrou na roda. *Const. do Porto L. 1. tit. 3. Const. 12., Cod. da Pr. P. 2. tit. 11. art. 485.*

O registo civil, de que depende a verificação do estado, e os mais importantes interesses dos cidadãos, e principalmente o assento do nascimento, que não só serve para conhecer a idade dos individuos, mas tambem a paternidade, o pa-

rentesco, e regular as successões, acha-se entre nós encarregado aos Parochos, como em muitas outras nações. O *art. 255. do Cod. Adm.* incumbiu-o aos Administradores dos Concelhos; mas falta ainda o regulamento para esse fim. São faceis de conhecer as difficuldades, que se oppõem a esta innovação; entretanto é indispensavel alguma providencia.

As Constituições dos Bispados consideraram estes actos mais pelo lado religioso, do que pelo civil; e as suas providencias nem são uniformes, nem sufficientes. Os Parochos, uns por preguiça ou desmazelo, outros por não conhecerem a sua importancia, ou não lançam estes assentos, ou os lançam com putavel incuria. Ninguem fiscaliza este objecto, porque os Bispos hoje duvidam se elle é da sua jurisdicção: a maior parte não fazem visitas; e ainda fazendo-as, não têm tempo para se occupar d'este serviço. Os interessados, para supprir as faltas, são obrigados a recorrer a justificações graciosas, quasi sempre sem contradictor: e daqui injustiças, incerteza de direitos, e litigios interminaveis.

É necessario pois ou passar este serviço para as auctoridades civis, ou sujeitar os Parochos nesta parte ao regulamento e inspecção immediata do governo.

II. Em quanto a idade.

§. 58. II. Em quanto a idade: os homens ou são maiores, ou menores. Diz-se maior qualquer homem sem distincção de sexo, desde que completou vinte e cinco annos. *Ord. L. 3. tit. 41. pr.* Os menores ou são *puberes*, ou *impuberes*. O *varão* diz-se *pubere*, desde que completou quatorze annos de idade; e a *mulher*, desde que completou doze. *Ord. L. 4. tit. 104. §. ult., pr. Inst. Quib. mod. tut. fin.*

Os legisladores Francezes marcaram a maioridade aos vinte e um annos, *Cod. Civ. art. 488.*; a puberdade nos varões aos dezoito annos, nas femeas aos quinze, *art. 144.* No Direito Romano faz-se distincção dos *impuberes* em *infantes infantiæ proximi*, e *pubertati proximi*, que omittimos, por ser de pouco ou nenhum uso no nosso foro.

Podemos considerar os homens para os effectos juridicos em muitas outras relações do seu estado natural, como ca-

rões ou mulheres, sãos ou enfermos, cegos, furiosos, mentecaptos, velhos, e outras; as quaes aqui omitimos, ou por não necessitarem de explicação, ou porque acharão para o diante lugar mais appropriado.

Civil. I. Em quanto a cidade.

§. 59. Pelo que respeita ao estado civil: os homens podem considerar-se I. *em quanto a cidade*. Nesta relação, ou são *Portuguezes*, os quaes, como membros da nação, gozam das suas vantagens, assim como estão sujeitos aos seus encargos: ou *estrangeiros*, que, não obstante acharem-se em territorio portuguez, pertencem a nação estranha. Os Portuguezes podem ainda dividir-se em *naturaes* nos termos da *Ord. L. 2. tit. 55.* e da *C. Const. art. 7.*; e em *naturalizados*.

II. Em quanto a familia.

§. 60. II. Em quanto a familia. Diz-se *familia*, ou *sociedade familiar*, a reunião de muitas pessoas, que habitam conjunctamente, e em economia commum. Ordinariamente compõe-se da reunião dos conjuges, dos paes e filhos, e dos criados. Nesta relação os homens ou são a) *casados*, ou *solteiros*, ou *viuvos*: b) *paes*, ou *filhos*: c) *amos*, ou *domesticos*. Os filhos ou são *legitimos*, ou *illegitimos*, conforme são provinidos de matrimonio, ou de ajuntamento illicito. Os illegitimos, vulgo *bastardos*, ou são *naturaes*, ou *espurijs*. *Naturaes* dizem-se os provinidos de ajuntamento illicito, mas de pessoas, entre as quaes não havia impedimento para casar, quer ao tempo da concepção, quer ao do nascimento do filho. *Feb. Dec. 68. n. 9. e seg. Espurijs*, ou *de coito damnado*, chamam-se os filhos de pessoas impedidas para casar; e taes são os

adulterinos, *sacrilegos*, e *incestuosos*. *Ord. L. 2. tit. 55. §. ult.* Os *filhos de estupro*, ainda que tal crime seja punivel para o pae, com tudo para os effeitos juridicos são contados entre os *naturaes*, não tendo outro defeito; bem como os *vulgo quesitos*, a respeito das mães. Chama-se *postumo* o filho, que nasceu depois da morte do pae.

A palavra *familia* no sentido do Direito Romano tambem significa todas as pessoas ligadas pelo vinculo do parentesco proveniente de um tronco commum, ainda que vivam separadas.

Ainda que o estado de familia, e o de parentesco, tenham o seu fundamento na natureza, vão aqui enumerados entre as especies de estado civil, porque são as leis civis que principalmente os regulam, assim nas suas diferentes gradações, como nos effeitos.

III. Em quanto ao parentesco.

§. 61. III. Em quanto ao *parentesco*: este é a relação ou nexa entre pessoas unidas pelo mesmo sangue, ou pelo de seu consorte. Se o são pelo proprio sangue, chama-se propriamente *consanguinidade* ou *coгнаção*; se pelo do outro conjuge, chama-se *affinidade*. O parentesco, da mesma fórma que nos filhos, póde ser *legitimo* ou *illegitimo*, conforme provém de matrimonio, ou de ajuntamento illicito.

Noção de linha, e de gráo.

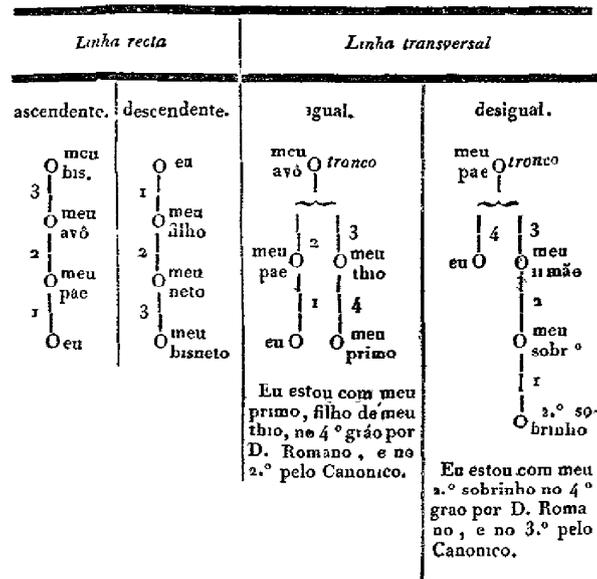
§. 62. O parentesco conta-se por *linhas* e *grãos*. *Linha* é a serie das pessoas provinidas do mesmo progenitor, a que chamamos *tronco*: e *gráo* é a distancia de uma a outra geração. A linha diz-se *recta*, quando se conta directa o seguidamente dos procreadores para os procreados: e *transversal* ou *collateral*, quando se conta

para os lados, isto é, quando se comparam pessoas, que provém sim do mesmo tronco, mas não directamente umas das outras. Nesta, se as pessoas, que se comparam, distam do tronco no mesmo numero de grãos, chama-se *igual*; se estão em diferentes distancias, diz-se *desigual*. Na linha recta, quando de uma pessoa dada subimos para os seus procreadores, chama-se linha de *ascendencia* ou dos *ascendentes*: se descemos para os gerados, chama-se linha de *descendencia*.

Modo de contar o parentesco.

§ 63. Na linha recta contam-se tantos grãos, quantas são as gerações. Porém na transversal o Direito Romano e o Canonico differenciam muito no modo de contar o parentesco; e as leis portuguezas mandam seguir já um, já outro d'aquelles Direitos. O Direito Romano conta todas as gerações ou grãos, subindo por uma das linhas até ao tronco, e descendo pela outra. Porém por Direito Canonico contam-se só por um lado; e diz-se, que dous collateraes são parentes no mesmo grão, em que distam do tronco commum. Se as linhas são desiguaes, attende-se á mais remota, e diz-se que são parentes no grão, em que o mais remoto dista do tronco.

SCHEMAS PARA EXEMPLO.



Especies de collateraes

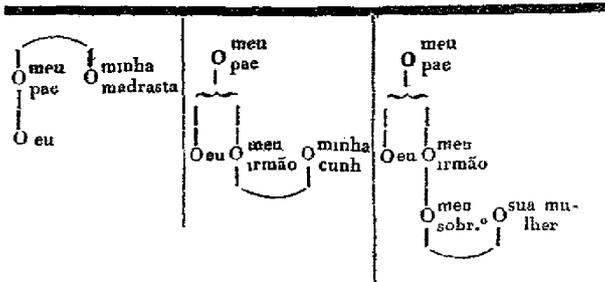
§. 64. Os parentes collateraes, que descendem do mesmo pae e mãe, chamam-se *germanos* se descendem porém de uma pessoa, que contrahiu duas uniões differentes, chamam-se *cansanguineos*, ou *uterinos*: aquelles, os que provém só do pae, estes, os que provém só da mãe.

Da affindade

§ 65. *Affindade* é a relação, que liga um dos conjuges aos parentes do outro. Em rigor

na afinidade não se podem contar grãos; porém por analogia segue-se a regra de que *uma pessoa é affim dos parentes do seu conjuge no mesmo grão, em que este o é pela consanguinidade*. A afinidade tambem resulta do ajuntamento illicito para alguns effeitos.

SHEMA DE AFFINIDADE.



Eu estou no 1.º grão de afinidade na linha recta com minha madrasta, e com minha cunhada tambem no 1.º da collateral por D. Canonico, e com a mulher de meu sobrinho no 2.º

IV. Em quanto ao domicilio.

§ 66. IV Em quanto ao domicilio o homem ou é *presente* ou *ausente*, conforme se acha, ou não, no lugar do seu domicilio *Domicilio* diz-se o lugar, onde qualquer tem estabelecido a sua residencia fixa. Póde ser *voluntario* ou *necessario*. Aquelles, que não têm domicilio, chamam-se *vagabundos*

Do domicilio voluntario

§. 67. *Domicilio voluntario* é aquelle, cuja escolha depende da vontade da pessoa. Para a

fixação deste é necessario 1) o facto da residencia: 2) o animo de residir alli, até que razões particulares determinem a deixal-o. Porém para o conservar basta só o *animo*, em quanto por declaração expressa, ou, na falta desta, por outras circumstancias, se não presumir animo de o fixar em outra parte. *L. 20. D ad Municip. et de incol., Cod Civ. Fr art 104. e 105.*

Os estudantes não têm domicilio no lugar, onde estudam *L. 5. §. 5. D. de iur.*

Muitas vezes as partes escolhem para a execução de certo acto um domicilio, onde não residem neste caso todos os termos relativos a esse acto devem ser feitos no domicilio escolhido.

Do necessario.

§ 68 *Domicilio necessario* é aquelle, que resulta da obrigação, que a lei impõe, de residir em certo lugar. Tal é: 1) o do degradedo no lugar do degedro, *L 22. §. 3. e L 27 § 3. D eod*: 2) o do soldado no lugar, onde está de guarnição *L 23 §. 1 eod* Porém tanto um, como outro, podem conservar o antigo domicilio, se nelle tem casa e bens 3) Os empregados publicos vitalicios têm domicilio no lugar, onde exercem o seu emprego: não assim os temporarios. *Cod. Civ. Fr art. 107* 4) As mulheres casadas seguem o domicilio de seus maridos, *L 38. § 3. D eod*: 5) os filhos familias, o de seus paes e os pupillos ou os interdictos; o de seus tutores. *Cod Civ. Fr. art. 108* 6) Os criados seguem o do amo, se vivem com elle na mesma casa *Cod da Sard art 72* Uma pessoa póde ter dons domicilios, quando tem casa em diferentes logares, e reside ora em um, ora em outro *Ref. Jud art 180*

O domicilio induz sujeição ás justças e auctoridades do logar, e a cada passo é necessario attender-se no exercicio dos direitos civis. Cumpre porém distinguir entre domicilio civil, e domicilio politico. O civil é o que acabamos de definir o outro é o que se exige para o exercicio dos direitos politicos. Assim, para qualquer votar nas eleições, basta ter residencia no logar do recenseamento, o qual é regulado pelas leis das eleições. Os vagabundos podem ser demandados em qualquer logar, onde sejam achados.

Dos vizinhos.

§ 69 Para gozar das honras e vantagens das Municipalidades, ou Parochias, não basta o simples domicilio, é necessario ser *vizinho*. As regras do domicilio são applicaveis á vizinhança: 1) excepto que, para se adquirir esta por aquelles, que alli não nasceram, é necessaria residencia de quatro annos com casa mudada, quando para adquirir domicilio não ha tempo marcado. 2) O filho fica vizinho no logar do perfilhante: 3) bem como o que casou em um logar, se tem animo de permanecer nelle *Ord L 2 tit. 56.*

Não obstante terem-se confundido os limites e privilegios, de que em virtude dos Foraes gozavam os antigos Concelhos, ainda hoje as regras da *vizinhança* se poderão applicar na habilitação dos moradores para gozar dos pastos communs, partilhas de baldios, e outras vantagens locais.

No estado civil, da mesma fórma que no natural, podemos considerar os homens em muitas outras relações, conforme o seu nascimento, destino, ou occupação principal, que fazem variar os seus direitos; como *nobres e plebeus, clérigos, religiosos ou seculares; catholicos, hereges ou apostatas; miseraveis ou poderosos; militares ou parzanos*, e outros, que facilmente se podem entender, e que indicaremos nos logares competentes.

Como se prova a morte da pessoa?

§ 70 Uma pessoa physica acaba pela morte

natural. A morte prova-se 1) por certidões extrahidas dos assentos legaes dos obitos; na falta destes por testemunhas, e outras provas ordinarias 2) por presumpções legaes, como a) no caso do ausente em parte incerta, que excede a idade de setenta annos: Lobão *Morgad. Cap. 13. §. 9. b)* a daquelle, que ficou gravemente ferido em uma batalha, se delle não ha noticias até um anno depois de feita a paz: c) a do que ia embarcado em navio, que naufragou, se não ha noticias delle até tres annos depois do naufragio. *Cod. da Pr. P. 1. tit. 1. art. 35. e 36.*

Para o fim da dissolução do matrimonio não se admite a prova de morte do conjuge por presumpções. *Cab. Dec. 101 (Veja no fim do Tom. 1.º a nota C.)*

Dos assentos dos obitos.

§ 71. Os assentos dos obitos continuam a ser entre nós feitos pelos Parochos, que os devem lançar em livro especial. Devem conter 1.º o nome, estado, profissão e domicilio do fallecido: 2.º o nome do seu conjuge, se era casado, ou viuvo, bem como os dos paes, se era filhofamilias: 3.º a declaração se morreu com disposição de seus bens, ou não. Se o defuncto era desconhecido, devem notar-se todos os indícios, por onde possa vir a reconhecer-se. *Const. do Porto L 4 tit 11. Const 5., Cod. da Pr. P 2. tit 11 art 492.* Nos hospitaes tanto civis, como militares, deve igualmente haver livro para nelle se lançarem os assentos dos obitos dos doentes: e nos fallecimentos acontecidos a bordo das embarcações em viagem do mar, deve o escripto fazer o assento, que será juncto ao rol da equipagem. *Cod Civ. Fr. art. 80. e 87.*

(Veja a not. supra ao §. 57.)

Morrendo muitas pessoas conjunctamente, qual se presume ter morrido primeiro?

§. 72. Muitas vezes acontece morrerem muitas pessoas no mesmo desastre, e ser necessario decidir, qual morreu primeiro, para se deferir a successão Neste caso deve o juiz 1) attender a todas as circumstancias do acontecimento, se dellas se poder colher alguma presumpção *Cod Civ. Fr. art 720*. Na falta destas 2) presume-se que a pessoa mais idosa sobrevivera á mais nova a) quando todos os que pereceram juntamente, tinham menos de quinze annos: b) quando uns tinham menos de quinze, e outros menos de sessenta. *Cit Cod. art. 721., Dig Port. 2 art 633.* 3) Pelo contrario presume-se ter sobrevivido a mais nova: a) se todas tinham mais de sessenta annos. b) se umas tinham menos de quinze, e outras mais de sessenta: c) e por maioria de razão, se umas tinham mais de quinze, e outras mais de sessenta. 4) Se todas tinham mais de quinze e menos de sessenta, presume-se ter sobrevivido a mais nova mas se forem de differentes sexos, o varão da mesma idade, ou ainda de menos até um anno, presume-se ter sobrevivido á femea. *Cit Cod. art 722.*

Nesta especie por Direito Romano presumia-se que nenhuma sobrevivera á outra, *L. 18. D de reb. dub*, excepto a) no caso de serem pae ou mãe, e filhos, em que se presume terem sobrevivido estes, *se eram puberes, L. 9. §. 1., e L. 22. eod.* b) ou quando se tractava de doações, porque em favor da doação presumia-se ter morrido antes o doador: *L. 52 §. 14. D. de donat. inter vir et ux.* Não obsteinte achar-se aquella regra adoptada no *Cod. da Pr. P. 1. tit. 1 art 59.*, e em outros da Allemanha, é facil conhecer que por ella se não resolve a difficuldade. Supponhamos que morreram conjunctamente o testador, e o herdeiro por elle instituido aos her-

deiros de qual delles deve passar a successão? A presumpção do Direito Romano neste caso em favor do acto não é hoje applicavel, porque entre nós são antes favorecidas as successões *ab intestato*.

Por esta razão seguimos antes a doutrina do *Cod. Civ. Fr.*, que estabeleceu as presumpções, attendendo á força da idade, e, *caeteris paribus*, ao vigor do sexo. É verdade que não será facil presumir que o menino de um anno sobrevivesse ao homem de sessenta e um, como se deduz da theoria exposta, a não invocarmos neste caso a regra 1.^a—de que o juiz se decida pela consideração das circumstancias.

O moderno *Cod. da Sará. art. 965.* adoptou esta mesma theoria, mas com graves alterações. Se os mortos são do mesmo sexo, e todos de menos de 35 annos, sobreviveu o mais velho se de mais de 35, o mais novo. Se um tinha mais de 35, mas menos de 70, e o outro menos de 14, sobreviveu o primeiro se um tinha mais de 70, e o outro mais de 7, sobreviveu este ultimo pelo contrario, se tinha menos de 7.

Se eram de differente sexo, mas todos de menos de 14 annos, sobreviveu o mais velho se todos excediam os 14, mas não chegavam a 35, sobreviveu o varão. Quando todos tinham mais de 35, ainda a presumpção é a favor do varão, se a differença da idade não excede a 5 annos se excede, então sobreviveu o mais novo.

CAPITULO II.

DAS PESSOAS MORAES.

Especies de pessoas moraes.

§ 73. Ás pessoas moraes pertencem: 1.^o o *Estado*, ou a *Nação*, cujos direitos e obrigações são exercidos pelo Ministerio publico: 2.^o as *Camaras Municipaes, Juntas de Parochia*, e outros estabelecimentos politicos, susceptivos de direitos 3.^o as *sociedades* approvadas legalmente, qualquer que seja o seu fim. 4.^o os *estabelecimentos ecclesiasticos, de piedade ou instrucção*, a que chamamos *corpos de mão morta*: 5.^o as *heranças jacentes*, e em certo modo as *massas dos fallidos, os morgados*, e outros bens,

cuja propriedade não pertence a individuo determinado.

Das sociedades.

§. 74. A sociedade é a reunião de duas, ou mais pessoas para um fim honesto. Destas umas têm por fim o interesse ou lucro dos socios, que para esse fim põem em commum algum capital, ou industria; taes são as *commerciaes*: outras têm por fim o interesse publico, e devem ser approvadas pelo governo; as quaes mais propriamente se chamam *Corporações, Communidades, Collegios*. Umas são temporarias: outras acabam com a morte dos socios, que as instituiram e outras continuam, ainda que estes mudem. Todas representam uma *pessoa moral*, distincta de seus membros considerados como pessoas physicas.

A sua administração é regulada conforme os estatutos, compromisso, ou contracto da formação: na falta destes decidem-se os negocios pela maioria de votos dos socios presentes, sendo porém para esse fim convocados todos. A sociedade conserva-se, ainda que não exista senão um só de seus membros *L. 7. §. 2. D. quod cuj. univ. nom*

Extingue-se: 1) satisfeito o fim ou tempo, por que foi instituida. 2) se acabaram todos os seus membros: 3) se o governo a dissolve. No caso de extincção, os bens da particular repartem-se entre os socios, de que ella se compõe ao tempo da dissolução, não constando outra cousa dos estatutos se é publica os bens pertencem ao Estado

Adiante tractaremos do contracto da sociedade.

Corpos de mão morta

Todos os *estabelecimentos* ou *fundações permanentes*, que têm um fim publico religioso, de piedade, beneficencia, ou instrucção, são tambem *pessoas moraes*; e por conseguinte susceptives de direitos e obrigações, desde que foram legitimamente auctorizados. Destes uns são sociedades, ou comunidades como as Collegiadas, os Cabidos, as Confrarias as Irmandades outras não, como as Igrejas, as Capellas. Todos são na nossa jurisprudência designados pelo nome de *corpos de mão morta*, por estarem sujeitos ás leis da amortização, as quaes lhes prohibem adquirir, ou possuir bens de raiz sem dispensa do Rei, hoje do poder legislativo. *Ord. L. 2. tit. 18.*

SECÇÃO 3.

NOÇÕES GERAES SOBRE COUSAS.

Nacção de cousas ou bens

§. 76. Em sentido juridico dizem-se *cousas*, ou *bens*; tudo aquillo, ou todos aquelles entes, que servindo de utilidade aos homens, podem ser sujeitos ao seu poder, e por tanto objecto de direitos. Nesta generalidade comprehendem-se não só as cousas physicas, mas tambem as acções, ou factos, e os mesmos direitos, em quanto se consideram como objecto de propriedade. *L. 23 D. de verb. sign., Wald. §. 218* Existem *cousas*, a) que, a pezar da sua utilidade, não são objecto de direito, por serem taes, que se não podem sujeitar ao poder do homem, como o ar, o mar (*inexhausti usus*):

e outras, b) sobre as quaes é prohibido aos particulares exercer direitos *excursivos*, como as sagradas, os bens do Estado (*extra commercium*). Para classificar as *cousas* em geral, podemos consideral-as: 1.º em si mesmas: 2.º em quanto aos possuidores.

Ainda que o ar, a agua, o mar, considerados philosophicamente, sejam inapprehensiveis com tudo, considerados em relação, ou como accessorios de outros bens, reputam-se objecto de direito. Assim o dono de um predio tem direito ao ar perpendicular. *Ord. L. 1. tit. 68. §. 32.* Os rios e os portos são propriedades da nação: assim como o mar contiguo ás praias até onde alcançam os canhões das fortalezas de uma nação, é pelo Direito das Gentes reputado propriedade desta com exclusão das outras.

CAPITULO I.

DAS COUSAS CONSIDERADAS EM SI MESMAS.

1.ª classificação: *corporeas*, e *incorporeas*.

§. 77. I. As *cousas* consideradas em si mesmas, 1.º ou são *corporeas*, ou *incorporeas*. Aquellas são as que existem physicamente, e se percebem pelos sentidos, como um animal, uma casa. Mas assim como admittimos em jurisprudencia *personas moraes*, o mesmo practicamos a respeito das *cousas*, suppondo objectos de direito seres *incorporeos* ou *moraes*, que não existem senão por ficção, como as servidões, os mesmos direitos, e as acções. §. 1. e 2. *Inst de reb corpor.*

IIª classificação: a) *movers*.

§. 78. II. As *cousas corporeas* podem ser *movers*, ou *immovels*. *Movers* são aquellas, que se podem transportar de um para outro lugar;

quer por si mesmas, como os animaes, a que por isso se dá o nome de *semoventes*; quer por meio de força estranha, como os seres inanimados. *L. 39. D. de verb. sign.* Os navios e embarcações são contados entre as *cousas moveis* para todos os effeitos, que a lei não exceptua. *Cod. Comm. art. 1287.*

Nas leis, e mais ainda nos contractos e testamentos, acham-se muitas vezes empregadas as palavras *movel*, *bens moveis*, ou *effeitos moveis*, *mobilia*, *trastes* ou *alfaxas*. as quaes nem sempre são synonymas, e sobre cuja significação discrepam Mell. *L. 3. tit. 7. §. 19* e Lobão *Tract. das casas* §§. 360. e seg. A mesma difficuldade de definir os vocabulos correspondentes se vna no Digesto nos titulos de *instructio vel instrum. leg., de supell. leg., de aur. arg. leg.*, e no Código Civil Fr. art. 534. e seg., e no da Pr. P. 1. tit. 2. art. 14. e seg.

Seguindo a linguagem commum, e em analogia com o *Cod. Civ. Fr.*, poderemos sobre este objecto estabelecer as regras seguintes. 1.º Deve procurar-se conhecer o sentido destas palavras á vista do enunciado, do modo de falar do lugar, ou das circunstancias, em que ellas são empregadas. Assim, se o testador luga a um o seu *movel* e a outro o seu *immovel*, póde concluir-se que na primeira expressão quiz comprehender todos os bens, que não fossem os *immovels*. 2.º Se porém daqui se não poder tirar alguma indicio, na simples expressão de *movel*, *bens moveis*, ou *effeitos moveis*, não se comprehende o dinheiro de contado, nem os créditos ou acções, nem as joias, livros e equipagens, nem os semoventes, nem os vestidos, nem os fructos e generos arrecadados, ou de commercio. Mell. *cit.*, *Cod. Civ. Fr. art. 533. 3.º* A expressão *mobilia*, *trastes*, *alfaxas de casa* (*supellez*), na falta de declaração, não comprehende outros *movers*, senão os destinados ao uso e ornato das casas, como cadeiras, leitos, mesas, espelhos, relógios, e outros objectos desta natureza; bem como as estatuas, quadros e porcellanas, se ahi estiverem para decoração; não assim para outro fim, como para ajantar em collecção. *Cit. Cod. Civ. Fr. art. 534.*, Lobão *cit.* §. 564. 4.º Nestes termos se entende a venda ou legado de uma casa *mobilhada*, ou *com todos os moveis*; porém se se disser — *a casa com tudo o que nella se acha* —, comprehendem-se nesta expressão todos os objectos *movers* em geral, á excepção do dinheiro de contado, e dos créditos, porque são antes representantes, ou provas de valores. *L. 92. §. 1. D. de legat. 3.º, Cod. Civ. Fr. art. 536.*

A doutrina do *Cod. Civ. Fr.* foi literalmente copiada pelo *Cod. da Sard.* art. 415, e seg.

b) *Immoveis.*

§. 79. *Immoveis*, ou *de raiz*, dizem-se 1.º aquellas cousas, que ou se não podem absolutamente transportar, como os predios rusticos, ou ao menos sem se desfazerem, como os urbanos, as árvores. 2.º Muitas vezes os bens moveis para os fins juridicos são contados entre os *immoveis*, a) ou por estarem de tal sorte ligados, que formam parte destes; b) ou por serem destinados ao uso perpetuo dos *immoveis*, e por tanto suas pertenças, em quanto effectivamente estão nelle empregados. *L.* 13. §. *u't.*, e *L.* 17. §. 7. *de act. empi et vend.*

Assim pela connexão dizem-se *immoveis* os moinhos de vento, ou agua, e outros quaesquer edificios, ainda que sejam assentes em pilares; as arvores, em quanto pegadas, as minas, as aguas, as cafes para as transportar; os fructos, em quanto dependentes e todas as partes componentes dos edificios (*vincti fita*). Em razão do destino dizem-se *immoveis* todas as cousas, que os proprietarios destinam exclusivamente para o serviço e laboração de um predio, como os animaes de cultura, as ferramentas de lavoura, as sementes, que ficam de uns para outros colonos; as passias, os estrames, as colmeias, os lagares, alambiques e toneis. As pombas são reputadas pertenças dos pombaes; os coelhos, das coelheiras; os peixes, dos lanques. Igualmente se reputam pertenças de qualquer predio aquelles moveis, que nelle se acham tollecados com indicios de ahí estarem perpetuamente: como os que estão embutidos nas paredes e edificios; ou que se não podem tirar, sem se deteriorarem, ou fracturarem; v. g., as vidraças, espelhos, paineis, e outros ornatos assim embutidos, as estatuas, se estão em nicho aberto de proposito para esse fim. *Cod. Civ. Fr. art.* 522, e seg. Vid. *Moraes de execut. cap.* 1. n. 32

Os bens de raiz propriamente taes chamam-se *predios* e destes dizem-se *urbanos* os edificios destinados para a habitação, ou ainda para recreio, como os jardins e *rusticos* todos os outros, ainda mesmo os edificios, se são destinados para a

cultura, como os celloiros, os moinhos. *L.* 198, e 211. *D. de verb. sign.*

A qual destas pertencem as incorporeas?

§ 80. Como as cousas ou bens incorporeos, os direitos e acções, não têm existencia physica, contam-se entre as cousas *moveis*, ou *immoveis*, conforme a natureza do objecto, sobre que versam. Assim o direito para obrigar outrem a que pague certa quantia, ou outros effectos moveis, considera-se *movel*: a acção para reivindicar um predio, as servidões, o usufructo, são *immoveis*. O direito de pedir rendas, foros, pensões, tenças perpetuas, ou de vidas, é enumerado entre os *immoveis*, *Ord. L.* 3. *tit.* 47. *pr.*; não assim, quando as pensões são temporarias. *Per. e Sous. Pr. Linh. Civ. not.* 790. Entretanto para alguns effectos os direitos e acções formam uma *terceira especie* de bens, separada dos moveis e *immoveis*. *L. de 20. de Junh de 1774* §§. 17. 28. e 29.

As acções de bancos e companhias, e os titulos de divida publica são pelas leis equiparados aos *immoveis* para certos effectos, como para poderem ser vinculados. *L. de 20 de Junh. de 1766.*

III.ª *classificação: fungiveis, e não fungiveis.*

§ 81. III *Cousas fungiveis* dizem-se aquellas, das quaes se não póde usar, sem se consumirem, ou ao menos sem lhes alterar a natureza taes são *ordinariamente* as que constam de numero, peso e medida, v. g., o vinho, o trigo. Entre estas é contado o dinheiro em moeda, porque delle se não póde usar sem o gastar. *Não fungiveis* dizem-se aquellas, de que se póde

usar sem se consumirem, como os animaes, os predios. §. 2. *Inst. de usufr*, *Ord L. 4. tit. 50 pr.* e 53. §. 1.

Esta distincção tem muito uso na jurisprudencia. É necessario porém advertir, que ella não é tão exacta, que possa servir de base a todas as conclusões juridicas: pois muitas vezes cousas, que se consentem pelo uso, são reputadas nas leis, ou nas convenções ou testamentos, como não fungiveis, e *vice versa*. O essencial da distincção consiste antes em ser uma cousa considerada para o fim, de que se tracta ou como *determinada é individual* (*in specie* na phrase do D. Romano), e por tanto insubstituível por outra ou como *a mesma em especie* (*in genere*), e por tanto substituível por outra da mesma quantidade e qualidade. Assim o dinheiro é fungivel, se é emprestado para se gastar; e não fungivel, quando o seja com a obrigação de serem tornadas as mesmas moedas. *Ord cũ tit. 53. §. 1.* O vinho é fungivel; mas se o testador legar o vinho, que está em certo tonel, equival a não-fungivel, porque o herdeiro deve dar aquelle individualmente: *vice versa*, se o testador deixar indeterminadamente um cavallo, uma casa, o herdeiro satisfaz, entregando uma qualquer do mesmo genero: e assim vem a applicar-se a uma cousa não-fungivel os effeitos das fungiveis. Mackeld. *Man. da dr. rom.* §. 149.

Cumpra estar prevenido, para concordar as leis romanas com o direito patrio, de que naquellas leis a palavra *genus* se emprega para significar o que nas sciencias se chama *especie*, v. g., um livro, um escravo; e que pela palavra *species* se designa uma cousa individualmente determinada, v. g., o escravo João. Quando o genero é determinado por numero, chama-se em D. Romano *quantitas*, v. g., dez alqueires de trigo *L. 54. pr. D. de verb oblig.*, e *I. 3 § 21. de acquir. poss.* É neste sentido ainda que na *Ord. E. 4. tit. 50. pr. se emprega* a palavra *genero*, e no *tit. 53. §. 1.* a palavra *especie*. Com tudo modernamente tem-se alterado esta fórma de expressão, e seguido a das sciencias.

As cousas, alem disto, umas vezes consideram-se cada uma individualmente (*singulares*), outras vezes muitas reunidas em um todo ou massa (*universalidade de cousas*). Esta póde ser, ou de individuos da mesma especie, v. g., um rebanho ou de diferentes cousas reunidas por direito, v. g., uma herança.

IV.^a *classificação: cousas principaes, e accessorias ou pertencas.*

§. 82. IV *Principaes* dizem-se aquellas cousas, que existem por si, e para si. *Accessorias* ou *pertencas*, aquellas, que estão exteriormente unidas á principal, ou seja pela natureza, como a alluvião, o feto, os fructos; ou pela vontade do homem, com o fim de as fazer servir ao uso perpetuo da principal, como os animaes e ferramentas de lavoura, a respeito dos predios rusticos. *Cod. da Pr P. 1. tit. 2 art. 42. e seg.* Em quanto a estas, póde-se estabelecer a regra geral de que a disposição, que regula a principal, comprehende a accessoria, uma vez que não seja expressamente exceptuada. Mackeld *cit.* §. 153.

a) *Dos fructos*

§. 83. Entre as accessões, ou pertencas, comprehendem-se os *fructos*. Esta palavra na accepção propria significa os productos corporeos organicos de uma cousa, a que chamam *fructos naturaes*. Porém na accepção lata significa toda a utilidade, ou rendimento, que se póde tirar de qualquer cousa, como os juros, os alugueres; e a estes chamam *fructos civis*. Quando para a producção dos fructos além das forças da natureza concorre tambem o trabalho e industria do homem, chamam-se *industriales*. Em quanto ao seu estado: os fructos naturaes e industriales dizem-se *pendentes*, em quanto estão unidos á cousa, que os produziu; *percebidos*, ou *colhidos*, depois que della estão separados, e com destino de se usar delles; e estes dizem-se *exstantes*, ou *consumidas*, conforme

existem ainda, ou não, em poder do possuidor da coisa. Finalmente dizem-se *percipiendos* aquelles, que por dolo, ou culpa lata, deixaram de se perceber. Os fructos *pendentes* das cousas immoveis reputam-se também immoveis para os effeitos juridicos, excepto quando se dispõe delles para serem separados. Vej. Lobão *Suppl. ás Acç. Summ. Diss.* 10. §. 1.

b) Das bemfeitorias.

§. 84. Entre as pertencas, podem-se também contar as despesas, que se fazem para conservar, ou melhorar uma coisa. Se estas despesas têm por fim conservar a existencia da coisa, ou preservá-la de deterioração, chamam-se *despesas* ou *bemfeitorias necessarias* (*impensae necessariae*) L. 79. *D. de verb. sign.* Estas podem ser exigidas por aquelle, que as fez em coisa alheia, excepto pelo ladrão. L. 38. *D. de haered. petit.*, L. 5 *Cod. de rev.* Chamam-se *uteis*, quando augmentaram o valor commum da coisa (*utiles*); e *voluptuarias*, quando somente têm por fim servir ao gozo ou regalo de quem as fez, sem augmentar o valor commum. A restituição das *uteis* varia conforme a boa ou má fé, em que foram feitas, e outras circumstancias: em quanto ás *voluptuarias*, aquelle, que as fez, não tem outro direito, senão levantá-las, se o proprietario lh'as não quizer pagar, L. 38. *D. de reiv.* Vid Lobão a *Mell*, L. 2 tit 9. §. 24 n. 1

Para alguns effeitos juridicos é necessario, em quanto ás *bemfeitorias necessarias* dos bens de raiz, distinguir entre simples reparos, como os concertos de telhados, de janellas; e bemfeitorias importantes como a reedificação dos edificios, que se arruinaram. Alguns possuidores, como o usufructuario, são apenas obrigados ás primeiras

Os possuidores de predios, que são obrigados a restituir

rendimentos, não pedem estes reparos, quando a conta se lhes faz pelo juro do valor dos bens, porque na avaliação se lhes fez já o desconto respectivo outra coisa se dirá, se a conta dos rendimentos se faz por differente maneira.

c) Das deteriorações.

§ 85. As bemfeitorias correspondem ás *deteriorações*, ou *damnificações*, isto é, os estragos, que a coisa soffreu, e que diminuem o seu valor, procedidos da falta dos reparos, e do cuidado necessario. Aquelle, que deu causa ás deteriorações, ou seus herdeiros, deve indemnizá-las conforme o gráo de culpa, que lhe é imputavel, o que será indicado nos logares competentes.

(Vej adiante a Secção 6.ª)

CAPITULO II.

DOS BENS, EM QUANTO AOS POSSUIDORES

Classificação dos bens neste sentido

I. Nacionaes.

§ 86 Os bens, considerados em quanto á pessoa, que os possui, são *nacionaes*, *municipaes*, *dos estabelecimentos publicos*, e *particulares*. I *Nacionaes* são os que pertencem ao Estado, ou nação. Estes são de duas especies: 1.º daquelles, que de tal maneira estão na propriedade publica, que não podem deixar de lhe pertencer, sem mudar de natureza, e por isso na phrase de Direito Romano se diziam estar fóra do commercio taes são os tributos, as estradas, os rios navegaveis, as praças, portos, an-

coradouros e cães, os muros, fortificações e reparos das fortalezas, e outros 2.º Daquelles, que, não obstante pertencerem ao Estado, podem com tudo passar para a propriedade dos particulares por alienação, ou ainda por prescrição: taes são os *proprios* do Estado, os bens vacantes, as ilhas e mouções, que se formam nos rios navegaveis, os palacios e quintas destinadas para a familia real, e estabelecimentos do Estado

Nas Ordd. e nas leis antigas a cada passo se faz menção dos bens nacionaes com o nome de *bens da Côrôa*. Muitos delles foram doados pelos Reis a pessoas particulares em remuneração de serviços, já em uma, já em mais vadas a propria familia real possuia muitos, como a casa de Bragança, a do Infantado. Ainda nos *Donatarios* conservam taes bens a natureza de nacionaes, e reversiveis ao Estado, findo o prazo da doação, e formavam um artigo muito vasto e complicado na jurisprudencia antiga, principalmente em quanto á successão. Depois do *Decr. de 13 de Ag. de 1832*, que aboliu os foraes, tornou-se este artigo de menos importancia. mas ainda algumas vezes seremos obrigados a fazer delles menção.

II. Municipaes, e das Parochias.

§. 87 II *Municipaes* dizem-se aquelles bens, cuja propriedade pertence aos povos de um Concelho, ou Municipio Estes tambem se podem reduzir a duas especies: 1.ª daquelles, cujo uso está patente a todos, como as ruas, os baldios e maninhos: 2.ª daquelles, cujo uso e rendimento é especialmente applicado para as despesas do Municipio. O mesmo é applicavel aos bens das Parochias, cuja administração compete ás Juntas nos termos do *Cod. Adm. art 303*.

Os bens nacionaes e os municipaes são sujeitos a regulamentos especiaes. Vej. *Lobão a Mell. L. 3. tit. 1. §. 8. n. 13*.

III. Dos estabelecimentos publicos.

§ 88. III. Os bens dos estabelecimentos publicos, como Igrejas, Mosteiros, Hospitaes, Misericordias, Universidades, são, para os effeitos juridicos, equiparados aos dos particulares com as excepções, ou privilegios, que as leis lhes concedem. Os bens ou cousas *sagradas*, isto é, benzidas com as *preces* da Igreja, e immediatamente destinadas para o culto, como os templos, os calices, os altare, as imagens, estão *extra commercium*, e não podem ser objecto do patrimonio dos particulares, nem por consequente alienadas: excepto a) depois de solemnemente profanadas; b) se estão de tal maneira transformadas, que não podem servir para o seu fim. Os bens ecclesiasticos porém, destinados para a sustentação e despesas do culto, podem ser alienados, precedendo licença das autoridades respectivas.

IV Bens dos particulares.

§ 89. IV. Os bens dos particulares são os que fazem o objecto principal do direito civil. Podem tambem ser de diferentes especies, como *alodiaes*, de *vinculo*, *emphyteuticos*, e outras, das quaes se dará noticia no logar competente. Chamam-se *alodiaes*, ou *lives* aquelles, de que uma pessoa póde dispôr livremente, sem necessidade de licença de outrem, e que por consequente se communicam entre os conjuges, e partem entre os coherdeiros: em contraposição aos vinculados, aos *emphyteuticos*, e aos da Côrôa

Sobre a palavra *alodial* vej. Du-Cange *Glossar. vbo. Alodium*. Ordinariamente diz-se serem alodiaes todos aquelles, de que se não pagam prestações porém na verdade alguns ha, de que se pagam prestações, e não deixam de ser alodiaes para os effeitos juridicos, como os censaticos.

Omittimos, por serem facéis de entender, as *cousas nullius*, ou por não serem susceptiveis de propriedade, como o ar; ou por não terem tido, ou se não saber o dono; ou finalmente as que tiveram dono, mas foram abandonadas, chamadas *derelectas*.

CAPITULO III.

DA AVALIAÇÃO DAS COUSAS

Noção de valor, e avaliação.

§. 90. A somma das utilidades, que se podem tirar de uma cousa, reduzidas a dinheiro, constitue o *valor* ou *preço* dessa cousa. *Cod. da Pr. P. 1. tit. 2. art. 111.* Se neste calculo se attendem sómente as utilidades, que a cousa póde prestar a qualquer possuidor, chama-se *preço* ou *valor communis*: se além disso se attende á estimacção ou vantagens especiaes, que ella offerece a uma pessoa determinada, chama-se *preço de affeição*. A operação, pela qual se determina este valor ou preço, chama-se *avaliação*. Vej. a *Mem sobre a aval. dos bens de praz.* por Vic. J. Ferreira Cardoso.

Fórma da avaliação.

§. 91. A avaliação *legal* ou *judicial* é feita por dous *louvados* ou *avaliadores*, os quaes devem ser: a) peritos, isto é, conhecedores da cousa, das circumstancias della, e dos costumes do logar; sendo para isto, se for necessario, ajudados de informadores: b) juramentados: c) escolhidos, ou pelas partes, ou pelo

juiz á revelia destas, ou chamados pelo escrivão da execução, quando os bens moveis valerem menos de rs 15:000 *Ref. Jud. art. 596 e 597.* No inventario de menores devem ser nomeados no Conselho de familia. *Id. art. 404* No caso de discordarem, nomeia-se um terceiro, o qual deve precisamente seguir o laudo de um dos outros *Ord. L. 3. tit. 17. §. 2. e tit. 70. §. 11* Se as partes arguem a avaliação, o juiz verificando a irregularidade, póde mandar proceder a outra por novos avaliadores, nos casos declarados na *Ref. Jud. art. 599.*

Na *Ord. L. 3. tit. 17.* acham-se confundidos os juizes arbitros com os avaliadores; ou estimadores, de que aqui tratamos, a pezar de serem mui differentes as funcções. As dos primeiros estão hoje definidas na *Ref. Jud. art. 225.* Tanto nestes, como naquelles, quer a *Ord.* que o terceiro nomeado seja obrigado a seguir o voto de um dos outros, *Mell. L. 3. tit. 13. §. 3. not.* acha injusta esta disposição, que alguma vez forçara o terceiro a dar um voto contra a sua opinião ou consciencia, e attribue-a á má intelligencia da *L. 16. §. 7. D. de recept. qui arbit.* *Lobão ad cumd.* defende-a com o fundamento de pôr termo ás disputas das partes, e com a auctoridade de muitos praxistas. No *Cod. de proc. em. Fr. art. 1018.* acha-se imposta a mesma obrigação ao terceiro dos juizes arbitros.

Avaliação dos moveis.

§. 92. A avaliação dos *moveis* e *semoventes* depende do arbitrio dos avaliadores, attendendo á qualidade e estado da cousa, e á commun estimacção do logar *Ord. L. 4. tit. 11 §. 4 e tit. 13. pr.* *Lobão Exec §. 319.* Os trastes de ouro, prata e diamantes são avaliados pelos contrastes ou ensaiadores, pelo seu peso legal, e metade do feitio das peças, no caso de merecerem ser conservadas. *L. de 20 de Junho de 1774 §§. 8 e 10*

Avaliação dos immoveis.

§. 93 Quanto aos bens de raiz, a somma do seu rendimento annual multiplicado por vinte annos, liquido dos encargos e despesas, dá o seu valor *Alv. de 14 de Out. de 1773 § 1*

1.º Nas hortas, terras de cereaes e legumes, deduz-se ametade do seu producto annual para despesas de cultura; nas vinhas e olivaeas, a terça parte, excepto se é outro o costume do logar *Id e Instr de 18 de Out de 1762 §§ 29 32 e 40*

2.º Nas casas attende-se ás rendas, abatendo a decima parte para reparos, e tendo tambem em consideração o seu estado, que prometta mais ou menos duração. *Lei das decimas de 7 de Abr. de 1838 art. 3, Alv de 25 de Ag. de 1774 § 30*

3.º Nos moinhos, azenhas e engenhos abatem-se 30 por ² do seu rendimento para reparos, ou sómente 10 por ², quando os concertos são por conta dos arrendante *Cit. L de 7 de Abr. art. 4.*

4.º Os prazos avaliám-se pelo mesmo modo, deduzindo o valor do dominio directo, o qual será a somma de pensões dos vinte annos, e um laudemio *Lobão D. emphyt. §. 330, e Aval § 193, Decr. de 6 de Març. de 1769*

5.º Mas em geral nas avaliações, bem como nos preços dos generos, os avaliadores devem regular-se pelos costumes das terras, e posturas das Camaras *Ord L 3 tit. 17 pr. — guardando sempre o costume geral da terra.*

O Decreto de 17 de Julh. de 1778, quando indica, que o rendimento do anno da avaliação seja sem attenção aos anteriores, o regulador para a somma dos vinte annos deve entender-se nos termos habeis de não ter este sido nem muito abundante, nem muito esteril, porque nesse caso deve procurar-se um termo medio. *Lobão Aval. §. 320., cit. Ferr. Card. Diss. sobre a avaliaç. §. 12. As Instruções para a decima de*

18 de Maio de 1838 art. 10. §. 2. mandam tomar para regulador o preço medio dos tres annos ultimos.

Os direitos, ou acções, ou sejam certos ou eventuaes, são avaliados pelo prudente arbitrio dos avaliadores, attentas as circumstancias. Os créditos, ou acções por quantias do dinheiro, contam-se, não se avaliám; excepto se são duvidosas, illiquidas, ou correm com rebate, no caso de que a parte interessada não prefira recebê-los para se ir cobrando *real a real*, como lhe permite a *L. de 20 de Junh. de 1774 §§. 17. e 27.*

Como se avaliará o usufructo, e outros redditos vitalícios, ou a propriedade, quando anda separada do usufructo? *Na E. 68. D. ad Leg. Falcid.* manda-se attender á duração provavel da vida do usufructuario; e tomando o termo de 60 annos, se elle tem menos de 30, mandam-se contar outros 30; e a somma do rendimento annual destes será o valor do usufructo; se tem mais de 30, contam-se os que faltarem até os 60 e se exceder esta idade contam-se apenas cinco. Ainda que alguns praxistas, como *Val. Cons. 16. n. 10. e Portug. de donat. L. 1. Prel. 2. §. 6. n. 33*, pareçam inculcar esta norma, não nos parece exequível segundo a actual legislação.

Supponhamos um predio, que rende annualmente 10 000; o seu valor em toda a propriedade é de 200-000. Supponhamos agora que o usufructo anda separado, e pertence a uma pessoa de menos de 30 annos segundo a theoria da fei romana, seria avaliado em 300 000 e assim viriamos a dar na contradicção de avaliar o usufructo só, em mais do que tódá a propriedade. Em alguns logares costuma-se avaliar o usufructo em ametade do valor total; e a propriedade separada, na outra ametade, o que tambem póde dar resultados iniquos *Lobão Exec. §§. 335. e 341, e Aval §§. 40. 79. é seg.* manda neste caso recorrer a commum estimação dos homens. E na verdade, neste, mais de que em outro qualquer caso, é necessaria a attenção ás circumstancias e a prudencia dos avaliadores.

SECÇÃO 4.ª

NOÇÕES GERAES SOBRE ACTOS JURIDICOS.

Noção de acto juridico.

§ 94. Diz-se acto, ou acção, neste sentido, todo o factio, ou omissão, practicado por

uma pessoa no uso da sua razão. Quando desta acção resulta a criação, extincção, ou alteração de direitos, ou obrigações, é um *acto de direito*. Estes actos podem ser *licitos*, ou *illicitos*. Os actos *illicitos* não podem produzir para seus auctores direitos; mas produzem obrigações. *Cod. da Pr. P 1 tit. 3. art. 35* Além disto em alguns actos dá-se a manifestação da vontade, a qual é considerada como a base da aquisição ou alteração dos direitos: a estes chamamos propriamente *actos juridicos*, de que aqui tractamos. Nos actos, em que se não dá manifestação de vontade, não resultam outros direitos e obrigações, senão aquelles, que as leis expressamente determinam. *Id. art 32*

E facil entender que a palavra *acção* aqui se toma no sentido vulgar, e synonymo de *facto*, e não no forense de *remedium juris*. Quando em direito se diz *acto inter vivos*, *acto solenne*, refere-se esta expressão aos actos juridicos. Os contractos, os testamentos, a confissão, o juramento, todos os actos assignados em juizo, e outros semelhantes são actos juridicos.

Fôrma dos actos juridicos.

§. 95. A reunião das circumstancias, ou *solemnidades*, que conforme a lei devem *inter- vir no acto*, chama-se *fôrma*. Esta ou é *inter- na*, quando se refere ao objecto, e conteúdo no acto: ou *externa*, quando ás *solemnidades*, que se devem praticar no momento da sua celebração, como a escriptura, as testemunhas. A falta das formalidades *externas* não annulla o acto, senão quando a lei o determina. *Ass. de 23 de Julh de 1811 n. 325* Quando a observancia destas formalidades é disputada, compete a prova áquelle, que allega a sua existencia. O acto pôde ser *judicial*, ou *extrajudicial*, conforme deve ser feito em juizo, ou sóra: e *publico*

publico, quando nelle intervem a auctoridade ou official publico, ou *particular*.

Por D Romane *L. 5. Cod. do legib.* era nullo todo o acto feito sem as formalidades da lei, ainda que esta o não declarasse.

Elementos dos actos juridicos

§. 96. Nos actos juridicos dão-se *elementos essenciaes*, *naturaes*, e *accidentaes*. Os *essenciaes* são aquelles, cuja falta faz que o acto seja nullo, ou degenerere em outra especie. Estes ou são *geraes*, ou *particulares*: os primeiros são os que se exigem em todos os actos, como o consentimento: os segundos são os que distinguem o acto de uma especie do de outra especie, v g, as *solemnidades* nos testamentos, o preço no contracto da compra e venda.

Essenciaes em geral: 1.º *em quanto ás pessoas*

§. 97. Para se obrigar nos actos juridicos, é necessario que a pessoa não seja incapaz nem *natural*, nem *civilmente*. São incapazes 1.º *naturalmente* aquelles, que, por não terem livre o uso da sua razão, ou por defeito physico, não podem consentir, ou não podem declarar a sua vontade, como os meninos, os dementes, os que estão em estado de ebriedade, ou de accesso de cholera, que lhes tolha o uso da razão. *L 40 e 48 D de reg jur* 2.º *Civilmente* são impedidos todos aquelles, a quem as leis impõem esta prohibição, a qual varia conforme a differente qualidade dos actos; o que será notado nos logares competentes.

2.º *Em quanto ao objecto.*

§. 98. Podem ser objecto dos actos juridicos, e por tanto dos direitos e obrigações, as cousas, assim como os factos, ou o deixar de obrar alguma acção Exceptuam-se: 1.º as cousas, que nem existem, nem podem existir, §. 1. *Inst. de inut. stip.*: 2.º as acções ou factos impossiveis physica, ou moralmente (*contra leges aut bonos mores*). *L. 26. 27. e 35. D. de verb. oblig.* 3.º O objecto deve ser determinado, que não fique unicamente dependendo da vontade de quem o deve satisfazer, *L. 108. §. 1. D. eod.*; 4.º e tal, que seja de algum proveito áquelle, que o deve aceitar *L. penult. D. de pact*

3.º *Em quanto ao consentimento.*

§. 99. A manifestação da vontade supõe, e ordinariamente confunde-se com o *consentimento*. Este póde ser *expresso*, ou *tacito*. Diz-se *consentimento expresso*, quando é declarado por palavras, ou por escripto, ou por outros signaes não equivocos, representativos de palavras, *L. 38. e 52. §. 10. D. de oblig et act.*: e *tacito*, quando alguém practica factos, que não admittem outra explicação razoavel, senão vontade de dar o consentimento a um acto, ou aceitar uma obrigação (*quasi contractus*); assim o que toma conta da herança, entende-se tel-a acceitado. *L. 20. pr. D. de adq vel omitt. hered.* O silencio não é indicio de consentimento, senão quando o que se cala, podia explicar-se, e era pelas leis obrigado a isso. *Cod. da Pr. P. 1. tit. 4. art. 61.* O consentimento dado depois da celebração do acto, chama-se *ratificação*, a qual em regra tem os mesmos

effeitos, que o consentimento precedente. *L. 25. Cod. de donat. inter vir.*

Defeitos do consentimento: a) *erro e ignorancia.*

§. 100. Para se dar consentimento, é necessario perfeito conhecimento do que se consente, e liberdade. Será por tanto defeituoso, quando nelle interveio a) *erro* ou *ignorancia*. *Erro* é a idéa falsa de uma cousa, e *ignorancia* a falta total da idéa Tanto um, como outra, podem ser *de direito*, ou *de facto*. O erro ou seja *de direito*, ou *de facto*, annulla o acto, em que interveio, sempre que verse sobre cousa substancial, quer relativamente ao objecto, quer relativamente á pessoa. *Cod. da Pr. P. 1. tit. 4. art. 75.*, *Cod. da Sard. art. 1197.* A parte, que allega o erro, deve proval-o.

(*Veja. no fim do Tom. 1. a nota D.*)

b) *Dólo*

§. 101. b) *Dólo* ou fraude é o artificio malicioso, que se emprega para enganar uma pessoa, e leval-a a praticar uma acção, que sem isso não practicaria. O dólo ou é principal (*dolus causam dans*), isto é, tal, que se elle não interviesse, não se teria practicado o acto: ou incidente (*dolus incidens*), quando, se elle não interviesse, o acto se teria feito de outra maneira. O primeiro annulla o acto; o segundo sómente dá direito á indemnização das perdas e interesses. *Poth. des oblig P. 1 n. 31. e 32.* O dólo não se presume; deve ser provado por aquelle, que o allega, ainda que para o provar bastem presumpções *L. 6 Cod. de dol. mal.*

Com o dolo tem muita similitude a *simulação*, que se verifica, quando uma das partes, ou ambas, dão aos actos uma apparencia differente do que elles são. v. g., affectando doação, quando realmente vendem. Taes actos são nullos. *Ord. L. 4. tit. 71.*

c) Medo e violencia.

§. 102. c) A *violencia* é a ameaça de um mal, que obriga outro a praticar um acto, ou a praticar-o de uma maneira, que sem isso não praticaria. O *medo* é o effeito da violencia. Para a violencia annullar o acto, é necessario: 1.º que seja injusta; por tanto as ameaças de um litigio, do castigo, feita pela auctoridade competente, o temor reverencial, não annullam, *L. 3 § 1 quod met. caus, Cod. da Pr. P. 1 tit. 4. art. 38 e 41.*; 2.º e tal, que assuste uma pessoa sufficientemente animosa, attento o seu sexo, idade e condição. Em regra reputam-se capazes de incutir medo as ameaças da perda da vida, da saúde, da honra, da liberdade, ou ainda dos bens, ou seja com relação ao proprio ameaçado, ou ao seu consorte, ascendentes, ou descendentes *Cod. Civ. Fr. art 1112 e 1113.* A violencia sempre annulla o acto, ainda que fosse empregada por um terceiro sem conlito do interessado. *Id. art 1111.*

Temor reverencial diz-se o receio de desgostar o pae, mãe, ou outros superiores, a quem se deve respeito entretanto se o temor foi acompanhado effectivamente de violencias da parte desse superior, pôde annullar-se o acto.

É necessario tambem que a violencia tivesse por fim praticar o acto, ou contrahir a obrigação, alias não o annulla. Exemplo eu, vendo-me atacado pelos ladrões, prometti uma quantia a quem me acudisse. devo-a, ainda que foi promettida no meio do medo. *L. 9. §. 1. D. quod met.* Com tudo, se esta promessa foi excessiva, pôde ser reduzida. *Vej. o cul. Poth. n. 24. e 25.,* o qual julga que a violencia empregada

por um terceiro sem conlito do interessado, não annulla a obrigação o que se acha tambem estabelecido no *Cod. da Austria art. 875.*

Naturaes dos actos juridicos.

§. 103 Todos os effeitos e consequencias, que as leis attribuem a um acto legal, desde que está perfeito, e que se subentendem, ainda que não sejam declarados, constituem os elementos *naturaes* do acto. Assim é da natureza do mutuo ser gratuito; a evicção é natural ao contracto da compra e venda. Differem dos *essenciaes* em que os *naturaes* podem ser alterados pelas partes, ficando válido o acto. Aquelle, que allega esta alteração, deve prova-la.

Accidentaes

§ 104 *Accidentaes* são aquellas clausulas accessorias dos actos, que se não deduzem da sua natureza, mas que as partes podem determinar, como quizerem. Como se não presumem, devem igualmente ser provadas por quem as allega. Destas umas referem-se á *modalidade*, isto é, ao modo e condições, com que deve ser satisfeita a obrigação, outras á sua *confirmação*. Em quanto á modalidade, como *accidentaes*, podem enumerar-se as *condições*, o *termo*, o *fim*, e a *causa*

a) *Da condição, e suas especies*

§. 105. A *condição* é um acontecimento incerto, e futuro, ou ao menos considerado como tal, do qual se faz depender uma cousa. 1.º Em quanto ao effeito, a *condição* ou é *suspensiva*, ou *resolutiva*. Diz-se *suspensiva*, quan-

do do acontecimento deve principiar o effeito do acto, e por tanto os direitos ou obrigações: e *resolutiva*, quando pelo acontecimento termina esse effeito. 2.º Em quanto á fórma, ou é *affirmativa*, ou *negativa*, conforme se faz depender o effeito, de se verificar, ou não, tal acontecimento. 3.º Em quanto ao objecto, é *possivel*, ou *impossivel*. As possiveis podem ser *potestativas*, se a existencia do acontecimento depende unicamente da vontade daquelle, cujo direito está a ella subordinado; *casuaes*, se dependem do acaso, ou da vontade de um terceiro; e *mixtas*. As impossiveis ou o são *physicamente*, por excederem as forças da natureza; ou *moralmente*, quando são oppostas ás leis, ou bons costumes.

Encontram-se ás vezes condições *mutuas* e *frivolas*; ao juiz compete decidir, se o são, ou não. *Cod. da Pr. P. 1. tit. 1. art. 133.*

Aqui não tractamos das condições *inimicas*, ou *tacitas*, deduzidas da natureza mesma do acto, as quaes se subentendem, nem precisam ser declaradas v. g., o não intervir dóllo, a possibilidade da prestação.

b) Do termo

§ 106. Nos actos juridicos póde-se ajuntar o termo (*dies*) Este póde indicar ou o tempo, em que deve começar (*dies a quo*); ou em que deve findar o effeito do acto (*dies ad quem*) Um e outro póde ser *certo*, ou *incerto* Em regra o termo incerto é equiparado a uma condição *L. 75. D. de condit. et demonstr.*

c) Do modo

§ 107 Ao acto póde igualmente accrescentar-se o modo (*modus*): pelo qual se enten-

de toda a clausula, em que aquelle, que promette a outro alguma cousa, restringe a sua promessa, marcando-lhe a fórma, por que ha de usar della Aquelle, a quem é imposto, fica obrigado a satisfazer esse fim ou modo, excepto se é impossivel, ou enunciado em fórma de conselho ou exhortação. *Cod. da Pr P 1. tit 12 art 516*

d) Da causa.

§ 108. Entende-se por *causa* a expressão do motivo, que induziu uma pessoa a dar, ou prometter uma cousa a outro. Em geral a causa, ainda que seja falsa, não prejudica o effeito do acto: excepto a) se é enunciada em fórma de condição. b) ou provando se que interveio erro, e que o promittente não prometteria, se conhecesse a falsidade § 31. *Inst de leg, L 72 6. D de condit et demonstr*

A descripção falsa não annulla o facto.

Em quanto ás clausulas confirmativas, a estas pertence: 1.º o juramento promissorio, o qual por direito romano não produz effeito algum, e menos o de validar o acto nullo. *L. 7. §. 162. de pact., L. 5. §. 1. Cod. de legib.* Por direito canonico alguns actos, alias nulos, podiam-se validar pelo juramento, ao que allude a *Ord. L. 4. tit. 70. §. 4* Pelas nossas leis tal juramento nos contractos ou distractos é geralmente prohibido pela *Ord. L. 4. tit. 73.* a qual porém costumava ser dispensada pelo extincto tribunal do Desembargo do Paço, para isso auctorizado no §. 87. do seu *Regimento*; e obtendo-se esta dispensa, segundo a practica antiga se julgava válida a renuncia, que a filha fazia, da herança de seus paes, para entrar em mosteiro. Póde reputar-se confirmativo de obrigações o juramento, prestado perante a auctoridade, de cumprir fielmente os seus deveres, como o do tutor. Tambem pertencem ás clausulas confirmativas 2.º a pena convencional, 3.º o signal, dos quaes adiante tractaremos.

Nullidade dos actos.

§. 109 A nullidade do acto juridico é a consequencia da falta de alguma solemnidade essencial na fórma interna, ou externa do acto; e é tambem a pena da lei imposta á infracção. A nullidade umas vezes resulta *ipso jure*, isto é, por expressa declaração da lei; outras vezes só se verifica, quando o interessado a reclama. Assim o contracto sobre cousa illicita é nullo *ipso jure*: o contracto lesivo, a doação por causa de ingratidão só se annullam, requerendo-o a parte

Os actos umas vezes são nulos *ipso jure*, que os Jctos Romanos diziam *nullum ipso jure, inutile*, outras vezes *rescindem-se*; o que os mesmos diziam *negotium rescinditur*

Nos primeiros a nullidade é estabelecida pela lei em favor do interesse geral; qualquer a pôde arguir, e até ás vezes o Ministerio publico. Nos segundos é estabelecida em favor de certa pessoa, querendo usar della, se não quer, o acto continúa válido. Assim o testamento, em que faltaram as solemnidades essenciaes, é nullo *ipso jure*, mas os actos do menor, feitos com as formalidades legaes, são válidos, ainda que elle pôde rescindir-os por via da restituição a compra e venda pôde rescindir-se por causa da lesão. Nos primeiros tem lugar a acção de nullidade, nos segundos, a acção de rescisão. E ainda que na linguagem vulgar ellas se confundam, com tudo têm differenças notaveis. A acção de nullidade prescreve por 30 annos a de rescisão tem prazos mais curtos, como a de lesão, que prescreve por 15. Na primeira pôde pedir-se a restituição dos fructos desde a celebração do acto na segunda desde a citação, ou contestação da lide. *Ord. L. 4 tit 13. § 10.*

Sobre a nullidade dos actos judiciaes vej. a *Ref. Jud. art. 841*:

Interpretação dos actos.

§ 110 Quando a expressão do acto é duvidosa, para se achar o verdadeiro sentido pôde empregar-se, da mesma maneira que nas leis, a *interpretação authentica*, a *usual*, e a

doutrinal A *authentica*: quando se recorre a declaração feita pela mesma pessoa em outra occasião, *L 96 D de reg jur.*, e *Cod. da Pr cit. art. 71*; porém se para a validade do acto era necessario o concurso de muitas pessoas, a explicação de uma só não pôde prejudicar os direitos das outras. A *usual*: dando ás palavras a significação ordinaria do logar e do tempo, em que o acto foi celebrado; excepto se se provar que o agente lhe quiz dar outro sentido. *Cit. Cod. da Pr art 66 e 67* Na *doutrinal*: 1.º deve attender-se á mente ou verdadeira intenção do agente, a qual deve deduzir-se da linguagem, causa, circumstancias e relações dos interessados, *L 219. D. de verb. signif*; 2.º procurar-se o sentido mais accommodado ao objecto, de que se tracta. *L 67 D de reg jur.* 3.º Quando a expressão for incerta, deve entender-se de maneira, que o acto não fique sem effeito. *L 80 D de verb oblig, cit Cod. art 74.* 4.º Entende-se sempre que as partes se quizeram conformar com a disposição das leis *Id art. 73* 5.º A manifestação de vontade de renunciar, ou ceder os seus direitos, deve ser clara e positiva. *Id introd art. 113* Vej *Poth. des oblig. n 11 e seg*

SECÇÃO 5.ª

DAS OBRIGAÇÕES EM GERAL

Razão de ordem

§ 111. Ainda que a todo o direito corresponda uma obrigação: com tudo costuma fazer-se um tractado especial das *obrigações*, que correspondem aos direitos pessoaes, pelos quaes se exige uma cousa de pessoas determi-

nadas, e para cuja execução compete também uma acção pessoal. Somos forçados a seguir este methodo, para se entenderem e poderem applicar os textos, a que continuamente temos de recorrer.

Neste sentido de obrigações pessoaes é que foi tomado o termo *obligationes* nos titulos da *Inst. de obligationibus*, e do Digesto e do Código *de obligationibus et actionibus*. No mesmo sentido desinvolveu Pothier esta doutrina no seu excellente tractado *des obligations*, donde na maior parte passou para o Código Civil Francez.

O que seja obrigação?

§. 112. A obrigação no sentido, em que aqui a tomamos (diz o *Cod. Comm. art. 241*), é o *vinculo legal, pelo qual alguém é adstricto a dar, fazer, ou pagar alguma coisa*. Aquelle, que assim fica adstricto, chama-se *devedor*: o outro, a quem compete o direito correspondente, chama-se *credor*. As obrigações ou provêm pela immediata disposição da lei: ou nascem de facto obligatorio da pessoa; licito, como nos contractos; ou illicito, como nos delictos. *Id. art. 242.* (Veja o §. 47.)

O Jcto Gaio na *L. 1. pr. D. de oblig. et act.* faz nascer as obrigações dos contractos, dos delictos, *aut proprio quodam jure ex variis causarum figuris*. Justiniano no §. 2. *Inst. de oblig.* estabelece como' origem das obrigações os *contractos* e *quasi contractos*, os *delictos* e *quasi delictos*, comprehendendo assim na expressão *quasi contractos* e *quasi delictos* o mesmo, que o Jcto Gaio quiz indicar na expressão *varius causarum figuris*. Os modernos porém têm abandonado aquella distincção, e em seu lugar adoptado a que deixamos exposta; que cumpre explicar.

As obrigações, que o *Cod. Comm.* diz *nascem da lei só*, sempre hão de ter uma circumstancia ou facto, que é a origem ou causa dellas, a qual a cada passo necessita ser examinada. Estas circumstancias não podem ser enumeradas, são as *variae causarum figurae* do Jcto Gaio. Assim a obrigação de

aceitar a tutela nasce do facto da nomeação: a de alimentar os parentes nasce da circumstancia do parentesco a de vender ao vizinho metade da parede meia nasce da vizinhança. A lei nestes casos não cria, somente determina as obrigações, que não differem das que provêm dos actos da pessoa, senão em não poderem ser arbitrariamente alteradas. É por este fundamento que no §. 47. estabelecemos como elemento dos direitos e obrigações a *causa*, ou *acto*, que os produziu.

É facil entender, que as palavras *credor* e *devedor* se tomam aqui em um sentido mais lato, do que na linguagem vulgar, em que especialmente se usam nas obrigações de dinheiro. Póde acontecer que no mesmo negocio a mesma pessoa, considerada em diferentes relações, seja *credor* e *devedor* assim na compra e venda o comprador é *devedor* do preço, e *credor* da coisa comprada; e *vice versa* o vendedor.

Classificação das obrigações: I em quanto á sua origem.

§. 113. I Em quanto á sua origem remota: as obrigações ou são *naturaes*, ou *civis*, ou *mixtas*. Diz-se *natural* a obrigação, que é simplesmente fundada no direito natural, e a que as leis *civis* não dão effeito, nem acção para exigir o seu cumprimento. Tal é a obrigação contrahida pela mulher casada sem auctoridade do marido, a do menor sem auctoridade do tutor. Diz-se *civil* aquella, a que o *devedor* é compellido pelas leis *civis*, ainda que pelas *naturaes*, no fóro da consciencia, estivesse talvez desobrigado; v. g., a que resulta de uma condemnação injusta. *Mixtas*, as que são conformes ás leis *naturaes*, e sancionadas pelas *civis*. Mell *L. 4. tit. 1 §. 4*

Esta distincção, muito importante em direito romano, no nosso tem ainda algum pouco uso. Pois supposto não admittamos as obrigações *naturaes* resultantes dos *pactos nudi*, porque entre nós em regra toda a convenção produz effeitos *civis*, independente da fórma externa. com tudo as obrigações mera-

mente naturaes ainda produzem alguns efeitos; como 1.º não ter logar a repetição da cousa paga em virtude dellas: 2.º poderem servir de base ás obrigações accessorias, como penhores, ou fiadores. 3.º em virtude da obrigação natural do devedor o juiz não lhe pôde applicar o effeito da prescrição, para o absolver, se elle a não implora.

Da mesma maneira a distincção entre obrigações *perfectas* e *imperfectas*, usada pelos escriptores de direito natural, pôde servir de algum uso; pois ainda que em direito civil se não tracte senão daquellas obrigações, cujo cumprimento se pôde exigir judicialmente, com tudo muitas vezes se recorre ás obrigações imperfectas, como base da equidade; para entender, ou fazer applicação das leis civis.

H. Em quanto ao modo da solução.

§. 114. II Em quanto ao modo da solução, a obrigação ou é *conjunctiva*, quando o devedor obrigado a muitas cousas ou factos deve satisfazel-os todos para a extinguir ou *alternativa*, quando é concebida disjunctivamente, de fôrma que se extingue, satisfazendo uma dellas Nesta a escolha é do devedor, *L. 25. D. de contrahend. empt*; excepto a) se no titulo da obrigação se deixou ao crédor, *L. 10. §. 6 D. de jur. dot.*; b) ou se por lei ou estylo está determinado o contrario

Exemplo da *conjunctiva* obrigo-me a dar-vos um cavallo, e vinte moédas. Exemplo da *alternativa*. obrigo-me a fazer-vos uma casa ou a dar-vos duzentos mil reis.

Como se extingue a alternativa?

§ 115 1.º Quando a escolha é do devedor, a) se alguma das cousas devidas não pôde ser objecto da obrigação, ou se, sendo devida em especie, pereceu, este satisfaz, entregando a restante *L. 72 § 4*, e *L. 95. § 1. D. de solut b)* Se todas pereceram sem culpa ou móra do

devedor, extingue-se a obrigação. *L. 5 D de reb. cred. e 107. de solut c)* Porém se foi culpado na perda, deve pagar a estimação *Cit. L. 95 § 1 eod. d)* Não lhe é livre pagar parte de uma cousa, e parte da outra no mesmo pagamento: ainda que sendo divida de pensões annuaes, pôde pagar em um anno de um modo, e no outro de differente *Poth. des oblig P 2 n 247.* 2.º Quando a escolha é do crédor, e) pôde pedir a existente, ou a estimação da que se perdeu por culpa do devedor: f) ou a estimação de qual quizer, se todas pereceram por culpa deste. *Cod. Civ Fr art. 1194 g)* Depois de pedir judicialmente uma, já não pôde variar. *L. 19 D. de legal 2.º*

Da obrigação alternativa differa a *facultativa*, quando o devedor é obrigado a uma cousa determinada, mas com a faculdade de dar outra em seu logar, se lhe parecer. A vista da expressão do titulo poderá decidir-se, se a obrigação é alternativa, se facultativa Supponhamos que o testador deixa em legado uma casa; se o herdeiro não quizer antes dar 500 000 reis. A divida é da casa, nem o legatario pôde pedir outra cousa ainda que o herdeiro satisfaz, dando os 500 000 reis. Porém se a casa pereceu inteiramente, extinguiu-se a obrigação, e nisto differa da alternativa.

A obrigação de um objecto absolutamente indeterminado, v. g., de uma cousa, de trigo, é nulla val porém, se elle for determinado pela especie, ou quantidade, v. g., um cavallo, dez alqueires de trigo. Nesta especie de obrigação, a que podemos chamar *indeterminada*, 1.º o devedor satisfaz, entregando uma cousa da mesma especie, com tanto que não seja a peor. *L. 110. D. de leg. 1.* 2.º Como a especie não perece, ainda que pereçam todas as existentes na herança, nem por isso se extingue a obrigação, e por tanto tambem o crédor nada tem com a alienação, que dellas faça o devedor. *Vej. Delvinc. Cours de droit civ. L. 3. tit. 5. chap. 3. sect. 4. e 5.*

III Em quanto ao sujeito.

§. 116. III. Em quanto ao sujeito, as obri-

gações podem ser *solidarias* (*in solidum*), ou *pro parte*. Diz-se *solidaria* a obrigação (deveria neste primeiro caso dizer-se antes o *direito*), quando a mesma cousa é na sua totalidade devida a cada um de muitos crédores (*correalis activa*, *correi credendi* ou *stipulandi* na phrase do direito romano); ou por cada um de muitos devedores (*correalis passiva*, *correi debendi*), de maneira que a solução feita a qualquer dos crédores no primeiro caso, ou por qualquer dos devedores no segundo, extingue a obrigação a respeito dos outros. Os effeitos da solidariedade consideram-se principalmente nas relações dos crédores para com o devedor, ou dos devedores para com o crédor: porque os condevedores sempre ficam responsaveis *pro parte* uns para com os outros, excepto se convencionaram o contrario: e os concrédores, sómente quando o ajustaram, ou são interessados no negocio.

Que os condevedores *in solidum* são responsaveis entre si de maneira que aquelle, que satisfaz a obrigação, tem acção contra todos os outros pela parte de cada um, igual, ou desigual, conforme o acto da obrigação ou interesse, concordam todas as legislações. Poth. *cit.* n. 264., *Cod. da Pr. P. 1. tit. 5. art. 444. e seg.*, e *Cod. da Austr. art. 896.*

Mas em quanto aos crédores solidarios, por direito romano o crédor, que recebia o complemento de obrigação *in solidum*, devia a parte della ao outro concrédor, se eram socios, isto é, interessados no negocio. É a disposição da *L. 62. Dig. ad Leg. Falcid.* Exemplo. ajustei umas casas com dois architectos, que se obrigaram *in solidum*, mas reservaram também o direito de receber o preço *in solidum*: paguei a um delles; fico libertado; mas o outro pôde pedir a este a parte respectiva, que fez, ou com que concurreu para a obra. Porém já o mesmo se não poderá dizer, se elles não são socios. Exemplo: um testador impõe ao seu herdeiro a obrigação de dar 100 000 reis á Misericórdia de Coimbra, ou á do Porto. Se o herdeiro não satisfaz, qualquer dellas tem acção para pedir o legado. e parece que se uma o recebeu, não tem obrigação de dar parte á outra. É esta a doutrina do *Cod. da Austr. art. 895.* = *Se uma*

cousa é devida in solidum a muitos concrédores, e foi recebida por um, fica este obrigado aos outros, conforme o seu ajuste, ou obrigações especiaes. Se entre elles não ha obrigações especiaes, nada têm que pedir uns aos outros. = Nem nos parece esta doutrina contraria á equidade, como suppoz o sabio Auctor do *Dig. Port. 1. art. 168.*

Fundamento das obrigações solidarias.

§ 117. Em regra a solidariedade não se presume *L. 11. D. de duob. reis*, e *43. de re jud.* Deve pois constar por um fundamento especial e expresso, a saber: 1.º contracto; 2.º disposição testamentaria, *L. 9 pr. D. de duob. reis*; 3.º disposição da lei; como nas sociedades mercantis, *Cod. Comm. art. 664.*; nos arrendamentos de bens nacionaes, *L. de 22 de Dez de 1761 tit. 2. §. 31.*; nos contutores, nos corréos do delicto. Os fiadores, que se obrigam, como *principaes pagadores*, são também devedores solidarios. *Ord. L. 4. tit. 59 § 3.*

O fiador, ou seja principal pagador, ou não, se pagou, tem acção contra o devedor originario, e nada abona, se não era interessado. porém contra os confiadores só tem acção *pro parte*.

Direitos e obrigações: a) dos crédores solidarios.

§. 118 Como cada um dos crédores solidarios tem igual direito a exigir a totalidade da obrigação, segue-se: 1.º que o devedor satisfaz, pagando a qualquer delles. § 1. *Inst. de duob. reis* 2.º Porém depois de demandado por um, já não pôde pagar aos outros *L. 16 D de duob. reis*

Se um concrédor perdoar a divida, ficará o devedor libertado para com os outros? Ou se o concrédor fizer novação? Na *L. 27. pr. D. de pact.* diz-se que o devedor neste caso se não liberta, porque o concrédor não tem direito senão para *cau-*

gir a dívida e com esta parece concordar, em quanto á novação, a *L. 31. e 32. §. 11. de novation.* Entretanto *Poth. des oblig. P. 2. n. 260.* entende que pelo perdão a dívida fica extinta fundado na *L. 2. Dig de duob. reis:* a pesar de que os redactores do *Cod. Civ. Fr. art. 1198* não auctorizaram o concrédor nem para perdóar, nem para novar, nem talvez para compensar, senão na sua parte respectiva.

Quando a obrigação é partível entre os concrédores por serem socios, facil é justificar a disposição do *Cod. Fr* cada um delles presume-se não ter mandato dos outros, senão para receber, se perdóasse, ficavam os outros prejudicados, porque nada tinham que lhe pedir mas na hypothese de não haver responsabilidade entre os concrédores, como no exemplo figurado em segundo logar na nota antecedente, parece-nos mais razoavel a opinião de *Pothier.* Este mesmo é o voto de *Duranton* *Traité des contrats, Tom. 2. n. 534.*

b) Dòs devedores solidarios.

§ 119 Em virtude da solidariedade dos devedores 1.º o crédor póde pedir a dívida a qual delles quizer 2.º Ainda depois de demandar um, póde desistir, e demandar o outro *L. 28. Cod. de fidej, Cod. Civ. Fr art 1204.* 3.º O crédor póde renunciar a solidariedade em favor de todos os devedores, ou de alguns, expressa, ou tacitamente. Dá-se a renuncia *tacita:* a) quando recebe separadamente a parte de algum; uma vez que declare ter recebido a parte d'elle, sem expressão, que inculque reserva da solidariedade: b) ou quando, demandando-o pela sua parte sómente, este acquiesceu, e assim foi condemnado *Cod. Civ Fr art 1211, Poth. cit P. 2. n 277.* 4.º O corréo demandado não póde recorrer ao beneficio da divisão *Mell L 4 tit 3 § 30, cit Cod Civ Fr. art 1203.* 5.º Mas depois de pagar, tem direito a pedir aos outros a sua parte respectiva, distribuindo-se por todos a parte do insolavel, se o houver. *Id. art 1214* 5.º Qualquer dos corréos póde defender-se com

as excepções deduzidas da natureza da obrigação, como a de nullidade, de dóllo, de prescripção porém as excepções pessoaes sómente aproveitam áquelle, a quem dizem respeito, e não aos outros, como a minoridade *L ult. D. de duob reis.*

Por direito romano antigo *L. 11. D. de duob. reis* não compete aos corréos *debendi* o beneficio da divisão. Se esta disposição foi alterada pela *Nov. 99. cap. 1.º,* não é liquido entre os interpretes. *Veja Heinecc. Pand. P. 7. §. 22. e Waldeck §. 632.* Nesta dívida parece mais razoavel seguir a disposição do *Cod. Civ. Fr.,* que já antes era a opinião de *Pothier cit. n. 270.* Além disto, se a *Ord. L. 4. tit. 59. §. 4.* não concede este beneficio aos fiadores, que razão de differença se poderá descobrir para o concedermos ao corréo? Finalmente a concessão deste beneficio irá inutilizar a facilidade e vantagem da cobrança, que é o fim, que as partes, ou a lei têm em vista, quando determinam a solidariedade.

Poderá o condevedor demandado defender-se com a excepção de compensação da dívida, que o crédor deve a outro dos condevedores? O *Cod. Civ. Fr. art. 1294.* denega-lhe este favor: já antes era a opinião de *Pothier n. 274.,* fundado na *L. 10. D. de duob. reis.* Entretanto a opinião contraria parece mais coherente com a theoria dos Codigos modernos. 1.º A compensação opéra a extincção da dívida *ipso jure.* *Cod. Comm. art. 567., e Cod. Civ. Fr. art. 1290.* Se a dívida está extincta, ainda que seja em favor de um só dos devedores, extincto está o direito correspondente do crédor. 2.º Tal disposição favorece a má fé dos crédores, que neste caso dirigir-se-hiam sempre contra os devedores, que não podiam allegar a compensação. 3.º A lei romana estabelece isto na hypothese de os condevedores não serem socios — *si socii non sint* —, de maneira que na hypothese de serem socios poderão implorar a compensação. Mas como os modernos consideram em todos os casos os devedores solidarios como socios para o effeito de serem responsaveis uns aos outros *pro parte,* parece que hoje não poderá ter uso aquella lei. O mesmo *Pothier* convem em que esta ultima opinião se deverá seguir na practica. *Veja. o cit. Duranton n. 568.*

IV. Em quanto ao objecto

§ 120. IV. Em quanto ao objecto, dizem-

se *divisíveis* aquellas obrigações, cujo objecto se póde dividir, v g., vinte moedas; e *indivisíveis* aquellas, que têm por objecto uma coisa, que na sua entrega, ou um facto, que na sua execução se não póde dividir, como — uma servidão, ir a Roma. *L. 2 § 1 e L. 72 D. de verb oblig* As obrigações indivisíveis têm os effeitos das solidarias, assim em quanto aos crédores e devedores originarios, como em quanto aos herdeiros. *L. 2 § 2 eod.* As divisíveis porém partem-se entre os herdeiros conforme as suas porções hereditarias, *L. 2 Cod si unus ex plur. haer., Cod Civ. Fr art. 1220.*; ainda mesmo quando a respeito dos originarios fossem solidarias por convenção. *Id. art 1219* Exceptuam-se 1.º a obrigação, quer real, quer pessoal, de dar uma coisa determinada, a qual passa indivisível para o herdeiro, que a possui. 2.º a obrigação hypothecaria a respeito do possuidor dos bens hypothecados: 3.º aquella, cujo cumprimento foi encarregado especialmente a algum dos herdeiros: 4.º aquellas, que da intenção das partes, e circumstancias do negocio, se deprehende não poderem dividir-se *Cod Civ. Fr art 1221.* O herdeiro, que satisfiz a divida indivisível, tem acção *pro parte* contra os outros coherdeiros, quando a obrigação lhe não fosse imposta sómente a elle, ou já levada em conta nas partilhas. *Id art 1225.*

(Vej. no fim do Tom. 1.º a Nota E.)

Effeitos das obrigações.

§. 121. Pela obrigação fica o devedor na necessidade de dar uma coisa, ou de fazer, ou deixar de fazer uma obra. Para dar essa coisa,

é necessario conserval-a até o acto da entrega: só entregando-a, satisfaz plenamente a obrigação. Por isso 1.º sem o consentimento do crédor não póde pagar a estimação em logar da coisa, se ella existe. *L. 16 Cod de solut* 2.º Se ella pereceu, ou a não entregou no estado, em que devia, ou no logar e tempo competente, por sua culpa, deve indemnizar o crédor das perdas e interesses. *Cit Poth P 1 n. 142.* 3.º Toda a obrigação de fazer, ou não fazer, em regra se resolve na obrigação de indemnizar as perdas e interesses, no caso de o devedor a não cumprir, *Cod Comm. art. 929*; excepto se o crédor antes quizer, que ella seja feita por outro á custa do devedor, quando isso possa ter logar. *Cod Civ. Fr. art. 1144.* 4.º Se consiste em não fazer, e o devedor tiver feito alguma coisa em contravenção, o crédor tem direito a pedir que se desfaza, e além disso ás perdas e interesses. *Id art 1143.*

Ha obrigações de fazer, que se não resolvem na indemnização, v g., a obrigação, que tem a mulher, de cohabitar com o marido.

SECÇÃO 6.ª

DAS PERDAS E INTERESSES.

O que sejam perdas e interesses?

§. 122. Chamam-se *perdas e interesses* a estimação dos prejuizos, que ao crédor resultaram de o devedor não cumprir a sua obrigação ou elles provenham da effectiva diminuição do patrimonio do crédor (*damnum emergens*); ou de se não terem realizado os lucros, que do cumprimento lhe deviam resultar (*lucrum ces-*

sans) *Ord. L. 4 tit 2 pr., Cod. Comm. art. 933* Por falta de cumprimento entende-se: a) a inexecução; b) a má execução, v. g., os defeitos da coisa; c) a móra na execução.

As perdas e interesses (*damnum et id quod interest* na phrase dos JCos Romanos, e na dos Francezes *domages-intérêts*) são designados nos nossos Praxistas, e ainda no *Cod. Comm.* e na *Ref. Jud.*, pelo nome de *perdas e damnos*, duas palavras quasi synonymas. Pareceu-nos dever preferir aquella expressão, que é a da *Ord. L. 4. tit. 70. §. 1.*, e usada pelo sabio auctor de *Dig. Port.*

Esta doutrina é mui embaraçada, e difficil de reduzir a principios precisos e claros. Acha-se mui confusamente exposta pelos nossos Moraes *de exec. L. 2. cap. 9. e seq.*, *Guerr. Tr. 4. L. 2. cap. 11.*, e por incidente por Lobão *Damnós §. 178. e seg.*

Causas das perdas e interesses.

§. 123 A obrigação de indemnizar as perdas e interesses varia conforme as differentes causas, que as produziram Ellas podem ter acontecido 1.º por acaso: 2.º por dólo: 3.º por culpa: 4.º por móra.

1.º Acaso.

§. 124. Diz-se *acaso* todo o acontecimento, que o homem não póde prever, nem desviar naturalmente Em regra o acaso reputa-se uma desgraça, e ninguem é obrigado a indemnizar a perda, que d'elle proveio, *Cod. Comm. art. 932.*; excepto: a) se o tomou expressamente sobre si: b) ou se foi precedido de culpa, ou móra. *Ord. L. 4. tit. 53 §. 3.*

Em termo commercial diz-se *caso fortuito*, ou *força maior*; e a sua indemnização, *risco*.

§. 125. *Dólo* aqui é o animo deliberado de não cumprir aquillo, a que se está obrigado. O prejuizo causado por dólo a) deve ser sempre indemnizado; b) nem póde anticipadamente estipular-se, que se não prestará o dólo, por ser contra os bons costumes *L. 23 D de reg jur.*

Reflectindo-se, facilmente se combinará esta definição com a que démos no §. 101. Aqui a malicia é sómente com o fim de não cumprir; acolá, com o de enganar.

3.º Culpa.

§. 126. *Culpa* é a omissão indeliberada da diligencia devida. *Waldeck §. 59* Conforme a imputação de quem a practica, costuma graduar-se em *lata* (grande), *leve*, e *levissima*. *Ord. L. 4 tit. 53 §. 2.* Diz-se *lata* aquella omissão de diligencia, que se podia evitar com uma capacidade ordinaria, e sem esforços de attenção: *leve*, a que se podia evitar com uma attenção ordinaria; e *levissima*, a que se não podia evitar, senão com uma habilidade transcendente, com um conhecimento particular da coisa, de que se tracta, ou com uma attenção pouco commum. *Cod da Pr P. 1 tit. 3. art 18.* Para o fim da indemnização das perdas a) a culpa lata é equiparada ao dólo. *L. 226 D de verb. sign b)* A reparação da leve e da levissima varia segundo as differentes especies de obrigações: podendo apenas estabelecer-se as seguintes regras geraes 1.º Nos contractos, em que uma das partes sómente tem o commodo, e a outra só o incommodo, o primeiro presta até a culpa levissima, o segundo sómente a lata *Ord L. 4. tit 53. §. 2, L. 5 §. 2 D. commod*

2.^a Aquelle, que tomou uma obrigação, em que se exige diligencia, ou industria especial, é responsavel até á levissima. *L. 8 § 1 D ad leg. Aquil. 3.^a Que a convenção das partes a este respeito deve ser observada. L. 23. de reg. jur.*

(*Veja no fim do Tom. 1.^o a Nota F.*)

4.^o Móra.

§ 127. *Móra* é o retardamento da execução da obrigação. Póde provir ou da parte do devedor, quando este não satisfaz a obrigação no tempo, em que devia, ou da parte do crédor, que a não quiz acceitar. O effeito da primeira é continuar a obrigação, e ficar o devedor responsavel aos fructos, perdas e interesses, ainda as do acaso, se não provar, que esse acaso aconteceria igualmente, estando a cousa em poder do crédor: bem como sujeito á pena convencional, á rescissão do contracto, ou a outros effeitos, que se estipulassem *L. 82. § 1. D. de verb oblig*, *L. 14. § 1. depositi*. A segunda allivia o devedor de toda a responsabilidade, excepto do dóllo. *L. 5. e 17. D. de pericul et comm. rei vend.*

Quando principia a móra?

128. O devedor fica constituido em móra desde o prazo fixado para o cumprimento da obrigação, com tanto que expressamente se declarasse, que desde esse termo ficaria em móra, sem necessidade de interpellação. *Cod. Civ Fr art 1139 2.^o* Se a obrigação não podia ser satisfeita senão em certo prazo, que o devedor deixou passar, fica desde então em móra, como o recoveiro, que não appresentou as fazendas em certa feira. *Cod. Comm art 930. 3.^o* Se o prazo

não foi fixado, a móra corre só desde a interpellação, protesto, ou outra qualquer intimação, ainda extrajudicial *L. Ord. L 4 tit. 50 § 1, Cod. Comm. art 462 4.^o* Exceptuam-se os casos, em que a lei determina a móra por outra fórma. Assim a) o ladrão é reputado em móra desde o furto, *L. 8 §. 1, e L. ult D de conduct furt*; b) o recoveiro, se não entregou logo as fazendas. *Cod. Comm art 191 c)* O tutor, desde que se fecharam as contas, fica em móra para o effeito de pagar juros do alcance, *Ref Jud. art 448*; d) bem como o procurador, desde que empregou nos seus negocios os capitaes do constituinte, *Cod. Comm art. 294*; e o socio, em quanto aos capitaes da sociedade, *Cod. Civ Fr art 1846*; e outros

(*Veja no fim do Tom. 1.^o a Nota G.*)

Liquidação das perdas e interesses

§. 129. Para o computo das perdas e interesses, 1.^o unicamente se attendem os prejuizos, que resultam immediatamente da falta do cumprimento, e não os remotos *Cod Comm. art. 935 2.^o* Quando provém de culpa leve e levissima, não se contam os lucros cessantes. *Cod. da Pr P 1. tit 5 art 288 3.^o* Se na obrigação se estipulou uma somma por conta das perdas e interesses, o crédor não póde exigir mais. *Cit. Cod. Comm. art 936 4.^o* As perdas e interesses dos bens rendosos ordinariamente reduzem-se aos fructos e rendimentos delles *Poth des oblig. n. 145. 5.^o* Na liquidação, quando não houve dóllo do devedor, procede-se com moderação. *Id n. 160. e 164, Lobão Exec. § 77 not*

Em *Poth. des oblig. P. 2. n. 160. e seg.* se acham muitos e variados exemplos para se conhecer, quaes os prejuizos im-

mediatos, e quaes os remotos. Aluguei uma casa, que no meio do anno me foi tirada por um terceiro: o excesso do aluguel, que eu vou dar por outra, e as despesas da mudança são prejuizos proximos, os que senti no meu negocio, os trasles que se quebraram, são remotos.

Das perdas e interesses nas dividas de dinheiro.

§ 120. Nas dividas de quantias de dinheiro, para evitar as difficuldades de avaliar as perdas e interesses, e fechar a porta aos contractos usurarios, a que o contrario daria lugar. 1.º em vez de perdas e interesses contam-se os juros da lei, *Cod. Comm. art. 287, Moraes de excc. L. 2 Cap 12 n 74*: excepto nos casos, em que esta determina outra cousa, como na especie do *art 291. do mesmo Cod.* 2.º Mas tambem o crédor é dispensado da prova dellas 3.º A móra conta-se nos mesmos termos, que no § 128 deixámos dito, excepto que no caso de interpellação não se admite outra, senão a citação, ou protesto judicial, *cit. Cod. Comm art. 270*, bastando hoje a feita para o juizo de conciliação, uma vez que a causa suba ao contencioso dentro em um mez desde a não-conciliação. *Cod. de proc. civ. Fr. art 57.*

Ao tempo da publicação das *Ord.* o dinheiro não era contado entre os bens rendosos, os juros eram em regra prohibidos. A *Ord. L. 4. tit. 50 §. 1.* não cogitou desta especie; e por isso, em quanto a interpellação, julgamos poder sem offensa desta lei seguir a disposição do *Cod. Comm. e do Civ. Fr.*, que sómente admittem a judicial.

(*Veja a Nota G citada ao §. 128.*)

Processo das perdas e interesses

§ 131 As perdas e interesses podem ser pedidas ou conjunctamente com a obrigação principal, ou em acção separada. Achando-se provadas na substancia, o juiz póde ou logo

na sentença determinar a quantidade, se das provas se poder concluir, *Ord L 3 tit 86. §. 16.*; ou deixal-a para ser liquidada na execução, como é mais ordinario *Per. e Sous Pr. Lnh Civ. §. 441* *Veja Lobão Damnos §. 200. e seg.*

SECÇÃO 7.ª

DAS OBRIGAÇÕES RESULTANTES DOS ACTOS ILLICITOS,

Razão de ordem.

132. Tractámos na Secção antecedente da indemnização das perdas e interesses, quando provém da falta de cumprimento das obrigações em geral: resta tractar da mesma, quando a obrigação provém immediatamente de factos *illicitos*. Entendem-se por *factos illicitos*. a) não só os factos positivos, que são expressamente prohibidos e castigados pelas leis [*delicta*]; b) mas tambem as omissões dos deveres de cada um, que as leis não consentem, quando dellas póde resultar damno, ou perda a outrem (*quasi delicta*). Os delictos offendem a sociedade, e ordinariamente prejudicam a terceiro: pela offensa da sociedade é o delinquente castigado com a pena competente; e esta parte pertence ao *Direito Criminal*: pelo damno compete sempre ao prejudicado acção para pedir a indemnização, o que pertence ao *Direito Civil*

A doutrina da reparação dos danos provindos dos factos illicitos acha-se no corpo do direito romano dispersa pelos titulos de *Edict. edict.* — *ad Leg. Aquil.* — *si quadr. pauper.* — *de his, qui effud. vel dej.*, e a que pertence aos delictos, nos titulos *de extraord. cognit.* — *de iur.*, e nos outros pertencen-

tes á parte criminal. Na legislação patria pouco se acha sobre ella; a dos nossos praxistas apenas foi tocada por Lobão no seu *Tractado dos Damnos*.

Entretanto ella é de muito uso no fóro, como todos sabem; e pertence ao direito civil. porque o damno provindo dos delictos pôde ser pedido por acção civil, ainda quando, por terrormido o delinquente, ou por outra causa, se não possa intentar a criminal.

Na sua exposição seguimos principalmente o *Cod. da Pr.*, no qual estas doutrinas se acham desinvoltidas segundo a theoria da graduação das culpas com tal minueza e especificação de circumstancias, que na practica parecerão causar algum embaraço, mas hão de servir de guia ao juiz habíl e reflectido. No *Cod. da Austr.* acha-se tambem exposta com sufficiente diffusão no *Cod. Civ. Fr.* sómente se acha a parte respectiva aos quasi delictos.

Por quaes factos illicitos se deve a indemnização?

§. 133. A indemnização deve-se sempre que o damno provém de facto, ou omissão, em que interveio dolo, ou culpa do agente, algumas vezes ainda mesmo a levissima. Assim 1.º o dono de uma casa, ou edificio é responsavel pelo damno, que ella causou arruinando-se, se houve descuido em a reparar. *Cod. Civ. Fr. art.º 1386.* 2.º O dono de um animal feroz é responsavel por todo o damno, que este causar. *L. 40. e 41. D. de Aedil. edict.* 3.º O dono do animal domestico sómente o é, tendo havido negligencia em o vigiar. *Cod. da Pr. P. 1. tit 6. art. 73.* 4.º Se o animal causou o damno, por ser provocado, quem o provocou, fica responsavel pela indemnização *L. 11. §. 5. D. ad leg. Aquil. 5.º* E por analogia, se o animal de um provocou o animal de outro, a indemnização é devida pelo dono do provocante; e não pôde este pedil-a, se o seu animal foi o damnificado. *L. 1. §. 11. D. si quadr. pauper* 6.º Os escrivães e officiaes publicos são responsaveis pelos prejuizos, que

causaram ás partes não só por dolo, mas ainda por erro ou culpa, *Peg. ad Ord. L. 1. tit. 88. glos 3 n. 5.*; porém osjuizes, e agentes do Ministerio publico, em regra, sómente o são no caso de dolo. *Ref. Jud. art., 1241.*

§. 134. Não se deve: 7.º se o damno proveio do acaso. 8.º ou do uso, que se faz do direito proprio; excepto se o damnificante, tendo outros meios de usar do seu direito, escolheu aquelle com dolo e por emulação. *Cit. Cod da Pr. art. 37.* 9.º Nem se o damno foi involuntario; excepto se o acto, que lhe deu causa, era expressamente prohibido, ou o agente por um procedimento illicito se poz no estado de o causar, v g, no de embriaguez *Id art. 16. e 40.* 10.º O causado por um furioso, ou menor de sete annos, reputa-se eventual; porém se houve negligencia da parte da pessoa, que o devia vigiar, esta é responsavel por elle. *Id. art. 42 e 57.*

Quando o damno foi causado por terceiro.

§. 135. Ainda que a obrigação provenha da practica do facto illicito, com tudo, porque o facto se imputa tambem áquelle, que mandou, ou consentiu: 1.º a indemnização incumbe áquelle, que mandou practicar o acto, *L. 169 D de reg. jur.*, mas se este era manifestamente prohibido pelas leis, ambos ficam responsaveis *L. 157 pr. cod., cit Cod. da Pr. art 46.* 2.º Se o mandato era licito, o mandatario sómente responsavel pelos damnos causados pela má execução. *Id. art. 50* 3.º Se o mandantę culposa-

mente escolhe um mandatario incapaz, fica responsavel, na falta dos bens deste, pelos damnos procedidos da sua incapacidade. *Id. art. 53. , L. 27. §. 9. D. ad leg Aquil 4°* É responsavel pelo damno causado por outro, aquelle, que o não impediu, podendo e devendo, por falta de cuidado. *L. 45. pr. eod. 5°* Assim os paes são responsaveis pelos damnos causados pelos filhos, os mestres pelos apprendizes, os amos e patrões pelos domesticos, feitores, ou caixeiros, em quanto ao serviço, em que os occupam, *Cod. Civ Fr. art. 1384 , e da Pr. cit art. 68. :* e por tanto pelos incendios causados por estes, se, conhecendo a sua imprudencia com lume, os não acautelaram, *id art. 63. e 66. ;* assim como pelos damnos causados com os despejos para a rua. *L. 5. §. 1, e L. 6. § 2 D. de his, qui-effud.*

Gradação da indemnização.

§. 136. A indemnização varia conforme os differentes grãos de culpa. 1.° No damno provindo de dolo, ou culpa lata, deve-se completa indemnização de todas às perdas e interesses. *Cit. Cod. da Pr. art. 10. , Ord. L. 5. tit. 87. pr.* 2.° No provindo de culpa leve, ou levissima, unicamente a das perdas, isto é, dos damnos emergentes *Id. art. 12.* 3.° A culpa leve do offendido não extingue a obrigação do offensor, que obrou com dolo, ou culpa lata. *Id. art. 18.* 4.° Mas se este obrou com culpa leve, e da parte do offendido houve culpa lata, cessa a obrigação daquelle *Id. art 20 , L. 203 D. de reg jur.* 5.° Se o offendido com uma attenção ordinaria podia evitar o damno, sómente póde pedir as perdas. *Id art 21* 6.° Se são muitos os offensores por dolo, ou culpa lata, todos são respon-

saveis *in solidum L 11 §. 2. e 4 D. ad leg. Aquil. : 7.°* Se por culpa leve, cada um responde pelo damno, que causou, se se poder averiguar; alias tambem são responsaveis *in solidum L 51 §. 1 eod , Cod da Austr art. 1302*

Avaliação dos damnos: I. nos bens da fortuna

§. 137. O damno póde ter sido feito: nos bens da fortuna: no corpo: na honra: na liberdade. I. Em quanto aos bens da fortuna: 1.° a verdadeira indemnização consiste em repôr as cousas no estado, em que se achavam; mas se isto não é possivel, deve-se pagar a dinheiro o equivalente por arbitrio de avaliadores, quando não está determinado pela lei. *Cit. Cod. da Pr. art. 79 e 80 , L. 13 §. 1. D. de re jud. 2.°* No damno provindo de dolo, ou culpa lata, deve o damnificante pagar a cousa pelo maior valor, que tiveram as cousas da mesma especie no intervallo entre o damno e a petição delle. *Cit Cod. art. 85. 3.°* No provindo de culpa leve, ou levissima, deve pagar-a pelo valor commum ao tempo do damno *Id. art 88 4°* Se o damno foi feito por acinte, póde o dono pedir o valor de affeição. *Id. art. 87. 5.°* Se a cousa se não perdeu, mas só foi deteriorada, deve-se calcular o valor segundo as mesmas regras, e o damnificante satisfazer a differença do que ella val menos *Id. art 89. 6.°* Se for movel, tem o damnificado a faculdade, ou de a abandonar, e pedir o seu valor total; ou de ficar com ella, recebendo a indemnização da differença *Id. art. 91*

Como se ha de liquidar o valor de affeição? A *Ord. L. 3. tit. 86. §. 16.* em caso analogo permite deixal-o no juramento da parte interessada, devendo porém o juiz interpôr o seu prudente arbitrio.

II No corpo: a) no caso de morte

§. 138. 1.º Aquelle, que matou outro, deve em todo o caso indemnizar a viuva e filhos das despesas feitas na tentativa da cura, no funeral, e lucto *Cit. Cod da Pr art 98* 2.º Mas além disto, se a morte foi feita por dolo, ou culpa lata, deve dar-lhes alimentos, e educação e dotes aos filhos conforme suas faculdades, sem attenção aos bens, que ficaram do defuncto, nem a outros quaesquer subsidios, que elles tenham. *Id. art 99 e 100*, *Lobão, Damnos* §. 20. 3.º Se por culpa leve, esta obrigação só tem logar, quando o defuncto não deixasse bens sufficientes para a viuva e filhos se alimentarem; e a respeito destes, sómente é obrigado a alimental-os até á idade de vinte e cinco annos. *Id. art 103. e 105* 4.º Cessa porém assim em um, como em outro caso, se a viuva passou a segundas nupcias; e em regra, em todos os casos, em que cessaria a obrigação do defuncto; como se os filhos casaram. *Id. art 107. e 108.* 5.º Se por culpa levissima, o matador só tem obrigação de indemnizar as despesas da cura, e as do funeral e lucto *Id art 110.* 6.º Se do defuncto não ficou viuva nem filhos, o direito da indemnização compete nos mesmos termos aos parentes, que tinham direito a receber delle alimentos

O Cod. da Austr. deixa no caso de morte a reparação ao arbitrio do juiz, indicando porém que o matador deve não só pagar as despesas do funeral, mas tambem indemnizar a mulher e filhos na proporção da perda, que soffreram.

b) No caso de ferimentos

§. 139. No caso de ferimentos; 7.º o offensor deve em todo o caso indemnizar o offen-

vido dos gastos da cura e convalescência; e pelas dores, se o ferimento proveio de dolo, ou culpa lata, uma indemnização, que nem desça de ametade dos gastos da cura, nem exceda o dobro *Id. art 112*, *Lob cit* §. 27 8.º Se do ferimento resultou aleijão, que impossibilite o ferido de exercer a sua profissão, a indemnização deve ser: a) se o ferimento foi feito por dolo, ou culpa lata, dos ganhos, que gozava e perdeu; e além disso do adiantamento, e maiores vantagens futuras, que naturalmente podia esperar. *Id art 115 e 116.* b) Se por culpa leve, só deve a indemnização das perdas, proporcionada á situação, em que o offendido estava ao tempo da offensa *Id. art 117.* c) Se pela levissima, unicamente os gastos da cura e convalescência. *Id art 118.* 8.º Se a impossibilidade de trabalhar foi temporaria, só se deve a indemnização proporcionada a esse tempo do impedimento. *Id art 120.* 9.º Quando o aleijão lhe não impede inteiramente o trabalho, mas sómente lh'o faz mais difficiloso, esta mesma circumstancia deve ser attendida na indemnização. *Id art 122* 10.º Se do ferimento resultou deformidade, que prive o ferido do seu adiantamento, a isto se deve attender, e portanto se o ferimento foi em mulher solteira, o qual lhe torne difficil o casamento, o offensor deve-lhe um dote *Lobão cit* § 28., *Cod da Austr art. 1326.* *Veja o cit. Cod da Pr. nos artt. 123. 124. e 125.*

III Na honra.

§ 140 As offensas na honra não admittem outra indemnização a dinheiro, senão a das perdas nos ganhos de cada um, immediatamente causadas pela offensa. *Cit. Cod. da Pr.*

art 131 E por tanto o official, ou criado, que por falsa diffamação deixou de achar trabalho, póde pedir uma indemnização ao offensor. *Cit Cod da Austr art. 1330*

Conforme o citado *Cod. art. 1323.*, aquelle, que seduziu uma mulher, e a fez mãe, além das outras obrigações, que desse facto podem resultar, deve-lhe a indemnização das despesas do parto.

IV. Na liberdade.

§ 141 Em quanto á offensa da liberdade, é responsável por todas as perdas e interesses: 1.º aquelle, que privou outro da sua liberdade pessoal, *Cod da Pr. cit art 132, Ord. L. 5. tit. 95.* 2.º aquelle, que com falsa denuncia requereu e provocou uma prisão illegal: 3.º bem como o juiz, que contra a lei a ordenou. *Id art. 133, C. Const art. 145 §. 9.* 4.º Se a pessoa offendida não póde ser restituída á sua liberdade, o offensor deve a sua mulher e filhos uma indemnização nos mesmos termos, que no caso de morte. *Id art. 136.* 5.º Aquelle, que injustamente requereu sequestro, embargo, ou penhora, é responsável pela indemnização das perdas *Id. art 137. Vej. Dig Port. I art. 494. e seg.*

SECÇÃO 8.ª

DA EXTINCÇÃO DAS OBRIGAÇÕES

Modos geraes, por que se extinguem.

§ 142. As obrigações extinguem se: 1.º pelo pagamento; 2.º pela novação; 3.º pela renuncia, ou perdão da divida, 4.º pela compensação; 5.º pela confusão; 6.º pela perda da cou-
sa

sa devida; 7.º pela nullidade, ou rescissão; 8.º pelo effeito da condição resolutive; 9.º pela prescripção, *Cod. Civ. Fr. art. 1234.*; aos quaes se póde accrescentar 10.º o mutuo dissenso: §. 4. *Inst. quib. mod. toll. obl.*

Em direito romano fazia-se uma importante distincção entre obrigações, que se extinguam *ipso jure*, e outras, que se extinguam *ope exceptionis*. Heinecc. *Recit. §. 995.* As primeiras eram aquellas, em que a causa extinctiva produzia o effeito de se não poder mais intentar a acção para pedir o seu cumprimento, o que se verificava nos juizos *bonae fidei*: tal era o effeito do pagamento, da novação, e de outras. As segundas, ainda depois da causa extinctiva, podiam por direito civil ser pedidas pela acção competente; porém o réo podia elidir essa acção por uma *exceptio perpetua*, que o Pretor para esse fim tinha introduzido. o que sómente tinha logar nos juizos *stricti juris*. Assim o pacto *de non petendo* não extinguia a obrigação; mas o devedor podia a todo o tempo servir-se desta excepção para elidir a acção. É facil entender, que nesta distincção nada ha de real, porque o devedor sempre está desobrigado, importando pouco, que seja por ter acabado o direito do crédor, ou por elle devedor ter um meio de a inutilizar. e por isso tal distincção entre nós nenhuma applicação póde ter no foro, a pezar de se achar estabelecida no *Cod. Com. art. 866.*, excepto se este quiz alludir á differença entre nullidade e rescissão, que notámos no §. 109.

Nos nossos praxistas pouco se encontra sobre esta doutrina da extinctão das obrigações. Acha-se porém amplamente tractada na *Inst. no tit: quibus modis tollitur obligatio*, e no *Dig. Liv. 46. tit. 2. 3. e 4.*, e igualmente por Poth. *des obl. P. 3.*, bem como nos codigens modernos assim Allemaes, como no *Civil Fr.*; e deste passaram alguns principios para o nosso *Cod. Comm.*

CAPITULO I.

DO PAGAMENTO

O que seja? seus effeitos e especies.

§. 143. *Pagamento (solutio)* no sentido, em que aqui tomamos esta palavra, é o cumprimento natural de qualq

pelo crédor. *L. 49. D. de solut.* Porém no sentido mais estricto e vulgar, toma-se esta palavra pelo cumprimento das obrigações de dar, e principalmente de dar alguma quantia de dinheiro. Dizemos *natural*, para o distinguir da compensação, que é um pagamento ficticio. O pagamento extingue a obrigação principal, e por tanto tambem os accessorios, como fianças e hypothecas. *L. 43. D. de solut.* Póde ser I. real: II. por meio de consignaço: III feito por um terceiro, ou por subrogaço: IV. feito indevidamente. Tractaremos primeiro do real.

I. Do real: quem póde pagar?

§ 144. I. Póde validamente pagar: 1.º o proprio devedor, ou pessoa por elle encarregada, *L. 56 e 87. D. de solut.* 2.º Se o pagamento contiver alienação, deve o solvente a) poder alienar; e por isso o menor, o interdito, a mulher casada, não podem pagar sem auctoridade do tutor, ou marido, *L. 14. § 8 eod.*; b) e ser proprietario da cousa, que dá em solução. Porém se essa cousa for fungivel, ainda que alheia, o pagamento torna-se válido, desde que o crédor a consumiu: ficando ao dono della apenas o direito de indemnizaço contra o solvente. *Cod. Civ. Fr. art. 1238.*

O *Cod. da Austr. art. 4421.* permite que as pessoas, impedidas de administrar os seus bens, possam com tudo validamente pagar.

A quem?

§. 145. O pagamento deve ser feito: 1.º ao proprio crédor, ou pessoa por elle auctorizada. *Cod. Comm. artt. 871 e 874.* 2.º O pagamento feito a terceiro não extingue a obrigação exce-

pto quando esteja a) indicado na convenção: b) ou auctorizado pela lei, v. g., o tutor; c) ou determinado por sentença, como nos sequestros; d) ou se o crédor ratificou o pagamento; e) ou d'elle se aproveitou; f) ou se esse terceiro por qualquer titulo vem a succeder no crédito. *Cit. Cod. Comm. art. 871., Cod. Civ. Fr. art. 1239* 3.º Porque o pagamento extingue direitos, deve o recipiente ser habil para administrar e alienar §. *ult. Inst. quib. alien. licet* 4.º O devedor da herança satisfaz, pagando ao cabeça de casal, ou possuidor, ainda que ella depois seja tirada a este. *L. 31. § 5.º D. de haered. petit.*

Como?

§. 146. Em quanto ao modo 1.º o devedor não satisfaz, senão entregando a propria cousa, que deve. *Pr. Inst. quib. mod. toll. oblig., cit. Cod. Comm. art. 872* No caso de ser impossivel a entrega, satisfaz, dando a estimação, e as perdas e interesses. *Mell. L. 4 tit. 5. § 3.* 2.º Se deve cousa certa, satisfaz, entregando-a no estado, em que se acha e não fica responsavel pelas deteriorações excepto, se provieram de culpa, ou móra *Cod. Civ. Fr. art. 1245* 3.º Se a divida não é determinada, senão pela especie, não é obrigado a dar a melhor. *Id. art. 1246.* 4.º O pagamento deve ser feito por inteiro, e não por partes, *L. 9. § 1. D. de solut.:* excepto a) em quanto aos herdeiros do devedor se a divida é divisivel, *L. 2. Cod. si unus ex plur haered*; b) no caso da adjudicação dos rendimentos do predio executado, cuja avaliação excede o duplo da divida *L. de 20 de Junh. de 1774 § 24. 5.º* Se o pagamento

deve ser feito por medida, na falta de declaração entende-se a do lugar, onde se deve pagar. *L. un. Cod. ubi conv. quæ cert. loc.*

Em quanto á moeda, em que se deve fazer o pagamento, em outro lugar se tractará.

Logar e tempo, em que deve fazer-se.

§. 147. O pagamento deve fazer-se no lugar e tempo determinadô no titulo. Na falta deste. 1.º se a divida constâ de cousa certa, no lugar, onde ella se achava ao tempo da obrigação, *Cod. Civ. Fr. art. 1247.*: 2.º nos outros casos, no do domicilio do devedor. *Cod. Comm. art. 873.* Vej. *Lobão Seg. Linh pag 209.* 3.º Se a divida é pura, deve fazer-se em qualquer tempo, que o crédor o peça: porém o juiz pôde conceder ao devedor um espaço razoavel, ao menos de dez dias. *Ord. L. 4. tit. 50. §. 1. 4.º* O crédor, que pede a divida antes do tempo, incorre na pena de esperar outro tanto tempo, como o que faltava, *Ord. L. 3. tit. 35.*; excepto se o devedor, ou os fiadores tiverem fallido. *Silv. ad Ord. cit. n. 2. 5.º* O devedor, que paga antes do termo, não pôde repetir o que pagou, *E. 70. D. de solut*; excepto quando pagou antes da existencia da condição suspensiva, visto não existir ainda a obrigação. Vej. *Poth des oblig. n. 546.*

Prova e presumpção do pagamento.

§. 148. O pagamento pôde provar-se por todos os meios de provas, *Ref. Jud. art. 461*; e principalmente pelos recibos ou quitações. 1.º Quem faz um pagamento, tem direito a pedir quitação por escripto. *Cod. da Pr. P. 1. tit. 16.*

art. 86. 2.º Nesta deve conter-se: a) a descrição da divida extincta; b) o nome do devedor; c) o tempo e lugar do pagamento; d) a assignatura do crédor, ou daquelle, que está encarregado da recepção. *Id. art. 87. 3.º* Se o crédor recusa passar quitação, o despacho do juiz, que a isso o condemna, suppre essa falta. *Silv. ad Ord. L. 4. tit. 19. §. 2. n. 3. 4.º* Presume-se a divida paga: a) se o titulo particular della apparece rasgado ou obliterado em poder do crédor, ou mesmo riscado no seu livro o assento respectivo, *cit. Cod. da Pr. art. 102.*: b) assim como se elle apparece em poder do devedor, presume-se ou que a divida não chegou a verificar-se, ou que foi paga. *Id. art. 99. 5.º* Nas obrigações com tracto successivo presumem-se pagas as prestações anteriores, se o devedor appresenta quitações de tres annos posteriores sem protesto, ou declaração em contrario *L. 3. Cod. de apoch. publ., Strik. Us. hed. L. 46. tit. 3. §. 2.*

Quando a divida consta por escriptura publica, tambem a quitação, ou distracte deve ser feito por outro igual titulo. *Ord. L. 3. tit. 59. §. 3.* Com tudo na practica julga-se sufficiente a quitação pelo punho do crédor, lançada no verso da escriptura. *Lobão a Mell. L. 1. tit. 8. §. 8. n. 30.* Quem deve fazer as despesas da quitação, v. g., o papel sellado, o salario do tabellião? *O Cod. Civ. Fr. art. 1248.* impõe-as ao devedor; e era já esta a opinião de *Poth. des oblig. n. 550.*

Imputação do pagamento

§. 149. 1.º Quando o devedor deve ao mesmo crédor diferentes dividas, o pagamento deve descontar-se, ou imputar-se na divida, que o devedor declarar: na falta de declaração deste, o crédor pode imputal-o em qual lhe parecer. *L. 1. D. de solut. 2.º* Se porém a di-

vida é de capital e juros, o pagamento imputa-se primeiro nos juros para se imputar no capital, ficando juros em aberto, é necessario o consentimento do crédor. *Cod. Civ. Fr. art. 1254. 3.º* Se o crédor passa quitação do capital, sem resalvar os juros, que ainda se lhe ficam devendo, presumem-se estes pagos. *Id. art. 1908. 4.º* Na falta de declaração de um ou de outro, deve fazer-se a imputação: *a)* na divida vencida com preferencia á não vencida; *b)* d'entre as vencidas, na mais onerosa; *c)* se são igualmente onerosas, na mais antiga; *d)* se são da mesma data, em todas proporcionalmente *Id. art. 1256*

II. *Payamento por consignação judicial.*

§ 150. II. *Consignação* é o deposito judicial da divida, que faz o devedor, ou *a)* porque o crédor é duvidoso, ou incapaz de receber; *b)* ou quando o crédor recusa accetá-la, ou passar quitação segura. Porém para a consignação proceder 1.º deve o devedor ter oferecido a divida ao crédor em tempo e logar competente, *L. 39. D. de solut.* excepto sendo o crédor duvidoso ou incapaz *L. 7. §. 2. D. de minor*, *L. 18. § 1 de usur et fruct* Se deposita antes, é responsavel por todos os prejuizos e despesas do deposito *Peg 2 For. Cap. 16 n 113* 2.º Deve fazer citar o crédor para ver depositar, *Voet ad Pand L 46 lit 3. n. 6*; 3.º e effectivamente verificar o deposito, se é coisa movel, ou se é de raiz, declarando-a despejada *Strik. Us. hod. L 46 tit 3. §. 16* 4.º Se o crédor não accetá a consignação, deve o devedor fazel-a julgar por sentença, dis-

putados os embargos, se o crédor os oppõe. *Lobão Fasc. Tom 1. Diss 5. § 99.*

Effeitos da consignação.

§. 151. A obrigação sómente se extingue depois da consignação *a)* ou ter sido accetá pelo crédor, ou *b)* julgada por sentença passada em julgado. Por isso 1.º desde então já o devedor não póde levantar o deposito, o que até ahi lhe era livre. *Cod Civ Fr. artt. 1261. e 1262* 2.º Assim como o risco da coisa depositada fica por conta do crédor, cessam os juros e os convededores e fiadores ficam libertados. *Id. artt. 1257. e 1262.*

III. *Do pagamento por subrogação.*

§ 152 III Quando um terceiro de proposito paga uma divida alheia, *a)* ou o faz sómente para desobrigar o devedor, e paga em nome d'elle, fosse, ou não, para isso auctorizado, e então a divida fica extincta, *L. 23 e 53 D de solut*; *b)* ou paga por interesse proprio, em seu nome, e neste caso a obrigação do devedor continúa; unicamente fica extincto o direito do antigo crédor, ou antes passa para aquelle, que pagou Esta mudança de crédor chama-se *subrogação*, a qual póde ser *legal*, ou *conventional*

Quando na primeira especie deste §. dizemos que a *divida fica extincta*, não queremos dizer que o terceiro, que pagou, não tenha accção ainda contra o devedor, porque póde ter a accção do mandato, ou a de *negotiorum gestão*, mas como mudou a causa, é claro que a obrigação originaria acabou, e por conseguinte os accessorios de fiança *hypothecas*, etc., e que não acontece na subrogação.

Sera o crédor obrigado a accetá a divida de qualquer terceiro, que se oferece a pagal-a em nome do devedor? O

Cod. Civ. Fr. art. 1236. decide affirmativamente tanto no caso de pagar em nome do devedor, como no outro de pagar em seu nome, se renuncia aos direitos de subrogação: excepto se a obrigação era de fazer, quando o crédor tinha escolhido a capacidade especial do devedor. *Id. art. 1237.* Pelo contrario o *Cod. da Austr. art. 1423.* estabelece, que o credor nunca pôde ser obrigado a aceitar a divida da mão de um terceiro sem consentimento do devedor. *Poth. des oblig. n. 500.* distingue ou o pagamento contém alguma vantagem para o devedor, e então deve o crédor acceital-o, ou não tem outro effeito, senão mudar de crédor, e então não.

a) Da subrogação legal.

§. 153 A subrogação legal dá-se nos casos, em que a lei declara, que aquelle, que pagou a divida, fique subrogado nos mesmos direitos do crédor, independente de convenção ou cessão. Tal é: 1.º o crédor, que pagou a outro crédor do devedor commum, que tinha melhor direito hypothecario *L. Cod. de his, qui in prior. cred. loc. succed* 2.º O que pagou dividas fiscaes em nome de outro. *Ref. Jud. art. 346.* 3.º O possuidor dos bens hypothecados, que, para os exonerar, paga aos crédores dessas hypothecas. *Poth. des oblig n 558.* 4.º O que pagou as dividas, a que era obrigado com outro, ou por outro; como o *fiador*, o *corréo* 5.º O herdeiro beneficiario, que pagou as dividas da herança com o dinheiro proprio *Cod Civ Fr art 1251.* 6.º O que pagou por intervenção uma letra de cambio. *Cod Comm art. 392.*

b) Da convencional.

§ 154 A convencional pôde verificar-se de dous modos: I. quando um terceiro empresta dinheiro ao devedor para pagar a divida, com

a declaração de ficar subrogado em todos os direitos do originario crédor, que não figurou neste contracto. A fim de evitar o prejuizo, que dahi podia resultar a terceiros interessados, v. g, no concurso dos crédores, faz-se mistér: a) que do titulo conste ter-se emprestado o dinheiro para esse fim; b) e da quitação, que realmente foi nelle empregado *Arg da L. de 20 de Junh de 1774 §. 37., Cod. Civ. Fr. art. 1250.*

Da cedencia.

§. 155. O II. modo da subrogação convencional é a cedencia ou cessão, quando o crédor originario transmite o seu direito, crédito, ou acção a outro, sem accordo do devedor; ou seja gratuitamente, o que equivale a uma doação; ou recebendo uma compensação, que equivale a uma venda *Cod da Pr. P. 1 tit. 11. art. 378.* 1.º Não se podem ceder os direitos ou acções litigiosas. *Ord L 4. tit 10. §. 3.* 2.º nem se pôde ceder a pessoas poderosas. *Ord. L. 3. tit. 39* 3.º A cedencia comprehende os accessorios da obrigação, como hypotheca, ou fiança. *Cod Civ. Fr. art. 1692* 4.º Em quanto o devedor não foi intimado, ou não conveio na subrogação, pôde validamente pagar, ou transgír com o originario crédor *Cit. Cod. da Pr artt. 413. e 414* 5.º O cedente sómente é responsavel pela garantia da certeza da divida, não pela solvabilidade do devedor, excepto se se declarou outra cousa. *Cod. Civ. Fr art 1693. e 1694.*

Precaução contra as cessões usurarias.

§ 156. Para cohibir a cobiça de especuladores usurarios, que se prevalecem ou da ne-

cessidade e receios do cedente, ou do desvalimento do devedor; este, sendo demandado pelo cessionario, satisfaz, pagando-lhe unicamente o que elle desembolsou pela cedencia, e seus juros. Este favor não tem logar: a) se a cessão foi entre comproprietarios do direito eedido; b) ou feita pelo cedente a um seu crédor em satisfação do que lhe devia; c) ou ao possuidor da herança, que compra a divida para assegurar o seu direito; d) nem nas cessões gratuitas, não havendo simulação. *Id. art. 1701., Lobão Fasc. Tom. 1. Diss. 6. §. 9., L. 22. e 23. Cod. mand.*

(Vej. no fim do Tom. 1.º a Nota H.)

IV. Do pagamento feito indevidamente

§. 157. IV Muitas vezes acontece que uma pessoa pague *indevidamente* uma obrigação, ou que realmente não existia, ou que se não devia, por ser nulla ou injusta. Mas como o pagamento suppõe uma obrigação real e justa, neste caso é nullo; a pessoa, que pagou, tem direito de o repetir, assim como a que recebeu, obrigação de restituir. Verifica-se isto: a) quando se pagou por erro, ou uma obrigação, que não existia, ou a pessoa, a quem se não devia, (*condictio indebiti*): b) quando a obrigação era fundada em causa torpe e illicita (*ob turpem vel injustam causam*): c) quando se pagou para um fim, que se não effectuou (*causa data, causa non sequuta*): d) ou por outro qualquer motivo sem causa (*sine causa*). *Cod. Comm. art. 370.*

Como por direito romano as acções deviam ser offerecidas em juizo com a indicação do seu nome especial, ou ao menos *commum.* por isso no *Dig. Lib. 12 tit. 4. §. 6. e 7* se acham mudamente descriptas cada uma das *condictiones*, ou

acções pessoaes, que deixamos notadas no §. É mui disputado entre os interpretes, se a obrigação de restituir nestes casos provem do quasi contracto, se do quasi delicto, o que pouco nos interessa, porque podemos deduzil-a da disposição da lei, fundados na regra de que ninguém se deve locupletar com prejuizo de outrem.

Como dos factos illicitos não resultam direitos, aquelle, que deu alguma cousa em premio, ou para fins illicitos, não pôde repetir, ainda que da parte do acceptante houvesse igual torpeza. v. g., o que se deu a uma prostituta. *L. 4. §. 3. D. de condict. ob turp.* Por consequente sómente tem logar a repetição *ob turpem vel injustam causam*, quando a torpeza é só do recipiente, como o que se deu a alguém para que não matasse.

A repetição *causa data, causa non sequuta* é frequente nos contractos commutativos, quando uma das partes satisfaz, e a outra não pôde satisfazer. É claro que não tem logar, quando o pagamento consiste em um facto.

Repetição do pagamento feito por erro

§. 158. Para ter logar a repetição do que indevidamente se pagou por erro, é necessario: 1.º que da parte do solvente não houvesse obrigação, nem ainda natural; assim o que pagou a divida prescripta, não pôde repetil-a. *L. 14. e 19 §. 1. D. de cond. indeb. 2.º* Se ainda existindo a divida natural, o solvente era inhabil para fazer o pagamento, pôde repetil-a, excepto se se tinha aproveitado della; assim o pupillo, que, durante a minoridade, pagou uma divida por elle mesmo contrahida, pôde repetil-a; não assim, se a pagou depois da maioridade. *Cod. da Pr. cit. art. 170. 3.º* E por isso, se se annullou um acto unicamente por defeito da forma externa estabelecida pela lei, não se pôde repetir o que em virtude d'elle se deu. *Id. art. 184. 4.º* É necessario, que o motivo do pagamento fosse o erro, quer de facto, quer de direito. *L. 9. D., L. 10 Cod. de jur. et fact. ignor.* Porque se o erro se não prova, presume-se doa-

ção. *L. 1 §. 1. e L. 5. D. de cond. indeb. 5.º* Aquelle, que por erro pagou a divida de outrem, póde repetil-a do crédor; porém se este em virtude do pagamento extinguiu o titulo, não é obrigado a repôl-a; ao solvente resta apenas o recurso contra o verdadeiro devedor *Cod. Civ. Fr. art. 1377.*

Sobre a repetição do que se deu por erro, vej. o §. 100., e no fim do Tom. 1. a not. *D.*

O que neste caso se deve restituir.

§ 159. Ou o recipiente recebeu o pagamento indebitto em boa, ou em má fé. Se o recebeu em boa fé: 1.º deve restituir a cousa recebida, ou a sua estimação; ou se a vendeu, o preço. *Cod. Civ. Fr. art. 1380.* 2.º Não é responsável pela perda, nem pela deterioração; excepto se houve culpa. *Id. art. 1379.* 3.º Sómente deve os fructos, ou juros, desde que soube, que recebêra indevidamente. *Id. art. 1378.* Se a recebeu em má fé, 4.º deve restituil-a, ou a sua estimação, ainda que ella percesse por acaso, assim como os fructos, ou juros desde a recepção. *Id. artt. 1378 e 1379.* 5.º Tanto em um, como em outro caso, tem direito a pedir as bemfeitorias necessarias: e ainda as uteis, se augmentaram o valor da cousa. *Id. art. 1381.*

CAPITULO II.

DA NOVAÇÃO.

O que seja? e seus requisitos.

§ 160. *Novação* é a conversão da antiga obrigação em outra nova *L. 1 D. de novat.*

Para se dar novação, é necessario: 1.º consentimento, e por tanto capacidade, dos que contrahem a nova obrigação, *L. 3. e 20. eod.*; 2.º animo de novar, ou seja expresso, ou ao menos deduzido dos termos, em que a nova obrigação é contractada; porque na falta deste requisito subsistem ambas, entendendo-se a segunda reforçativa da primeira, *L. 2 D., L. ult. Cod. eod., Cod Civ. Fr. art. 1273.*; 3.º que a nova obrigação seja válida; e que a condição se verifique, no caso de ser condicional, §. 3. *Inst. quib. mod toll*; 4.º que a antiga obrigação fosse válida, ao menos naturalmente. *L. 1 §. 1. eod.*

Podem dar-se hypotheses, em que a antiga obrigação fique extincta, a pezar de ser nulla a segunda, como na especie figurada no *citado §. da Inst.* Um menor sem auctoridade do seu tutor tomou sobre si uma divida de outro com acceptação do crédor: o antigo devedor fica desobrigado, a pezar de ser nulla a obrigação do menor.

A simples mudança na obrigação sem animo de novar, como a reforma do titulo, a concessão de espera, a obrigação de juros no emprestimo até ahi gratuito, dar noves fiadores, a que os interpretes chamam *novação cumulativa*, não extingue a obrigação antiga; pelo contrario reforça-a. *Waldeck §. 72º* O mesmo se deve dizer da indicação feita pelo devedor de outra pessoa, que pague por elle, se esta não consente.

Diversas fórmãs da novação

§ 161 A novação póde operar se por tres maneiras: 1.ª quando se faz uma simples mudança na causa da obrigação entre as mesmas pessoas: v. g., devia por emprestimo; agora deve por aluguer. *L. 28 D. eod.* 2.ª Quando o antigo crédor traspassa o seu direito para outro, ao qual o devedor se obriga novamente; e nisto differe da *subrogação*, que ordinariamente se faz sem intervenção do devedor. 3.ª Quan-

do um novo devedor se obriga em lugar do antigo; o que se pôde igualmente verificar por duas fórmãs a) ou por convenção entre o crédor e o novo devedor, com declaração de que fique livre o antigo devedor, mas sem a intervenção deste (*expromissio*), L. 8 §. 5 *eod.*: b) ou pela transmissão da divida do antigo para o novo devedor, com acceitação explicita do crédor (*delegatio*) L. 11. e 17. *eod.*, *Cod. Comm. art* 885.

Effeitos da novação.

§. 162. Pela novação extingue-se a antiga obrigação, e em lugar della fórma-se outra nova; por tanto 1.º extinguem-se tambem os accessorios, como fiança, penhor. L. 18. *eod.* 2.º O devedor não pôde oppor contra a segunda obrigação as excepções, que lhe competiam pela primeira. L. 33. *eod.* 3.º Na delegação o antigo devedor fica livre, ainda que o novo se torne insolvel; excepto: a) havendo ajuste em contrario, L. 26 §. 2 *D. mandati.* b) se o delegado era negociante fallido, ou proximo a fallir *Cod. Comm. art.* 893. c) Ao novo tambem não aproveitam as excepções, que aproveitariam ao primeiro. L. 12, 13. e 19. *eod.*

CAPITULO III.

DO PERDÃO DA DIVIDA.

Sua fórma e effeitos

§. 163 *A remissão ou perdão da divida (pactum remissorum, seu de non petendo)* extingue a obrigação, porque a cada um é livre renunciar aos seus direitos em tudo o que não

offende o direito publico A remissão pôde ser. ou *expressa*, sendo feita por convenção, ou acto expresso do remittente; ou *tacita*, quando se deduz de algum facto do credor, que deixa presumir o animo de perdoar, como a entrega voluntaria ao devedor de escripto original da divida. L. 2. §. 1. *D. de pact* Mas, como é simples presumpção, admite prova em contrario. L. 24. *D. de probat.* Não contém presumpção de perdão, a) nem a simples entrega do penhor, L. 3. *D. de pact.*; b) nem a exoneração concedida ao fiador L. 23. *D. eod.*, L. 15. § 1 *de fidej.* c) O perdão feito a um dos devedores solidarios aproveita a todos, excepto se houve declaração em contrario; mas neste caso mesmo sempre fica extincta a parte do devedor perdoado *Cod Civ. fr art.* 1285

Por direito romano fazia-se differença entre *pactum de non petendo*, e *acceptilatio*, a qual pelo nosso direito nenhum uso pôde ter nem entre nós é usada a palavra *acceptilatio*, a pezar de se achar no *art.* 879. do *Cod. Comm.*

CAPITULO IV.

DA COMPENSAÇÃO.

O que seja?

§. 164 *Compensação* é o desconto, que reciprocamente se faz nas dividas de duas pessoas, que devem uma á outra. Contém extincção de obrigação; pois seria dureza, e um rodeio inutil, obrigar uma pessoa a pagar a outra aquillo mesmo, que tem direito a pedir-lhe *Ord. L. 4. tit* 78. *pr.*

Seus requisitos.

§. 165. Para se dar compensação, e por tanto para se extinguir a obrigação, é necessário: 1.º que as dividas de uma e outra parte sejam certas e líquidas, ou ao menos que a divida, com que pretende fazer-se a compensação, seja provada e liquidada dentro em nove dias: *Cit. Ord.* §. 4. 2.º Que as dividas sejam de cousas fungiveis; ou reduzidas na sua estimação a dinheiro *Cit. Ord. pr.* §§. 7. e 8. 3.º Que sejam exigiveis, isto é, que estejam vencidas, e nos termos de se pedirem *L. 7. pr D. de compensat.* 4.º Que a divida opposta em compensação pertença á mesma pessoa, que a oppõe: a) assim o devedor principal não pôde compensar com o que o crédor deve ao seu fiador: ainda que o fiador, como deve por outrem, pôde oppor o que o crédor deve áquelle. *Cod. Civ. Fr. art. 1294. b)* O devedor do menor não pôde compensar com o que lhe deve o tutor, nem *vice versa.* *L. 23 D. eod.* 5.º Que a compensação não seja em prejuizo de terceiro: assim o devedor; que *aceitou* a cedencia, não pôde oppor ao cessionario a compensação, que antes podia oppor ao cedente: porém se a cedencia sómente lhe foi intimada, pôde pensar todos os créditos até á intimação. *Cod. Civ. Fr. art. 1295. (§ 155)* 6.º No caso de penhora feita no crédito por um terceiro, o devedor não pôde oppor em prejuizo deste a compensação de dividas do seu crédor, contrahidas depois da penhora *Id. art. 1298*

Em quaes dividas não tem logar?

§. 166 Não tem logar a compensação: 1.º em pena, nas dividas de cousa, de que o proprietario

prietario foi injustamente despojado, como no caso de força ou roubo. *Cit. Ord.* §. 2. 2.º Por privilegio, não se pôde compensar o que é devido em virtude de deposito, *cit. Ord.* §. 1.; 3.º nem as dividas de alimentos, e outras privilegiadas, excepto se ambas o forem igualmente. *Cit. Ord.* §. 3. 4.º Tambem não tem logar nas dividas ao Thesouro, ou ás Camaras, se não houver lei expressa, que ordene outra cousa. *Cit. Ord.* §. 5.

Effeitos da compensação.

§. 167. I. A compensação extingue *ipso jure* a divida, ou toda, se as dividas são iguaes, ou na concurrente quantia, desde o momento, em que começou a divida reciproca, ainda que o devedor o ignorasse. *L. 4. Cod. de comp.* Por tanto com a divida principal extinguem-se tambem as obrigações accessorias, como fiadores e hypothecas. *L. 12. eod.* II. Aquelle, que pagou uma divida, que *ipso jure* estava compensada, quando depois pede a divida, cuja compensação não oppoz, não pôde prevalecer-se dos privilegios e hypothecas da mesma em prejuizo de terceiros, salvo se provar justa causa de ignorar o crédito, que a extinguiu: *Cod. Civ. Fr. art. 1299.* III. Sendo muitas as dividas compensaveis da mesma pessoa, na falta de declaração, segue-se a mesma ordem, que na imputação do pagamento. *Id. art. 1297. (§. 149.)*

CAPITULO V.

DA CONFUSÃO:

Sua natureza e efferitos.

§. 168. As obrigações extinguem-se pela *confusão*, quando na mesma pessoa se reúnem

as qualidades de crédor e de devedor, porque ninguém póde ser obrigado a si mesmo. *L. 75. e 95. §. 2. D. de solut.* Para se extinguir a obrigação, é necessario, a) que a confusão seja entre o crédor e o devedor principal: porque se se dá entre o devedor e o fiador, ou entre este e o crédor, sómente se extingue a obrigação accessoria. *L. 43. e 93. eod. b)* Se a obrigação é solidaria, a confusão na pessoa de um dos condevedores não aproveita aos outros, senão na parte respectiva daquelle. *Cod. Civ. Fr. art. 1201. c)* Se o acto, de que resulta a confusão, for resolúvel, a obrigação sómente se suspende, em quanto durar a confusão. *Cod. da Pr. P. 1. tit. 16. art. 479. d)* Quando a confusão é em parte da divida, subsiste o resto. *L. 6. Cod. fam. ercisc.*

CAPITULO VI.

DA PERDA DA COUSA DEVIDA.

Quando extingue a obrigação?

§. 169. A perda da cousa devida extingue a obrigação, 1.º quer a cousa deixe de existir natural, quer legalmente, por ser tirada do commercio, *L. 51. D. de verb. obl.*; 2.º com tanto que seja devida cousa certa e determinada: pois se a divida é da especie, v. g., um moio de pão, uma quantia de dinheiro, não se livra o devedor, ainda que perecessem todas as que elle possuia. *L. 1. §. 4. D. de oblig. et act., L. 11. Cod. si cert. pct.* 3.º Com tanto que a cousa certa tenha perecido por acaso, não o tendo o devedor tomado sobre si, *L. 13. §. 5. D. locati*; 4.º pois se pereceu por culpa do devedor, ou estando em móra, sempre fica obrigado é esti-

mação, *L. 23. e 49. pr. D. de verb. oblig.*: excepto, em quanto á móra, se provar que ella igualmente teria perecido em poder do crédor. *L. 14. §. 1. D. depositi.* 5.º Pelo mesmo motivo o ladrão, e possuidores de má fé, não se livram da obrigação, ainda que a cousa percesse por acaso. *L. ult. D. de conul. furt.* 6.º Quando da cousa, que pereceu, se aproveitou alguma parte, esta mesma é devida ao crédor. *Meil. L. 3. tit. 7. §. 17.*

Já no §. 109. se tractou da nullidade *ipso jure*, e da rescisão dos actos jurídicos, assim como no §. 105. da *condição resolútiva*. É facil entender, como por estes meios se extinguem as obrigações. e por isso aqui os omitimos. Da prescripção tractar-se-ha adiante.

CAPITULO VII.

DO MUTUO DISSENSO.

Quando tenha lugar?

§. 170. As obrigações extinguem-se tambem pelo mutuo dissenso, ou distracte, isto é, pelo ajuste, que as partes fazem, de ficar sem effeito a obrigação. §. 4. *Inst. quib. mod. toll. oblig.* Este modo de extinguir propriamente só se verifica, em quanto a obrigação não está executada (*rebus integris*): alias será antes um novo contracto, do que extincção da antiga obrigação. *L. 58. D. de pacta*

Antigamente pela *Ord. L. 4. tit. 76.* o devedor, que não tinha bens sufficientes para pagamento de suas dividas, estava sujeito a prisão: para a evitar, permittia-se-lhe a *cessão de bens*, isto é, appresentar aos seus crédores a exposição e inventario de todos os seus bens e dividas, justificando a sua boa fé, e que ao tempo, em que as contrahiu, tinha ainda sufficientes bens, que depois perdeu sem culpa. Julgada procedente a cessão, ficava o devedor isento da prisão, e os crédores proce-

diam á arremalação, ou lhe concediam moratoria, sem com tudo perderem o direito de o obrigar, se elle viesse a adquirir novos bens. *Ord. L. 4. tit. 74.* Esta Ordenação porém ficou em desuso, depois que pelo *Ass. de 18 de Ag. de 1774*, declarando o §. 10. da *L. de 20 de Junh. do mesmo*, se prohibiu a prisão dos devedores insolueis. *Mell. L. 4. tit. 5. §. 6.*

Hoje sómente podem ser presos por dividas: 1.º os arrematantes em praça, que não satisfazem, *L. de 20 de Junh. de 1774.*; 2.º os recebedores fiscaes, *Ref. Jud. art. 657.*; 3.º os tutores pelo alcance da tutela, *Ref. Jud. art. 450.*; 4.º os que maliciosamente occultam os bens em fraude dos crédores; 5.º os depositarios; 6.º os que alienam bens depois de condemnados; 7.º os que dolosamente fazem retardar a execução além de tres mezes. *Cit. Mell. L. 4. tit. 22. §. 18., Lobão Exec. §. 187. e seg.*

Por isso aquella doutrina da cessão de bens pouco, ou nenhum uso póde ter, excepto nas causas commerciaes nos termos do *Cod. Comm.*; assim como a das moratorias, de que se tracta nos *tit. 37. e 38. do L. 3. da Ord.*, as quaes sómente podem ser concedidas pelo poder legislativo.

SECÇÃO 9.ª

DAS ACÇÕES E EXCEPÇÕES.

O que seja acção?

§. 171. Os direitos tornam-se effectivos por meio das *Acções*. *Acção* neste sentido é o meio de proseguir em juizo os nossos direitos, ou, o que val o mesmo, de exigir o complemento da obrigação correspondente a esse direito. *Cod. Comm. art. 387.* Das acções costumam fazer-se differentes especies, conforme á sua origem, fundamento, objecto e fórma. Para o fim, que aqui nos propomos, sómente indicaremos: 1.º em quanto ao fundamento, as acções *prejudiciaes*, que versam sobre o estado das pessoas; *reaes*, que têm o seu fundamento no *jus in re*, e que por isso se dão contra qualquer possuidor da cousa; e *personaes*, fundadas no *jus ad rem*, que sómente podem ser intentadas contra aquelles,

que se obrigaram, ou seus successores, e não contra terceiros: 2. em quanto ao objecto, *reipersecutorias*, *penaes*, e *mixtas*: 3.º em quanto á fórma, *ordinarias*, e *summarias*, ás quaes se podem accrescentar as *executivas*. Nas acções devem necessariamente intervir os dois contendores autor e réo, e o juiz.

Sobre acções vej. o Sr. Corrêa Telles *Tract. das Acç. tit. 1.ª e Man. do proc. civ. §. 95.*

A palavra *acção* no foro, além do sentido, em que aqui a tomamos, e que é o mais ordinario, toma-se como synonyma de direito; assim dizemos ceder todo o direito, ou acção: outras vezes para significar os créditos, dividas activas, ou titulos, que as representam; neste sentido se diz que as acções constituem terceira especie de bens.

Ordinariamente designamos os dois litigantes pela expressão *partes*; ainda que outras vezes empregamos este nome para significar as duas pessoas, a quem compete o direito e a obrigação respectiva, v. g., os dois contractantes.

O que seja excepção?

§. 172. *Excepção* diz-se em geral a defesa do réo para elidir o pedido do autor. Porém na practica faz-se distincção entre simples *contrariedade* e *excepção*. Se o réo elide a petição do autor, allegando cousa, com que directamente quer concluir a sua falsidade, ou inconcludencia, chama-se *contrariedade*. Porém se allega factos, que, não destruindo directamente a acção, com tudo, se se provarem, o eximem do cumprimento da obrigação, ou ao menos perimem a instancia, chama-se *excepção*, como a de pagamento, a de incompetencia. Estas ou são *dilatorias*, ou *peremptorias*. *Ord. L. 3. tit. 49. e 50., Ref. Jud. art. 316.* Nas excepções propriamente ditas o réo toma ás vezes de autor, e a elle incumbe então a prova do que allega.

Das provas.

§. 173 Para que o autor obtenha em sua acção, é necessario convencer o juiz da existencia do seu direito, ou da obrigação correspondente. Os meios, que para este fim se empregam em juizo, chamam-se *provas*. Estas têm por objecto demonstrar a existencia do facto, ou das circumstancias, que deram causa ao direito, v. g., o contracto, o estado da pessoa; e não se occupam da lei, que o determina, a qual deve ser sabida do juiz; excepto se esta é especial, como quando consiste em um privilegio, ou costume local. *L. 34. D. de legib* e *L. 5. pr. de prob.*

Gradação da prova.

§. 174 Ainda que não seja possível determinar o effeito das provas sobre o entendimento do juiz em quanto á sua convicção, e que isso sómente dependa do seu prudente arbitrio; com tudo as leis, para de alguma maneira o dirigirem, têm graduado a prova em *plena*, e *semiplena*, ou *meia prova*. Diz-se *plena* aquella, que a lei julga sufficiente para o convencer, como duas testemunhas contestes, e sem suspeita; um instrumento publico sem defeito: e *semiplena*, aquella, que apenas induz uma forte presumpção, como uma só testemunha digna de crédito, a confissão extrajudicial. O principal uso, que se faz desta distincção, consiste em que no caso da *prova semiplena* o juiz em alguns casos manda deferir á parte, que a fez, o juramento suppletorio, com o qual a lei suppõe ficar a prova completa. *Ord. L. 3. tit. 52. pr.* e §. 2. Vej Domat *Lois Civ. L. 3. tit. 6 Sect. 1. art. 12.*

Suas especies.

§. 175. As provas fazem-se *ordmariamente*: 1.º por confissão; 2.º por juramento; 3.º por testemunhas; 4.º por escripto, ou instrumentos; 5.º por presumpções; 6.º *extraordmariamente*, por arbitramento; 7.º por victoria. *Ref. Jud. art. 461., Cod. Comm. art. 942.* Das quaes vamos a tractar nos Capitulos seguintes

CAPITULO I.

DA CONFISSÃO.

O que seja confissão?

§. 176 *Confissão* é o acto, pelo qual uma das partes afirma aquillo, que a parte contraria allega. É um acto juridico; e por isso 1.º deve ser feita por pessoa habil, e com as formalidades legais: 2.º ser espontanea, clara, certa, e sobre o objecto principal da questão. *Cod. Comm. art. 972.* 3.º Póde ser a) *expressa*: ou b) *tacita*, quando por justa consequencia se deduz de outro facto da mesma parte; assim o que pagou, se presume confessar a divida, *L. 25. D. de prob.*: ou c) *ficta*, quando a parte recusa sem motivo depor aos artigos, sendo para esse fim judicialmente intimada com a comminação de confessa, e esta julgada por sentença. *Ord L. 3. tit. 53. §. 13. 4.º* A confissão sómente prejudica ao confitente, ou seus successores, mas não a terceiros. *Per. e Sous. Pr. Linh. Civ. not. 448.* Póde ser feita por procurador, com tanto que tenha poderes especiaes.

a) *Da judicial.*

§. 177. Em quanto á sua qualidade: a confissão ou é *judicial*, ou *extrajudicial*. A *judicial* é a feita perante o juiz competente: a) ou em acto de perguntas, e a estas correspondem as declarações feitas perante o Juiz de Paz, *Ord. L. 3. tit. 20. §. 4., e tit. 32. pr.*; b) ou no depoimento, que a parte exige aos artigos, *cit. Ord. tit. 53. pr.*; c) ou nas declarações feitas nos artigos assignados pelo advogado, se não foi reclamada antes da acceitação da parte. *Ref. Jud. art. 465.* A confissão judicial 1.º sómente pôde ser reclamada com o fundamento de erro de facto, mas não de direito. *Cod. Civ. Fr. art. 1356., cit. Per. e Sous. not. 435. 2.º* Faz prova plena contra aquelle, que a fez; e por tanto depois de acceita pela parte, tem a força de cousa julgada, de fórma que a sentença dada contra ella é nulla. *Cit. Cod. Comm. art. 974. 3.º* A parte contraria não pôde acceital-a em parte, e rejeital-a em outra. *Id. art. 973.*

b) *Da extrajudicial.*

§. 178. *Extrajudicial* diz-se a confissão feita fóra de juizo em conversa, missiva, ou por escripto particular. Esta: 1.º sómente faz meia prova, sendo ella mesma sufficientemente provada. *Ord. L. 3. tit. 52. pr.* 2.º Sómente tem logar naquelles factos, que podem provar-se por testemunhas. *Cit. Cod. Comm. art. 971. 3.º* Quando é feita em escripto, participa da natureza da prova por instrumento.

CAPITULO II.

DO JURAMENTO.

O que seja?

§. 179. *Juramento* é o acto, pelo qual se toma a Deos por testemunha da verdade do que se allega. Como acto, além da espontaneidade, deve a parte ter perfeito conhecimento do facto, que jura; e por isso ninguem pôde ser admittido a jurar factos, de que não tem conhecimento, ou de outrem, como o herdeiro a respeito dos do defuncto, *Ord. L. 3. tit. 59 §§. 6 e 7*: excepto se para esse fim tiver procuração especial. *L. 9. §. 6., e L. 3. §. 2. D de jurej.* Deve ser prestado conforme a religião de quem jura. *L. 5 §. 1. eod., Cod. Comm. art. 963.* O juramento *judicial*, de que aqui especialmente se tracta, ou é *decisorio*, ou *suppletorio*.

Costumam fazer-se muitas especies de juramento, que podem ver-se em *Mell. L. 4. tit. 16.*, e em *Per. e Sous. P. Lmh. Civ. §. 234. e seg.* Aqui tractamos sómente dos que têm por fim a prova.

a) *Do juramento decisorio.*

§. 180. Diz-se juramento *decisorio*, ou *voluntario*, aquelle, que uma das partes *defere*, ou *refere* a outra, para por elle se decidir o litigio. 1.º Tem logar em todas as causas, uma vez que a parte o requiera, e verse sobre facto pessoal, de que tenha conhecimento o que deve jurar, *Ord. L. 3. tit. 59. §. 5., e L. 4. tit. 19. §. 2*; excepto naquellas, que versam sobre acto, em que é essencial a escriptura, *arg. do cit. tit. 19 §. 2. 2.* em qualquer estado da causa. *Cod.*

Comm. art. 978. 3.º A parte, que recusa prestar o juramento, sendo-lhe deferido, ou referido, dá-se por vencida, e reputa-se confessa. *Cit. Ord. tit. 59 §§. 5. e 6, cit. Cod. art. 979 4.º* O juramento deferido, ou referido importa uma especie de transacção entre as partes, *L. 2. D. de jurej.;* e por isso: a) só pôde dar-se entre pessoas capazes de se obrigar; e de dispor da causa. *L. 17. §. 1., e L. 34. eod.* b) Depois que a parte declarou prestar-se a tal-o, já a outra não pôde retratar-se. *Cod. Civ. Fr. art. 1364.* c) Depois de prestado, a parte não é admittida a provar a falsidade d'elle. *Ord. L. 3. tit. 52. §. 3., Cod. Comm. art. 981.* d) Faz prova plena entre as partes, ou seus successores; mas não entre terceiros *L. 3. §. 3. D. eod.* e) O juramento prestado pelo devedor solidario aproveita aos condevedores, bem como o prestado pelos devedores aproveita ao fiador, e *vice versa;* uma vez que seja deferido sobre a divida, e não sobre o facto especial da fiança, ou da solidariedade. *Cod. Civ. Fr. art. 1365.*

Diz-se *deferir*, quando uma das partes impõe á outra a prestação do juramento, declarando estar pelo que ella jurar: e *referir*, quando esta, a quem elle foi deferido, em lugar de o prestar, declara comprometter-se no juramento da que o deferiu.

Da acção de juramento de alma.

§. 181. O juramento decisorio emprega-se principalmente na acção, chamada *de juramento de alma*, na qual o autor demanda directamente o réo, para que venha em audiencia declarar debaixo de juramento a verdade da obrigação, com a comminação de ser condemnado pelo juramento d'elle autor. Esta acção: 1.º é

summaria, e não vai ao juizo de conciliação: 2.º só tem logar contra o primitivo devedor pessoalmente; e por isso não procede, quando elle é citado por edictos: 3.º não pôde ser intentada perante Juiz Ordinario, quando o pedido excede a alçada do Juiz de Direito. *Ref. Jud. art. 284. §§. 2. e 3.* Se o réo comparece, e jura, decide-se a causa pelo seu juramento, bem como á sua revelia pelo do autor *Cit. Ref. §§. 5. e 12* Porém se, referindo o réo o juramento, o autor recusa prestal-o, é absolvido do pedido, excepto se o autor se recusar com o fundamento de não ser o primitivo crédor, porque então sómente é absolvido da instancia. *Cit. Ref. §. 11.*

b) Do suppletorio.

§. 182. O *juramento suppletorio*, ou *necessario*, é aquelle, que o juiz defere á parte para supprir a falta de prova. Este juramento tem logar: 1.º quando a obrigação não está plenamente provada: 2.º quando, ainda que a obrigação esteja provada, não é liquido o valor do pedido: e a este ultimo chamam juramento *in litem*. *Cod. Comm. art. 982.* Para se deferir o juramento suppletorio, requer-se: a) que já exista alguma prova, mas não sufficiente, ou plena: b) que a parte tenha razão de saber o facto, sobre que deve depor: c) que seja pessoa de boa nota: d) e que o valor da causa não seja grande, o que fica a arbitrio do juiz. *Ord. L. 3. tit. 52 §§. 1. e 2.* A sentença dada em virtude d'elle, pôde revogar-se, se depois apparecer escriptura publica, por onde se convença a sua falsidade. *Cit. Ord. §. 3. c)* O juramento *in litem* só tem logar: aa) não havendo outro meio de liquidar o valor do pedido, e neste caso mesmo o juiz, com

audiencia de peritos, se lhe parecer necessario, deve fixar o maximo do valor, não admittindo o juramento além desse maximo, *Cod. Comm. art. 985., Cod. Civ. Fr. art. 1369. : bb*) ou quando as partes estipularam este meio de decidir a duvida sobre o risco, damno, valor, quantidade, ou qualidade da cousa devida. *Cod. Comm. art. 987.*

CAPITULO III.

DAS TESTEMUNHAS.

O que seja testemunha? e seus requisitos.

§. 183. Chamam-se *testemunhas* as pessoas, que vem a juizo asseverar o facto allegado pelas partes, com o fim de convencer o juiz. As testemunhas: 1.º devem ser juradas conforme a sua religião. 2.º Devem declarar seus nomes, profissão, idade e morada; e as relações de parentesco, ou de familia, em que estejam com as partes, ao que chamam *costumes* *Ord. L. 1. tit. 36. pr., Ref. Jud. artt. 944. e 945.* 3.º Devem dar as razões do seu dito, e explicar as circumstancias do facto. *Cit. Ref. art. 947.* Avaliar os depoimentos das testemunhas, e decidir da fé, que ellas merecem, depende unicamente do prudente arbitrio do juiz, á vista de todas as circumstancias assim da pessoa, como do depoimento *Cod. Comm. artt. 962 e 965.* Entretanto em regra duas testemunhas, sem suspeita e contestes, entendem-se fazer prova plena. *L. 12 D. de test., Ord. L. 1. tit. 18. §. 28., e tit. 62. §. 21.*

Pessoas, que não podem ser testemunhas

§. 184 Todas as pessoas, assim de um, como do outro sexo, podem ser testemunhas. *Ord. L.*

3. tit. 66. pr. São porém impedidos 1.º *naturalmente* os desassisados e os furiosos, excepto nos intervallos lucidos, em que o juiz os pôde perguntar sem juramento. *Cit. Ord. §. 5., Cod. Comm. art. 964.* 2.º Os cegos e os surdos, em quanto ás cousas, que elles não podem entender, senão pelo sentido, que lhes falta *Per. e Sous. Pr. Lnh Civ not. 477.* 3.º Os menores de quatorze annos podem ser perguntados, sem juramento; e fica ao arbitrio do juiz dar ao seu depoimento a fé, que lhe parecer. *Cit. Ord. §. 6., Cod. Comm. art. 964* 4.º *Civilmente*, por falta de liberdade, os presos: excepto a) se o delicto for leve: b) se antes da prisão estavam já nomeados para testemunhas: c) ou sobre os factos acontecidos na cadeia. *Cit. Ord. §. 9. 5.º* Por suspeitos, os ascendentes nas causas dos descendentes, e *vice versa*; o irmão na causa do irmão: os affins do mesmo gráo; o conjuge na causa do outro conjuge, *cit. Ord. §§. 1. e 7., Ref. Jud. art. 964. : 6.º* o inimigo capital na causa contra o seu inimigo. *Cit. Ord. §. 7* Em duvida o juiz deve admittil-as, deixando á parte a faculdade de as contradictar.

A *Ref. Jud.* nos artigos citados fala só das testemunhas nas causas crimes, e por isso exclue tambem os cúmplices, e conjuges destes. Os advogados, confessores, medicos, parteiras, e outras pessoas, que em razão do seu officio devem em muitos casos guardar segredo, não podem ser obrigados a revelal-o. *Cit. Ref. art. 966.* Nas causas entre parentes muitas vezes as melhores testemunhas são os outros parentes.

Testemunhas suspeitas.

§. 185. Além das pessoas impedidas, ha outras, as quaes ainda que sejam admittidas a depor, o seu depoimento é suspeito; e por tanto podem pela parte ser contradictadas: a) ou por

falta de boa fama, como os já condemnados por crime de falsidade, *Ord. L. 3. tit. 58. § 5.*; as meretrizes; os malfeitores e viciosos: *b)* ou por suspeita de parcialidade, como os parentes, *Cit. Ord. §. 9.*; os socios e interessados no vencimento da causa, *L. 7. D. de test.*; os inimigos, *Cit. Ord. §. 7.*; *c)* ou por suspeita de saberão: *d)* ou por outra qualquer causa, por que a parte entenda diminuir-lhes o crédito, como os domesticos, os amigos, etc. *Cit. Ord. §. 2.* Ao arbitrio do juiz fica determinar a fé, que merecem as testemunhas contradictadas. *Ref. Jud. art. 528.*

Aqui tractamos das testemunhas, que são dadas para prova. Nos logares respectivos tractaremos dellas, quando são empregadas como formalidade nos actos juridicos, como nos testamentos.

Sobre as formalidades, com que devem ser inquiridas, vej. a *Ref. Jud.* desde o *art. 526.* e *938.*, a qual revegeou em grande parte a *Ord. L. 3. tit. 55.*

CAPITULO IV.

DOS INSTRUMENTOS

Nação de instrumento, e suas especies.

§. 186. Chamamos aqui *instrumento* qualquer escripto, que as partes offerecem em juizo para provar o que allegam *Mell. L. 4. tit. 18. §. 1.* Em regra os instrumentos: *a)* sómente fazem prova entre as pessoas, que nelles figuraram, e seus successores, mas não entre terceiros, *ut Per. e Sous. §. 217.*; *b)* e unicamente na parte dispositiva, não na *enunciativa*, excepto se esta tem uma relação directa com a disposição. *Cod. Civ. Fr. art. 1320.* Os instrumentos: 1.º ou são *públicos*, ou *particulares*: 2.º *originaes*, ou *trasla-*

dos. Vej. *Poth. des oblig. n. 737.* e *738.* Dizem-se *authenticos* aquelles, que pela lei fazem prova plena.

a) Dos instrumentos publicos, e seus effectos.

§. 187. Diz-se *publico* aquelle instrumento, que é passado por um official publico, para isso competente, e com as formalidades legaes. Estes: 1.º têm a-presumpção em seu favor, e fazem prova plena, em quanto a outra parte não prova a sua falsidade. *Cod. Civ. Fr. art. 1319.* 2.º Na falta das solemnidades legaes, podem valer como escriptos particulares, se foram assignados pelas partes. *Id. art. 1318.* 3.º Se o instrumento se refere a outro, não faz fé em quanto a este, salvo se o anterior vem incorporado, ou o tabellião é o mesmo, e dá fé do que se continha nelle. *Ord. L. 3. tit. 60. pr.*

Especies de instrumentos publicos.

§. 188. Contam-se entre os instrumentos publicos: I. a *escriptura* feita por tabellião. Para esta ser legal, requer-se: *a)* que seja escripta no livro das notas: *b)* pelo proprio tabellião: *c)* dentro do districto marcado para o exercicio do seu officio: *d)* com declaração do dia, mez, anno, logar e casa, onde é celebrada. *e)* Deve conter o reconhecimento das partes; ou, se o tabellião as não conhece, portar por fé serem ellas reconhecidas pelas testemunhas, e estas assignadas: *f)* a exposição do negocio com todas as condições e clausulas, que as partes quizerem, e que não sejam reprovadas: *g)* ser lida antes de assignada perante as partes e testemunhas: *h)* e copiada a procuração, se a houve: *i)* conter a reserva de entrelinhas, ou

emendas: j) ser assignada pelo mesmo tabellião, pelas partes, e por duas testemunhas ao menos: k) ou se alguma das partes não souber, ou não poder, assignada por uma outra testemunha de seu rogo. *Ord. L. 1. tit. 78. §. 3. e seq., Dig. Port. 1. art. 310.* II. Contam-se tambem entre os instrumentos publicos os actos lavrados pelos escrivães, os termos judiciaes, e outros, feitos perante auctoridade competente. *Cit. Mell. §. 3.* III. As certidões legalmente extrahidas dos livros, a que as leis dão fé publica, como os das alfandegas, e mais estações fiscaes, os dos assentos dos baptismos, casamentos e obitos. IV. Os Alvarás e Cartas Regias, ou dos tribunaes, assim como as certidões legaes dos diplomas guardados nos archivios publicos. *Id. §. 5.*

Ainda que a *Ord. cit.* manda assignar uma terceira testemunha, quando alguma das partes não sabe assignar, tem prevalecido, em quanto aos homens, a practica de julgar sufficiente a assignatura de cruz, para omitir aquella formalidade; talvez porque a *Ord.* fala de não saber assignar, e não, de não saber escrever.

(Vej. no fim do Tom. 1.º a Nota I.)

/ b) *Dos particulares: aa) assignados.*

§. 189. Chamam-se *particulares* os instrumentos, em que não intervem o official publico. Podem reduzir-se a duas classes: 1.º dos que são assignados pelas partes, ou ao menos por uma dellas: 2.º dos que não são assignados. Os instrumentos particulares não têm por si a presumpção; e por isso: I. não fazem prova em favor de quem os assignou. *L. 7. Cod. de prob.* II. Porém contra quem os assignou, fazem prova plena, com tanto que sejam corroborados, a) ou com o reconhecimento, aa) quer expresso do escriptor, reconhecendo

conhecendo não só a sua assignatura, mas tambem a obrigação no caso de ter sido escripta por outro, *Ord. L. 3. tit. 25. §. 9.*; bb) quer julgado á revelia pelo juiz, *Silv. ad eamd. Ord. n. 33. e 34.*; b) ou com o depoimento das testemunhas, quando nelle as ha, que jurem tel-o visto escrever e assignar pelo devedor. *Id. n. 10., Ref. Jud. art. 462.* III. Igualmente contra o escriptor apenas fazem prova *semiplena*, sendo reconhecidos por comparação de letra, quer seja por testemunhas, quer por tabellião, quer por exame judicial. *Per. e Sous. Pr. linh. civ. not. 470.* IV. Quando são appresentados em juizo pela propria parte, a quem prejudicam, fazem prova contra ella, se os não resalva com declaração, ou protesto. *Id. V.* Ainda que reconhecido, não faz prova contra o devedor, se este fizer constar, que o teve sempre em seu poder. *Poth. des oblig. n. 749.*

bb) *Não assignados: livros dos negociantes.*

§. 190. Dos escriptos particulares não assignados, e que em juizo algumas vezes fazem fé, podem fazer-se tres especies: os livros dos negociantes: os assentos e papeis domesticos: e as notas, que se encontram escriptas em seguimento, á margem, ou nas costas de outro instrumento. Os livros dos negociantes, arrumados em forma legal, 1.º quando a questão é com outro negociante, fazem contra o proprio prova incontestavel; mas aquelle, que se aproveita dos assentos favoraveis, ha de aceitar tambem os prejudiciaes: a favor tambem fazem fé, salva a prova em contrario. *Cod. Comm. artt. 949. e 950.* 3.º Se a questão versa com pessoa não commerciante, sómente fazem prova *semiplena*, a) e unicamente

te sobre dividas de fornecimentos, *b*) provando-se que o crédor os costumava dar a crédito *Id. art. 952. c*) Tem a particularidade de ser neste caso o herdeiro admittido a jurar suppletoriamente *Id. art. 953*

cc) *Assentos domesticos, e notas não assignadas.*

§ 191. Os *assentos e papeis domesticos* nada provam a favor daquelle, que as escreveu porém ainda que não sejam assignados, podem contra elle fazer prova nos dous casos seguintes: 1.º quando contém formalmente o pagamento de uma divida, que se lhe devia: 2.º ainda contendo qualquer outra obrigação, se no assento expressamente se declara ser feito para supprir a falta de titulo do crédor *Cod. Civ. Fr. art. 1331*

As *notas escriptas na continuação, á margem, ou nas costas* de outro instrumento autentico, ou indicam igualmente pagamento de divida ou nova obrigação. No 1.º caso fazem prova contra o escriptor, com tanto que o escripto tenha estado sempre em poder do crédor, *Cod. Comm. art. 954*; porém se o titulo costuma fazer-se em duplicado, e a nota está lançada no duplicado do devedor, ou ainda em continuação da quitação a este passada, também faz prova, se o duplicado, ou quitação estão em poder do devedor *Cod. Civ. Fr. art. 1332* No 2.º caso provam contra o devedor, uma vez que appareçam escriptas pelo seu punho, e tenham relação immediata com o acto, em cujo seguimento se acham. *Cu. Poth n 763*

Veja-se o citado *Poth.* desde o n. 760., o qual ampha estas disposições ao caso, em que os assentos, ou notas não tenham sido escriptas pelo punho do proprio, mas por outro, a quem elle costumava mandal-as escrever.

Exemplos para esclarecimento

Dos *assentos domesticos*; quando no livro, ou borrão de um particular se acha escripto = *Recebi de F. 100,000 rs., que me devia* =, ou = *Comprei a F. tantos moios de trigo, de que não fizemos titulo.* =

Das *notas* no 1.º caso, quando em uma escriptura de divida se acha escripto por mão do crédor = *Pagou os juros* =, ou = *Recebi á conta tanto* =: ou quando no escripto de arrendamento, que se costuma fazer em duplicado, no titulo do inquilino, que é o devedor, se acha escripto por letra do arrendante = *Recebi metade da renda* = ou se tendo o crédor passado ao devedor quitação de parte da divida, accrescentou em continuação = *Recebi mais á conta tanto* =. No 2.º caso; quando em continuação de um escripto de divida de 100,000 rs., assignado pelo devedor, este accrescenta pelo seu proprio punho = *Devo mais 10,000 rs.* =

Dos originaes e traslados

§ 192. Diz-se instrumento *original* a quello, que é escripto, ou assignado pelas proprias partes, ou lavrado pelo official publico na presença e com consentimento dellas e *traslado*, o que é tirado sobre o original 1.º Para o traslado fazer prova, requer-se que seja: *a*) fielmente copiado do original; *b*) por official de fé publica, *c*) e concertado em presença da parte que nelle se obriga, ou, na falta deste, por outro official publico *Ord. L. 1 tit 78 § 19., e tit 79 § 6.* 2.º Os tabelhões devem dar a cada uma das partes um traslado das escripturas lançadas nas suas Notas. o qual equival ao original, mas não podem passar segundo sem despacho do juiz, e juramento da parte *Alv. de 27 de Abr. de 1647.* 3.º Se a parte duvida da fidelidade do traslado, póde em todo o tempo requerer a appresentação, ou conferencia com o original *Per. e Sous. cit not 466.* 4.º Ainda quando este já não exista, o traslado faz prova, se tiver mais de trinta annos, tendo sido passado pelo official, que lavrou

o acto, seus successores, ou outros depositarios das Notas respectivas, ainda que lhes falte o despacho do juiz, ou assistencia da parte. *Cod Civ Fr. art 1335 5º* O traslado de traslado não faz prova; apenas presumpção. *Maced. Dec. 54 n. 8*

Sobre os vícios dos instrumentos, sua collisão entre si, ou com outras provas, e reforma delles no caso de se perderem, vej. *Per. e Sous. cit. §§. 221. e 222.*

CAPITULO V

DAS PRESUMPÇÕES.

Noção de presumpção, e suas especies

§. 193 *Presumpção* é a legitima consequencia, que a lei, ou o juiz tira de um facto conhecido para a verdade de outro desconhecido *Cod. Comm. art. 968.* Desta definição se deduzem as duas especies de presumpções: 1.º *legaes* ou *de direito*, as que a lei estabelece a respeito de certos actos; v g, que os casamentos são feitos por carta de ametade, *Ord L 4 tit 46. pr*: 2.º *simplices* ou *de homem*, aquellas, que são deduzidas pelo juiz á vista das circumstancias; v g, que aquelle, que mente em parte, mente em tudo *Per e Sous. cit. not 524*

a) Das presumpções legaes

§. 194. As presumpções legaes produzem o effeito de dispensar de outra prova aquelle, que as tem em seu favor; e por tanto o juiz decide conforme a ellas, em quanto não forem elhidas pela parte contraria. *Mell. L 4 tit 16. §. 7* Vulgarmente subdividem-se em duas espe-

cies: umas chamadas *juris*; e outras chamadas *juris et de jure*. Estas ultimas são aquellas, em que se não admite prova em contrario; que por isso não são tanto presumpções, como disposições da lei Tal é, por exemplo, a que resulta da cousa julgada, *L 207. D de reg. jur*, a qual não admite discussão, nem prova, em contrario, versando sobre o mesmo objecto, e sendo fundada na mesma causa, e entre as mesmas partes. *Cod. Civ. Fr. art. 1351.*

b) Das simplices.

§. 195. A importancia das presumpções *simplices*, ou *de homem*, depende unicamente do prudente arbitrio do juiz; que as não deve atender, senão sendo *a) graves*, isto é, proprias a fazer impressão em uma pessoa razoavel; *b) precisas*, isto é, que tenham relação immediata com o facto, que se quer provar, e não dessas conjecturas vagas, donde se podem tirar indicações para diferentes fins; *c) e concordantes*, isto é, que não sejam destruidas umas pelo effeito das outras. *Id. art. 1353.*

Sobre os exemplos das diferentes especies de *presumpções* vej. o cit. *Per. e Sous. not. 522. e seg.*, Lobão nas *Seg. Lnh. ás mesmas notas de Per. e Sous.*

CAPITULO VI

DAS PROVAS EXTRAORDINARIAS.

Do arbitramento.

§ 196. Se as provas ordinarias não bastam para o completo esclarecimento do juiz, e a natureza do negocio o permite, póde recorrer-se

extraordinariamente ao arbitramento, e á *vistoria*. Chama-se *arbitramento* a estimação, exame, ou parecer dado por louvados ou peritos sobre o facto, de que depende a decisão da causa. *Cit Per e Sous* § 255 Tem logar todas as vezes que a questão versa sobre cousas, de que o juiz por si só não pôde conhecer, e sobre que as outras provas não são sufficientes; v. g, valor dos bens, exame de contas, reconhecimento de letras. etc *Cod Comm. art 989* O juiz não é precisamente obrigado a decidir pelo arbitramento, mas deve dar-lhe a fé, que as circumstancias, o character, conhecimentos e exposição dos louvados lhe merecer. *Id. art 999*

Não tractamos aqui do arbitramento, senão como meio de prova considerado como meio de decidir os litigios, pertence ás doutrinas do processo nos termos da *Ref. Jud. art. 150. e seg.*

Sobre esta fórma da escolha dos louvados, e qualidades, que devem ter, veja-se o que acima deixámos dito sobre os avaliadores no §. 91., e o *Cod. Comm. art. 989. e seg.*

Das vistorias

§. 197 *Vistoria* é o acto, pelo qual o juiz por meio da inspecção ocular se certifica do facto controvertido O juiz pôde determiná-la ou a requerimento de alguma das partes, ou de seu officio; mas unicamente quando as outras provas não têm logar, ou não são sufficientes *Ref Jud art 467, Val Cons 43 n. 27.* Nas vistorias têm igualmente logar os louvados, ou peritos, para examinarem o objecto da questão mas o juiz deve sempre presidir a este acto *Cit Ref art 468*

Na *Ref. Jud. art. 467. e seg.* sómente se fala em *exame* ou *vistoria*, dando-se a entender, que o juiz assiste sempre com os peritos a estes actos. No *Cod. Comm.* desde o *art. 989.* confunde-se *arbitramento*, *louveação*, *exame* e *vistoria*. Lobão no *Suppl. ás Seg. Lnh. Diss. 14. §. 22. pag. 626.* diz, que na phrase forense, as *vistorias* são as averiguações, a que os juizes assistem, relativas a bens de raiz, e que as outras se chamam *exames*. Nós adoptámos as expressões, e fizemos a distincção entre *arbitramento* e *vistoria*, seguindo a doutrina do sábio praxista *Per. e Sous. Pr. Lnh. Civ §. 255.* No arbitramento não assiste ordinariamente o juiz, sómente defere o juramento aos peritos assim se em uma causa for necessario verificar o valor do objecto disputado, parece-nos que não é necessario que o juiz assista, assim como não costuma assistir nas avaliações dos bens penhorados.

PARTE ESPECIAL.

LIVRO PRIMEIRO.

DIREITOS DAS PESSOAS.

Razão de ordem.

§. 198. **A**Cima deixámos dito (§. 47.), que para base da distribuição geral das doutrinas do direito civil tomaríamos os elementos do direito, *Pessoas, Causas, Actos juridicos*. Tractaremos pois dos *direitos das pessoas* neste primeiro Livro, o qual subdividiremos em seis Secções.

Na 1.^a consideraremos as pessoas em quanto ao estado de cidade; *Portuguezes, e Estrangeiros*.

Na 2.^a e 3.^a, em quanto ao estado de familia; *Conjuges; Paes, e Filhos*.

Na 4.^a, em quanto ao estado de parentesco.

Na 5.^a, em quanto ao estado de incapacidade para se reger; *Menores, e Interdictos*.

Finalmente na 6.^a, em quanto ao estado de *ausentes*.

SECÇÃO 1.^a

DOS PORTUGUEZES, E ESTRANGEIROS.

Quaes são os Portuguezes?

§. 199. São *Portuguezes* (*naturaes de Portugal* na phrase da *Ord. L. 2. tit. 55.*): 1.^o todas as pessoas, que nasceram em territorio portu-

guez, ainda que seu pae seja estrangeiro, uma vez que este não residisse em Portugal ao serviço da sua nação: 2.^o os filhos de pae portuguez, e os illegítimos de mãe portugueza, nascidos em paiz estrangeiro; a) uma vez que venham estabelecer o seu domicilio em Portugal. b) Porém se o pae estava em paiz estrangeiro ao serviço de Portugal, o filho é portuguez, ainda que se não venha domiciliar. 3.^o Os estrangeiros naturalizados. *C. Const. art. 7.*

Na concessão dos foros de *portuguez* ao filho de estrangeiro foi a *Carta* menos aeautelada, do que havia sido a *Ord.*, a qual além do facto do nascimento exigia o domicilio do pae ao menos por dez annos. *L. 2. tit. 55. §. 1. A Const. de 1822. art. 21. n. 5.* sómente os reconhecia por taes, quando tenham domicilio, e declaradq por termo o animo de serem portuguezes.

Differença entre portuguez, e cidadão portuguez.

§. 200. *Cidadão portuguez* diz-se aquelle, que além dos direitos *civis* goza dos *políticos*, ou *civicos*. Neste sentido chamam-se *direitos políticos* aquelles, que se referem immediatamente ao estado social, e poder publico; como o de votar e ser votado para Deputado, o de occupar os empregos publicos, ser jurado, entrar na Guarda Nacional, e outros: e *civis* aquelles, que se fundam antes na natureza, e interesses particulares das pessoas, do que nas relações da sociedade, ainda que alias se achem regulados pelas leis; como dispor de sua pessoa e bens, adquirir por doação ou testamento, o poder paternal, e outros. Ora o gozo e exercicio destes ultimos é independente e separado dos primeiros, *Cod. Civ. Fr. art. 7.*; e por tanto póde qualquer individuo ser *portuguez*, sem ser *cidadão portuguez*.

A *Carta*, assim como a *Constituição* de 1822 e a de 1838, confundiu o cidadão com o simples portuguez e não obstante indicar em alguns logares os direitos politicos como differentes dos civis, *C. Const. artt. 9 e 145.*; não os definiu, nem marcon os caracteres e effeitos de uns e outros. Julgámos poder supprir esta falta com as disposições do *Cod. Civ. Fr.*, como já havia feito o distincto A. do *Dig. Port.* 2 *art. 4.* Na verdade, ainda que uma pessoa seja privada por sentença dos direitos de cidadão, nem por isso perde os direitos civis, nem por tanto deixa de ser portugueza. Cumpre notar que para ser cidadão, não é indispensavel o gozo de todos os direitos politicos, basta o de alguns assim os naturalizados não podem ser Deputados, *C. Const. art 68. §. 2.*, entretanto são cidadãos, *art. 7. §. 4.*

Da perda dos direitos de portuguez

§ 201 Perde os direitos de portuguez : 1° o que se naturalizar em paiz estrangeiro: póde porém recuperal-os, se regressar ao reino com animo de se domiciliar *Decr. de 22 de Out. de 1836, Cod Civ. Fr. art 18. 2.°* O que sem licença do Rei acceitar de governo estrangeiro emprego, pensão, ou condecoração: 3.° o que for bannido por sentença *C. Const. art. 8.* A mulher portugueza, que casar com estrangeiro, fica estrangeira, e *vice versa*, porque as mulheres seguem a sorte do marido *Cit. Cod. art. 19.* Os que viajam, ou residem em paiz estrangeiro, sem perder a qualidade de portuguezes, são sujeitos ás leis *peçoas* portuguezas (§. 31.), ainda que os actos publicos respectivos devam ser passados conforme as leis do paiz, onde são celebrados *Id art. 3.*

Ainda que a *Carta* no *art. 8.* fala sómente da perda dos direitos de cidadão, com tudo parece se deve entender tambem da perda dos direitos civis 1.° porque o desnaturalizado ou bannido fica nos termos de um estrangeiro, tanto no politico, como no civil, 2.° porque o *art. 17. do Cod. Civ. Fr.*, talvez fonte da *Carta*, expressamente fala da privação dos direi-

tos civis perdendo-se os civis, é claro, que por maioria de razão se perdem os politicos.

Bannidos dizem-se os réos condemnados á morte ou outra pena corporal, os quaes, não se podendo executar a pena por estarem ausentes, são por taes proclamados, para serem presos onde quer que appareçam, e immediatamente executados; podendo, em quanto aos réos de morte, qualquer matal-os impunemente. *Ord. L. 5. tit. 126 §§. 7. e 8., hoje revogada.* Antigamente esta pena costumava ser imposta aos réos de lesa-majestade, juntamente com a de *desnaturalização.* e talvez no sentido desta ultima fosse aquella palavra usada no citado logar da *Carta.* A *Const. de 1838* serviu-se de expressão mais clara o que por sentença for condemnado no perdimento dos direitos. Os réos condemnados á morte tambem incorrem, em virtude da morte civil, na perda de todos os direitos, e neste sentido tambem se podem dizer *bannidos.* *Cab. P. 2. Dec. 57. n. 8.*

Da suspensão dos direitos politicos

§ 202 O exercicio dos direitos politicos suspende-se. 1° por incapacidade physica ou moral · 2° por sentença de condemnação a prisão, ou degredo, em quanto durarem os seus effeitos. *C. Const. art 9.*

Como a *Carta* neste artigo sómente fala dos direitos politicos, segue-se que nem o preso, nem o degredado, ficam privados do exercicio dos *direitos civis*, que forem compatíveis com o seu estado os quaes sómente se entenderão perdidos, quando por sentença condemnatoria for expressamente declarado. *Mell. L. 2. tit. 2. §. 13.* O que voluntariamente se desnaturalizar, deve ser considerado como estrangeiro.

Direitos dos estrangeiros.

§. 203 Os estrangeiros: 1° gozam no territorio portuguez dos direitos, que lhes competem como homens, isto é, dos reclamados pela natureza, e Direito da Gentes. *Mell L. 2. tit 2 § 11 2°* São porém sujeitos ás leis de policia e de segurança, visto que se aproveitam da boa ordem, que dellas resulta. *Cod. Civ.*

Fr. art. 3 3° Os bens de raiz, que possuem no territorio portuguez, devem regular-se pelas leis portuguezas sobre taes bens, porque, tendo cada nação a soberania sobre o territorio, que está dentro dos seus limites, não pôde este ser regido senão pelas leis nacionaes. *Id.* (§. 31) 4° Em quanto aos outros direitos, se são legalmente domiciliados no paiz, gozam dos mesmos direitos civis, que os portuguezes. *Id. art. 13, Cod. da Pr. Introd. art. 45.* Se não são domiciliados, gozam, pelo principio da reciprocidade, dos mesmos direitos, que na sua nação são concedidos aos portuguezes. *Cod. Comm art. 32.* Entretanto o direito de transmitir e dispor de seus bens, e de succeder, é permitido a todos, porque entre nós nunca foi usado o direito de albinagio. *Mell. cit. 5°* Os contractos, testamentos, e mais actos, em que intervem a auctoridade publica, devem ser feitos segundo as leis do paiz, onde são celebrados. *Borg. Carn. Dir. Civ. L. 1. tit. 2. §. 27. n.*

6° Podem ser demandados perante as justiças portuguezas pelas obrigações contrahidas com portuguezes no territorio portuguez. *Cod. Civ. Fr. art. 14.*

Exceptuam-se. a) aquelles, entre cujo governo e o portuguez se tem celebrado tractados, em que se regulam estes direitos de outra maneira b) os Embaixadores, e mais agentes diplomaticos, em quanto ás immuniidades concedidas pelo Direito das Gentes Vattel *L. 4. cap. 8. e 9*

Em quanto aos crimes commettidos por portuguez em territorio estrangeiro, vej. os *artt. 862. e 863. da Ref. Jud.,* extrahidos dos *artt. 5., 6. e 7. do Cod. Fr. d'instr. cr.*

Não citamos aqui os codigos estrangeiros, senão porque elles contém disposições analogas para os seus cidadãos.

Da naturalização

§. 204. O estrangeiro pôde naturalizar-se, com tanto que tenha: 1° vinte e cinco annos de idade, e meios de subsistencia; 2° dous annos de residencia em territorio portuguez: os quaes se dispensam, a) se é descendente de sangue portuguez, e se domicilia em Portugal; b) se casou com portugueza; c) se é perseguido por adhesão ao systema representativo, d) se tem concurrido para o melhoramento, ou feito serviços ao paiz. *Decr. de 22 de Out. de 1836.*

As cartas de naturalização são passadas pelo Ministerio do Reino; e só têm o seu effeito depois de cumpridas e registadas perante a Camara Municipal do logar, que o naturalizado escolher para residencia, precedendo juramento de fidelidade ao Rei e á Carta. *Id.*

SECÇÃO 2ª

DOS DIREITOS DOS CONJUGES

Ruzão de ordem.

§. 205 Dizem-se *conjuges* as pessoas, que se acham no estado de casadas, ou ligadas pelo matrimonio, que fórma a base das familias. Neste artigo cumpre considerar primeiro as solemnidades do matrimonio, e dos esponsaes, que muitas vezes o precedem; e depois os direitos, que d'elle resultam para os conjuges, tanto com relação ás pessoas, como com relação aos bens: o que deduziremos nos seguintes Capitulos desta Secção.

CAPITULO I

DOS ESPONSAES.

Definição e fundamento dos esponsaes.

§. 206. *Esponsaes* são o contracto, pelo qual duas pessoas de differente sexo promettem contrahir entre si o matrimonio *L. 1. D. de spons. E* o preliminar das nupcias, introduzido com o fim de tornar solemnes e obligatorios os votos de duas familias, que se pretendem unir, e precaver que os esposos, ou essas familias não fiquem illudidas e ludibriadas Serve tambem para dar tempo aos esposos de reflectir sobre a importancia e difficuldades do estado, em que vão entrar Em muitos casamentos omittem-se, e em outros celebram-se junctamente com os pactos chamados *matrimoniaes* ou *antenupciaes*, de que adiante falaremos; mas nada obsta a que se estipulem em convenção separada.

Pelos direitos romano e canonico, para a validade dos esponsaes não se requer outra solemnidade mais, do que o mutuo consentimento dos esposos, e de seus paes ou tutores, se são menores, legalmente provado nem deste contracto resulta acção efficaz para a celebração do matrimonio. *L. 1. Cod. de spons., Cap. 17. X eod.* Era por tanto antes um negócio de familia, moral, ou simplesmente religioso. *Institutum est*, diz S. Agostinho, *ut jam pactae sponsae non statim tradantur, ne vitem habeat maritus datam, quam non suspiraverit sponsus dilatam. Can. 39. Caus. 27. quest. 2.*

Por esta razão é que tal contracto se não acha approvedo, nem reprovado na moderna legislação dos Francezes Os redactores doCodigo Civil consideraram o intervallo entre o ajuste e a celebração do matrimonio, como uma época de prova para os esposos, onde as leis se não deviam intrometter Se as leis regulassem os esponsaes, pareceria, na opinião de um

sabio Jcto francez, que ellas queriam intervir nos sentimentos dos esposos, e nas relações da sua felicidade domestica, julgar-se-hia que ellas exigiam a manifestação anticipada do amor, como segurança de que este havia de acompanhar depois o matrimonio, que ordenavam aos esposos, que apprendessem os segredos reciprocos das suas paixões e das suas fraquezas, em fim que consideravam os esponsaes como educação da vida conjugal quando tudo isto é bom, mas não para ser regulado por lei Entretanto acham-se regulados em quasi todos os codigos modernos, e do *da Prussia* principalmente extractámos as disposições, que nos pareceram mais analogas aos nossos costumes, e opiniões dos praxistas. Lei expressa não temos, senão a de 6 de Out. de 1784.

Pessoas, que os podem contrahir.

§ 207. Como os esponsaes são um contracto, segue-se 1.º que não podem ser validamente contrahidos por aquelles, que não podem consentir, como os dementes, furiosos, infantes. *L. 8. D. eod.* 2.º Que são validos os contrahidos pelos *menores puberes*, uma vez que intervenha a auctoridade de seus paes ou tutores. *L. de 6 de Outubro de 1784 § 4 3.º* Mas como têm por fim o matrimonio, não podem ser contrahidos, senão entre pessoas habéis para casar, e por isso, se tiverem impedimento, devem declarar-o, e contrahil-os debaixo da condição, se obtiverem dispensa legal. *Cit L §. 3 4.º* Podem ser contrahidos debaixo de condição, ou a termo

Por direito canonico os esponsaes dos impuberes de mais de sete annos, celebrados por intervenção de seus paes ou tutores, valem, se elles os não reclamam, apenas entrados na puberdade, *Cap. 7. e 8. X. de desp. imp.*, disposição adoptada entre nós, ainda que pôde ser de terriveis consequências. *Mell. L. 2. tit. 5. §. 2. not., Lobão ad eum*

Suas solemnidades essenciaes.

§. 208. Para a validade deste contracto é essencial a *escriptura publica*; porém se no logar ou até a distancia de duas leguas não houver tabellião, basta escripto particular assignado pelos esposados, seus paes ou tutores, e quatro testemunhas; o qual valerá, com tanto que seja dentro em um mez cumprido, ou reduzido a *escriptura*. Naquelle deve declarar-se: a) o nome, idade, naturalidade e morada dos esposados; b) o seu livre consentimento, e mutua promessa; c) se forem menores, o consentimento de seus paes ou tutores, ou o seu supprimento por sentença; d) a presença de duas testemunhas, e assignatnra de todos, e do tabellião, na fórma do estylo *Cit. L. §§. 1., 2 e 3*. Se alguma das pessoas for representada por procuração, deve esta conter poderes especiaes.

Acção dos esponsaes

§. 209. Dos esponsaes resulta para cada um dos esposados o direito, e por tanto acção: 1.º para exigir a celebração do matrimonio dentro do prazo estipulado, ou, na falta de declaração, naquelle, que o juiz segundo as circumstancias determinar. *Berard. Jus eccl. tom 3. Diss. 2 cap 3* 2.º Mas como os casamentos coactos são ordinariamente fataes, dos esponsaes resulta tambem acção para pedir ou *simples* ou *alternativamente* a pena convencional, e na falta de convenção as perdas e interesses, que se liquidarem conforme as circumstancias. *Cit. L. de 6 de Out. §. 8.* 3.º Esta acção prescreve, não sendo intentada dentro em dous annos desde o contracto

contracto, se nelle não foi marcado tempo para a celebração do matrimonio. *Cod. da Pr. cit. art. 129.* Porém se ahi foi fixado, prescreve passado um anno, depois que expirou esse tempo. *Id art. 128* 4.º A acção pela pena e indemnização não passa para os herdeiros, nem contra os herdeiros, excepto se estava intentada em vida do fallecido. *Id art. 124*

Pelo *Cap. 22. X. de spons.* os esponsaes entendiam-se dissolvidos pelo lapso do tempo convencionado. Se não constava da convenção, a esposada podia impunemente casar com outro, passados dois annos depois do contracto, se o esposoado era presente, *L. 2. Cod. de spons.*, ou passados tres, se estava ausente, *L. 2. Cod. de repud*. Em muitos codigos modernos, deste contracto não resulta acção effcaz e em direito romano a estipulação da pena era nulla por inhonesta. A vista disto, e no silencio das nossas leis, pareceram-nos razoaveis as disposições do *Cod. da Pr.*, que deixamos indicadas.

Sua dissolução.

§. 210. Os esponsaes dissolvem-se: 1.º pelo mutuo dissenso, e pela violencia, fraude, e mais vicios, por que se annullam geralmente os contractos: 2.º pela falta da condição, se foram celebrados conditionalmente: 3.º pela morte de algum dos esposados: 4.º pela superveniencia, ou declaração de impedimento para o matrimonio, que antes se ignorava.

Retractação dos esposados

§. 211. Como os esposados não podiam deixar de contar com a continuação das mesmas circumstancias do seu estado até o tempo do matrimonio, póde qualquer delles retractar-se: 1.º se o outro decaiu tão notavelmente de fortuna, que não póde sem grande difficuldade sustentar os en-

cargos, ou satisfazer as condições matrimoniaes; 2.º se lhe sobreveio molestia contagiosa, ou deformidade notavel; 3.º se se tornou mal procedido e vicioso, ou se, tendo estes defeitos antes, eram ignorados; 4.º se se retirou para paizes estrangeiros sem animo de voltar; 5.º se contrahiu esponsaes com outrem. Vej. o *Cod. da Pr. P. 2. Tit. 1. desde o art. 101.*, e Lobão *Acc. Summ.* desde o §. 678.

Effeitos da retractação e dissolução.

§. 212. Não só aquelle, que sem causa justa se retracta, mas tambem aquelle, que *por culpa sua* deu causa á retractação: 1.º fica obrigado á pena convencional, se ella foi especialmente fixada para este caso, e na falta della ás perdas causadas pela promessa do casamento; 2.º perde as prendas ou donativos, que tiver dado, e restitue as que tiver recebido na esperança do futuro casamento. *Cit. Cod. da Pr. art. 112.* Se na dissolução não houve culpa de nenhuma das partes, as prendas restituem-se reciprocamente; excepto no caso de morte, no qual o esposado sobrevivo tem a escolha de ou reter as que recebeu, ou restituil-as, repetindo as que deu. *Id. artt. 122. e 123.* A acção para pedir as prendas prescreve em um anno desde a retractação ou dissolução, *id. art. 132.*; e não passa para os herdeiros. *Id. art. 124.*

As prendas e joias, que o esposo dá á esposa antes do matrimonio, não podem exceder o valor de oito mil cruzados. *Decr. de 17 de Julho de 1778.*

CAPITULO II.

DO MATRIMONIO.

Definição de matrimonio, e sua natureza.

§. 213. Matrimonio, ou nupcias, é a sociedade e união solemne entre duas pessoas de differente sexo com o fim de procrearem e educarem os filhos, ou ao menos de se socorrerem reciprocamente. *Waldeck Inst. §. 95* O matrimonio entre nós contem um *contracto*, e ao mesmo tempo é um *sacramento*; e por isso regula-se pelas leis civis, e conjunctamente pelas ecclesiasticas.

São os matrimonios que formam, perpetuam e decidem da sorte das familias; que por isso a todos os legisladores tem merecido especial attenção: e em quasi todas as nações se tem nelles feito intervir a religião, para os sancionar, e implorar a benção do Ceo sobre o acto mais importante, do qual depende a felicidade ou desgraça dos individuos, que o contrahem, e a da sociedade.

As definições da *L. 1. Dig. de ritu nupt. a Conjunctio maris et foeminae, consortium omnis vitae, divini et humani juris communicatio*; e a outra da *Inst. §. 1. de patr. pot. a Viri et mulieris conjunctio, individuam vitae consuetudinem continens* são exactas: ainda que entre nós nenhum uso pôde ter a distincção, que os Romanos faziam entre *nupcias, matrimonio e contubernio.*

(Vej. no fim do Tom. 1.º a Not. K.)

Pessoas, que o não podem contrahir.

§. 214. Não podem validamente contrahir o matrimonio: 1.º os que não podem consentir, como os dementes, furiosos; 2.º os que laboram em algum dos *impedimentos dirimentes*, estabelecidos pelo direito canonico, adoptados pelos nossos costumes, a constituições dos dif-

ferentes Bispados; os quaes não só obstat ao matrimonio antes de contrahido, mas annullam o já celebrado, se existiam ao tempo da celebração, e são os seguintes:

Dos impedidos a) por impossibilidade physica.

§. 215 São inhibidos de contrahir matrimonio, com pena de nullidade, por impossibilidade de preencher o seu principal fim: 1° os que laboram em *impotencia physica, perpetua e anterior* para a procreação, *Cap 3 e 6. X. de frig. et malef*; 2° os impuberes. *Cap 14. X de desp. impub.* Este impedimento porém, a que chamam de falta de idade, póde ser dispensado pelos Ordinarios, *si malitia suppleat aetatem. Cap. 14. cit., Const. do Porto L. 1 tit. 10. const. 4.*

b) Pela repugnancia e pejo natural.

§. 216. Pelo pudor natural, e receio do abuso do tracto familiar: 3° os parentes, ou o sejam por *consanguinidade*, ou por *affinidade*, na linha *recta in infinitum*, e nas transversaes até o *quarto* gráo por direito canonico, *Cap. 8. X. de cons. et affm.*: porém na affinidade, quando esta provém de ajuntamento illeito, são inhibidos sómente até o segundo gráo. *Trid. Sess. 24. de ref. matr. cap. 4.* Além disto em razão do *parentesco espirital*, que se contrabe no baptismo, resulta impedimento para o matrimonio entre o baptizante e o baptizado, e pae e mãe deste; bem como entre o padrinho ou madrinha e o afilhado, seu pae e mãe. *Id. cap. 2. Vej. Riegg. Jur. Eccl. P. 4. §. 114 e seg.*

c) Por motivos civis ou religiosos.

§. 217. Por motivos civis ou religiosos: 4° os *casados*, cujo conjuge ainda vive, a que chamam impedimento *ligaminis. Cap. 19. X. de sponsal 5.* Os que contrahiram esponsaes válidos ou matrimonio rato, não podem casar com parentes do outro esposo; no caso de matrimonio *rato*, até o quarto; a que chamam impedimento *publicae honestatis. Trid. Sess. cit. cap. 3.*, e *Cap. 8. X. de consang 6.* Por estarem sujeitos á lei do celibato, os que professaram os votos monasticos, ou tomaram ordens sacras. *Cap. 3. X. qui clerici, vel vovent.*

Antigamente a differença de religião era tambem impedimento do matrimonio, a que chamam *cultus disparitas*. Hoje porém os matrimonios entre Christãos, ainda que sejam de diferentes communhões, são permitidos e válidos. *Cavall. Inst. Jur. Can. P. 2, Cap. 21. §. 19.*, *Riegg. cit. §. 154.* Porém os celebrados com Musulmanos, Judeus, ou Pagãos são nullos. *Cod. da Austr. art. 64.*

d) Em pena.

§. 218. Em pena do crime: 7° aquelle, que por força ou seducção, ou ainda sómente contra vontade de seus paes, raptou alguma mulher, não póde casar com ella, excepto se livre do poder do raptador, e posta em logar seguro, ella consentir; ao que chamam impedimento de *rapto. Trid. Sess. cit. cap. 6. 8.* Os que commetteram adulterio, não podem entre si casar nos dois casos seguintes: *a)* se um, ou ambos, com o fim de casar, concorreram para a morte do conjuge defuncto; *b)* se ainda em vida deste e depois do adulterio prometteram casar-se, ainda que elle morresse natural-

mente *Cap. 3 5 e 6 X. de eo, qui duxit in matr.*

Além dos impedimentos *direrentes* são em direito canónico estabelecidos outros, a que chamam *impedientes*, porque só impedem, mas não annullam o matrimonio, e taes são as esponsaes, o voto simples de castidade, e a prohibição ecclesiastica; os quaes nenhum uso podem ter no foro secular.

Dispensa dos impedimentos.

§. 219 Havendo causa justa e grave, costuma obter-se dispensa: 1.º no impedimento de parentesco por consanguinidade, excepto na linha recta absolutamente, e no primeiro grão da transversal; 2.º no de afinidade, excepto na linha recta da afinidade *legitima*; 3.º nos de cognação espiritual, e no da publica honestidade; 4.º no de adulterio, não tendo havido maquinação para a morte do conjuge. *Cavall. Inst. Jur. Can. P. 2. cap. 22 §. 3.*

(*Veja no fim do Tom. 1.º a Not. L.*)

Solemidades essenciaes do matrimonio.

§. 220. Para a validade do matrimonio é essencialmente necessario: 1.º o consentimento livre dos esposos e por tanta em que não intervenha medo, dolo, ou erro sobre as pessoas, *Cap. 15. e 28 X. de spons.*; 2.º que este consentimento seja enunciado expressamente perante o parochio *proprio*, que é o do domicilio de qualquer dos contrahentes, ou perante outro sacerdote commissionedo pelo proprio parochio, ou pelo Ordinario, 3.º a assistencia de duas ou tres testemunhas, *Trid. cit. Sess. 24. de*

ref. matr. cap. 1 Este acto póde ser satisfeito da parte dos contrahentes por procurador, tendo para isso poderes especiaes, *Cap. ult. de procurat. in 6.º* O matrimonio, a que falta alguma destas solemidades, chamado *clandestino*, é nullo e punivel *L. de 13 de Nov. de 1651 á Ord. L. 4. tit. 88. coll. 1. n. 1.*

No mesmo *cap. do Trid.* se determina a fórmula, que o parochio deve empregar = *Ego vos in matrimonium conjungo in nomine Patris, et Filii et Spiritus Sancti*; = caso não seja outra a usada no logar. As *bençãos* não são essenciaes.

Os moralistas costumam contar entre os impedimentos a falta das solemidades essenciaes, debaixo dos nomes *error, vis et metus*, a que alguns acrescentam *absentia parochi, vel testium* O erro sómente annulla o matrimonio, quando versa sobre a pessoa casou com Maria, cuidando que casava com Anna. Hoje não podem ter effeito, antes são criminosos, os simplicies ajuntamentos, de que fala a *Ord. L. 4. tit. 46. §. 2., e tit. 94.*

Solemidades não essenciaes: a) proclamas.

§. 221. 1.º Ao matrimonio devem preceder os *banhos* ou *proclamas*, lidos nas igrejas pelos parochios dos contrahentes em tres dias festivos na occasião de concurso do povo, com o fim de se descobrir algum impedimento, se o houver. porém os Ordinarios costumam dispensal-os em parte, ou todos, havendo causa grave. *Trid. cit. cap. 1.* A sua omissão, sendo sem dispensa, é punivel, mas não induz nullidade. *Cit. Riegg P. 4 §. 59.* Os matrimonios assum celebrados em segredo sem proclamas, só na presença do parochio e de testemunhas familiares, são válidos, chamados *matrimonios de consciencia* *Id. §. 73.*

Se ao parochio chega a noticia, ou bem fundada suspeita

de impedimento, deve sobrestar na celebração do matrimonio, dar parte ao Ordinario, e esperar a resolução.

b) *Consentimento dos superiores.*

§. 222. 2º Nos casamentos dos fillofamilias, ou menores, em cumprimento dos deveres filiaes, deve intervir o consentimento de seus paes legitimos ou tutores, sem o qual o parochio os não deve receber. Os paes podem castigar os filhos, que casam sem consentimento, com a pena de desherdación, e perda dos alimentos. *L. de 19 de Junh. e 29 de Novembr de 1775, Ass de 29 de Abril de 1772* §§. 2º 6º e 7º. 3º Os Donatarios de bens da Coroa não podem casar sem licença do Rei sob pena do perdimento desses bens, que possuem. *Ord L. 2. tit. 37., L. de 23 de Nov. de 1616, e de 29 de Jan de 1739.* Em nenhum destes casos porém se annulla o matrimonio. *Trid. cit. Sess 24*

A *Ord. L. 1. tit 95.*, que prohibe aos juizes de vara branca casar com mulher do districto da sua jurisdicção, é reputada em desuso por *Mell. L. 2 tit. 5. § 6 not.* Os filhos maiores de vinte e cinco annos devem tambem pedir o consentimento dos paes, assim para os esponsaes, como para o matrimonio porém a sua omissão não tem pena. *L. de 6 de Out. de 1784 §. 6.*

Supprimento do consentimento paterno

§. 223. Se os paes recusam dar o consentimento, o filho ou filha póde requerer judicialmente o supprimento delle. O juiz competente é o de Direito da Comarca do dissentiente; o qual fazendo citar, e ouvindo as partes summariamente, e com todo o segredo, o concede, ou denega por sua sentença, da qual se póde appellar *L. de 6 de Out. de 1784 § 5., Ref Jud. art. 340.*

Nas nossas leis não se encontram indicadas as causas, por que os juizes podem denegar o supprimento; e *Lobão na Diss. 14. do Supplem. ás Acções Summ.*, em logar de desinvolver esta materia, parece que antes a confundiu. Eis aqui as estabelecidas pelo *Cod. da Pr. P. 2. tit. 1. art. 59. e seg.*, e aduptadas pelo sahio auctor do *Dig. Port. 2. art. 352.* São todas aquellas, que fazem com bons fundamentos reccar um matrimonio desgraçado, como — se os futuros noivos não têm modo de vida, nem meios de se alimentar — se algum delles foi condemnado em pena infamante, ou deshonrosa na opinião publica — se é dado a libertinagem, bebedice, ou outros vicios torpes — se soffre molestia contagiosa, ou incuravel — se injuriou gravemente os paes dissentientes. O *Cod. da Pr.* acrescenta ainda a de ser um nobre distincto, e o outro das classes abjectas da sociedade.

Effeitos civis do matrimonio.

§. 224. Do matrimonio válido resultam — os direitos e obrigações reciprocas de fidelidade e convivencia: — o poder marital — a communhão dos bens — a affindade com os parentes do consorte — o direito de successão *ab intestato* na falta dos parentes, *Ord. L. 4. tit 94*: — a paternidade e filiação legitima: — o poder paterno; — dos quaes se tractará nas Secções, ou Capitulos seguintes.

Do matrimonio putativo.

§. 225. O matrimonio póde ser contrahido com todas as solemnidades legaes; e entretanto conter um impedimento occulto, que ao tempo da celebração era ignorado de ambos os conjuges, ou ao menos de um. Chama-se este *putativo* e porque assenta na boa fé, quando se tracta dos interesses dos filhos, e do conjuge innocente, produz todos os effeitos civis do legitimo. *L. 57. §. 1. D. de rit. nupt., L. 4. Cod. de*

incest. et inut. nupt, Guerr. *Tr. 2. L. 6. cap. 1. n. 19*, *Cap. 14. X. qui filii sunt legit*

No matrimonio putativo, logo que os conjuges sabem do impedimento, devem separar-se se este é dispensavel, devem sollicitar a dispensa pela penitenciaría, se é occulto, ou pela *Utsiã*, se é publico e esta vem sanar todos os defeitos. As questões somente têm lugar, quando se não obteve dispensa.

Como se prova o matrimonio?

§. 226. Prova-se por certidão do livro, em que os parochos devem lançar os assentos daquelle acto, como o dos nascimentos e obitos. O assento deve conter: 1.º o nome, sobrenome, naturalidade e morada dos noivos, e o de seus paes: 2.º a igreja e dia, em que foi celebrado: 3.º qualquer circumstancia notavel, como dispensa de impedimento ou de proclamas, ou supprimento de consentimento paterno: 4.º o nome do parochou ou clérigo, que o ministrou, e das testemunhas, todos assignados. *Const do Porto L. 1. tit. 10. const. 12.* Na falta deste póde-se provar por testemunhas, e outras provas ordinarias. *Ord. L. 3. tit. 25. §. 5.* Vej. *Lobão a Melh. L. 2. tit. 6. §. 2. n. 3. e seg.*

(Vej. a nota supra ao §. 57.)

Da acção de nullidade do matrimonio.

§. 227. A acção de nullidade do matrimonio: 1.º sómente póde ser intentada pelos proprios conjuges; porém quando o impedimento é publico e escandaloso, póde ser intentada pelo Promotor das Justicas ecclesiasticas 2.º Compete ao Juizo ecclesiastico. *Corr Tell Tract das Acç. §. 53* 3.º Pelo favor concedido ao matrimonio, a sentença de nullidade nunca passa em

julgado e a todo o tempo póde ser disputada, se apparecerem novas provas *Cap 10 X de sent. et re jud.* 4.º Depois da morte dos conjuges os parentes, que nisso forem interessados, podem ainda allegar esta causa como acção prejudicial, e então compete ao juiz secular *Van-Espen Tom. 4. P. 3. tit. 2. cap. 1. n. 24*

CAPITULO III.

DIREITOS E OBRIGAÇÕES ENTRE OS CONJUGES.

Natureza destes direitos.

§. 228. Sendo o matrimonio uma sociedade de toda a vida, cujo fim importa igualmente a ambos os conjuges, e estando elles ligados por um laço intimo, que de algum modo os confunde em uma só pessoa, necessariamente se hão de dar entre elles direitos e deveres communs e iguaes, indispensaveis para a existencia e fim da sociedade. Por outra parte, exigindo a boa ordem, que nesta sociedade haja um chefe, o qual a natureza mesma indica ser o homem, por ser o mais forte, e mais agil para as fadigas e trabalhos da vida em virtude desta preeminencia devem competir a este alguns direitos especiaes, os quaes constituem o *poder marital*

Por direito romano, a pezar da definição de nupcias = *divum et humani juris communicatio* = os conjuges não eram iguaes em direitos a mulher era pupilla do marido, nem entre elles podia haver communicação dos bens. A igualdade dos conjuges deve-se aos principios da Religião Christã. Em quasi todos os codigos modernos se acham consignados os seus deveres e obrigações, da maneira que vão expostos nos dois §§. seguintes mas em quanto a administração dos bens, todos a concedem ao marido, ainda que com muitas variações, conforme os especiaes costumes de cada nação.

Na nossa legislação não se encontra artigo especial sobre este objecto; apenas algumas disposições dispersas, que citaremos pelo decurso do Capitulo. Para supprir esta falta, recurremos aos escriptos dos praxistas, ainda que estes são muito confusos, e principalmente a Lobão *Not. a Mell. Liv. 2.*

Direitos communs.

§ 229. Ambos os conjuges têm direito: a) á fidelidade reciproca, sem que a infidelidade de um auctorize o outro para obrar do mesmo modo: b) á convivencia perpetua, que não podem dissolver por auctoridade propria: c) ao soccorro e assistencia mutua, assim na fortuna, como na desgraça. *Cod Civ Fr art. 212., Cod. da Pr. P 2 tit. 1 art. 174 e seg*

Direitos especiaes. 1.º em quanto ás pessoas.

§. 230. Ao marido, como chefe da sociedade conjugal, compete o direito de exigir da mulher respeito e obediencia em tudo o que for licito e honesto: donde resulta da parte desta: 1.º a obrigação de o acompanhar, que por isso segue o fôro e domicilio do marido, *cit. Cod Fr. art. 214.*: 2.º a de lhe prestar os serviços e trabalhos domesticos, conforme suas forças e estado *Cardoso Prax. Jud vbo Maritus n 21., cit. Cod da Pr. art 194* A mulher tem direito ao amparo e protecção do marido, e por tanto: a) a ser alimentada pelos bens communs do casal, e na falta destes pelos proprios do marido, *Ord. L. 4. tit. 103 § 1.*; b) a ser por elle defendida em sua pessoa, honra e bens, assim em juizo, como fóra. *Cit Cod da Pr art 138.* Por isso goza das honras e privilegios de seu marido, excepto daquelles, que forem privativos do cargo, que elle occupou, e conserva-os durante a viuvez, em quanto não passar a segundas nu-

pcias, e viver honestamente. *Ord L. 1. tit. 91. §. 7., e L. 2. tit 59. § 15.*

Pela faculdade, que a *Ord. L. 5. tit. 36.* concede ao marido, de castigar a mulher, se justifica a practica de a fazer entrar em algum Recolhimento.

2. Em quanto aos bens: a) administração.

§. 231. Ao marido compete a administração da familia, e dos bens do casal, e ainda dos pessoaes da mulher. *Cit. Cod. da Pr. art. 377.* Se porem tiver impedimento, ou em sua ausencia temporaria não tendo deixado providencias, a mulher pôde tomar a administração, requerendo para isso auctoridade ao juiz, se for necessario *Id. art. 202* Se for ausente em parte incerta, ou declarado interdicto, o juiz deve nomear-lhe tutor, preferindo a mulher, se ella tiver capacidade. *Ord. L. 4. tit. 103. §§. 1. e 6*

b) Alienação: aa) dos moveis.

§ 232. Em quanto aos bens moveis *da casa*, o marido pôde validamente obrigar, alienar, vender, e por qualquer maneira contractar, bem como estar em juizo, quer como autor, quer como réo, independente da assistencia, ou consentimento da mulher. *Lobão a Mell. L. 2. tit. 8 §. 18. n. 19.* Porém 1.º são imputadas na meação delle as doações gratuitas e immensas *Ord. L. 4 tit 64. 2.º* A mulher pôde annullar a doação, ou alienação de quaesquer bens, feita pelo marido a sua concubina *Cit. Ord. tit. 66.* 3.º As fianças do marido não offendem a meação da mulher, excepto se forem de arrendamentos das rendas do Estado. *Cit. Ord. tit. 60.*

o sabio auctor do *Dig. Port. 2. art. 409.* acha injusta esta ultima clausula.

bb) *Dos de raiz.*

§. 233. Porém em quanto aos bens de raiz, quer sejam communs, quer pessoas, o marido não os póde obrigar, nem alienar de qualquer fórma, ainda que a alienação seja judicial; nem estar em juizo, quer a causa verse sobre a propriedade, quer sobre a posse desses bens, sem assistencia, citação, ou consentimento da mulher, a) ou *expresso*, *Ord. L. 1. tit. 47. pr.*; b) ou, se ella não tem o siso competente, ou sem razão o recusa prestar, *supprido* por sentença do juiz com conhecimento da necessidade, ou utilidade da alienação. *Lob. cit. n. 34.* Ainda que o consentimento não conste do proprio acto da alienação, póde hoje provar-se por testemunhas, e outras provas legaes, a pezar do disposto na *Ord. cit.* — *Ref. Jud. art. 463.*

As leis conferem ao marido a administração dos bens da sociedade, salvas as modificações convencionadas pelo contracto matrimonial; mas nem por isso deixam de precaver contra a dissipação e abusos d'elle. Em quanto aos bens moveis, a natureza destes em regra destina-os para andarem em um contínuo gyro de transacções: tolher ao marido o poder de os alienar, seria privar-o, ou ao menos embarçal-o na administração. O legislador limitou-se por isso a deixar á mulher salva a indemnização da sua parte respectiva, no caso de manifesta dissipação. Porém em quanto aos de raiz, a alienação nada tem com a simples administração.

Os legisladores antigos consideravam a propriedade territorial de cada familia como os seus Penates, como um elemento sagrado e inalienavel da sua conservação, do que era um manifesto vestigio a lei da avoenga. E ainda que os economistas achem na facilidade e frequencia geral de todas as transacções um meio de prosperidade nacional, nem por isso nos codigos modernos deixa de se encontrar ainda muito respeito, e privilegios especiaes a este patrimonio das familias.

Os nossos costumes, como se vê da *Ord. Affons. L. 4. tit. 11.*, e *L. 3. tit. 45. e 46.*, fontes das actuaes, sempre foram severos e inexoraveis a este respeito: o marido não só não póde alienar os bens de raiz communs, mas nem ainda os pessoas seus, ou da mulher, sem outorga desta.

Não ignoramos, que os maridos escapam a este freio, contrahindo dividas, pelas quaes os crédores vem depois fazer execução nos bens de raiz, ao que a mulher se não poderá muitas vezes oppor: este rodeio porém, o risco dos crédores, e o espaço, que necessariamente ha de mediar, tudo isto são garantias em favor do ente mais fraco.

Effeitos da falta do consentimento da mulher.

§. 234. Taes alienações sem o consentimento da mulher são nullas. Podem porém ser validadas: 1.º pelo consentimento expresso posterior. *Mor. de exec. L. 5. cap. 5. n. 16.* 2.º Presumem-se taes, se não foram reclamadas até dez annos depois da morte do marido. *Lob. cit. n. 36.* Accusar esta nullidade, só compete á propria mulher, ou a seus herdeiros. *Id. n. 38.* Dissolvida a alienação por este motivo, a parte só póde exigir da mulher a restituição do preço, ou do producto d'elle, se provar que o marido o empregou em beneficio do casal, ou da propria mulher; e só o poderá haver do marido, provando que ignorava o ser elle casado. *Ord. L. 1. tit. 48. §§. 4. 5. e 6.*

Ainda que a hypothecca seja uma especie de alienação, e por tanto nulla a dos bens de raiz, feita pelo marido sem consentimento da mulher; cum todo, se ella foi feita para segurança dos contractos, que o marido podia licitamente fazer sem a mulher, ou dos quaes podia resultar lucro ao casal, reputa-se válida; e por ella vão os crédores fazer execução nos bens hypothecados. Não assim, se o contracto é tal, que d'elle nunca póde resultar proveito, como nas fianças. *Mor. de exec. L. 6. cap. 8. n. 60.*, *Lobão cit. n. 29.*

Direitos da mulher : a) em quanto aos bens.

235. A mulher em virtude da reverencia marital não póde contractar, nem alienar, contrahir dividas, nem por qualquer modo dispor dos bens, ou sejam do *casal*, ou seus *proprios*, tanto, *moveis*, como *de raiz*, sem consentimento do marido, ou seu supprimento pelo juiz com conhecimento de causa; excepto: 1.º se tem procuração: 2.º se é tutora, ou está encarregada da administração da casa no impedimento, ou ausencia do marido, *Cod da Holl art. 180*: 3.º se este lhe encarregou a economia domestica nas cousas, que disserem respeito a essa economia: 4.º se a mulher é negociante, relativamente á negociação, nos termos do *Cod. Comm art. 24. e seq*: 5.º se nos pactos antenupciaes se estipulou alguma excepção, em quanto á administração dos bens proprios: 6.º por testamento, ou outra disposição de ultima vontade. Vej *Lobão cit. desde o n. 40. Os de raiz nunca podem ser por ella alienados sem auctoridade do marido, ou supprimento. Cabed. Dec. 150. n. 6., Cod. Civ. Fr. art. 1538.*

b) Em quanto aos negocios judiciaes.

§ 236. Pela mesma razão não póde tambem comparecer em juizo, nem practicar acto algum judicial sem auctoridade expressa do marido, ou supprimento pelo juiz, pena de nullidade; excepto: a) se a questão é com o mesmo marido, como na causa de separação, *Silv ad Ord. L. 3. tit. 47. n. 10. e seq.*; b) no caso de annullar a doação feita pelo marido á concubina, *Ord. L. 4 tit. 66.*; c) nas causas crimes ou de policia, em

em que a mulher é ré, ou sendo chamada como testemunha. *Cod. Civ. Fr art. 216.*

O *Cod. Civ. Fr.* foi tão escrupuloso, que não permite, que a mulher, qualquér que seja a forma do casamento, e ainda que seja negociante, possa estar em juizo sem a assistencia, ou auctorização do marido, ou o supprimento pelo juiz e declara sem effeito qualquer pacto, ou convenção em contrario' *art. 216. e seq.*

CAPITULO IV

DA SEPARAÇÃO DOS CONJUGES

Quando tem logar?

§. 237 O matrimonio validamente contrahido não se dissolve; senão pela *morte natural* de algum dos conjuges: porque á Igreja Catholica, querendo realçar a sanctidade deste sacramento, que representa a união della com JESU CHRISTO, e obstar ás consequencias dos divorcios, sempre funestos para os proprios conjuges, para seus filhos e para o Estado, declarou os matrimonios indissoluveis *quoad vinculum. Trid Sess. 24 de sac. matr. cann 7. e 8* Porém para occurrir á sorte dos conjuges, permitte-se a separação *quoad thorum et cohabitacionem*, quando entre elles rompe tal indisposição, que não deixa obter os fins do matrimonio, e põe em perigo a vida de algum: como 1.º por causa de adulterio da mulher, *Cann 2. e 6. Caus 32 quaest 1*: 2.º no caso de sevicias, *Cupp. 8. e 13. X de restit. spohat*

Os canonistas fazem menção de outras causas de separação, hoje desusadas como a heresia, ou apostasia de algum dos conjuges, *Cap. 6. X. de divort.*; quando algum obriga o outro a practicar peccados mortaes, *Cap. 2. eod., Van-Espen Tom. 2. Sect. 1. tit. 15. cap. 2.*

A causa, por que mais ordinariamente as mulheres requerem a separação, é a de sevicias. No caso de adaltherio os maridos preferem fazer entrar a mulher em algum Recolhimento, para evitar a indecencia de um pleito publico.

Pela morte civil ficara dissolvido o matrimonio? O viaculo de certo não. Mas em quanto aos effeitos civis, o *Cod. Civ. Fr. art. 25. e 227.* expressamente os declara extintos, de maneira que, se um condemnado á morte tiver ajuntamento com sua mulher, os filhos deste ajuntamento não são legitimos. Tal disposição é pelos interpretes olhada como uma immoralidade, é um dos defeitos daquelle *Outigo*. Nós podemos sem escrupulo seguir a disposição da *Nov. 22. cap. 8. Maneat matrimonium nihil ex tali decreto laesum, utpote inter personas liberas consistens.*

Sobre o divorcio vejam-se os dous discursos de Treillard e Carion-Nisas, entre os motivos ao *Cod. Civ. Fr.* Por este Cod. foi o divorcio por consentimento mutuo admitido com muitas restricções no *art. 228. e seg.* mas depois inteiramente abolido pela *Lei de 8 de Maio de 1816.* Vej. tambem *Stryck. Us. ha. ãera. ao L. 24. tit. 2. das Pandectas.*

Acção da separação.

§. 238. Aos conjuges não é livre separar-se por auctoridade propria. Deve ser requerida pela acção competente ao juiz, o qual com audiencia do outro conjuge, e provada legalmente a justiça da causa, determina por sentença a separação, ou *perpetua*, ou *temporariamente*, quando ha esperanças de reconciliação. A acção de separação por sevicias ordinariamente começa pelo deposito da mulher em casa honesta e segura, para evitar os máos tractos do marido. *Lobão a Mell L. 2. tit. 7. §. 1. n. 10*, *Corr Tell Tract. das Acç. §. 40.*

Antigamente taes causas eram da competencia do juizo ecclesiastico, por se repular a qualidade religiosa do sacramento mais nobre, do que a civil do contracto. Entretanto hoje as justicas civis têm-se intrometido a tomar conhecimento dellas. Mas admittida esta practica, parece que, para evitar o conhoio das partes, deve nestes casos ser ouvido o Ministério Publico, como d'antes o era o Defensor dos matrimonios.

Seus effectos.

§. 239. Se foi determinada a separação *temporaria*, só se suspendem os deveres reciprocos, que são consequencias da cohabitação; e por tanto: 1.º a mulher não é obrigada a prestar serviços ao marido 2.º póde sem o consentimento d'elle fazer os contractos necessarios para a sua economia. Porém o marido continúa na administração dos bens, assim communs, como proprios, com a obrigação de a alimentar *Lob. Acç. Summ §. 264., e a Mell. L. 2. tit. 9. §. 21. n. 9.* Se foi determinada a *perpetua*; 1.º rompem-se todos os direitos e deveres entre os conjuges, a excepção do vinculo: procede-se a partilhas, e fica cada um administrando seus bens, como se não fossem casados. *Guerr. Tr. 2. L. 6. cap. 8. n. 40.* 2.º Póde cada um alienar os bens, ainda os de raiz, sem consentimento do outro. *Gam. Dec. 357. n. 2.*

Da simples separação dos bens.

§. 240. Ainda mesmo sem separação da cohabitação póde qualquer dos conjuges requerer *separação unicamente de bens*: 1.º quando o outro conjuge ao tempo do casamento por carta de ametade tinha mais dividas, do que valiam os bens, com que entrou, com tanto que a requera dentro em dous annos, *Cod. da Pr. P. 2. tit. 1. art. 392.*; 2.º quando o marido emprehende negocios arriscados, ou administra tão mal, que cae em pobreza, e se receia que dê cabo do casal *Guerr. Tr. 2. L. 6. cap. 8. n. 86, Peg. 3. For. cap. 36. n. 140.*

Nos praxistas citados no §. acha-se unicamente a practica de requerer a separação do dote, quando o marido cae em pobreza, por se accomadarem aos textos do direito romano.

Nós, imitando o sabio auctor do *Dig. Port. 2. art. 249*, ampliamos esta disposição a todos os casamentos, conforme os principies dos codigos modernos.

CAPITULO V.

DA COMMUNIÃO LEGAL DOS BENS ENTRE OS CONJUGES.

O que seja communião legal? seu fundamento e effeitos

§. 241. O fim do matrimonio pôde muito bem obter-se, seja qual for o *regimen*, isto é, a fórma, por que se regule a fortuna dos conjuges; porque não tem com ella relação, senão indirecta, e mui remota. As leis deixam por isso aos esposos ampla faculdade de convençionarem, a respeito de seus bens, o que lhes parecer, conforme as circumstancias, e as suas esperanças, ou receios do futuro. Porém se casaram sem convenção. a lei presume entre elles uma *sociedade universal*, por ser mais analogo á união e intimidade characteristica do matrimonio: e então coherente com o principio da igualdade, estabelece a *communhão* ou *communição*, que não é outra cousa, senão a sociedade dos bens entre os conjuges. *Ord. L. 4. tit. 46. pr.* Como é fundada na lei, chamamos-lhe *communhão legal*: e taes casamentos, na phrase da *Ord.*, dizem-se já *por carta de ametade*, já *segundo o costume do reino*, já *em que os conjuges são meeiros*. O principal effeito da communhão verifica-se, quando no caso de morte, ou separação se faz necessario proceder a partilhas.

Lobão, o primeiro dos nossos praxistas, que tractou estas doutrinas em vulgar, usa promiscuamente das palavras *communhão*, e *communição*.

(*Ve.* no fim do Tom. 1.º a Nota M.)

Quando começa a communião legal?

§. 242. Para se dar a communião, é necessaria: 1.º a celebração solemne do matrimonio. 2.º além disto a cópula carnal. *Ord. L. 4. tit. 46. §. 1.*

A circumstancia da cópula, exigida no direito canonico, qual, só depois de consummado, julga o matrimonio inteiramente irrevogavel, *Can. 17. Caus. 27. quaest. 2*; necessaria tambem para a communião; e que na practica pôde dar occasião a questões vergonhosas e impossiveis de terminar; não apparece no *Cod. Civ. Fr.*, nem nos outros, que o tomaram por modelo.

Por este motivo é mui debatida entre os nossos JCTos a questão: se da cópula anterior com a concubina, que foi recebida á hora da morte, resulta a communião dos bens, no supposto de não ter havido cópula posterior á celebração do casamento? *Mell. L. 2. tit. 8. §. 4.*, e o auctor do *Dig. Port. 2. art. 267*, cingidos a letra da *Ord.*, seguem a negativa. O contrario segue Lobão nas *Not. a Mell. n. 7. e seg.*, fundado no favor das leis para com taes matrimonios, na analogia da legitimação dos filhos, e na prave attestada por *Gam. Decis. 124.*, e por *Guert. Tr. 2. L. 6. cap. 1. nn. 99. e 100.*

Quaes bens se communicam?

§. 243. *Em regra* communicam-se todos os bens de qualquer qualidade, a) ou pertencessem a cada um dos conjuges ao tempo do matrimonio; b) ou lhes proviessem depois a cada um, ou a ambos, por titulo lucrativo, ou oneroso, durante a constancia do mesmo. *Mell. L. 2. tit. 8. §. 6*, Lobão *ad eumd.* §. 13 n. 1, *Cod. da Holl. art. 175*. A todos estes bens chamamos *communis*, ou *bens do casal*; e á sua universalidade, ou á massa, que elles formam, *communhão*.

To damos aqui a palavra *communhão* no sentido objectivo a palavra *casal* muitas vezes designa mais objectos, do que a *communhão*; assim o *cabeça de casal* conserva os bens proprios até a indemnização.

Bens, que se não communicam: a) *pela sua natureza.*

§. 244. Porém ha bens, cuja *propriedade* se não communica, e fica pertencendo exclusivamente ao conjuge respectivo, aos quaes chamamos *proprios*, ou *pessoaes*. Taes são: 1.º pela natureza dos mesmos bens, os da Coroa, e vinculados *Ord. L. 4. tit. 95. §. 1. 2.º* Os de prazos de vidas, excepto *a)* em quanto ao preço, ou valor das benefitorias, se foram comprados, ou benefitorizados na constancia do matrimonio. *b)* Os prazos fateusins, ou *em perpetuo* communicam-se, em quanto á estimacão; excepto sendo familiares = *para F., seus filhos, e descendentes.* = *Ord. L. 4 tit. 96. §. 24.*

Os bens de prazo de vidas em regra não se communicam, nem em especie, porque são individuos, *Ord. L. 4 tit. 36. §. 1.*, nem na estimacão, porque, segundo o espirito das leis antigas e a opinão dos praxistas, não constituem verdadeira propriedade dos foreiros são antes um beneficio concedido pelo senhorio, e que se não estende, senão áquelles, que o senhorio designou mediata, ou immediatamente. Porém se o prazo foi comprado *na constancia do matrimonio*, ainda que o seja por um só dos conjuges, o seu preço ou estimacão conta-se entre os *adquiridos*, e communica-se, não assim, se foi comprado antes do matrimonio. A razão da differença procede de que no primeiro caso o preço já era commum, e seria injustiça appropriar-se um dos conjuges da parte do outro, sem o indemnizar e no segundo tornou-se incommunicavel antes d'ó outro ter adquirido direito. *Lobão cit. n. 8.* Pela mesma razão se não communica o prazo adquirido por doação ou successão, ou outro titulo gratuito, ainda mesmo na constancia do matrimonio, como é opinão dos praxistas, ainda que combatida por *Lobão cit. nn. 9. e 10.*

b) *Por outras causas*

§. 245. 3.º Não se communicam, pela necessidade, e sua pouca importancia, os vestidos

do uso e cama de cada um *Guerr. Tr. 1. L. 1. cap. 10 n. 104. 4.º* Pela renuncia presumida, as joias esponsalicias dadas pelo espose antes do matrimonio. *Voet L. 23. tit. 2 n. 78 5.º* Em virtude da condição, os doados ou deixados com a condição de se não communicarem; ou com a de reversão no caso de não haver filhos, verificando-se este caso. *Cit. Lobão nn. 23. e 24. 6.º* O fideicommisso deixado a um dos conjuges, mas não recebido na constancia do matrimonio, por viver o fiduciario. *Id. n. 22. 7.º* Pela expressa disposição da lei, os bens herdados dos ascendentes, que ao pae ou mãe vinham tocaram pela morte do filho do primeiro matrimonio, no caso de existirem mais filhos irmãos germanos do defuncto *Ord. L. 4 tit. 91. §§ 2, 3 e 4. 8.º* As duas partes dos bens, que possuia a viuva de mais de cincoenta annos, quando passou a segundas nupcias, ou dos que depois herdou de seus parentes, tendo filhos do primeiro matrimonio, porque só communica, e póde dispor da terça. *Ord. L. 4. tit. 105*

Como se communicam todos os bens, desde que são adquiridos, isto se verifica a respeito da propriedade da herança, ou legado deixado a um dos conjuges com reserva do usufructo para terceiro, logo desde a morte do testador, ainda que o conjuge herdeiro falleça antes do usufructuario. O mesmo é na doação *inter vivos*, ainda que o doador reserve o usufructo: bem como se communica o valor da acção real, ou pessoal sobre os bens communs, intentada antes ou na constancia do matrimonio, ainda que só se vença depois da dissolução. Não assim, quando só havia esperanças, mas não direito effectivo; como no conjuge, que esperava herdar de seus paes, mas que morreu primeiro. *Lobão cit. n. 2. e seg.*

c) *Em quanto ás dividas anteriores ao matrimonio*

§. 246 Para evitar aos conjuges o prejuizo, que lhes resultaria das dividas do seu consorte,

quando este ou não entrasse com bens, ou comesses mui onerados, as *dividas anteriores ao matrimonio* não se communicam, e portanto 1.º se são demandadas na constancia do matrimonio, os crédores sómente podem penhorar os bens da entrada do conyuge devedor, ou a sua ametade dos adquiridos *Ord. L. 4. tit. 95. §. 4 2.º* O outro conyuge nunca, nem ainda depois da dissolução, é a ellas obrigado, excepto *a) se participou, ou reconheceu a obrigação b) se voluntariamente consentiu em pagal-as, Lobão a Mell. L. 2 tit 8 § 14 nn. 13 e 14 . c) pela vantagem, que indevidamente levou nas partilhas, onde estas dividas não foram deduzidas. Moraes de exec L 6 cap 8 n 66* A's dividas anteriores pertencem as procedentes de facto anterior, ainda que só depois do matrimonio se tornasse effectiva a obrigação, v g, a multa imposta por crime anterior, o dote aos filhos do primeiro matrimonio. *Lobão cit. nn. 16. e 19*

Neste §. da Ord. quiz o legislador acautelar, que um dos conyuges não visse os seus bens consumidos pelos crédores do outro, que, enganando-o talvez, não tinha entrado para o casal senão com dividas, ou ao menos com bens de menor valor, do que as dividas. Para este fim não permite aos crédores fazer execução nas entradas do conyuge não devedor, durante a constancia do casamento. mas nisto por uma parte parece ter sido injusta para com os crédores, prohibindo-lhes a execução em bens, que em virtude da communião pertencem já ao devedor, por outra da ansa á immoralidade e má fé do marido, que neste caso ou paga com os bens da mulher contra esta disposição, ou se conloxa com ella para não pagar aos crédores.

A outra parte da Ord., que permite aos crédores executar a ametade dos adquiridos do devedor, não tem podido ser entendida pelos praxistas, porque os adquiridos não se podem fixar sem a separação das entradas, e partilhas de todo o casal, o que os credores nunca podem requerer. *Ve. Per. Dec. 30 e 86, e Moraes cit L 6. cap. 8 n. 52.* E ainda que Moraes a quer entender dos fructos manifestamente obtidos no ma-

rimonio antes de confundidos, é facil ver, que se não pôde verificar nestes mesmos a circumstancia de adquiridos, sem se attender a toda a massa.

Mais simples seria então não conceder este favor ao conyuge não devedor, senão no caso de ter feito contestar no acto do casamento as entradas respectivas de cada um, como se practica pela legislação franceza; ou no outro de requerer separação de bens dentro em dois annos, como ordena o *Cod. da Pr.*, e nós deixámos acima indilado no §. 240.

O *Cod. da Holl. art. 176*, que estabelece, como entre nós, a communião universal, comprehende nella as dividas tanto anteriores, como contrahidas na constancia do matrimonio e em nenhum se encontra communião de bens com exclusão de dividas, senão por convenção.

Os juros das dividas anteriores, vencidos na constancia do matrimonio, são dividas do casal. *Cod. Civ. Fr. art. 1512.*

d) *Em quanto ás contrahidas na constancia do matrimonio.*

§. 247. As dividas contrahidas na *constancia do matrimonio* communicam-se, ou sejam contrahidas *a) por ambos os conyuges conjuntamente; b) ou pelo marido só, c) ou pela mulher só, mas por mandato, ou consentimento do marido Gam. Dec. 186. n 1., Cod. da Holl. art. 176.* Entre as dividas communs contam-se aquellas, que, supposto contrahidas anteriormente, com tudo foram applicadas em proveito do matrimonio, como as despesas da dispensa. *Mor. cit n 54.* Não se communicam 1.º por serem pessoaes, os gastos nos livramentos, ou multas dos crimes. *Id. n. 61. 2.º* Em favor da mulher, as dividas contrahidas pelo marido em fianças, ou contractos, de que sómente podia resultar damno, e nunca proveito ao casal. *Id n. 58., Ord. L. 4. tit. 60 3.º* As contrahidas em jogo, libertinagem e victos. *Val de part cap 2 n. 16 4.º* As dividas annexas aos bens incommunicaveis. *Cod Civ. Fr. art 1412*

Para as dividas se communicarem, é necessario que sejam contrahidas pelo marido, ou pela mulher por consentimento d'elle, porque as contrahidas pela mulher sem o consentimento do marido são nullas; e por tanto ao crédor só resta o direito de repetir as sommas, ou objectos, em quanto existem na mão do marido ou mulher, ou até onde chegar a utilidade, que d'elles lhes proveio. *Cod. da Pr. P. 2. tit. 1. art. 334.* Resta somente a obrigação natural.

Lobão a *Mell. L. 2. tit. 8. §. 14. nn. 21. a 34., e Exec. §. 156. e seg.*, impugna as excepções 1.^a e 2.^a, que ficam expostas no texto, julgando, que aos nossos matrimonios segundo o costume do reino não podem ser applicaveis as leis romanas, em que se fundou Moraes, e os outros praxistas os quaes não só admittem aquellas, mas geralmente todas as outras dividas, contra as quaes a mulher protestou, declarando que de taes contractos não queria perda, nem proveio. *Cit. Mor. n. 62. Vej. o cu. Val. cap. 24.*

Administração dos bens communs

§. 248. Na constancia do matrimonio a *propriedade e posse* dos bens communs pertence a ambos os conjuges. Porém em virtude do poder marital a *administração* d'elles compete ao marido; e tão ampla, que os póde obrigar, alienar e vender sem o consentimento da mulher, excepto os de raiz: porque as leis julgam que tudo o que o marido practica, como chefe da communhão, é em nome de ambos Moraes *cit. n. 60* Administra tambem os *proprios* da mulher os quaes, sendo moveis, póde alienar, se se não convencionou outra cousa: e como, confundidos uns e outros, os crédores não podem saber, quaes os communs, ou quaes os proprios, a execução procede em quaesquer, salva a indemnização respectiva *Cit. Cod. da Pr. art. 247.*

Dissolução da communhão.

§. 249. A communhão termina 1.^o pela morte: 2.^o pela separação perpetua *quoad thorum*,

desde que se fez a divisão dos bens, *Gaerr Tr. 2. L. 6. cap. 1 n. 141., e cap. 2. n. 201:* 3.^o pela simples separação de bens (§. 240) Morto um dos conjuges em quanto se não ultimam as partilhas, o sobrevivente continúa a posse antiga, e junctamente tem a administração dos bens, como cabeça de casal, *Ord. L. 4 tit. 95. pr.*; excepto dos bens *não partiveis* do defuncto, os quaes passam immediatamente para o successor legitimo: e só podem ser retidos por bemfeitorias, ou preço communicado, até ser o conjuge sobrevivente embolsado da sua respectiva parte. *Cit. Ord. §. 1.*

Partilhas da communhão.

§. 250. I Quando, dissolvido o matrimonio de *meeiros*, não ha outros bens senão os communs, e dividas tambem communs, a partilha entre os dois conjuges, ou herdeiros, que representam cada um d'elles, faz-se por igual no bom e no máo, conforme as regras geraes, que havemos de notar, quando tractarmos das *partilhas*.

II Quando porém com os bens *communs* concorrem bens ou dividas *pessoaes e incommunicaveis*, então é necessario: 1.^o entre todos os bens existentes separar os *pessoaes* e os *communs*. 2.^o Deve depois cada um dos conjuges, ou seus herdeiros, conferir á massa *commun* tudo aquillo, que lhe deve em recompensa, ou indemnização de encargos *incommunicaveis*, que foram satisfeitos por essa massa, v. g., a multa criminal, as dividas de fianças, as dividas anteriores, a importancia das bemfeitorias do prazo, etc. 3.^o Apurada então a totalidade da massa *commun*, cada um dos conjuges levanta de todos os bens do casal os *pessoaes*, que ainda existem, ou aquelles, que os substituiram; e da massa *commun* *preleva* o valor dos bens

peçoas, que foram alienados, ou confundidos na communião, e outras quaesquer indemnizações, que esta lhe deva 4.º O que resta, fórma a massa commum, que se divide, deduzindo cada um os valores, que conferiu.

III. Como o marido é o responsável pela administração e descaminho dos bens da mulher, a indemnização della faz-se primeiro, que a do marido, começando pelo dinheiro, na falta deste pelos moveis, e finalmente pelos immoveis da communião.

IV. Se os bens communs não chegam para a indemnização, a mulher tem direito a receber o resto pelos peçoas do marido; mas a este não compete igual direito. *Cod. Civ. Fr. art. 1468. e seg.*

(*Veja no fim do Tom. 1.º a Nota N.*)

Contribuição para as dividas.

§. 251. As dividas *communis* existentes ao tempo das partilhas, se nestas se não separaram bens para seu pagamento, como permite a *Ref. Jud. art. 414* : 1.º ficam a cargo de ambos os conjuges : 2.º nem os crédores depois podem pedir senão ametade a cada um, ou seus herdeiros, excepto : a) se a obrigação foi contrahida pelo marido só, ou pela mulher só por consentimento do marido, ou por qualquer delles *in solidum* ; b) ou se a sua segurança foram hypothecados bens peçoas de algum, porque então podem demandar o especialmente obrigado Mas em ambos estes casos o conjuge, que pagou, tem direito a haver do outro a indemnização da ametade Lobão a *Mell. L. 2 tit. 8. §. 14. nn. 20 e 46.* As dividas incommunicaveis, que não entraram na massa commum, e que por isso não foram conferidas, ficam competindo ao conjuge devedor. *Cit. Cod. art. 1486.*

Assim a multa criminal ainda não paga ao tempo da dissolução, as dividas de fianças, as da jogo provando-se ser esta a sua causa, a obrigação de prestar a evicção pela enda dos bens proprios feita pelo marido, ou pela mulher com auctorização delles, ficam a cargo dos respectivos devedores, sem que possam repetir nada do outro. Em quanto ás anteriores ao matrimonio, ainda por pagar ao tempo da dissolução, é necessario distinguir : ou o devedor entrou sómente com dividas e sem bens, e neste caso deve pagal-as sem repetição da ametade, ou entrou com bens e dividas, e então paga, mas tem direito a haver do outro a ametade, ou ao menos até onde chegessem os bens, com que entrou, porque sómente se deviam communicar, deduzido o encargo da divida; e se ella se não deduziu, o outro conjuge levou de mais uma parte sujeita a esse encargo. É a doutrina de Moraes *L. 6. cap. 8. n. 66.*, e de Peg. *3.º For. esp. 36. n. 550.*, que deixámos já notada no §. 246. e).

Renuncia da communião.

§. 252. Se a mulher receia, que as dividas absorvam todos os bens communs, e ella fique ainda obrigada pelos peçoas, póde *renunciar a communião*, assim como os seus herdeiros, se ella morre primeiro, do que o marido, nos mesmos termos, que se practica na renuncia das successões. *Cod. Civ. Fr. art. 1453* Para poder aproveitar-se deste beneficio, é necessario: 1.º não se immittir a dispor dos bens communs, salvo como cabeça de casal os actos administrativos indispensaveis para a conservação delles. *Cit. Cod. art. 1454.* 2.º Fazer inventario fiel e exacto dentro em dous mezes, e deliberar em termo breve. *Dig. Port. 2 art. 256* 3.º Alienando, ou sonegando alguns bens, não póde implorar o beneficio da renuncia Lobão *Suppl. a Mell. Diss. 10. §. 104.*

Effeitos desta.

§. 253. Pela renuncia 1.º a mulher perde todo o direito á massa commum, da qual desde

então o marido, e os seus herdeiros ficam proprietarios *Cod. Civ. art. 1492.* 2.º Mas deve entrar com as reposições, que lhe competirem. 3.º Tem direito a levantar os seus vestidos de uso, e os outros bens *personaes e incommunicaveis* existentes, e as indemnizações respectivas. *Id. art. 1493.* 4.º Fica inteiramente exonerada das dividas, que o marido contrahiu como administrador da massa commum; e a cuja metade ella ficaria obrigada, se accettesse a communião; excepto das feitas immediatamente para alimentos della e da familia *Dig. Port. 2. art. 263., Gam. Dec. 366 n. 6., Lobão cit. Diss. §. 98.* 5.º Em quanto ás dividas, a que ella se obrigou pessoalmente, não fica exonerada a respeito dos crédores, os quaes a podem demandar por metade, se se obrigou conjunctamente com o marido; ou pelo total nos casos, que apontámos no § 251; com direito porém a repetir a indemnização pelos bens do marido, sobre os quaes tem hypotheca legal *Cod. Civ. Fr. art. 2121.* 6.º Fica tambem obrigada ás dividas originariamente proprias *Id. art. 1494.*

Em Moraes e em Gama citados se encontra mencionado o beneficio da renuncia concedida á mulher. *Lobão Suppl. a Mell. Diss. 10.* desde o §. 98 tracta esta doutrina. E ainda que todos elles indicam só com referencia aos adquiridos, entendemos podêl applicar em geral a toda a massa commum, porque a razão é a mesma; e no *Cod. Civ. Fr.* e no *da Hollanda*, e nos praxistas estrangeiros, que os nossos copiaram, assim se acha applicada.

Em quanto ao matrimonio putativo.

§. 254 Em quanto ao matrimonio putativo: neste communicam-se todos os bens da mesma maneira, que se fosse verdadeiro. *Gam. Dec. 220.* 1.º Se elle chega a validar-se, e os conjuges não fizeram novo contracto, o que lhes é

licito; entende-se ratificada a communião anterior. 2.º Se não chegou a validar-se, e a boa fé era de ambos, entende-se igualmente continuada a communião até a sentença de nulidade. 3.º Se a boa fé era de um, a este só aproveita a communião em tudo o que lhe for favoravel, e não ao outro de má fé.

É assim que se pôde conciliar a variedade de opiniões sobre esta especie, de *Mell L. 2. tit. 8 §. 5., de Lobão ao massas de Gama Decis. 220.,* e do sábio auctor do *Dig. Port. 2. art. 334. e seg.* Se a má fe era de ambos os conjuges, então o matrimonio não é putativo e ainda que depois obtenham dispensa daquelle ajuntamento vicioso anterior nenhuma effeito válido pôde resultar.

O *Cod. da Austr. art. 1269.* determina, que no caso de se annullar o matrimonio, sejam os bens repostos no seu estado anterior, como se nunca tivesse sido celebrado.

CAPITULO VI.

DOS CONTRACTOS MATRIMONIAES

Natureza destes contractos

§. 255. Acima deixámos dito (§. 241.), que os esposos podem anticipadamente dispor e regular por contracto, como quizerem, os seus bens, ou fortuna. A estes contractos chamamos *matrimoniaes*, ou *antenupticiaes*; entre os quaes se comprehende tambem o de *dote*, e o de *arrhas*, dos quaes porém tractaremos em Capitulo separado. I. Todos, quaesquer que sejam as suas clausulas, são válidos, *Ord. L. 4. tit. 46. pr.* com tanto que não sejam offensivos das leis explicitamente *imperativas*, ou *prohibitivas*, nem dos bons costumes *Lobão a Mell L. 2. tit. 9. §. 25 n. 10., Cod. Civ. Fr. art. 1387. e seg. H.* Entendem-se sempre feitos com o fim do matrimo-

nio; e por tanto caducam, se este se não effectua. *Id art 1399 III* Todos os casos, que se não comprehendem nas clausulas destes contractos, devem ser decididos pelas regras da communhão legal. *Arg. da cit. Ord., Val Cons. 103. n 8.*

Por offenderem as leis e os bons costumes, são prohibidas todas as clausulas, que atacam o poder marital, ou paternal — que o marido não accusará a mulher de adulterio — que não será responsavel pelo dolo na administração dos bens — que ficam excluidos da successão os herdeiros necessarios — que o marido possa alienar os bens de raiz sem outorga da mulher — que esta possa estar em juizo sem auctoridade d'elle — que por sua morte não ficará em posse e cabeça de casal — que os bens do marido não fiquem sujeitos a hypotheca pela segurança dos da mulher — que um supportará na divisão das dividas communs maior somma, do que na divisão dos bens.

Pelo contrato são válidas — que na falta de descendentes herdeiros necessarios os conjuges succederão reciprocamente, ou certa pessoa — que o conjuge sobrevivente não succederá ao filho commum morto depois do outro conjuge predefuncto, a fim de não passarem os bens a familia estranha — que contentes com os dotes, que seus paes lhes fazem, renunciam as futuras legittimas, se não houver lesão — que os paes não melhorarão os outros filhos com a terça — a clausula de reversão no caso de não haver filhos: — que a mulher podera administrar todos ou parte dos seus bens proprios, com tanto que concorra proporcionalmente para os encargos do matrimonio — que o marido não alienará os bens d'ella, ainda que sejam moveis, e dados estimados — que pelos rendimentos pagará as dividas dos mesmos. — e outras iguaes. Póde-se ajustar a successão reciproca, ainda que o conjuge predefuncto deixe ascendentes, se estes consentem. *Guerr. Tr 2 L. 4. cap. 13 n. 62., e L. 7. cap. 4. Vef. Lobão a Mell. L. 2. tit. 9. §. 25.*

Solemidades destes contractos.

§. 256. Estes contractos devem: 1.º ser lavrados por escriptura publica: 2.º e antes da celebração do matrimonio, tanto que depois não podem ser alterados. *Lobão cit tit 8. §. 8 n. 3, Voet ad Pand. L. 23. tit. 4. n. 1. 3.º e assignados*

gnados não só pelos esposos, mas tambem por seus paes, ou tutores, se aquelles forem menores. *Cit Lob. n 4.*

Não ignoramos, que conforme a *Ord. L. 3. tit 59. §§. 41 e 21.* taes contractos se podem provar por testemunhas, e outra qualquer especie de provas, e que os nossos praxistas tambem não são accordes sobre a necessidade da escriptura, como se póde ver de *Mell. L 2 tit 9 § 10., de Sriv ad Ord. L. 3 tit. 59 pr. n. 71., de Gam. Dec. 264 n 5., e de outros. Lobão mesmo, que no logar citado no § a julga necessaria, balhucia nas *Not. a Mell. cit. L. 2. tit. 9 §. 10.* Entretanto seguimos a opinião de que é essencial, e por tanto comprehendida na excepção do *art. 463. da Ref. Jud.,* por supponmos ser esta a practica fundada na *Resol. de 21 de Julh. de 1536,* que se póde ver na collecção de *Duarte Nunes de Leão P. 6 tit. 1. L. 2.,* e por serem estes contractos ordinariamente celebrados conjunctamente com o esponsalicio, no qual a *Lei de 6 de Out. de 1784* exige a escriptura Além disso nos codigos modernos exige-se que sejam feitos perante o official publico, *Cod. Civ Fr. art. 1394.,* e contendo elles uma derogação das leis geraes da communhão, devem constar por uma súrma solemne, liquida, e não sujeita a dividas.*

Pelos mesmos fundamentos seguimos a opinião de *Val Cons. 130. n. 29.,* e de *Febo Dec. 169. n 27.,* de que taes contractos não podem ser alterados depois do matrimonio, apezar da intercessão de *Lobão a Mell L. 2. tit. 10 §. 5. n. 3. e seg* O mesmo se acha ordenado no *Cod. Civ Fr. art 1395*

Da exclusão da communhão

§ 257. Os esposos podem nestes contractos excluir a communhão em parte, ou em todos os bens, e com as modificações, que lhes parecer, como declarando, que só taes ou taes bens de um e outro se communicarão Entende-se *excluida em todo.* 1.º se expressamente o declaram 2 se estipulam arrhas, ou apagnios, sem declaração. *Ord L 4. tit. 95. § 3. 3.º* Quando no contracto inserem a clausula *de que a esposa não terá parte nas perdas, nem nas dividas, que o marido contrahir;* da qual se con-

clue, que o seu animo foi levantar salvos os bens, com que entrou. *Mor de exec. L. 6. cap. 8. n. 64 in fin 4.º* Quando convencionaram sómente a communião dos adquiridos, entende-se, que excluem a communião universal. *Cod. Civ. Fr. art. 1498., Cod. da Holl. art. 210.; 5.º* bem como quando inserem outra qualquer clausula incompativel com a communião. *Guerr. Tr. 2. L. 7. cap. 15. n. 31.*

Parece-nos, que os contractos por *dote e arrhas*, ou ainda simplesmente por *apanagios*, como costumam as pessoas da alta nobreza, indicam, e têm por fim a exclusão não só dos adquiridos, mas de todos os outros; e assim opina o auctor de *Manual do Tabelião* §. 137. A razão, em que nos fundamos, é deduzida de todos os logares da *Ord.*, e principalmente do *L. 4. tit. 47.*, onde se acha sempre o casamento por *dote e arrhas* em contraposição ao casamento de *meeiros*. Na *Ord.* *tit. 95. §. 3.* até fica excluída a mulher da posse e cabeça de casal nos casamentos por *carta de arrhas*, excepto se no contracto se tivessem declarado alguns bens communs; indicio de que a lei supõe neste caso a mulher inteiramente alheia, e sem interesse nos bens do casal.

Effeitos desta clausula

§. 258. No caso da exclusão da communião, 1.º ao marido compete a administração dos bens da mulher se ella os tem, e a percepção dos seus fructos para serem empregados nos encargos do matrimonio 2.º Mas nada obsta a que a esposa reserve annualmente uma parte para o seu bolsinho, ou alfinetes 3. Em quanto á restituição e encargos, o marido é equiparado a um usufructuario. *Cod. Civ. Fr. art. 1530. e seg.*

Clausula da separação de bens.

§. 259. A clausula da *separação dos bens*, não sendo acompanhada de alguma modificação,

não só importa a exclusão da communião, mas tambem o ajuste de que a mulher administrará e poderá dispor dos seus bens, assim presentes, como futuros. *Id. art. 1536* Póde-se declarar a parte dos rendimentos, com que ella deve concorrer para os encargos do matrimonio, a qual na falta de declaração deve ser a terça *Id. art. 1537.* Mas nem por isso póde alienar os de raiz sem auctorização do marido, ou supprimento judicial Os bens della neste caso são equiparados aos *extradotaes*, ou *paraphernaes*. de que adiante falaremos.

O *Cod. da Sard.* *art. 2397.* manda neste caso que a mulher contribua com metade dos seus rendimentos na falta de declaração.

Da clausula do usufructo

§. 260 A clausula do usufructo indica, que o conjuge sobrevivente será usufructuario dos bens do predefuncto. Se não é limitada ao caso de *não haver filhos*, não prejudica as legitimas destes, mas póde comprehender a terça, bem como os prazos de nomeação, que não entram em legitima, e que o defuncto podia onerar *Peg. For. 3. cap. 34. n. 117* Os ascendentes não podem impugnar-a, se consentiram no contracto, ainda que ella comprehenda as suas legitimas. *Guerr. Tr. 2. L. 4. cap. 13. n. 62.*

Da clausula de reversão.

§. 261. Se os conjuges convencionam, que dissolvido o matrimonio sem filhos, os bens, com que cada um entra, reverterão a sua familia, ou herdeiros: 1.º no caso de existirem filhos ao tempo da dissolução, entendem-se communicados os bens. 2.º Na falta dos filhos entende-se

excluída a communicacão, menos dos adquiridos Lobão *a Mell L. 2 tit. 8. § 9. n. 8.*, Voet *L. 25 tit. 4. n. 71.* Por esta clausula não se entende estabelecido um fideicommisso de familia, que obste a que os conjuges possam alienar, ou dispor de seus bens. *Cit. Voet n. 63.*

Esta clausula de reversão é tão frequente nos nossos casamentos, ainda mesmo contrahidos por dote, que alguns praxistas fundados neste costume têm avançado a regra de que, ainda omitida ella, os bens dotaes se communicam, logo que entre os conjuges ha filhos, *Peg 3 For. cap. 36. n. 133.*, *Guerr. Tr. 2 L. 7. cap. 15. n. 22* É porém rejeitada por outros, porque na verdade a mulher, que declara *casar por dote*, ou *conforme o Direito Civil* sem clausula, não pôde ter outras vistas, senão obstar a communhão dos bens, com que se dota, e gozar dos favores concedidos aos dotaes, qualquer que seja a sorte futura do matrimonio nem entre nos repugna que no mesmo matrimonio concorram bens dotaes, e bens communs. *Veç. Lobão Aeq. Summ. §. 485. not.*

CAPITULO VII.

DA COMMUNIÃO DOS ADQUIRIDOS.

Quando se dá a communhão dos adquiridos.

§ 262 A obrigação da convivencia dos conjuges indica, quasi como consequencia, bolsa commum dos lucros e das despesas ordinarias o que por outra parte pôde concorrer tambem para a boa harmonia da sociedade: e daqui vem, que pelos nossos costumes desde antigamente se acha estabelecida uma especial presumpção de communicacão dos adquiridos entre os conjuges, qualquer que fosse o regimen, ou contracto, por que declarassem casar *Val Cons 103 7, Mell L. 2. tit. 8 § 10* Em virtude desta presumpção não se entende excluída a commu-

nião dos adquiridos, senão quando *a)* no contracto matrimonial ou explicitamente se declarou; *b)* ou se convencionou clausula manifestamente incompatível. como a de arrhas sem declaracão; e por isso: *c)* não se entende tambem comprehendida na *simples* exclusão da communhão, *Cod da Holl. art. 199*; *d)* nem nos casamentos *por dote*, ou *conforme a Direito commum*, se não é declarada, bem que neste não possa ter logar a communhão universal. Lobão *a Mell L. 2 tit. 8. §. 10. n. 2*

As questões, que *exclusivamente versam* sobre a communhão dos adquiridos, supõem contracto matrimonial entre os conjuges: pois se elles casaram segundo o costume do reino, claro é, que os adquiridos recaeem e seguem a sorte da massa da communhão legal; e é por esta razão que antepozemos a este Capitulo o outro sobre os contractos matrimoniaes.

Sobre a doutrina dos adquiridos, d'entre os praxistas devem especialmente consultar-se *Val. Cons. 103*, *Gam. Dec. 314.* e *366.*, *Moraes de exec. L. 6 cap. 8. n. 52. e seg.*, *Guerr. Tr. 2. L. 7. cap. 8.*, *Lobão a Mell. L. 2 tit. 8. §. 10.*, e no *Suppl. ao mesmo Diss. 10.* É tambem estabelecida por lei em Hespanha no *L. 5. tit. 9. da Recopilacion.* Veja-se a esse respeito Garcia *de conjugal. acquaesit.* No *Cod. Civ. Fr.*, bem como no *da Hollanda*, só tem logar, sendo convencionada

Quaes bens se computam nos adquiridos?

§. 263. Ainda que a expressão *adquiridos* pareça designar geralmente todo o augmento da fortuna dos conjuges, obtida na constancia do matrimonio por qualquer maneira; com tudo para o effeito da communhão computam-se unicamente nos *adquiridos* 1º os rendimentos vendidos, e fructos *separados*, provenientes assim dos bens communs como dos proprios de cada um; assim como as despesas da cultura feitas na constancia do matrimonio, com os fructos dos proprios, ainda *pendentes* ao tempo da dissolu-

ção. *Lobão a Mell. L. 2. tit. 3. §. 10. n. 2. 2.º* O producto do emprego, trabalho e industria dos conjugues. *Id n. 7. 3.º* O producto das suas economias, e por tanto os bens obtidos na constancia do matrimonio por compra, ou por outro titulo oneroso, ainda que fosse celebrada em nome de um só dos conjugues, e bem assim as aquisições por doação, ou deixa, uma vez que fosse feita a ambos. *Cit. Lob n. 11. 4.º* As bem feitorias nos pessoaes, e o preço do prazo comprado na constancia do matrimonio, ou o seu valor ao tempo da dissolução. *Ord. L. 4 tit. 97. §§. 22. e 24.*

Se na constancia do matrimonio se venderam alguns dos bens proprios, o preço, ou os bens, em que este foi empregado, reputa-se *adquirido*, se se não declarou que ficaria subrogado, salva sempre a indemnização do conjugue interessado. *Lobão cit. n. 11. e no Suppl Diss. 10. §. 28.* Os bens trocados entendem-se *ipso jure* subrogados, e por tanto não se communicam.

Quaes se não computam?

§. 264. Não se computam para o effeito da communhão: 1.º os bens obtidos na constancia do matrimonio por cada um dos conjugues por herança, doação, ou legado, excepto se for de usufructo, ou rendimentos annuaes; bem como os obtidos em virtude de direito proprio anterior ao casamento, como a consolidação do prazo, a remissão dos bens vendidos a retro. *Gam. Dec. 358 n. 2., Guerr. Tr. 2 L. 7. cap. 8. n. 79. 2.º* Todos aquelles, que são excluidos da communhão legal. Em duvida sobre serem, ou não, *adquiridos* taes bens, presumem-se *adquiridos*, e á parte interessada incumbe provar o contrario. *Cod Civ. Fr. art. 1402*

Os *adquiridos* por azar da fortuna communicar-se-hão? Cumpre distinguir se na aquisição entrou o trabalho, ou

industria dos conjugues, communicam-se, como a achada do thesouro, o premio de uma loteria; se não entrou, não se communicam, v. g., a alluvião em um predio proprio, a subida dos fundos. *Cod. da Holl. art. 215.*

Na enumeração dos bens, que pertencem á communhão dos *adquiridos*, seguimos *Guerreiro*, *Lobão*, e o auctor do *Dig. Port.* Entretanto não devemos encobrir, que *Valasco*, o mais judicioso dos nossos praxistas, na *Cons. 103. n. 23.* segue uma opinião differente; e vem a ser, que neste caso se reputam *adquiridos* para o effeito da communhão todos os bens obtidos depois do matrimonio, que se communicariam, se elle fosse segundo o costume do reino; e por tanto tambem as doações, legados, e heranças, ou *ex testamento*, ou *ab intestato*, de parentes, ou estranhos. Porque (diz elle) segundo os nossos costumes e legislação, a communhão dos *adquiridos* é o direito commum para os casamentos por contracto, que regula todos os casos não exceptuados, assim como a communhão universal o é para os casamentos sem contracto: aquella não é senão a applicação desta a uma especie mais circumscripta, deve por isso imital-a. e se nós em uma comprehendemos todos aquelles bens, não podemos sem contradicção exclui-los na outra, quando não ha lei, nem presumpção em contrario.

Porém os praxistas, que seguimos, deixando de parte esta razão, não fizeram mais do que copiar os escriptores estrangeiros, principalmente a *Voet*, e o hespanhol *Garcia de conjug acquæst.* Não reflectiram porém, que na Hollanda, onde escreveu *Voet*, assim como em Franca, a communhão dos *adquiridos* não é legal, é mister ser convencionada; e que na Hespanha ha lei expressa a esse respeito, de fórma que o mesmo *Garcia* no n.º 2. fala da communhão de Portugal como mu differente da da sua nação. Dos codigos modernos nenhum encontramos, onde se admitta communhão de *adquiridos*, sem ser convencionada, á excepção do *Codigo da Luisiana*, onde porém se não admite outra *legat*; e nisso differe muito dos nossos costumes.

Se algum dia entre nós se chegar a tractar de *Codigo Civil*, este artigo é um dos que precisa ser mais considerado.

Quando cessa a communhão dos adquiridos?

§. 265 Cessa a communhão dos *adquiridos* desde que o matrimonio se dissolveu por qualquer dos modos acima expostos no § 249. Porém contam-se ainda: 1.º os *adquiridos* pelo conjugue sobrevivivo, em quanto ignorava a morte

do outro, Lobão *a Mell. L. 2. tit. 8 § 7. n. 6* : 2.º os lucros dos negocios, ou actos principia- dos antes da dissolução, Arouc. *Alleg. 24 n. 2 4. e 10.* : 3.º os fructos e rendimentos dos bens communs vencidos até ás partilhas, ou os lucros provenientes das negociações, que com elles fez o sobrevivivo, á escolha dos herdeiros do defun- cto *Ord L 4. tit. 96. §§. 7. e 8*

Partilhas da mesma

§. 266. As partilhas da communião dos ad- quiridos devem fazer-se pelo mesmo teor, que acima deixamos indicado para a communião le- gal (§ 250.) Separam-se em primeiro logar os do- tes, entradas, ou bens, que pelo contracto, ou lei são pessoas Cada um dos conjuges confere as repositões dos valores, que da massa commum foram applicados em utilidade dos proprios. Cada um preleva depois desta massa total as inde- mnizações, a que tem direito, e o resto parte- se Em quanto ás dividas, se estas não foram de- duzidas e separadas antes de apurada a massa, ficam pertencendo a ambos A mulher póde re- nunciar neste caso nos mesmos termos, que na communião universal (§ 252) Vej. Moraes *de exec L. 6 cap 3. n 64*, Lob *cit Diss. 10. n 108.*

CAPITULO VIII

DOS DOTES

Definição de dote, e bens dotaes.

§ 267 Entre os contractos matrimoniaes o dote fórma um regimen especial, opposto ao da communião Esta palavra toma-se em duas

acceções. Na 1.ª, em sentido lato e vulgar : chama-se *dote* toda a doação, que os paes, ou outrem faz a qualquer dos esposos para casamen- to, ou aquelles bens mesmos, com que cada um destes declara entrar para o casal Na 2.ª, em sen- tido estricto e juridico, chamam-se *dote* aquelles bens, que a esposa, seus paes, ou outrem por conta della, dão ao esposo para sustentar os encargos do matrimonio, com a clausula de se não comu- nicarem, e de serem regulados pelas dotes, quer esta se deduza expressamente por legitima interpretação, do contracto antenu- pcial É neste ultimo sentido que aqui a toma- mos, ainda que ás vezes por este nome designa- mos o contracto. Os bens assim sujeitos ao nexo ou direito dos dotes chamam-se *dotaes* : os ou- tros, com que a mulher casada por dote entra, ou reserva, chamam-se *paraphernaes*, ou *extra- dotaes* *Mell L. 2 tit. 9 §. 2.* . Lob. *ad eund. L. 2. tit 8 §. 3. nn. 4 e 5*

A doutrina dos dotes fórma um artigo mui vasto e im- portante nos titulos *de jure dotum*, assim no *Dig*, como no *Cod.*, aonde devemos recorrer, porque na nossa legislação é omissa.

O esposo mesmo algumas vezes dota a esposa, o que é uma rigorosa doação, por cujas leis deve ser regulada.

Constituição do dote : a) *em quanto ás solemnidades.*

§ 268 Este contracto deve ser celebrado com as mesmas solemnidades, que acima (§. 256) ficam indicadas para os contractos matrimoniaes. Nelle, como é facil entender, além dos esposos, e seus paes ou tutores, se forem meno- res, devem intervir os dotadores. Lobão *a Mell. L. 2. tit. 8. § 8 n 3* Ainda que o contracto deva ser anterior ao matrimonio, nada obsta a que

ainda depois os conjuges possam receber legados, heranças, ou doações com a condição de seguirem a natureza de bens dotaes. *L. 48 §. 1 D. de jur. dot.* O dote, quando não é feito pela propria esposa, deve ser insinuado, excepto sendo *profectivo*, isto é, feito pelos paes ou avós, que devem legitima aos descendentes, em quanto não exceder essa legitima, e a taxa da lei (360,000 reis nas doações de varão, e 180,000 nas das mulheres). *Ass. de 21 de Julh. de 1797.*

Neste *Ass.* acha-se ainda adoptada a distincção do direito romano entre dote *profecticio*, o que é feito pelo pae, ou avô, ou por outrem em contemplação d'elle; e *adventicio*, o feito pela propria esposa, pela mãe, ou pessoas estranhas; a qual porém não pôde ter hoje o mesmo uso. Entre nós o pae e mãe são igualmente obrigados a deixar a legitima aos filhos: o dote por isso em taes casos não contém rigorosa doação, assim como o constituido pela esposa em seu proprio nome.

b) *Em quanto ao modo.*

§ 259 O dote, ou em todo, ou em parte, pode ser constituido *estimado*, ou *inestimado*. Diz-se *estimado*, quando na mesma escriptura, além da declaração dos bens, se designa o seu valor em dinheiro. Se a estimação tem por fim determinar o valor, que o marido deve restituir no caso de se desencaminharem os bens, diz-se *importar venda*: se porém tem por fim só melhor clareza e descripção, então *não importa venda*. No caso de duvida, a estimação dos bens moveis presume-se importar venda; a dos de raiz não. *Cód. Civ. Fr. artt 1551 e 1552.*

Objecto do dote

§. 270. Podem ser objecto do dote: 1.º todos os bens moveis, e de raiz, direitos, acções, tenças, juros, usufructo, e em geral tudo o de que o marido pôde tirar utilidade, ainda que sejam litigiosos. *Mell. L. 2. tit. 9. §. 11., Ord. L. 4. tit. 10. §. 11.* Os bens vinculados, os prazos de geração, os fideicommissos, e outros, que têm successor especial, só podem ser dotados em favor das pessoas, a quem competam pela lei: porém os rendimentos durante a vida do dotador podem ser-o em favor de qualquer *Carv. de testam. P. 2. n. 326.*

Quando o casamento se faz por dote, ficam sendo *dotaes* todos os bens, com que a mulher entra para o casal, *Lobão a Mell. L. 2. tit. 9. §. 3. n. 3.*; excepto: a) quando o dote não é *geral*, os que não foram nelle comprehendidos b) os futuros, isto é, os obtidos depois de matrimonio, se não houve declaração a esse respeito *Voet ad Pand. L. 23 tit. 3 n. 5.*

Se os esposos não declararam explicitamente, que casavam segundo o regimen dotal, ou não excluíram a communião dos adquiridos, estes communicam-se (§. 262c).

Obrigações dos dotadores.

§. 271. Porque o fim do dote é segurar o desempenho dos encargos do matrimonio: 1.º os dotadores ficam responsaveis á evicção, excepto no dote adventicio, que é feito por mera liberalidade, não intervindo dolo do doador. *L. 1. Cod. de jur. dot., Dig. Port 2. artt 93 e 94.* 2.º Deve-se desde o tempo, que se estipulou, e na falta de declaração, desde a celebração do matrimonio; e por consequente os fructos, ou ren-

dimentos pertencem ao marido desde então. Val de part. cap 29. n. 1. 3.º Dotando conjuntamente pae e mãe, entendem-se obrigados cada um por ametade; e se não declaram, que dotam pela terça, taes dotes imputam-se na legitima do dotado, supprindo-se pela terça unicamente o excesso da legitima. Ord L 4. tit. 97 §§ 1 e 3 4.º No dote feito pelo pae, que administra bens próprios dos filhos, não se entendem comprehendidos estes, excepto: a) se assim se declarou. b) se sendo esses bens de legitima da mãe predefuncta, o dote é feito á conta das legitimas paterna e materna. Cod. Civ. Fr. artt 1545 e 1546 5.º O dote promettido indeterminadamente deve ser liquidado conforme os teres do dotador, e circumstancias do dotado Lobão a Mell L 2 tit 9. § 12. n 2

O Cod. da Pr. P. 2. tit. 2. art 245. determina pelo contrario, que em duvida se entenda o dote feito pelos bens próprios do lillo.

Direitos do marido sobre o dote

§. 272. Em virtude do poder marital, e do fim do dote, ao marido compete na constancia do matrimonio a administração dos bens, que constituem o dote; e por tanto: 1.º póde perceber os fructos, promover as acções competentes, embolsar, e dispendar L. 20. Cod. de jur. dot 2.º Não é obrigado a dar contas, nem caução, excepto se foi ajustada no contracto dotal. L. 2. Cod ne fidej. dot. dent Além disto, 3.º se o dote consta de bens fungiveis, ou de outros dados em estimacção, que importe venda, o marido a) adquire a propriedade, L 10. § 4. D. de jur dot; b) e póde dispor delles, consentindo a mulher, se forem de raiz, Ord. L 4 -

tit 48. pr., Guerr. Tr. 2. L 6 cap 2. n. 88., c) e por conta delle corre o perigo e commodo, porque sómente é devedor da estimacção L. 10. tit 4.º Se porém os bens foram inestimados, ou a estimacção não importa venda, d) a propriedade fica residindo na mulher, L. 20. Cod. de jur. dot.; e) o marido é equiparado a um usufructuario, Cod Civ. Fr. art. 1362; f) e é responsavel pela culpa leve L 17. pr. D. cod

Favores do dote. I inalienabilidade dos bens de raiz.

§. 273 I Os bens de raiz dotaes não podem ser alienados pelo marido, nem ainda consentindo a mulher. Pr. Inst. quib. alien. lic., Mell L. 2. tit. 9 §. 14. Por dotaes para este fim entendem-se unicamente aquelles bens, que foram o objecto do dote; e não os que foram depois dados em satisfacção do mesmo, ou com elle comprados; excepto se no contracto dotal se estipulou outra cousa, ou foram expressamente subrogados Lobão a Mell L 2 tit. 9 § 11 n. 2 Na alienação comprehende-se a prescripção, a qual não corre contra a mulher nestes bens, excepto se tinha principiado antes da constituição do dote L 16. D defund. dot., L 30. Cod de jur. dot

No caso de alienação illegal, a mulher póde reivindicar-os, mas sómente depois da dissolução do matrimonio, sem lhe prejudicar a prescripção: o marido póde reivindicar-os ainda na constancia, ficando porém responsavel ao comprador por perdas e interesses, se no acto da alienação não declarou, que eram dotaes. Voet ad Pand L 23. tit 5 nn 5 e 8., Cod. Civ. Fr artt. 1560. e 1561

(Vej. no fim do Tom. 1.º a Not. O.)

Casos , em que se podem alienar.

§. 274. Cassa este favor: 1.º se no contracto se declarou outra coisa, ou os bens foram dados em estimação, que importe venda. *Cod. Civ. Fr. art. 1557.* 2.º Podem pela mulher ser dados em dote, consentindo o marido, aos filhos do mesmo, ou de anterior matrimonio. *Maced Dec. 21. n. 20* Podem ser vendidos, com tanto que preceda sentença do juiz sobre a necessidade da alienação, e em praça, nos casos seguintes: 3.º para alimentos da familia, ou livramento da prisão do marido, ou mulher, *L. 73 §. 1. D. de jur. dot, cit Cod art. 1558.*; 4.º por dividas anteriores da mulher, ou dos dotadores, *Guerr. Tr. 2. L. 6. cap. 2. n. 95.*; 5.º para reparos de outros tambem dotaes, *cit Cod.*; 6.º no caso de estarem *pro indiviso*, e não soffrerem commoda divisão, ou no de expropriações forçadas, *Lobão a Mell. L. 2. tit. 9. §. 14 n. 10.*; 7.º no caso de troca por outros tambem de raiz de igual, ou maior valor, consentindo a mulher. *Cit Cod. art. 1559.*

O A. da *Dig. Port. 2. art. 134.* entende que só ao Juiz de Direito deve competir o conhecimento das alienações, trocas e subrogações das bens dotaes, por ser em outro tempo da competencia do Desembargo do Paço.

H. Hypotheca sobre os bens do marido.

§. 275. II A mulher tem 1.º *hypotheca privilegiada* sobre o preço dos bens dotaes, que foram dados estimados, ou de outros comprados com esse preço *L. de 20 de Junho de 1774 §. 40.*; 2.º *hypotheca legal simples* pelo seu dote sobre os bens, que o marido tinha ao tempo do matrimonio; e por tanto neste caso não prefere aos crédores hypothecarios anteriores, *Cod. Civ.*

Fr. art. 1572., Dig. Port 2. art. 142., nem aos privilegiados, ainda que sejam posteriores. Estas hypothecas devem ser registadas, *Decr. de 26 de Out. de 1836 art. 3.* O direito da hypotheca transmite-se a quaesquer successores; mas o privilegio só compete á mulher, e seus descendentes. *Mell. L. 2. tit. 9. §. 19. not.*

Restituição do dote: a) em quanto ao tempo.

§. 276. 1.º Na constancia do matrimonio á mulher não póde pedir o dote, senão: a) no caso de separação de bens, *Lob. a Mell. L. 2. tit. 9. §. 21. n. 4.*; b) ou de separação perpetua *quoad thorum.* *Guerr. Tr. 2. L. 6. cap. 2. n. 40. e seq., Cod. Civ. Fr. art. 311.* 2.º Dissolvido o matrimonio pela morte do marido, a mulher levanta o dote; pela morte da mulher, passa este aos filhos, ou successores, ou ás pessoas, a quem deva reverter conforme o contracto dotal. *Mell. L. 2. tit. 9. §. 22.* 3.º Se o dote consta de bens não estimados, ou dados em estimação, que não importe venda, podem os herdeiros pedir-o immediatamente: se foi dado em estimação, que importe venda, só póde ser pedido, passado um anno desde a morte. *L. un. §. 7 Cod. de rei ux. act., Cod Civ. Fr. art. 1564. e 1565.*

b) Em quanto ao modo.

§. 277. 1.º O dote consistente em dinheiro, ou quantidades fungiveis, deve ser restituído em igual somma da mesma especie. *L. 42 D. de jur. dot.* 2.º Se consiste em não fungiveis, ou immoveis dados inestimados, ou em estimação, que não importe venda, devem ser

restituidos os proprios bens no estado, em que se acharem, ficando o marido responsavel sómente pelas deteriorações, ou perdas provin- das de culpa leve *L. 17 eod., Cod. Civ. Fr art. 1561.* 3.º Se foram dados em estimação, que importe venda, tem o marido a escolha de restituir o preço, ou os bens *in specie*, re- pondo o que menos valerem. *L. 10 §. 6 D., L. 5 Cod. eod.* 4.º No dote do usufructo, cré- ditos, ou acções, satisfaz, entregando os títu- los *L. 7. §. 2. D eod.* 5.º Finalmente o mari- do só restitue aquillo, que recebeu, e o que deixou de receber por sua culpa. A prova da recepção incumbe á mulher, ou seus herdeiros, em quanto não passaram dez annos desde o ma- trimonio, ou desde a época fixada para a so- lução: passado este prazo, a presumpção é contra o marido *Nov. 100 cap. 1., Cod. Civ. Fr art. 1569*

c) Em quanto aos fructos.

§. 278 Para satisfazer os encargos do ma- trimonio, o marido percebe todos os fructos vencidos na constancia d'elle; e por tanto: 1.º só é obrigado a repor os que recebeu, vencidos antes da celebração, ou depois da dissolução do matrimonio. *L. 20 Cod de jur. dot* 2.º Os fructos do ultimo anno partem-se entre o mari- do e herdeiros da mulher, *pro rata* do anno, contado, não desde a colheita, ou vencimento, mas sim desde a celebração; ou da entrega do dote, se foi posterior. *L. 5 6 e 7. D solut. matr., Barb. á L. 8 D eod P. 1. n. 12, Val. de part. cap 29 n. 19, Mell L. 2. tit 9 § 22 not*

Esta ultima disposição do direito romano, seguida pelos nossos praxistas, é juridica, porque, sendo o dote dado para sustentar

sustentar os encargos do matrimonio, o marido não deve rece- ber mais do que os rendimentos proporcionados ao tempo, em que desempenhou esses encargos. A rateação, feita por ou- tra maneira, muitas vezes daria em resultado uma desigual- dade e injustiça manifesta. Supponhamos o matrimonio con- trahido no 1.º de Julho e dissolvido no 1.º de Novembro, em cujo espaço o marido percebeu uma colheita inteira. Contando o anno segundo o direito romano, finda no 1.º de Julho se- guinte, o marido só lucra a terça parte daquella colheita, quando, se o anno se contasse de colheita a colheita, elle a lucraria inteira. Este methodo mais justo, ainda que difficil, é rejeitado por Lobão *a Mell. ut. n. 8.*, fundado na auctoridade de Voet *ad Pand. L. 24. tit. 3. n. 12.*, e de Domat *des loix L. 1 tit. 10. introd.*, os quaes sómente attestam não ser elle usado em algumas provincias. O *Cod. Civ. Fr. art. 1571.* adoptou-o unicamente a respeito dos fructos dos bens de raiz dotaes: não é facil conceber a razão da differença, porque o mesmo principio de igualdade e justiça, que o fez applicavel aos bens immoveas, póde verificar-se nos moveis, v. gr., nos fructos dos rebanhos. O *Cod. Sard. art. 1563.* amphou esta disposição a todos os bens.

d) Em quanto ás benefetorias

§ 279. O marido, porque é equiparado ao usufructuario, deve satisfazer pelos rendi- mentos os encargos, despesas e reparos ordi- narios dos bens dotaes, mas não as *benefetorias* propriamente ditas, das quaes: a) sendo *necessarias*, póde pedir indemnização, e tem o beneficio da retenção; *L. 4. e 5. D de imp. in rem dot.*; b) sendo *utiles*, póde pedir a inde- mnização, mas não tem a retenção, *L. un. §. 5. Cod de rei uxor. act*; c) sendo voluptua- rias, póde levantal-as, se isso não causar detri- mento, ou a parte as não quizer pagar *L. 9. D. de imp. in rem dot.*

Dos bens paraphernaes.

§. 280. Todos os bens da mulher, que no casamento feito por dote se não comprehen-

dem neste, são *paraphernae* *Cod. Civ. Fr. art. 1574*. A mulher compete não só o dominio, mas tambem; o usufructo e administração delles, salvo-o *juſtiler marital*: e portanto é nulla a alienação, assim como o comparecimento em juizo, sem auctoridade do marido, *Ord. L. 3. tit. 47. pr. e. L. 4. tit. 48., cit. Cod. art. 1576*. Porém se o marido os administra: 1.º sendo por procuração, deve dar contas á mulher, como qualquer procurador estranho *Cit. Cod. art. 1577*. 2.º Se sem procuração, mas sem opposição della, ao tempo das contas, ou da dissolução, é obrigado a restituir sómente os fructos existentes, e não os consumidos *Id. art. 1578*. 3.º Se contra vontade della, deve restituir uns e outros. *Id. art. 1579* Pelos bens *paraphernae* tem a mulher *hypotheca* legal sobre os bens do marido. *Lobão a Mell L. 2 tit 9 §. 19 n 8*.

Clausulas dotaes.

§. 281. Assim como os esposos podem alterar o regimen da communhão, tambem, ainda, que casem por dote, podem alterar este regimen por meio de quaesquer clausulas, as quaes todas são permissidas Porém se ellas destroem a natureza e fim do dote; é claro, que então não terão applicação as leis próprias deste regimen. Nestes casamentos tambem com os bens dotaes podem concorrer bens communs; e taes se presumem os *adquiridos*, se no contracto se não declarou explicitamente outra cousa, ou se estipulou clausula, que os excluísse, como a de *arrhas* *Vej. Mell. L. 2 tit 8 §. 10. not., e Lobão ad eumd*

CAPÍTULO IX.

DAS ARRHAS E APANAGIOS.

Noção de arrhas.

§. 282. A palavra *arrhas*, no sentido lato e *commum*, significa as prestações, ou bens, que a mulher tem direito a pedir da casa do marido por morte deste: neste sentido comprehendem tambem os *apanagios*. Em sentido estricto porém dizem-se *arrhas* aquelles bens, que no contracto antenupcial, o esposo promette á esposa para depois do matrimonio, no caso de ella lhe sobreviver *Dig. Port 2 art. 182*. Pelos nossos costumes só se estipulam nos matrimônios por dote, e indicam que a mulher renuncia a toda a communhão, ainda mesmo dos *adquiridos*. *Id. art. 172*.

Vej. a nota ao §. 237.

Em *Port de 7 de Juh. de 1843* reputou-se illegal uma promessa de *arrhas*, por não ter a esposa entrado com dote.

Seus requisitos.

§. 283. As *arrhas* podem consistirem quaesquer bens moveis, ou de raiz, dados por uma só vez, ou em tenças, prestações annuaes, ou usufructo; com tanto que. 1.º seja cousa certa, ou sujeita a liquidação, 2.º não exceda a terça parte do dote, que a mulher trouxe, *Ord. L. 4 tit 47. pr*; 3.º não exceda a terça do marido, se elle tem herdeiros necessarios *Mell L. 2 tit. 9 §. 30*. Passam para quaesquer herdeiros da mulher, excepto a) se ella deixar filhos do marido, que as constituiu, *Lobão a Mell. L. 2. tit. 9 §. 31 n 2, L. 3 Cod. de secund nupt;* b) se foram deixadas debaixo de condição,

v. g., de reversão, ou durante a viuvez; c) ou se consistem em prestação vitalícia.

Noção de apanagios.

§ 284 *Apanagios* são os rendimentos annuaes, que a mulher, durante a viuvez, tem direito a receber da casa de seu defuncto marido. Differem das arrhas propriamente ditas. 1.º em que os apanagios só têm logar durante a viuvez, e cessam pela morte ou segundas nupcias; 2.º em que podem ser estipulados, quer a mulher entre com dote, quer não, 3.º em que as arrhas são sempre convencionadas, e os apanagios muitas vezes são determinados por lei.

Quando se devem os apanagios legaes?

§. 285. As leis assignam ás viúvas, unicamente das casas mui distinctas, a titulo de apanagios desde a morte do marido, a decima parte do rendimento liquido da casa deste. *Decr. de 17 de Ag. de 1761* § 7., e *de 17 de Junh de 1778*. Porém. 1.º se o marido morreu antes de succeder na casa de seu pae, só se devem desde a morte deste ultimo; 2.º se a casa está ainda gravada com outros apanagios, como se concorrem sogra e nora, ou duas cunhadas, a sogra, ou a cunhada viúva do primogenito, recebe os apanagios, e a outra os *alfinetes*. *L. de 4 de Fev. de 1765* §§. 1., 2. e 3.

Como se processam?

§. 286 Os apanagios legaes processam-se summariamente á maneira dos alimentos: e de-

vem ser consignados nos rendimentos mais solidos da casa, e liquidos de encargos, começando pelos dos bens allodiaes e prazos, e na falta destes pelos dos vinculados e da Corôa. As viúvas podem conservar-se na posse de toda a casa, até que os apanagios lhes sejam definitivamente adjudicados. *Cit. Decr. de 17 de Ag. § 7., Ref. Jud. artt. 281. e 293*

Dos alfinetes.

§. 287. Chamam-se *alfinetes* certas mesadas, que nos casamentos dos nobres o esposo promete á esposa para os seus ornatos, ou bolsinho, ainda mesmo na constancia do matrimonio. As leis não os regulam: apenas determinam, que devem continuar-se ás viúvas, a quem foram promettidos, em quanto ellas não recebem apanagios. *Cit. L. de 4 de Fev. de 1765* §. 1. Processam-se da mesma fórma, que estes. *Cit. Decr. de 17 de Ag.*

SECÇÃO 3.ª

DOS PAES E FILHOS.

Razão de ordem

§. 288. Considerando os cidadãos no estado de paes e filhos, as leis providenceiam sobre dois objectos principaes: a verificação deste estado, ou a *paternidade*; e os direitos e deveres reciprocos, que delle resultam, isto é, o *poder paternal*: dos quaes vamos tractar nos Capítulos seguintes.

CAPITULO I.

DA PATERNIDADE E FILIAÇÃO LEGITIMA.

O que seja? e seu fundamento

§. 289. *Paternidade* é a qualidade de pae, donde se derivam os direitos e deveres, que, como tal, lhe incumbem; e estado correspondente do filho chama se *filiação*. É um effeito do matrimonio, porque as leis presumem pae legitimo dos filhos de uma mulher casada o marido desta, ainda que ella o negue, *L. 29. §. 1. D. de probat*, ou que seja convencida de adultério. *L. 11. §. 9. D. ad leg Jul de adult A. regra = Pater is est, quem nuptiae demonstrant =*, *L. 5 D. de in jus voc.*, apezar de ser meramente furdada na presumpção, que se deduz da convivencia, união e deveres dos conjugues, tem sido consagrada por todos os legisladores, como indispensavel para conservar a tranquillidade dos matrimonios, e o estado das familias. O contrario só serviria de multiplicar litigios vergonhosos, impossiveis de terminar, e arruinaria os fundamentos da sociedade civil. *Cod. Civ. Fr. art 312., Cod. da Pruss P. 2. tit. 2. art. 1.*

As nossas leis são inteiramente omissas neste artigo da paternidade; os praxistas apenas o tocam: restam-nos alguns principios extrahidos do direito romano e dos codigos modernos.

Presumpção das leis a este respeito.

§. 290 Mas como a existencia do filho de se contar-se desde a época da sua concepção, a lei sómente declara legitimo o filho conce-

tido durante o matrimonio e porque é impossivel verificar com certeza essa época, presume-se concebido legitimamente o que nasceu, o mais anticipado, 180 dias depois da celebração do matrimonio; e o mais retardado, 302 depois da morte do marido. *Dig. Port 2. artt 456. e 457* Os nascidos depois de 302 dias, são illegitimos absolutamente, porque cessou a presumpção; porém os nascidos dentro nos 180 dias desde o casamento, reputam-se legitimos, ou antes *legitimados*, se o pae os não desaprovar, porque em favor delles e da mãe está a presumpção de commercio anterior com o marido. Ainda no caso da desapprovação, o filho póde ser admittido a provar esse commercio. *Lobão a Mell. L. 3. tit. 6. §. 2. n. 13*

Como a natureza encobriu a época da concepção com um véo impenetravel, nenhuma presumpção se póde formar que não seja fundada na relação, que necessariamente existe entre a concepção e o parto, considerado nos dois extremos. isto é, no termo minimo e no maximo da gravidez. Mas porque estes termos se não têm podido exactamente fixar pelos physiologistas, daqui provém a variedade, que se encontra nas differentes legislações. Por direito romano julgava-se naturalmente possivel, e por tanto legitimo, o parto de sete mezes principados, ou de 182 dias; e o retardado, até dez mezes. *L. 12. D. de stat. hom., L. 3. §. 11. de sus et legít. hered.* O *Cod. da Austr. art. 138.* seguiu o mesmo. O *Cod. Civil Fr. art. 312. e seq.*, e o *da Sardenha* fixou para os primeiros 180 dias, e para os segundos 300 dias. O *Cod. da Prussia P. 2 tit. 2. artt. 3., 4. e 19.*, para os primeiros 210 dias, e para os segundos 302 dias; e o *da Baviera*, para os primeiros 182 dias, e para os segundos 302. Nesta variedade adoptámos os termos mais favoraveis ao filho e á mulher, seguindo o sabio autor do *Digesto Portuguez*.

Os nossos praxistas *Cam. Dec. 323., Febr. Dec. 31.*, e outros, ainda admittem como legitimos os retardados até onze mezes no caso de se provar a boa reputação da mãe. Os arguimentos, em que se fundam, não nos levam a admitir uma opinião extraordinaria, que se não encontra em legislação alguma. Os redactores dos codigos modernos estavam de certo

mais bem informados dos factos da physiologia, do que os nossos praxistas. *Caute hic procedendum, ne malitiae aperitur fenestra.*

Quando póde ser elidida?

§. 291. O marido póde desvanecer a presumpção legal, e elidir a paternidade, se provar a *absoluta* impossibilidade physica de ter ajuntamento com a mulher no espaço, que medeia entre os 302 a 180 dias anteriores ao parto, ou seja por ausencia, por molestia, ou por outro accidente. *Cod. Civ. Fr. art. 312.*, Lobão *cit. n. 8* Se elle expressa, ou tacitamente reconhece o filho, ninguem mais póde impugnar a legitimidade. *Cod. da Pr. cit. art. 16.*

O *Cod. Civ. Fr.* e o *da Pr.* marcam a época, em que o marido deve desapprovar o parto para elidir a paternidade; a saber o primeiro um mez, se estava presente; e dois, se estava ausente, ou desde a sciencia, se a mulher lh'o occultou: e se o marido morreu durante este prazo, os herdeiros têm ainda dois mezes. *Art. 316.* e *318.* O segundo concede ao marido um anno desde a sciencia para o desapprovar judicialmente. *Art. 7.*

Da paternidade no caso de segundas nupcias.

§. 292. Se a viuva passou immediatamente a segundas nupcias, para se decidir a qual dos dois maridos pertence o parto, attende-se ao periodo ordinario da gravidez. Se o filho nasce nos nove mezes depois da morte do primeiro marido, presume-se deste: se depois, presume-se do segundo. *Dig. Part. 2. art. 462.*

Por direito romano, para evitar o risco da incerteza da prole, era prohibido ás viúvas de baixo de graves penas casar dentro do anno de lucto. *L. 1.* e *2. Cod. de secund. nupt.* O *Cod. Civil Francez art. 22.* prohibe o mesmo nos dez mezes; e o *Cod. da Pruss. P. 2. tit. 1. art. 20.* nos nove mezes imme-

diatos á dissolução do matrimonio. A nossa *Ord. L. 4. tit. 106.* permite taes casamentos indistinctamente.

No caso da separação dos conjuges, o parto deve attribuir-se ao marido nos mesmos termos, que na dissolução pela morte. Mas em quanto ao filho concebido depois da separação o *Cod. da Sard. art. 152.* estabelece a presumpção da paternidade do marido, permitindo-lhe porém impugnal-a, allegando os factos proprios a esse fim. Entre os Francezes não ha lei; e em 1816 appresentou-se as Camaras um projecto, que não chegou a discussão, em que se estabelecia a presumpção inversa; podendo impugnar-se, se se provasse a reconciliação dos conjuges ao tempo da concepção. A lei da Sardenha tem o inconveniente de forçar o marido a vir a juizo allegar o adultério de sua mulher. O *Cod. da Holl.* estabelece a contraria, isto é, a mesma do projecto francez.

Provas da filiação legitima.

§. 293. Quando os paes, sua familia, ou herdeiros não queiram reconhecer os filhos *legitimos*, estes têm acção para os obrigar. *L. 5. D. de agnosc. et alend. lib.* Se a duvida versa sobre o matrimonio dos paes, prova-se pelos meios, que deixámos notados no §. 226; se versa sobre o reconhecimento da pessoa, prova-se: 1.º pelo assento do baptismo do filho, donde deve constar a sua filiação; 2.º pela quasi posse do estado de filho, isto é, pela reunião de factos, que indiquem a filiação, como tel-o o pae tractado como tal, tel-o mandado educar, ter assim sido tractado pelos parentes e conhecidos, usar do appellido da familia, e outros. 3.º Na falta destes, ou no caso de ter sido no acto do baptismo falsamente indicado, ou de ter sido exposto, póde provar-se por testemunhas. *Cod. Civ. Fr. art. 319.* e *seg.*

O *cit. Cod. Civ. Fr. art. 323.*, para ter logar a prova por testemunhas no ultimo caso notado no §., exige principio de prova por escripto. O mesmo no *art. 328.* declara esta acção imprescriptivel para o filho; mas seus herdeiros sómente

e podem intentar, se elle morreu na minoridade, ou dentro dos cinco annos immediatos. Estas doutrinas são adoptadas em todos os códigos modernos, que têm por fonte o francez.

CAPITULO II.

DA PATERNIDADE DOS FILHOS ILLEGITIMOS

Modos, por que se verifica.

§. 294. A paternidade, e por tanto a filiação dos filhos illegitimos, póde verificar-se: I. pelo subsequente matrimonio dos paes; II. pela perfilhação solemne; III. por sentença sobre acção de filiação.

I. Da legitimação per subsequens matrimonium.

§. 295. I. Do matrimonio não so resulta a paternidade legitima dos filhos nascidos depois d'elle contrahido, mas tambem a dos havidos de commercio anterior entre os conjuges, a que se chama *legitimação per subsequens matrimonium*, introduzida em favor dos filhos, e para promover a extincção dos concubinatos *L. 10 Cod. de natur. lib. Cap. 6 X. qui fil sint leg.* Os filhos assim legitimados ficam inteiramente equiparados aos legitimos. *Ord. L. 2 tit. 35. §. 12.* Como tal legitimação resulta do matrimonio, segue-se, que não prejudica os direitos de primogenitura de outros filhos havidos de legitimo matrimonio anterior com outro conjuge, ainda que sejam mais novos, do que o legitimado *Guerr. Tr. 2 L. 1 cap. 4 n. 32*

Este effeito produz o matrimonio, apenas contrahido legitimamente, ainda que o fosse em artigo de morte. *Guerr. ad n. 53*

Se o matrimonio putativo produz este effeito? *Lobão e Mell. L. 2. tit. 5. §. 13. nn. 7. e 8.* não se atrevem a decidir. *Meegger Inst. Jur. Eccl. P. 4. §. 198.* segue a affirmativa. O auctor do *Dig. Port. 2. art. 473.* seguiu a negativa, no caso e elle se vir a julgar nullo.

A quaes filhos aproveita?

§. 296. Porque o fim da lei e favorecer os filhos, e emendar as desordens dos paes: 1.º a legitimação *per subsequens* aproveita não só aos filhos *naturaes*, mas tambem a todos os *espurios*. *Mell. L. 2. tit. 5. §. 16. not.*, *Lobão ad eumd.*, e *Coll. de Diss. anon. Diss. 1.º (Analyse da Ord. L. 2 tit. 35. §. 12.)*, *Borges Carn. Dir. Civ. Tom. 2. pag. 321. na not.* — 2.º Enão só os filhos vivos ao tempo do matrimonio, mas no caso de que morressem antes, deixando filhos, estes se podem prevalecer dos effeitos da legitimação. *Hub. ad Pand. L. 1. tit. 6. n. 10.*, *Guerr. Tr. 2 L. 1. cap. 4. n. 37.*

(*Veja no fim do Tom. 1.º a Not. P.*)

II. Da perfilhação solemne

§. 297. II. A perfilhação, chamada tambem nas nossas leis *legitimação*, é o acto, pelo qual um paç, ou mãe voluntariamente reconhece seus filhos illegitimos. É um favor concedido aos filhos, e um meio, offerecido aos paes, de exonerar a sua consciencia, e de melhorar a sorte dos innocentes fructos de seus erros. Podem ser perfilhados não só os *naturaes*, mas tambem todos os *espurios*. *Ord. L. 2. tit. 35. §. 12.*, *Mell. L. 2. tit. 5. §. 19.*

A perfilhação é desde tempos antigos usada entre nos e igual a legitimação *per scriptum* *Præsums* do direito de

mano. As differenças entre uma e outra podem ver-se em *Lobão a Mell. supra cit.*

No *Cod. Civ. Fr. art. 334.* permite-se o reconhecimento dos filhos naturaes por um acto authenticico sem mais formalidades; mas não dos adulterinos e incestuosos. No *Cod. das Duas Sicilias art. 236.*, e no *da Sarã. art. 171.* encontra-se a legitimação por rescripto do Rei; mas só em favor dos naturaes, com exclusão dos esurios. Porém os codigos Allemaes, permitem esta legitimação a todos.

Entre nós não pôde haver duvida. A nossa historia está cheia de exemplos de taes perfilhações; e como antigamente a illegitimidade era uma nota, que impedia a entrada para as ordens de Cavallaria e outras honras, a perfilhação tinha por fim principal a habilitação para os empregos e para a successão do perfilhante. Foi esta practica que poz em desuso a adopção.

Sua fórma.

§. 298. Para ser legal, requer-se: 1.º que o pae, ou mãe, em escriptura, ou testamento, reconheça o filho por tal, com animo de o perfilhar. Reputa-se tambem sufficiente o testamento, em que o pae o institue por herdeiro debaixo de condição — se obtiver a legitimação. — 2.º A confirmação deste reconhecimento por Alvará, ou Carta Regia, expedido pela Secretaria dos Negocios do Reino, precedendo as diligencias do estylo. 3.º Estas diligencias são informação da auctoridade respectiva com audiencia dos parentes do perfilhante, a quem competiria a successão, se elle morresse *ab intestato*. A informação e resposta dos herdeiros versa unicamente sobre a filiação, e só desvanecendo esta *in continenti*, podem elles obstar á concessão da graça. Podem ser requeridas tanto pelos perfilhantes, como pelos que pretendem ser perfilhados. Vej *Lobão supra cit. n. 7. e seg.*, *Peg. ad Ord. L. 1. tit. 3. §. 1.*

Pela *Ord. L. 1. tit. 3. §. 1.* estas cartas de legitimação, ou perfilhação, competiam ao Desembargo do Paço. Passaram

Jepois para os Conselhos de Districto pelo antigo *Cod. Adm. de 31 de Dez. de 1836 art. 172. §. 3.*: porém, tendo sido revogado aquelle §. pela *Lei de 29 de Outubro de 1840*, são expedidas hoje pela Secretaria dos Negocios do Reino. *Portaria de 10 de Dez. de 1840.*

Seus effectos.

§. 299. A perfilhação, quaesquer que sejam as clausulas insertas no Alvará: 1.º não confere aos perfilhados os direitos de legitimos, nem por consequente os sujeita ao poder paternal; e nisto differe da legitimação dos Romanos. 2.º Contém antes uma dispensa para poderem receber por testamento, e succeder *ab intestato*, e habilitação para pedir alimentos, conforme pelas leis lhes é concedido, segundo a sua qualidade de naturaes, ou de esurios. 3.º Nunca se entende concedida em prejuizo dos direitos dos filhos legitimos, ou de terceiros: os quaes por isso a podem impugnar por acção ordinaria, ainda que fossem ouvidos antes da concessão da graça. *Provisão de 18 de Janeiro de 1799*, *Lobão supra cit. n. 6. e seg.*

Antigamente nestas cartas de perfilhação continham-se clausulas contrarias ás leis, e que se reputavam obligatorias, visto que no Rei, que as assignava, residia o poder legislativo. Hoje porém, que ellas são um simples acto do Executivo, nada importa o que nellas se contiver contra as leis, e em prejuizo de terceiro: e assim o declarou a *Port. do 1.º de Junho. de 1838.*

III. *Da acção de filiação.*

§. 300. III. Na falta de perfilhação solemne, aos filhos illegitimos compete acção de filiação contra os paes, ou seus herdeiros, para que os

reconheçam por taes Nesta filiação pôde provar-se por todos os indícios, ou conjecturas graves, proprias a convencer o juiz; como: o reconhecimento extrajudicial do filho: — o ter o pae tomado conta d'elle, ou concurrido para a sua criação: — a amizade, e tracto frequente com a mãe ao tempo da concepção: — o ter esta em casa teúda e manteúda: — a fama publica, e outras quaesquer das que acima indicámos para a filiação legitima. Como estes direitos são reciprocos, a mesma acção pôde competir ao pae contra o filho, para que o reconheça por pae. As mães tambem algumas vezes usam desta acção *prejudicial*, para pedirem as criações dos filhos

Por direito romano não competia aos filhos illegítimos esta acção, porque eram reputados *quasi sine patre*, §. 12. *Inst. de nupt.* O mesmo seguiram os redactores do *Cod. Civ. Fr.*, excepto no caso do rapto. *Art. 340.*

A sentença de filiação produzirá os mesmos effeitos, que o Alvará de perfilhação? A sentença é um acto de justiça, que não faz mais, do que decidir sobre o facto da filiação: mas o Alvará contém, além d'isso, uma graça confirmativa da vontade do pae perfilhante. O filho habilitado por sentença, ou seja natural, ou espurio, pôde por tanto pedir as criações e alimantos, em virtude da *Ord. L. 4. tit. 99. §. 1.*, e do *Ass. de 9 de Abr. de 1772*; e o natural de pae plebeo pôde pedir a successão deste pela *Ord. L. 4. tit. 92.*

Porém se for espurio, parece-nos que não poderá pedir a successão, ainda mesmo na falta dos herdeiros necessarios, nem *ex testamento*, nem *ab intestato*, por não haver lei patria, que o habilite antes obstar-lhe o direito romano, subsidiario neste caso; e a saber: em quanto a successão *ab intestato*, a *Nov. 118. cap. 1. e 2.*, e o §. 2. *Inst. de haeredit. qui ab intest.*: e em quanto á successão *ex testamento*, a *L. 6. Cod. de incest. nupt.*, e a *Authent. Ex complexu Cod. eod.*: da mesma maneira, que ao filho natural de pae nobre obsta para o mesmo fim a generalidade da *Ord. cit. tit. 92.* Para os habilitar pois neste caso, é necessaria uma dispensa, ou graça; e esta parece-nos poder deduzir-se da perfilhação solemne, a qual, ainda que não seja hoje um acto legislativo do Rei, e esteja restricta, em quanto ás clausulas extraordinarias, em virtude dos principios politicos

estabelecidas, como declaram a *Port. de 1.º de Junho de 1838*, com effeito deve produzir todos aquelles effeitos, que constantemente se têm sido attribuidos na pratica, e que nascerem das suas clausulas ordinarias. *Veja Gam. Dec. 11. e 353.*, *Cabed. Dec. 69. P. 1.*, *Pegus ad Ord. L. 1. tit. 3. §. 1.*

Da maternidade

§. 301. Da mesma maneira que a respeito dos paes, o filho illegitimo tem direito a ser reconhecido por sua mãe. A prova da maternidade faz-se pelo assento do baptismo: e na falta deste, ou se o filho é exposto, por indícios fortes, e capazes de convencer a identidade do filho e da mãe. *Val. Cons. 176. n. 16.*, *Cod. Civ. Fr. art. 341.*

CAPITULO III.

DO PODER PATERNAL.

Definição e fundamentos deste poder.

§. 302. As relações entre os paes e os filhos, pela natureza mesma produzem direitos e obrigações reciprocas, os quaes se costumam em jurisprudencia definir e tractar debaixo da denominação de *poder paternal*, ou *patrio poder*. Este é o complexo dos direitos, que ao pae competem sobre a pessoa e bens de seus filhos. É um dos effeitos do matrimonio, deduzido da obrigação, que as leis e a natureza impõem aos paes, de criar e educar os filhos; e da necessidade de manter a regularidade e boa ordem na familia, que principalmente incumbem ao pae, como chefe desta. O filho, constituído debaixo do patrio poder, chama-se *filho-familiár*.

O poder sobre os filhos constitui uma espécie

de direito politico privativo dos cidadãos romanos, e tão amplo, que nos tempos mais antigos os paes podiam castigar seus filhos impunemente até os matar, bem como vendel-os, *L. 11. D. de lib. et post.* : e porque estes eram reputados como *cousas*, e nada podiam ter de proprio, tudo oque adquiriam, pertencia aos paes. Ainda que posteriormente estas disposições foram pouco e pouco modificadas, prohibiu-se-lhes matal-os, e apenas lhe foi concedido vendel-os *urgente extrema necessitate*, *et sanguinolentos*. *L. 3. Cod. de patr. pot.*, *L. 2. de patr. qui fil. dnt.* E ainda que o direito de adquirir foi restringido pela introdução das differentes especies de peculios, com tudo ainda na legislação ficaram muitos vestigios daquelle antigo despotismo paternal. As mães em nada participavam do patrio poder, porque ellas mesmas eram filhas-familias dos maridos. Pelas leis dos Wisigodos aos paes só era permitido castigar moderadamente os filhos, mas não matal-os, nem vendel-os, *L. 1. Liv. 4. tit. 5.*, e *L. 12. Liv. 5. tit. 4.*, e por morte do pae passavam para o patrio poder da mãe. *L. 13 Liv. 4. tit. 2.* Os nossos costumes, e legislação patria, participa algum tanto de ambas aquellas legislações famosas.

Nos codigos modernos são mui variados os principios sobre poder paternal, principalmente em quanto as attribuições das mães.

A quem compete, e sobre quaes filhos?

§. 303. Este poder, por ser effeito do matrimonio: 1.º só compete ao pae, e não aos avós 2.º Não tem logar sobre os filhos illegitimos, ou sejam *naturaes*, ou *espurijs*. *Valasc. Cons. 94. n. 4.* 3.º Porque se deduz da mais rigorosa obrigação de criar e educar, e da auctoridade do chefe da familia junctamente, que é o pae, não compete ás mães, excepto em quanto a alguns direitos, que dizem respeito á obediencia filial. *Mell. L. 2. tit. 4. §. 6.*, e *Lobão ad eumd.*

Os avós não têm poder patrio sobre os netos, porque os paes ficaram emancipados pelo casamento: *aliter* por direito romano, ainda seguido pelo *Cod. da Sard.* art. 211., pelo *da Bateria*, etc. Na opinião dos praxistas, fundada no mesmo direito, os paes não têm patrio poder sobre os illegitimos: entretanto a *Ord. L. 4. tit. 102. §. 2.* permite-lhes nomear tutor aos *naturaes*; e estes, sendo os paes plebeus, são chamados á successão. *Cd. Ord.*

Ord. tit. 92. Alguns codigos, que seguiram o mesmo direito, denegam á mãe o patrio poder; outros, como o *Fr. art. 584.*, concedem-lh'o na falta do pae.

Direitos dos paes: I. em quanto ás pessoas dos filhos.

§. 304. I. Em quanto ás pessoas dos filhos, o pae tem direito: 1.º de os castigar moderadamente; e se forem incorrigiveis, de os entregar aos magistrados de policia para os fazer recolher á cadeia por tempo razoavel, obrigando-se a sustental-os *Ord. L. 5. tit. 36. §. 1. e tit. 95. §. 4*, *L. 3. Cod. de patr. pot.* 2.º De os repetir de quem lh'os subtrahir, e de proceder contra os que os perverterem, ou concorrerem para isso. *L. 1. D. de lib. exhib.*, *L. 26. de injur*, *Mell. L. 2. tit. 4. §. 8* 3.º De lhes designar a educação e modo de vida conforme sua qualidade e posses. *Cod. da Pr. P. 2. tit. 2. art. 74* 4.º De lhes exigir, e aproveitar-se de seus serviços sem obrigação de soldada, ou salario, excepto: a) se lh'o prometteu, ou é costume; b) se lhes dá interesse no negocio para os estimular *Lobão a Mell. cit §. 11. n. 4. e seg* 5.º De lhes nomear tutor testamentario, e designar as pessoas, que hão de compor o Conselho de familia. *Ref. Jud. art. 395. e 426.* 6.º De os substituir pupillarmente. *Ord. L. 4. tit. 87. §. 7.*

II. Em quanto aos bens: a) usufructo.

§. 305. Os filhos-familias muitas vezes têm bens proprios. Estes a) ou lhes provieram por herança, legado, ou doação; b) ou do seu trabalho. Em quanto aos primeiros, o pae em virtude do poder paternal tem o usufructo delles, *Ord. L. 4 tit. 97. §. 19.*; com a obrigação de pagar os juros

das dividas, e mais encargos dos usufructuarios *Cit. Cod. Fr. art 385* Exceptuam-se 1.º os bens, que foram doados com a condição de que o pae não teria o usufructo: 2.º se este o renunciou, ou consentiu que o filho o recebesse: 3.º se negou ao filho consentimento para receber esses bens: 4.º se consistem em usufructo, porque não póde haver usufructo de usufructo: 5.º se constam de doações regias. 6.º O pae, que deixou de fazer inventario dentro em dois mezes por morte da mulher, perde o usufructo dos bens, que nelle devem pertencer aos filhos *Ord. L. 4. tit 98*. A pena neste ultimo caso sómente tem logar, sendo imposta por sentença. *Ass de 20 de Julh. de 1780*.

A *Ord.* chama a estes bens, cuja propriedade pertence ao filho, e o usufructo ao pae, *adventicios*, aquelles, de que o pae não tem o usufructo, chamam-se *adventicios extraordinarios*.

Pelo *Cod. da Sará. art. 224*. o pae tem o usufructo destes bens, até que o filho tenha trinta annos, ou se emancipe. Pelo *da Austr. art. 149*. sómente tem a administração, porque dos rendimentos delles deve tirar as despesas da educação do filho, dando contas das sobras, se as houver.

b) Administração.

§. 306. Ao pae compete tambem a administração dos bens dos filhos, não só como consequencia do usufructo, *Ord. L. 1. tit 38. §. 6.*, *Ref. Jud. art. 423*; mas ainda daquelles, de que não tem o usufructo, ficando, em quanto a estes, sujeito a dar contas da propriedade e rendimentos *Lob. a Mell. L. 2. tit. 4. §. 13 n. 33.*, *Cod. das Duas Sicil. art. 293*. Em qualquer dos casos é dispensado da caução; excepto se houver receios de que os dilapide, ou dissipe, por se metter em negocios arriscados, ou por outra causa similhante. *Cod. da Pr. P. 2. tit 2 art. 179*. Se

effectivamente os dissipar, póde ser privado da administração. *Ord. L. 3. tit. 9. §. 4.*, *Lobão a Mell. cit. §. 12 n. 29*. Não póde vender, nem alienar taes bens sem auctoridade do Conselho de familia, e unicamente no caso de necessidade urgente, ou manifesta utilidade. *Ref. cit. art. 402*.

A disposição da *Ref. Jud. art. 422.*, que deelara a mãe legitima administradora dos bens dos filhos igualmente como o pae, não se conforma nem com a sua fonte, que é o *art. 389. do Cod. Civ. Fr.*, nem com os principios geraes das nossas leis sobre o poder paternal, que concedem este direito sómente ao pae.

Se o pae, privado da administração dos bens do filho por dissipação, perde tambem o usufructo? O auctor do *Dig. Port. 2. art. 568.*, fundado na *Ord. L. 3. tit. 9. §. 4.*, e na auctoridade de Mendes a Castro *ad Leg. Cum oportet Cod. de bonis quae lib. n. 131.*, segue a affirmativa. *Lob. no log. citado segue a negativa*, a qual parece mais razoavel. É uma pena, que se não póde impor sem lei, que a decreta.

c) Em quanto aos bens livres do filho.

§. 307. Os bens, ou fortuna, que o filho ganha pelo seu trabalho, ou industria, não sendo por conta ou mandado do pae, são isentos do poder paternal, assim em quanto ao usufructo, como em quanto á administração: com tanto que esse trabalho ou industria, a) ou fosse exercida fóra da economia e mesa do pae, ainda quando fossem deste os capitaes; b) ou fosse exercida na economia e mesa do pae, mas com capitaes, que não eram delle: nem taes ganhos vem á collação por morte dos paes. *Ord. L. 4. tit. 97. §. 16.*; *Val. de part. cap. 13. n. 181.*, *Lobão a Mell. cit. §. 13. n. 13 e seg* Se trabalhava por conta do pae, os lucros são deste, e devem vir á collação por morte delle.

(*Veja no fim do Tom. 1.º a Nota Q.*)

III. *Em quanto aos actos licítos.*

§. 308 III Os filhos *impuberes* são incapazes de se obrigar por qualquer contracto ou acto, quer judicial, quer extrajudicial; em seu nome obrigam-se os paes como tutores: ainda depois de *puberes*, para esses actos serem válidos, é necessaria a auctorização do pae, ou se este é suspeito, ou interessado, a de um tutor, legalmente nomeado. *Lob Obr. recipr. §. 271., Ord. L. 3. tit. 41. §. 8.* Quer o acto seja válido, quer nullo, o pae não é responsavel pessoalmente pelas obrigações do filho, excepto: a) se o mandou: b) se o auctorizou, dando-lhe um destino qualquer, em quanto aos actos necessarios para satisfazer esse destino, v. g., prepondo-o em uma negociação: c) pela utilidade, que tirou do acto do filho. *Ord. L. 4. tit. 50. §. 3., Cod. da Pr. P. 2. tit. 2. artt. 126. e 127.* Quando os paes não são obrigados, os crédores sómente têm acção até onde chegarem os bens do filho, salvo o usufructo do pae. *Cit. Ord., cit. Lobão §. 273.*

Em direito romano as acções, que ao crédor competem contra os paes pelos contractos dos filhos, são designadas pelos nomes *quod jusu, de in et em verso, institoria* ou *exercitoria*, e *de peculio*, que se acham mindamente descriptas nos titulos respectivos do corpo de direito civil.

Ainda que os contractos do filho pubere sem auctoridade do pae sejam em regra nullos, com tudo pôde haver casos, em que o crédor tenha por elles acção: como quando o filho negociava sem auctoridade do pae, e o crédor ignorava a sua qualidade de filho-familias. *Cit. Cod. da Pr. art. 135.* Provando o crédor, que o emprestimo fôra empregado em proveito do filho, nao só pôde demandar este, mas ainda o pae, supposto que não auctorizasse o contracto. *Cod. das Duas Sicil. art. 287.*

A acção *de peculio* contra o pae dá-se a) pelos bens *adventicios*; salvo porém o usufructo: b) assim como pelos bens, que lhe deu para elle negociar: c) mas pelos bens livres,

como a propriedade e administração está no filho, e pae só poderá ser demandado, quando por alguma causa estiver na posse delles. *Veja. o cit. Lobão §. 273.*

IV. *Em quanto aos actos illicitos.*

§. 309. IV. Os paes, não sendo cúmplices, não são responsaveis pelas obrigações, que resultam dos actos illicitos dos filhos, excepto: a) se os induziram, *Cod. da Pr. P. 2. tit. 2. artt. 139 e 140.*; b) se estando o filho em sua companhia, não preveniram o facto illicito, tendo meios para isso. *Id. art. 142., e Cod. Civ. Fr. art. 1384.* Taes obrigações devem ser satisfeitas em primeiro logar pelos bens livres; na falta destes, pelos adventicios. *Cit. Cod. da Pr. artt. 167. e 203.*

Lobão a *Mell. L. 2. tit. 4. §. 14. n. 3.* segue, que o filho preso por algum crime pôde implorar o officio do juiz, a fim de que o pae lhe assigne, para se livrar, a sua legitima, ou parte della.

Direitos e obrigações da mãe.

§. 310. Ainda que a mãe não compita propriamente o poder paternal, com tudo goza dos direitos, que se deduzem do respeito e obediencia filial; e além disso: 1.º é tutora dos filhos, em quanto o Conselho de familia não nomeia outrem, ou a ella mesma. *Ref. Jud. art. 424.* 2.º Pôde-os substituir *exemplarmente. Ord. L. 4. tit. 87. §. 11.* 3.º Ajuda o marido na educação delles, com direito de os castigar. *Cod. da Pr. P. 2. tit. 2. art. 86.* 4.º É obrigada a criar-os de leite, e a dar-lhes alimentos, como adiante se verá.

Obrigações dos filhos para com seus paes.

§. 311. Os filhos pela natureza mesma devem a seus paes *obediencia* em quanto menores, *respeito e attenção* por toda a vida *Cod. Civ. Fr. art. 371.* Por isso: 1.º não podem demandar seu pae ou mãe, ou avós, nem padraستos ou sogros, sem *venia.* *Ord. L. 3 tit. 9. §§ 1. e 2.* 2.º Não devem ser admittidos a propor acção de injuria, nem a depor, ou advogar em juizo contra os paes, *Lobão Obr. recipr. §§. 436. 444. e 445.*; nem a denuncial-os, ou accusal-os criminalmente. *Ord. L. 4. tit. 88. §§. 6. e 11.* 3.º Devem pedir-lhes o consentimento para os esponsaes, ou matrimonio. *L. de 6 de Out. de 1784 §§. 1. e 4*, e *L. de 19 de Junho de 1775. 4.º* Prestar-lhes alimentos.

Cessação do poder paternal

§. 312. O poder paternal póde terminar: ou *por facto do pae*; ou *por emancipação do filho.* Por facto do pae cessa: 1.º pela morte natural, ou civil deste: 2.º se foi bannido, condemnado a trabalhos publicos, ou prisão de mais de dez annos. *Cod. da Pr. P. 2. tit. 2. artt. 255. e 270.* Se a condemnação for de menos tempo, bem como no caso de demencia ou ausencia, o poder paternal sómente se suspende. *Id. artt. 260 e 261.* 3.º Póde ser delle privado o pae, se de proposito abandona os filhos, sem cuidar da sua educação: 4.º se os tracta com crueldade: 5.º se os induz a máos costumes: 6.º se aceitou legado com a obrigação de os emancipar. *Arouc. Adlegat. ad L. 31. D. de adopt.* Nestes casos compete ao juiz em Conselho de familia dar-lhes tutor, ou fazel-os emancipar, se estiverem nesses termos. *Cit. Cod art 263.*

Quasi todos os codigos modernos contém disposições analogas a estas.

CAPITULO IV.

DA EMANCIPAÇÃO.

O que seja?

§. 313. Ha duas especies de emancipação: a *legal*, que resulta em virtude da disposição da lei; e a *solemne*, ou *expressa*, que é o acto, pelo qual o filho, ou orpham, fica habilitado para administrar sua pessoa e bens, e isento do poder paternal, ou da tutela.

O que aqui se diz a respeito dos filhos, é applicavel aos orphãos, os quaes por isso comprehendemos nesta definição, para evitar repetições.

Da legal

§. 314. A emancipação legal resulta: 1.º do casamento do filho; nem cessa, ainda que o filho viuve na minoridade, *Ord. L. 1. tit. 88. §. 6.*: 2.º da sua maioridade, ou complemento de vinte e cinco annos: 3.º da recepção de ordens sacras, ou sendo Bacharel formado, Licenciado, ou Doutor: 4.º sendo Official do exercito ou marinha, uma vez que tenha vinte e um annos. *Ref. Jud. art. 453.*

(*Veja no fim do Tom. 1.º a Not. R.*)

Da emancipação solemne.

§. 315. As formalidades, que a lei exige na emancipação solemne, são: 1.º que o menor te-

nha vinte annos, sendo varão, ou dezoito, sendo femea: porém se for requerida para o fim de obter matricula commercial, bastam dezoito. *Cod. Comm. art. 5. 2.º* A declaração ou acto do pae, de que ha o filho por emancipado, feito perante o juiz, e lavrado pelo escrivão respectivo. Se é orpham, e tem a mãe por tutora, basta que este acto seja feito por ella; porém se tem tutor estranho, deve ser feito por deliberação do Conselho de familia. *Ref. Jud. artt. 455. e 456. 3.º* O competente Alvará, ou Carta de emancipação, passado pelo juiz respectivo *Id. art. 457.* Vej. as *erratas da Ref.*, e a *Port. de 26 de Junh. de 1843.*

As emancipações antigamente eram da attribuição do Desembargo do Paço. *Ord. L. 1. tit. 3. §. 7.* Depois pelo *Decreto de 18 de Maio de 1832* passaram para os Juizes de Paz, independentes de confirmação de auctoridade superior. Pelo *antigo Cod. Adm. art. 172. §. 3.* passou para os Conselhos de Districto o poder de as conceder, reputando-se as declarações do pae, ou Conselho de familia, como preliminaes para a sua concessão, como declarou a *Port. de 14 de Jan. de 1840.* Revogada aquella disposição do *Cod. Adm. pela Lei de 29 de Out. de 1840*, ficou em vigor a doutrina do *Decr. de 18 de Maio*, ficando porém livre ás partes requerer a confirmação regia. *Port. de 10 de Dez. de 1840.* A *Ref. Jud.* finalmente declarou, que o Alvará sera passado pelo juiz dos órphãos: e pela *Port. do Ministerio da Fazenda de 24 de Maio de 1843* pagam de sello 2\$400 reis.

Nas nossas leis, assim antigas, como modernas, faz-se menção ora de cartas de emancipação, ora de *supplemento de idade*, o que tem dado occasião ás disputas dos praxistas sobre a sua identidade ou differença. Vej. *Mell. L. 2. tit. 5. §§. 23. e 24.*, e o *seu addicionador* Lobão. Já pela *Ord. L. 1. tit. 3. §. 7. e L. 3. tit. 9. §. 3.* ellas eram confundidas. Na citada *Port. de 24 de Maio de 1843* dá-se a entender, que importam o mesmo.

Permittir que a mãe emancipe os filhos sem intervenção do Conselho de familia, doutrina, que o redactor do *Decr. de 18 de Maio* tirou do *Cod. Civ. Fr. art. 477.*, é entre nós uma anomalia. Já que exigiu essa intervenção para se lhe dar a tutela, desviando-se assim do *est. Cod.*, devia ir coherente, exigindo-a tambem neste caso.

Effeitos da emancipação.

§. 316. Pela emancipação o menor não só fica livre nas suas acções, mas tambem toma conta, e pôde dispor de seus bens de qualquer qualidade. Porém em quanto não tiver vinte e cinco annos: 1.º não pôde passar quitação geral ao tutor pela sua administração, sem que as contas sejam examinadas, e approvadas em Conselho de familia com assistencia do curador: 2.º nem alienar bens de raiz, nem ainda arrendal-os por mais de tres annos, sem auctoridade do pae ou mãe, se foram tutores, ou do Conselho de familia, verificada a necessidade urgente de tal contracto; pena de nullidade do acto, e de ficar sem effeito a emancipação. *Ref. Jud. art. 465. e seg*

Se a prohibição destes dois artigos se entende só a respeito do emancipado solemnemente, ou se se estende aos emancipados pela lei, tendo menos de vinte e cinco annos? Os praxistas antigos entendiam, que os devia comprehender a todos, o que parece razoavel. *Gnerr. Tr. 3. L. 5. cap. 9. n. 15.*, *Peg. ad Ord. L. 1. tit. 87. §. 28. n. 6.*

SECÇÃO 4.*

DOS DIREITOS DOS PARENTES.

Fundamento dos direitos dos parentes.

§. 317 A natureza ligou os parentes com um vinculo especial de reciproca afeição, que as leis civis têm sancionado, tomando-o por fundamento de direitos e obrigações efficazes entre uns e outros. Os principaes são o *direito de alimentos*, e o de *successão*, de que passamos a tractar nos Capitulos seguintes.

Nesta Secção comprehendem-se os direitos entre paes e filhos, que lhes são communs com os outros parentes; e nisto differe da antecedente.

CAPITULO I.

DOS ALIMENTOS.

Regra geral sobre os alimentos dos parentes.

§. 318. Os paes e ascendentes são obrigados a alimentar seus filhos e descendentes: e *vice versa*, estes são obrigados a alimentar aquelles: bem como os irmãos são obrigados a alimentar seus irmãos. Este dever nos primeiros nasce da obrigação, que lhes impoz a natureza, de conservar e promover a felicidade daquelles, a quem deram o ser: nos segundos, do principio da reciprocidade e gratidão: e nos irmãos, unicamente do vinculo do sangue. *Ass. de 9 de Abr. de 1772* §§. 1. e 6. A obrigação de alimentar, ordinariamente anda annexa ao direito de successão legitima *Cod. da Pr. P. 2. tit. 3. art. 17.*

A doutrina sobre os alimentos acha-se no direito romano, no *tit. de agnos. et alen. liber.*, unicamente em quanto á obrigação dos paes e ascendentes. A nossa legislação sobre esta materia contém-se no *Ass. de 9 de Abr. de 1772*, que Lobão explicou e commentou nas *Not. a Mell. L. 2. tit. 6. §§. 11. 19. e 25.* Encontra-se igualmente em todos os codigos modernos com pequenas variações.

Cumpre notar, que aqui sómente tractamos dos alimentos legitimos, ou *jure sanguinis*, e não dos devidos por convenção, ou testamento. No citado *Ass.* não se faz menção dos *affins*: porém o *Cod. Civ. Fr. art. 206.* impõe a obrigação de alimentar-se reciprocamente entre os sogros, genro e nora; assim como o *da Pr. P. 2. tit. 3. art. 61.*

O que sejam alimentos.

§. 319. Por alimentos entendem-se, não só as despesas de sustento, vestido, habitação, e tractamento de molestias; a que chamam *naturaes*: mas tambem as da educação, e de um tractamento decente, conforme os teres e qualidade das pessoas; a que chamam *civis*. *Ord. L. 1. tit. 88 §§. 15. e 16., Mell. L. 2. tit. 6. §. 11.*

Os alimentos dos infantes, em quanto nada podem ganhar, chamam-se mais propriamente *criações*.

Alimentos, I. aos filhos: a) na constancia do matrimonio

§. 320. I. Na constancia do matrimonio, a criação e alimentos dos filhos é um dos encargos do casal, que deve ser satisfeito não só pelos bens communs, mas tambem pelos rendimentos do dote, cujo fim não póde ser outro, senão a satisfacção dos encargos do matrimonio. *Ord. L. 4. tit. 99. pr.* Na falta destes, incumbem ao pae, como consequencia do poder paternal. Os bens paraphernaes, e seus rendimentos, se a mulher os reservou para si, só são a isso obrigados na falta de uns e outros. *Lobão a Mell. cit §. 11 n. 3.*

b) Dissolvido o matrimonio.

§. 321. Dissolvido o matrimonio por qualquer causa, a mãe tem obrigação de criar os filhos nos tres primeiros annos, e unicamente de leite; excepto se tiver molestia, que a impossibilite *Cit. Ord. e L. 1. tit. 88. §. 10.* Todas as outras despesas de criações, e alimentos d'ahi por diante, competem ao pae. Porém se o ma-

trimonio se dissolveu pela morte deste, os filhos são alimentados: 1.º pelos bens próprios; e não só pelos rendimentos, mas ainda pelos capitães, se aquelles não chegam: 2.º na falta destes, pela mãe. *Cit. Ord. tit. 99 §. 2* No caso de *separação*, ao juiz compete designar, a qual dos conjuges deve ficar encarregada a criação dos filhos; e marcar a parte, com que cada um deve contribuir para os alimentar. *Voet ad Pand. L. 25. tit. 3. n. 6., Lobão cit. ao § 14*

Direito da mãe de pedir as despesas feitas com os filhos.

§. 322. Do exposto segue-se: que a mãe pôde repetir, ou dos paes; ou, na falta delles, dos filhos⁽⁶⁾, se têm bens próprios, as despesas, que com elles fez além da criação do leite; excepto: a) as despesas extraordinarias, que excedem os alimentos regulares; b) ou as que se presumem feitas com animo de doar, e não de as repetir. *Ord. L. 4. tit. 99. §§. 4. 5. e 6*

Obrigaçào dos paes de dar um estabelecimento aos filhos.

§ 323. Na obrigaçào, que têm os paes, de alimentar, se comprehende a de ministrar a seus filhos, quando se casam, se elles não têm bens próprios, os meios necessarios para o seu estabelecimento, e comprar os utensis indispensaveis para o exercicio de sua profissào; bem como ás filhas o necessario para o principio dos seus arranjos domesticos; regulados em Conselho de familia. Porém se o pae jurar a impossibilidade de os dar, sem grave prejuizo seu e

dos outros filhos, cessa esta pretensào. *Cod. da Pr. artt. 232. 233. 238. e 241.*

É facil achar a justiça, e principio de utilidade publica nestas disposiçõe, que extractámos do *Cod. da Pruss.*, como já tinha feito o sabio auctor do *Dig. Port. 2. art. 102. e seg.* Por ellas fica prejudicada a obrigaçào, que até agora commummente se impunha aos paes, de dotar os filhos, fundada no direito romano.

As leis antigas da republica romana não impunham aos paes obrigaçào de dotar seus filhos: são coherentes com o despotismo paternal, que lhes concediam. Depois pela lei Papia Poppea *de maritandis ordinibus* determinou Augusto, como meio de promover a populaçào, que os paes pueriam ser compellidos a casar suas filhas, se elles injustamente lh'o tolhessem; e como em direito romano não havia *nuptias* sem dote, e as filhas não dotadas ficavam *illocabiles*, os Imperadores Severo e Antonino, ampliando a disposiçào da lei Papia, impozeram explicitamente aos paes a obrigaçào de as dotar. *Hein. ad L. Pap. Popp. L. 1. cap. 2. no Tom. 3.* Aquella disposiçào acha-se inserida no *Dig. na L. 19. de rit. nupt.*, e repetida na *L. ult. Cod. de dot. promiss.* = *paternum esse officium, dotem pro sua dare progenie.* = Pelo crédito do direito romano foi adoptada por muitas nações, como fundada em justiça e entre nós geralmente pelos nossos praxistas. Modernamente o *Cod. da Pr.* estabeleceu as disposiçõe, que ficam expostas no texto; e o *Cod. Civ. Fr. art. 204.* negou absolutamente aos filhos acçào para pedir aos paes cousa alguma a titulo de dote, ou de estabelecimento, salvos porém os alimentos.

Parece-nos razoavel seguir aquella disposiçào, abandonando o direito romano, que nos termos da *Lei de 18 de Agosto de 1769* não pôde ser subsidiario neste caso: 1.º por ser fundado no principio de que os paes são obrigados a casar as filhas, e de que não pôde haver *nuptias* sem dote, quando pelos nossos costumes é o contrario: 2.º porque na practica a acçào de dote nunca, ou raras vezes se acha usada, como attesta o mesmo *Lobão no log cit. n. 2.*, supposto que no *Cod da Sard. art. 117.* e no *da Austr. art. 1220.* se encontra ainda a obrigaçào de dotar as filhas pobres.

c) *Aos outros descendentes.*

§. 324 Na falta do pae e mãe, a obrigaçào de alimentar os netos passa para os avós

paternos, ou maternos, que melhores meios tiverem de os satisfazer: e na falta destes, igualmente para os outros ascendentes mais proximos em gráo, que succederiam aos alimentados. *Cit. Ass.*

A opinião de Mello *L. 2. tit. 6. §. 15.*, que impõe aos avós paternos a obrigação de alimentar os netos, primeiro do que á mãe, fundada no direito romano, repugna ao *Ass. de Ord. O Cod. da Sard. art. 116.* impõe esta obrigação aos avós paternos, com preferencia aos maternos.

d) *Aos illegítimos*

§. 325. Este mesmo direito aos alimentos e nos mesmos termos compete aos filhos e descendentes bastardos, ou sejam naturaes, ou espúrios, habilitando-se com carta de perfilhação, ou sentença. *Cit. Ord. §. 1.* Mas quando a respeito destes a successão compete aos avós maternos com preferencia aos paternos, também áquelles incumbe primeiro a obrigação de os alimentar. *Cit. Ass, Dig. Port. 2. art. 517.*

II *Aos ascendentes.*

§. 326. II. Os filhos e mais descendentes são obrigados a alimentar os ascendentes nos mesmos termos, que para estes ficam expostos; porque a obrigação dos alimentos é reciproca. *Cit. Ass. §. 4.* Esta obrigação: a) regula-se conforme o direito de successão. b) Sendo muitos neste caso igualmente obrigados, o juiz pôde designar o mais idoneo, que os preste, com regresso contra os outros pela sua quota respectiva. *Moraes de execut. L. 6. cap. 7. n. 60.*

No concurso de paes e filhos igualmente ricos, a obrigação de alimentar incumbe em primeiro logar aos paes, por se fundar na existencia, que lhes deram. *Dig. Port. 2. art. 552.*

Outros seguem o contrario: reputam a obrigação do filho mais sagrada e conforme a regra da successão.

III. *Aos irmãos e collateraes.*

§. 327. III Na falta dos ascendentes e descendentes, a obrigação dos alimentos passa para os irmãos legítimos; e na sua falta, para os illegítimos, em razão da intimidade e relações de sangue, que os ligam. *Cit. Ass. §. 6.* Não passa porém para os outros transversaes mais remotos: excepto no caso de que tenham succedido em bens do avô, ou ascendente já em sua vida condemnado a prestal-os ao alimentado. *Id. §. 8.*

Em alguns dos codigos modernos impõe-se esta obrigação aos irmãos unicamente no caso d'o alimentado ser incapaz de se sustentar pelo seu trabalho.

Cessação dos alimentos: a) por diferentes causas

§. 328. A obrigação dos alimentos cessa: 1.º se o alimentario apenas tem o sufficiente para a sua subsistencia. 2.º Se o alimentado tem bens, ou occupação, de que possa subsistir conforme a sua condição. *Cit. Ass. §. 2. 3.º* Não cessa porém porque o filho esteja emancipado, ou tivesse já recebido a sua legitima. *Id. §. 1. 4.º* O alimentario, que se offerece a receber em sua casa o filho, ou alimentado, fica desobrigado de outros alimentos, se este não tiver causa justa para rejeitar. *Cod. Civ. Fr. artt. 210. e 211. Cod da Sard. art. 124.* A mulher casada não pôde pedir alimentos aos parentes, se o marido tem meios para isso, e *vice versa* o marido a respeito da mulher, por

serem os soccorros mutua obrigação do matrimonio. Lobão a Mell. L. 2. tit. 7. §. 3. , Cod. da Sard. art. 128.

Este Assento no §. 1. indica como termo dos alimentos aos filhos a idade de os poderem ganhar, uma vez que não sejam inertes; e no §. 2. a circumstancia de terem effectivamente bens, ou occupação, de que possam viver. Lobão a Mell. L. 2. tit. 6. §. 19. n. 11. entende que aquella circumstancia de poder trabalhar deve ser motivo não para negar inteiramente, mas para diminuir os alimentos. O Cod. da Bav. denega os alimentos áquelle, que cáe em indigencia por preguiça, ou por culpa sua.

A viuva, que ficou pobre pelo fallecimento do marido, terá acção de alimentos contra os herdeiros deste? Os praxistas, fundados na L. 1. §. 7. Cod. de rei uxor. act. , seguem, que os herdeiros do marido devem alimentos á viuva no anno do lucto, por isso que só no fim do anno ordinariamente fazem a entrega do dote; mas em quanto ao tempo posterior, não são concordados. Gam. na Dec. 62. sustenta a affirmativa, ainda que confessa ter-se julgado em contrario. A obrigação de alimentar, que os codigos modernos reciprocamente impõem aos sogros, genros e noras, resolve algumas destas difficuldades: mas ainda fóra destes casos é duro que a viuva de um homem rico, que foi sua companheira nos trabalhos ordinarios da vida, fique depois da sua morte na miseria, excluida da successão e dos alimentos. Em direito romano Nov. 117. cap. 5. a viuva pobre tinha na successão do marido uma legitima. Em alguns dos codigos modernos concede-se-lhe o usufructo de uma parte dos bens do marido. Entre nós, nas casas nobres, as viuvias têm os apanagios; em outras terão a sua meação; mas podem apparecer casos, em que pouco, ou nada tenham; e então é necessario attende-las.

b) Em pena.

§. 329 Cessa a obrigação dos alimentos em pena: 5.º se o alimentado commetteu contra o obrigado a dar-lh'os ingratidão daquellas, por que pôde ser desherdado. 6.º Se os filhos ou descendentes desertaram da casa paterna, a não ser por uma causa justa, como serviço militar, ou seguimento dos estudos com aproveitamento, ou evitar máos tractos, e faltaram aos
paes

paes com os obsequios e attenções devidas. Cit. Ass , Lobão cit. n. 14. , Surd. de alim. tit. 4. quaest. 14. n. 25. 7.º Se os filhos legitimos, em quanto menores, ou os illegitimos, qualquer que fosse a sua idade, casaram sem o consentimento dos paes, ou supprimento judicial Cit. Ass §§. 2. e 3. , e Lobão cit. n. 21. 8.º Se os irmãos sem justa causa se retiraram da casa dos irmãos, a quem os pedem, ou casaram sem consentimento dos paes communs, ou, em quanto aos illegitimos, sem consentimento dos mesmos irmãos. Cit. Ass §§. 6. e 7.

Taxa dos alimentos.

§. 330 Os alimentos devem ser arbitrados em Conselho de familia: 1.º com attenção aos teres de quem os presta e ás necessidades e qualidade do alimentado, Ref. Jud. art. 401. , Lobão Obrig. recipr §. 31. e seg ; 2.º annual, ou mensalmente, em dinheiro ou generos, ou adiantados, conforme as circumstancias 3.º Devem arbitrar-se mais pingues aos filhos legitimos, do que aos illegitimos. Mell L. 2. tit 6. §. 17. not. 4.º Podem ser augmentados, ou diminuidos na razão progressiva da necessidade de um e rendimentos do outro. Cod. Civ. Fr. art. 209.

Assim como o Conselho de familia regula os alimentos aos órphãos, parece ser tambem o mais proprio para os regular entre os parentes.

Dos alimentos provisionaes

§. 331. A acção de alimentos é ordinaria: porém como pôde ser retardada pela sua mesma natureza, ou por ser quasi sempre connexa

com a de filiação, a de separação e outras, e o alimentado ficaria entretanto reduzido á ultima miseria e sem meios de sustentar o litigio: pôde elle pedir, ou logo no principio da causa principal, ou pelo decurso della, alimentos provisionaes e *ad litem*. Lobão *Acq. Summ.* §. 391. *not.*, Castilho *cap.* 4. n. 10.

Processo destes.

§. 332 A acção de alimentos provisionaes é summaria, não precisa conciliação, nem vai ao jurado; mas as provas e debates são publicos. *Ref. Jud. artt.* 201. e 281. Para o auctor obter, basta provar: 1.º pobreza e impossibilidade de se alimentar; 2.º presumpção de justiça na causa principal. Lobão *cit.* §§. 233., 236. e *seg.* A appellação não tem effeito suspensivo, nem o alimentado é neste caso obrigado a prestar caução. Lobão *Obrig. recipr.* §§. 35. e 36., *Ref. Jud. art.* 681. §§. 8. e 10.

Na acção de alimentos ou se pedem os *preteritos*, e nestes só tem logar a acção ordinaria; ou os *futuros ordinarios*; ou os *provisionaes*. A *Ref. Jud.* no art. 681. §. 8. estabelece esta ultima distincção; mas a respeito do processo de uns e outros veio augmentar a antiga duvida, em que estavamos, já notada por Lobão *Acq. Summ.* §§. 389. e 391.; pois tendo no art. 281. enumerado entre as causas summarias unicamente a dos provisionaes, não os exceptua da regra geral de que a appellação será sempre recebida em ambos os effeitos, que estabelece no §. 5. do mesmo art. No art. 681. falo dos alimentos *futuros ordinarios*, determinando, que a appellação só tenha effeito suspensivo em ametade dos julgados. Porém da clausula, que accrescenta — *não tendo não arbitrados os provisionaes* — parece poder concluir-se, que quiz conservar a estes o favor, de que gozavam pela lei e practica antiga: e na verdade, se ao auctor, que pede os *ordinarios*, se concede ametade, não obstante a appellação; pela mesma ou maior razão se lhe deve conceder o total dos *provisionaes*.

CAPITULO II.

DA SUCCESSÃO LEGITIMA.

Noção de successão e suas especies.

§. 333. A palavra successão toma-se em dois sentidos No *sentido objectivo* significa a universalidade, ou massa dos bens, que ficaram de um defuncto com seus encargos; no *sentido subjectivo* significa o direito, que tem uma pessoa, a receber esses bens. A palavra *herança* toma-se muitas vezes como synonyma de successão; porém estrictamente a *herança* sómente comprehende os bens chamados *allodiaes*, ou *partiveis*. Assim um vinculo não se comprehende na herança, e pôde comprehender-se na successão; nem a pessoa, para quem elle passa, se diz *herdeiro* Quando o direito de succeder provém de testamento, ou disposição do defuncto, diz-se *successão testamentaria*; quando provém da determinação da lei, diz-se *legitima* ou *ab intestato*. Aqui tractamos desta ultima; da outra falaremos no tractado dos testamentos.

Cumpra estar prevenido de que na jurisprudencia a palavra *successor* nem sempre significa aquelle, que succede a um defuncto; muitas vezes toma-se em sentido mais lato para significar aquelle, para quem passam os direitos de outrem, ou fosse por titulo de ultima vontade, ou *inter vivos*, e universal ou singular. Assim dizemos, que o comprador de um predio *succede* na obrigação de satisfazer os encargos reaes nelle impostos.

Fundamento da successão legitima.

§. 334. Quando o defuncto em sua vida não dispoz, ou a disposição fica sem effeito,

os seus bens não podiam ficar *pro derelicto* sem graves inconvenientes. As leis chamam então a succeder nelles aquellas pessoas, que estavam mais proximamente ligadas ao defuncto pelos vinculos do parentesco; ou seja com o fim de promover a vantagem das familias, as quaes por isso mesmo que constituem sociedades elementares, tão importantes pela sua natureza, como pela sua influencia na ordem civil, têm um motivo de preferencia; ou seja pela presumpção da vontade do defuncto, deduzida do amor, que os homens naturalmente têm aos seus parentes.

Ordem da successão.

§ 335. Em consequencia aos parentes por consanguinidade do defuncto compete o direito de succeder na seguinte ordem: I. aos descendentes; II. na falta destes, aos ascendentes; III. na falta de uns e outros, aos collateraes; IV. na falta de todos, ao conjuge sobrevivivo; V. finalmente ao Estado ou Thesouro Nacional *Ord. L. 4. tit. 94. e 96. pr., L. 1. tit. 90. §. 1., Nov. 118.*

À successão não são chamados os affins. *L. 7. Cod. comm. de success.*

Os principios sobre a successão legitima por direito romano antigo, e por tanto pela jurisprudencia do Digesto, eram mui diferentes dos posteriores, e mui embaraçados; cuja exposição por isso aqui omitimos. Porém Justiniano na *Nov. 118.* estabeleceu as tres ordens de successão dos descendentes, dos ascendentes, e dos collateraes, as quaes têm sido adoptadas como base desta doutrina por todas as legislações posteriores com mais ou menos modificações.

Entre nós não ha lei antiga, nem moderna, que desinvolva este artigo com a importancia, que elle requer; e os costumes, attesados pela tradição dos praxistas, onde vamos beber estas doutrinas, assemelham-se mais ás disposições do *Cod.*

Wisigothico L. 4. tit. 8., do que ás do direito romano, ainda que mui alteradas. Os codigos modernos todos combinam em chamar em primeiro logar os descendentes; porém em quanto aos ascendentes e collateraes, contém muitas variações, que não é possível expor aqui.

Da representação.

§. 336. Na successão dos descendentes muitas vezes se dá a *representação*, que é uma ficção da lei, pela qual os filhos, ou descendentes de uma pessoa predefuncta tomam o logar, ou grão dessa pessoa; e por conseguinte obtêm os mesmos direitos, de que ella gozaria, se vivesse ao tempo da morte daquelle, a quem succede. *Cod. Civ. Fr. art. 739. 1.º* Só tem logar no caso de morte natural ou civil da pessoa anterior; e por isso: *a)* se ella renunciou á successão, não compete ao filho, ou descendente o direito da representação, *cit. Cod. art. 787*; *b)* bem como se ella não succedeu por indigna ou desherdada; ainda que em qualquer destes casos o filho pôde succeder por direito proprio. *Id. art. 730. 2.º* A representação não depende da qualidade de herdeiros; e por isso bem podem os filhos renunciar a herança de seu pae, ou mãe, e succeder depois ao avô, sem por isso ficarem obrigados ás dividas daquelles. *Guerr. Tr. 2. L. 4. cap. 6. n. 21. e seg.*

Cumpra notar a differença entre — vir a uma successão por *direito de transmissão* — ou por *direito de representação*. O effeito de um e outro é ter em uma successão a parte, que tocaria a uma pessoa predefuncta — mas a differença consiste em que tem logar a *representação*, quando essa pessoa morreu antes da abertura da successão; e a *transmissão*, quando ella morreu depois. Ainda que esta não sobrevivesse, senão um instante, á pessoa, de cuja successão se tracta, ainda que ignorasse a morte della, presume-se ter colhido a successão, e tê-la por tanto transmittido a seus herdeiros.

Daqui resultam as differenças seguintes: 1.º Pôde-se re-

presentar uma pessoa, tendo renunciado á sua successão, porque a representação parte da lei, e não da qualidade de herdeiro, mas não se pôde succeder por *transmissão*, senão sendo herdeiro, porque é necessario que a successão fosse colhida por aquelle, que a transmite, e faça parte da sua successão pessoal. 2.º A representação só tem logar na linha recta descendente, e na collateral a respeito dos filhos de irmãos; pelo contrario a transmissão tem logar em qualquer linha, ou gráo, em que se achem os herdeiros. 3.º A representação só aproveita aos descendentes do individuo representado; a transmissão a todos e quaesquer herdeiros, legatarios, donatarios, e até crédores d'aquelle, que transmite.

Estas differenças têm resultados mui importantes, principalmente no caso das heranças oneradas com dividas, e no caso d'a pessoa representada, ou que transmite, ter feito testamento para regular a successão.

Modo de succeder.

§. 337. Os herdeiros, quando concorrem muitos, 1.º ou succedem *in capita*, isto é, dividindo-se a herança em tantas partes, quantos são os herdeiros actuaes; 2.º ou *in stirpes*, isto é, formando ramos conforme os ascendentes predefunctos, em cujo logar succedem, e distribuindo em cada um dos ramos a parte, que tocaria a esse predefuncto; 3.º ou finalmente *por linhas*, o que sómente tem logar na successão dos ascendentes, quando no mesmo gráo concorrem os paternos e maternos. §. 6. *Inst. de haered. quae ab intest.*

I. *Successão dos descendentes: a) legitimos.*

§. 338. I Os filhos e descendentes legitimos: 1.º são os primeiros chamados á successão com exclusão de todos os outros parentes, e isto sem distincção de leito, sexo, ou primogenitura, e em qualquer gráo que se achem,

com tanto que na mesma linha ninguem os preceda. *Ord. L. 4. tit. 96. pr., Nov. 118. cap. 1. 2.º* Nestes tem logar a representação *in infinitum*. 3.º Os filhos succedem *in capita*; porém os outros descendentes mais remotos succedem *in stirpes*, ou concorram com os filhos, ou só. *Mell. L. 3 tit. 8. §. 5. not., §§. 6. e 16. Inst. de haered. quae ab intest.*

Assim, se concorrem filhos e netos, estes recebem, para subdividir, a parte, que tocaria a seu pae predefuncto. Da mesma fórma, se concorrem netos e bisnetos, os primeiros recebem a parte, que tocaria ao filho, que representam, e os segundos, a que competiria ao neto. — Os legitimados *per subsequens* são equiparados aos legitimos.

b) *Dos naturaes.*

§. 339. Os filhos naturaes: 1.º succedem ao pae, e por tanto aos outros ascendentes por parte deste, excepto se o pae for nobre. *Ord. L. 4. tit. 92.* 2.º Se ha filhos legitimos, concorrem igualmente com elles *Cit. Ord.* 3.º Da mesma fórma succedem ás mães, quer nobres, quer plebeias. *Guerr. Tr. 2. L. 1. cap. 3 n. 113.* Para este effeito é indifferente que se habilitem com perfilhação, ou com sentença de filiação.

A distincção entre os filhos naturaes dos nobres e dos plebeus, para o effeito da successão, e hoje odiosa, e talvez difficil de compadecer-se com os principios constitucionaes; muito mais, não se podendo atinar com a razão, que a lei teve para a estabelecer, sobre o que veja-se Cordeir, *Subst.* 18, e menos marcar precisamente a differença entre nobres e plebeus. *Lob. a Mell. L. 2 tit. 3. §. 15.* Mas porque a lei é expressa, é necessario respeitá-la. Supponhamos que um irmão natural pede a outro legitimo ametade da herança do pae commum, cuja nobreza não pôde ser contestada, v. g., de um titular: parece-nos que se lhe não poderia deferir, sem offender a lei. Entendemos que a extincção dos privilegios, e a igualdade perante a lei, proclamadas na *Carta*, não se devem applicar neste caso, em quanto explicitamente não for determinado.

se a distincção da Ordenação se deve applicar tambem ás mães? Disputam os praxistas. Portug. *de donat* L. 3. *cap.* 18. n. 84, e Mell. L. 3. *tit.* 8. §. 13. seguem, que os naturaes sómente succedem á mãe nobre na falta dos legitimos; porém Guerr. e outros sustentam, que ainda concurrendo com estes; aos quaes seguimos, visto que a lei só fala do pae.

O *Cod. da Sard.* art. 949. exclue os filhos naturaes do concurso com os legitimos, excepto se forem legitimados em virtude de rescripto do Rei: com outros parentes succedem em certa porção da herança. Pelos codigos de Allemanha os filhos naturaes sómente succedem á mãe, mas não ao pae, excepto se na falta de herdeiro legitimo forem expressamente legitimados com essa clausula. *Cod. da Austr.* art. 754. O *Civ. Fr.* art. 757. e seg. cefere-lhes tambem nma pequena porção da herança.

c) *Dos espurios aa) em geral.*

§. 340. Os filhos *espurios*, ou de coito damnado, em regra não succedem a pae nem mãe, *Ord. L. 4. tit.* 93, Lobão a *Mell. L. 3. tit.* 8 §. 13. n. 2. Porém. 1.º o filho de mulher solteira e homem casado succede á mãe e aos parentes desta, por não ser este coito punivel a respeito della. *Peg. For.* 6. *cap.* 128. n. 12., *Val. Cons.* 29. n. 10. 2.º Os filhos de coito damnado, ainda que não succedam á mãe, succedem aos avós maternos, e a todos os parentes por parte della. por serem comprehendidos na *cit. Ord. L. 4. tit.* 93. *vers. E assi poderão*, *Port. de donat. P.* 3. *cap.* 18. *nn.* 86. e 87., *cit.* Lobão §. 5. n. 2. 3.º Pela mesma razão os netos legitimos, filhos de filha de coito damnado, succedem aos avós e parentes maternos. *Cit.* Lob., *Guerr. Quaest. For.* 93. n. 26. Como o direito da successão nestas especies é fundado na lei, ou ao menos no costume, basta que os filhos se habilitem com sentença.

Os filhos de clerigo não succedem a pae nem mãe, porque a *Ord.* faz destes expressa menção, ainda que tal coito possa não ser qualificado de crime. *Gam. Dec.* 136.

bb) *Dos espurios perfilhados.*

§. 341. Porém os filhos *espurios*, se forem perfilhados por alvará, podem succeder a seu pae assim por testamento, como *ab intestato*, uma vez que deste não fiquem herdeiros necessarios, descendentes, ou ascendentes. *Lob. a Mell. L. 2. tit.* 5. §. 17. *nn.* 6. e 12., *Peg. ad Ord. L. 1. tit.* 3. §. 1. n. 69., *Gam. Dec.* 273. n. 4. Por tanto concurrendo *naturaes* com *espurios*, preferem os primeiros. *Guerr. Tr.* 2 L. 1. cap.* 5. n. 43. Não succedem porém, ainda mesmo neste caso, aos avós, ou parentes do pae, porque a perfilhação lhes não confere os direitos de familia, e a *Ord. do tit.* 93. sómente fala dos parentes da mãe. *Guerr. cit. n.* 59. Quaesquer clausulas sobre successão, insertas no alvará de perfilhação, não dão nem tiram direito aos perfilhados. *Port do 1.º de Junh. de* 1838.

Como os alvarás de perfilhação antigamente tinham força de lei, observavam-se as clausulas nelles insertas, as quaes muitas vezes habilitavam o filho para succeder especialmente em certo caso, v. g., nos vinculos, da herança dos parentes. A esta practica allude a *Ord. L. 4. tit.* 36. §. 4. nas palavras = *sendo legitimado per nós em fórma que possa succeder ab intestato.* =

Porém hoje que a *Port. do 1.º de Junh.* declara estas clausulas inuteis, que effectos se hão de attribuir ás perfilhações? Entendemos que sómente se lhes devem conceder aquelles, que se podem deduzir ou das leis, ou ao menos da opinião constante dos praxistas. A formula commum dos alvarás continha = *não é minha tenção per esta ser feito prejuizo a alguns herdeiros lidimos, se os houver.* — Estas palavras — *herdeiros lidimos* — entendem os praxistas não se referirem aos irmãos, nem aos outros collateraes; e daqui deduzem elles a regra de que os perfilhados sómente succedem na falta dos herdeiros necessarios. É esta a opinião de *Lob.*, e dos outros citados no §., ainda que *Mell.* no logar tambem citado julga que elles são preferidos até pelos collateraes: mas

na verdade os praxistas, a que elle se refere, não o dizem. Vej. o que deixamos dito na nota ao §. 300.

Não pôde duvidar-se que a perfilhação do filho natural do pae nobre produza os mesmos effeitos, que a dos espurios. Mas habitual-o-ha para preferir ou concorrer com os herdeiros necessarios? Pareçe-nos que não porque é expressa a lei em contrario, que o alvará de perfilhação não pôde derogar.

II. Successão dos ascendentes.

§. 342. II. Na falta dos descendentes, a successão devolve-se á classe dos ascendentes. *Ord. L. 4. tit. 96. pr. 1.º* Nesta classe, o mais proximo em gráo exclue o mais remoto: por tanto, se sómente vive um dos paes, este colhe toda a herança, ainda que sejam vivos os avós por parte do outro; se vivem ambos separados, cada um colhe ametade *Cit. Ord. 2.º* Se no mesmo gráo concorrem ascendentes das duas linhas, a herança divide-se por igual para cada uma, quer nella exista um só dos avós, quer ambos. *Nov. 118. cap. 2., Perez. in Cod. L. 6. tit. 56. n. 6. 3.º* Os ascendentes succedem aos descendentes illegítimos nos mesmos casos, em que estes lhes succederiam, porque o direito de successão é reciproco *Lobão a Mell. L. 3. tit. 8. §. 15. n. 19. 4.º* O pae ou mãe binuba não succede na propriedade dos bens do filho do primeiro matrimonio, que este houve do pae ou mãe defuncta, ou por parte delles, se restam vivos irmãos desse primeiro leito: sómente lhe compete o usufructo. *Ord. L. 4. tit. 91 §§. 2. e 4., Lob. cit. n. 1. e seg.*

Por direito romano na segunda ordem da successão juntamente com os ascendentes eram chamados os irmãos e os filhos destes, se os havia, a uma parte da herança, que variava segundo as circumstancias. *Nov. 118. capp. 2. e 3.* Em todos os codigos modernos, sem exceptuar o *Fr. art. 748.*, se encontra este principio do direito romano, com algumas varia-

ções. A nossa regra de que são excluidos os collateraes, em quanto houver ascendentes, acha-se no *Cod. Wisigot. L. 4. tit. 2. Lei 3.*

III. Successão dos collateraes.

§. 343. III. Na falta dos descendentes e ascendentes, succedem os collateraes pela seguinte ordem: 1.º os irmãos e irmãs germanos, e os filhos dos predefunctos, pelo direito de representação. *Nov. 118. cap. 3., e Guerr. Tr. 2. L. 4. cap. 1. nn. 2. e 39. 2.º* Na falta dos germanos, succedem pela mesma fórma os irmãos unilateraes, ou seus filhos, *cit. Guerr. cap. 2 nn. 1. e 3. 3.º* Na falta de irmãos e sobrinhos, succedem os parentes mais proximos em gráo com o defuncto, ou seja um, ou muitos, sem differença de sexo e idade, ou linha. *Nov. 118. cap. 4., cit. Guerr. cap. 7 n. 75. 4.º* Os irmãos uterinos, e os outros parentes por parte da mãe, succedem aos irmãos illegítimos, ainda que sejam de coito damnado. *Ord. L. 4. tit. 93. 5.º* O direito de representação não aproveita, senão aos sobrinhos, filhos de irmão, ou irmã do defuncto; e por isso os thios do defuncto, ainda que estejam no mesmo gráo, são excluidos pelos sobrinhos do mesmo, mas não pelos filhos dos sobrinhos *Cit. Guerr. cap. 1. n. 40 6.º* Os sobrinhos, que succedem pelo direito de representação, quer concorram com os thios, quer sós, succedem *in stirpes*; todos os outros *in capita*. *Mell. L. 3. tit. 8 §. 17., Peg. T. 7. ad Ord. L. 1. tit. 87. §. 4. n. 69.*

Lobão na Dissertação, que anda em *Supplemento ao Tratado dos Morgados*, pretendeu sustentar a opinião de que os sobrinhos, concorrendo sós e sem thio, devem succeder *in capita*; mas é talvez o unico de todos os nossos praxistas, que o sustenta, porque, como elle mesmo confessa, a practica tem sido sempre em contrario. O *Cod. Civ. Fr. art. 742.* estabelece

a mesma regra, que entre nós se usa: porém muitos dos outros códigos seguem a de Lobão. Vej. a *cit. Diss.*

Se os naturaes, filhos da plebeu, succedem aos collateraes paternos? *Cord. Dubit* 11., *Gam. Dec.* 3., e outros seguem a affirmativa, á qual nos inclinamos ter visto arestos neste sentido, assevera Lobão a *Mell. L. 3. tit. 8. §. 17. n. 3.* Porém outros seguem a negativa, entre os quaes o A. do *Dig. Port. 2. art. 879.*

Parentes excluidos da successão

§. 344. São excluidos da successão: 1.º o religioso ou religiosa professos, *L. de 9 de Set. de 1769 § 10*; ainda que seja egresso, ou secularizado. *L. de 30 de Abr. de 1835 art. 2. 2.º* O morto civilmente *Ord. L. 4. tit. 81. §. 6., Cod. Civ Fr art 25. 3.º* O solemnemente desherdado. *Ord. L. 4. tit. 82. §. 2. 4.º* O julgado indigno; e tal póde ser: a) aquelle, que por força ou fraude estorvou o defuncto de dispor de seus bens, ou de revogar, ou alterar a disposição já feita, *Ord. L. 4. tit. 84: b)* aquelle, que for condemnado por ter morto, ou concurrido para a morte do defuncto, ou da pessoa, que lhe deveria succeder, *L. 3. D. de his, quae ut indign., Portug. de donat. cap. 31. n. 9.*; c) aquelle, que accusou o defuncto de crime capital, que foi julgado calumnioso. O pae, ou mãe, ou ascendente, que pelo fallecimento do outro conjugue não fizer inventario dentro em dois mezes a bem dos filhos, ou descendentes, fica inhibido de lhes succeder, *Ord. L. 1. tit. 88. §. 8*; sendo-lhe porém esta pena imposta por sentença. *Ass. de 20 de Julh. de 1780.*

Para succeder, é necessario estar ao menos concebido ao tempo da morte do defuncto, e nascer capaz de viver.

Em direito romano no *tit do Dig. de his, quae ut indign.* acham-se enumeradas as pessoas, reputadas indignas para a successão assim *ab intestato*, como por testamento. Nas nossas leis não se encontra outro caso expresso, senão o da *Ord. L. 4*

tit. 84.: porém os praxistas, principalmente *Port. de donat. cap. 31.*, e *Lobão Acq. Summ.* desde o §. 185. indicam muitos outros, tirados, pela maior parte, do direito romano, alguns dos quaes se acham tambem nos códigos modernos. Assim o *cit. Cod. Civ. Fr.* declara indigno o herdeiro maior, que, sabendo, não denunciar a morte violenta do defuncto, excepto se for ascendente ou descendente, esposo, ou collateral proximo do matador; especie, que abandonamos, por lermos em *Port. cit. n. 8.* que estava em desuso.

Cumpra advertir, que antigamente por esta *Ord. do tit. 84.*, e *L. 2. tit. 26. §. 19.* no caso de indignidade as heranças passavam para o fisco. A *Ord. do tit. 20.* está revogada pelo *Decreto de 13 de Ag. de 1832*; e além disto, estando pela *Carta abolida* a pena de confisco, entendemos, que estas disposições não devem hoje ter uso. Era este já o voto de *Mell. L. 4. tit. 2. §. 13. not.*, e dos *JCTos allemães, Heinecc. Pandect. P. 5. tit. 9., §. 199. obs.*; e está adoptado pelo *Cod. Civ. Fr.*, e por muitos dos que o tomaram por modelo.

Por tanto vem a ser quasi inutil a este respeito a distincção entre *incapazes* e *indignos*, que tanto deu que fazer aos citados *Portug. e Lobão.*

IV. Successão dos conjuges.

§. 345. IV. Se do defuncto não restam parentes até o decimo grão, contado por direito civil, é chamado á successão o conjugue sobrevivente, *Ord. L. 4. tit. 94.*; excepto no caso de separação perpetua, se foi este o culpado, que lhe deu causa. *Mell. L. 3. tit. 8. §. 18.*

V. Successão do Theouro, ou herança vaga.

§. 346. V. Finalmente na falta de parentes, e do conjugue a herança fica vaga, e devolve-se ao Estado. *Ord. L. 1. tit. 90. §. 1.* Ao juiz dos órphãos do logar compete pô-la em arrecadação, fazer inventario, e nomear-lhe curador, como bens de ausentes, dando parte ao Ministerio Publico, para este promover os termos legaes. *Ref Jud. art. 392.* Segue-se depois avisar os parentes, a quem possa competir a successão, por meio de editaes, ou annuncios nos periodicos,

fazendo remetter estes á patria do defuncto, se for differente. Não comparecendo elles, ou não se habilitando, preparado o processo com todas as informações, e resposta do Ministerio Publico, profere-se a sentença, que a declara vaga e devoluta ao estado. *Lob. Acq. Summ.* §. 157. O juiz faz então vender os bens em hasta publica com as solemnidades legais, e recolher o producto ao deposito, ou arca, nos termos da *Ref Jud art. 409.*, dando parte ao Governador Civil, para este o participar ao Thesouro.

O juiz admite os crédores a demandar os seus créditos: mas para pagar, deve deprecar alvará, ou portaria do Thesouro para esse fim, *Portaria do Thesouro de 22 de Julh. de 1839*: assim como para entregar os bens aos herdeiros, se elles sómente se habilitam depois da sentença, que julgou vaga a herança. *Alv. de 26 de Agosto de 1801.*

CAPITULO III.

DOs HERDEIROS NECESSARIOS.

O que sejam herdeiros necessarios?

§. 347. D'entre os parentes ha uns, que o defuncto podia arbitrariamente excluir da successão, e que sómente succedem, quando elle não dispoz de outra fórma: porém outros ha, que pela lei têm tal direito a uma porção da herança, a que chamamos *legitima*, que o defuncto os não póde della privar, senão por meio de desherdação solemne, e que por isso podem fazer annullar toda a disposição, em que ella tenha sido offendida. A estes chamamos *herdeiros necessarios*, ou *legitimarios*: e taes são os descendentes e ascendentes, *legitimos*; e ainda os il-

legitimos, quando são immediatamente chamados á successão pela lei. A simples perfilhacão não dá direito a succeder necessariamente: e por isso os perfilhados não podem querelar o testamento, ou disposições dos paes ou parentes, ainda que sejam preteridos. *Carvalh de testam. P. 1. n. 533*, *Val. Cons. 94. e 165. n. 7.*

Cumpre não confundir os nossos *herdeiros necessarios* com os *haeredes necessarij* dos Romanos: os quaes eram aquelles, que, uma vez instituidos, não podiam deixar de aceitar a herança; eram os escravos e os filhos-familias, instituidos pelos seus senhores ou paes. *L. 12. D. de condit. instit., L. 15. e 16. D. de adquir. vel omitt. haered.* Não contamos os irmãos entre os herdeiros necessarios, como são em direito romano, porque entre nós não se lhes deve legitima, nem precisam ser desherdados para serem excluidos da successão.

Fundamento da legitima.

§. 348. As leis civis, seguindo os sentimentos da natureza; reputando talvez os bens antes patrimonio da familia, do que de cada individuo; e querendo sancionar os officios, que o amor, o sangue e a gratidão impõem aos ascendentes e aos descendentes, uns a respeito dos outros; não só lhes deferem reciprocamente as heranças, mas nem admittem disposição em contrario, senão em pena de ter o herdeiro da sua parte transgredido antes esses mesmos officios. Porém, não querendo privar estas pessoas dos meios de exercer a sua liberalidade, e de satisfazer as suas affeições, ou votos especiaes, deixam-lhes a liberdade de disporem arbitrariamente da terça. *Vej. o Cod. Wisig. L. 4. tit. 5. Lei 1.*

Nas nossas leis patrias não apparece fixada esta doutrina sobre legitima, como a sua importancia exige: ficamos abandonados ás opiniões dos interpretes e dos praxistas. *Vejam-se*

os que citamos pelo decurso deste Capitulo, e principalmente Lobão *Suppl. ás Acç. Summ. Diss.* 5.^a e 6.^a

Por direito romano *Nov. 18. cap. 1.* os paes, que deixavam quatro filhos, ou menos, deviam deixar-lhes livre a terça parte dos bens: se deixavam mais de quatro, a legitima era metade dos bens para repartir entre todos a legitima dos ascendentes constava da quarta parte. Os codigos modernos contém a este respeito muitas variações, que aqui não poderíamos expor, sem sermos nimamente prolixos.

Qual seja a legitima, e a terça?

§. 349. Dividida a herança em tres partes iguaes, depois de deduzidas as dividas, duas formam a *legitima*, e devem ficar salvas aos herdeiros necessarios, quer seja um só, quer sejam muitos, para se repartir entre elles, conforme a sua ordem e gráo, na mesma proporção, que se succedessem *ab intestato*. Relativamente a cada um, a parte, que por esta divisão lhe toca, constitue a sua *porção legitima* respectiva. A outra parte, a que chamamos *terça*, fica livre para satisfazer os legados, ou liberalidades do defuncto, *Ord. L. 4. tit. 82. pr.*, *Val. de part. cap. 17. n. 2.* Se o defuncto não dispoz da terça, ou ella se não consumiu toda na sua disposição, accresce ás legitimas. Mas tambem se foi doada ou legada em todo, ou em parte a algum dos herdeiros necessarios, este levanta-a além da legitima. *Cod. Civ. Fr. art. 919.*

Computação especial no caso de collações.

§. 350. A terça computa-se *sempre* unicamente com relação á somma dos bens existentes ao tempo do fallecimento do defuncto, porque sómente estes constituem a *herança* propriamente dita. Por tanto as collações, que os filhos e descendentes fazem, dos bens, que receberam de seus paes, contam-se junctamente com

com as duas partes dos bens existentes, para o computo da legitima: mas não para a terça. Lobão *Acç. Summ. Suppl. Diss.* 6. §§. 1, 2. e *seg.*, *Val. de part. cap. 19. n. 6.*, *Gam. Dec. 33.* E por isso tambem os legatarios, ou sejam por titulo universal; ou singular, como não podem receber mais do que a terça, nada podem com este fundamento repetir dos bens conferidos.

Se os bens existentes são todos absorvidos pelas dividas, mas ha doações conferiveis, estas formam a massa das legitimas: e neste caso não ha terça.

Inviolabilidade da legitima.

§. 351. A legitima respectiva de cada um dos herdeiros necessarios é de tal maneira garantida, que não só o defuncto os não póde della privar; mas nem ainda: 1.^o oneral-a com condições ou encargos, os quaes se reputam nullos, *L. 33. Cod. de inoff. test.*; 2.^o nem com legados, *L. 36 pr. eod.*, *Nov. 18. cap. 1.*, *Guerr. Tr. 2. L. 5. cap. 3. n. 1.*; 3.^o nem substitui-a por dinheiro, quando da herança lhe devam caher outros bens, *Perez. in Cod. L. 3. tit. 28. n. 37.* Exceptua-se o caso de o defuncto ascendente ter indicado as partilhas no testamento.

Satisfacção das legitimas: a) em geral.

§. 352. 1.^o Como as collações accrescem para o computo das legitimas, muitas vezes acontece que estas absorvem todos, ou quasi todos os bens existentes da herança, pelos quaes devem ser em primeiro logar satisfeitas; ainda que d'ahi resulte não ficarem sobejos para a terça. 2.^o Se os não absorvem todos, mas a terça foi pelo defuncto distribuida em legados,

desfalca-se nestes proporcionalmente o que for necessario, até preencher as legitimas: porém se o testador declarar, que alguns serão satisfeitos com preferencia, desconta-se nos outros em primeiro lugar Lobão *Obr. recipr.* §. 405., Pona *cap. 5. n. 13*, *Cod. Civ. Fr. art. 927. 3.º* Se assim se não practicou em acto de partilhas, têm os herdeiros fraudados acção ordinaria para pedir este supprimento, sem que por isso se rescinda o testamento, nem as partilhas Perez. *in Cod. L. 3 tit. 28. n. 28.*

b) No caso de doações inofficiosas.

§. 353. Chamam-se *inofficiosas* as doações ou dotes, que prejudicam as legitimas dos herdeiros necessarios. Se os bens existentes da herança não bastam para a satisfacção das legitimas, deve fazer-se o supprimento por estas doações: a) começando pela mais moderna, até a absorver, excepto em quanto á legitima do doado: b) e se esta não basta, remontando ás anteriores nos mesmos termos conforme a ordem das datas. *Ord. L. 4. tit. 65. §. 3.*, Lobão *cit.* §. 395., *Guerr. Quaest. for 48., Cod. Civ. Fr. art. 923. e 924.* Desde que as legitimas estão preenchidas, subsistem as doações, porque a terça é applicada para ellas. *Ord. L. 4. tit. 97. §. 3.* A fim de que os dotes feitos para casamento não fiquem illudidos, para calcular a sua inofficiosidade, tem o dotado a escolha, ou do valor da herança ao tempo da morte do dotador, ou do valor dos bens, que este tinha ao tempo do dote: o que em nenhum outro caso é permittido. *Ord. cit.* §. 4

A *Ord. L. 4. tit. 97. §. 4.*, á qual corresponde a Manoel. *tit. 77. §. 4.*, tem por fonte a *Lei 29. do Touro.* Gomes a esta lei n. 35. *in fin.* desculpa a escolha, que ella deixa ao filho dota-

do, *quia titulus dotis non est mers lucrativus, sed onerosus.* Supponhamos porém que o pae depois do dote decaiu inteiramente de bens, de fórma que, escolhendo o filho dotado o tempo da doação, vêm os outros filhos a ficar sem legitima. A letra da lei não dá a estes recurso algum, o que *nemo inficiabitur esse iniquissimum, et contra praeceptum ac mentem omnium jurium, in quibus cavetur, ne alii filii fraudentur nisi legitimis.* Val. *Cons. 188. n. 14.* Para moderar esta dureza, o sabio auctor do *Dig. Port. 2. art. 1668.* adopta a disposição do *Cod. da Pr. P. 2. tit. 2. art. 313.*, o qual em caso analogo obriga o irmão dotado a contribuir para o estabelecimento do indotado, até onde chegar a terça da doação.

Nós tractamos aqui das doações, ou dotes feitos pelos paes aos filhos, ou netos, que estes devem trazer á collação: e que podem ser inofficiosas, quando é necessario recurrer a ellas para preencher as legitimas. Supponhamos porém, que a doação foi feita a um estranho; e que os filhos por morte do pae doador poucos ou nenhuns bens acham. Parece que podem quere-lar essa doação por inofficiosa. *L. 1. Cod. de inoff. donat.*, *Guerr. Tr. 2. L. 2. cap. 10. n. 33.* O mesmo podem fazer os ascendentes, se foram privados da legitima por causa das doações do descendente, de quem são herdeiros. *L. 4. Cod. eod.*

Da desherdação.

§. 354. Desherdação é o acto, pelo qual um parente priva da legitima, excluindo da successão o seu herdeiro necessario. Para ser válida, faz-se mistér: 1.º que seja feita em testamento, escriptura, ou termo legal, *Ord. L. 4. tit. 82. §. 2.*, Lobão *Obrig. recipr.* §. 367.: 2.º que seja expressamente declarada a causa da exclusão: 3.º que esta causa seja justa: 4.º e provada pelos successores, para quem passa a herança ou legitima do excluido, e julgada por sentença com audiencia do mesmo, *Ord. cit.*, Lobão *cit.* §. 369.; excepto se o testador tiver já em sua vida satisfeito este ultimo requisito. *Ass. de 20 de Julho de 1780.* A simples reconciliação do testador com o desherdado não invalida a desherdação, uma vez que se não prove

revogado o acto, em que ella tinha sido determinada. Lobão *cit.* §. 377., *Cod. da Pr. P. 2 tit. 2 art.* 414.

Causas justas da desherdação: a) dos descendentes.

§. 355. Qualquer dos paes, ou descendentes póde desherdar o seu descendente: 1.º Se este lhe procurou a morte por si ou por outrem, ou para isso acintemente deu favor, azo, ou conselho. *Ord. L. 4. tit. 88 §§. 8. e 9.* 2.º Se o injuriou gravemente, ou por palavras, ou por obras. §§. 4. e 5. 3.º Se o filho teve ajuntamento com a mulher de seu pae, ou a filha com o marido de sua mãe. §. 10. 4.º Se o accusou criminalmente, ou o denunciou por crime, de que lhe resultasse infamia, ou grande damno dos bens. §§. 6. e 11. 5.º Se o abandonou no estado de doidice, ou molestia, não lhe procurando os remedios. §. 14., *Cod. da Pr. P. 2. tit. 2. art.* 408. 6.º Se a filha menor de vinte e cinco annos se tornou prostituta. *Cit. Ord. §. 1., Mell. L. 3. tit. 5. §. 43.* 7.º Se o filho ou filha menor de vinte e cinco annos casou sem o consentimento de seus paes, ou sem supprimento judicial. *L. de 19 de Junho, e de 29 de Nov. de 1775.* 8.º Se abandonou a Religião Catholica. *Cit. Ord. §. 17.* 9.º Se o estorvou de fazer seu testamento. *Cit. Ord. §. 13.* Por nenhuma das outras causas tem logar a desherdação, ainda que pareçam analogas. *Cit. Cod. da Pr. art.* 410.

As doutrinas da *Ord. L. 4. tit. 88 e 89.*, copiadas da Affonsina e Manoelina, têm por fonte o direito romano na *Nov. 115. cap. 3.* Foi-nos necessario redigil-as em conformidade dos costumes actuaes: e por isso seguimos a opinião de Mello, que entende a disposição dos §§. 1. e 2. do *tit. 88.* somente applicavel ás filhas

no caso de prostituição publica. A pesar das duvidas, que a isto oppõe Lobão *Obr. recipr. §. 369.*, achamos esta intelligencia mais justa, e conforme a *cit. Nov. §. 11.* — *luxuriosam degere vitam*; — e assim o entende Pinh. *de testam. Disp. 5. Sect. 3. n. 268.*, e se acha explicitamente adoptada pelo *Cod. da Sard. art. 738.*: *Si la filla ou autre descendante mene publicuement mauuaise vie*; e pelo *da Austr. art. 768.*, e *da Pr. cit. art. 409.*

Muito mais difficil é a questão: Se ficando a filha, que se deixou corromper, ou que casou contra vontade, e sem supprimento, desherdada pelo mesmo facto, como diz a *Ord.*, confirmada pelo *Ass. de 9 de Abr. de 1772 §. 2.*, e *Lei de 19 de Junho de 1775 §§. 4. e 5.*; no caso de que o pae a não desherde expressamente, poderão os irmãos, ou outros parentes fazer-lhe impor a pena depois da morte deste? Das palavras da *Ord.* e da *Lei = pelo mesmo facto =* parece poder concluir-se a affirmativa: entretanto esta consequencia é tão dura, tão repugnante aos principios geraes sobre desherdação, e sobre injurias, as quaes por ninguem podem ser demandadas, senão pelos proprios injuriados, que não podemos considerar aquellas palavras, senão accrescentadas allí *ad terrorem*, para desviar os seductores, tirando-lhes as esperanças da herança. Não achamos nos praxistas aresto a tal respeito; e até duvidamos que appareça.

b) Dos ascendentes

§ 356. O descendente póde desherdar o ascendente: 1.º se este lhe procurou a morte acintemente, ou a procurou ao outro consorte, pae, ou mãe do descendente. *Ord. L. 4 tit. 89. §§. 1. e 4.* 2.º Se o pae teve ajuntamento com a mulher de seu filho, ou a mãe com o marido de sua filha. *Cit. Ord. §. 2.* 3.º Se o impediu de fazer testamento. §. 3. 4.º Se o abandonou, quando elle tinha perdido o siso, ou no estado de molestia, nem cuidou de lhe procurar os remedios. §. 5. 5.º Se se tornou herege. § 7

SECÇÃO 5.ª

DOS MENORES, E INTERDICTOS.

Transição.

§. 357. Segue-se tractar das *peçoas*, que se acham em *estado* de não poder reger-se, nem administrar seus bens, e que por isso as leis sujeitam a *tutela*. Destas, umas são pela lei declaradas incapazes *ipso jure* pela falta de idade; taes são os *menores*: outras precisam ser julgadas taes por sentença, em razão do seu desarranjo intellectual, ou falta de siso; estes são os *interdictos*.

CAPITULO I.

DA TUTELA DOS MENORES.

Sua definição, fundamento e divisão.

§. 358. Tutela é o encargo de administrar a pessoa e bens de um menor, imposta pela lei, ou pela vontade do homem. A pessoa, a quem é imposto este encargo, chama-se *tutor*. A razão, e o interesse publico pedem, e as leis em consequencia têm providenciado, que aquelles, que estão privados dos seus protectores naturaes, sejam, até á idade de se poderem governar, dirigidos por outra pessoa, que cuide da sua educação, e de seus bens. *Lobão a Mell. L. 2. tit. 11. §. 1.* A tutela ou é *testamentaria*, ou *legitima*, ou *dativa*.

Pela *Ord. L. 1. tit. 88.*, e *L. 4. tit. 102.*, já transcriptas das anteriores, achava-se seguido o systema e principios do direito romano sobre tutelas, com poucas variações e a este, como sub-

sidario, se recurria para resolver as questões occurrentes. Porém o *Decr. de 18 de Maio de 1832*, publicado na Ilha Terceira, veio alturar estas doutrinas, tomando por fonte o *Cod. Civ. Fr.*, e misturando as disposições deste com as das *Ord.*, de maneira que em alguns logares é palpavel a desharmonia: as quaes neste estado passaram para a novissima *Ref. Jud.*

Assim os Francezes comprehendem neste artigo com o nome de *tutela do pae* aquelles direitos, que este exerce sobre os bens de seus filhos, os quaes pela nossa legislação e systema eram comprehendidos e tractados no artigo do *poêr paternal*. Entre nós a tutela, como era por direito romano, não se exerce senão sobre órphãos de pae: pois, se morreu a mãe, o pae não tem outra obrigação mais do que fazer inventario, e dar partilhas aos filhos, mas não se suspendem os effeitos do patrio poder, nem as justias têm que se embarçar com a administração dos bens; uma vez que fique salva a propriedade. Os redactores do citado Decreto porém parecem não ter attendido a esta differença; e daqui vêm as allusões á tutela do pae, que se acham nos *art. 422. 424.* e outros.

Da tutela: a) testamentaria.

§. 359. A tutela testamentaria é aquella, que é deferida por disposição de ultima vontade. Porque as leis presumem no *pae* plena capacidade, e zêlo de prover á futura sorte de seus filhos; e além disto em virtude do poder paternal permitem a este arbitrariamente nomear-lhes tutor testamentario; excepto por cessar aquella presumpção, quando, tendo passado a segundas nupcias, o Conselho de familia lhe não prorogou a tutela. O tutor testamentario não precisa ser confirmado, excepto no sobredito caso de ter o pae passado a segundas nupcias, ainda que o Conselho lhe prorogasse a tutela, *Ref. Jud. art. 426. e seg.*; ou no de ser natural o filho. *Ord. L. 4. tit. 102. §. 2.* Se outrem deixa a um menor algum legado, ou herança, designando-lhe o tutor, é uma especie de tutela testamentaria, que deve ser attendida. *Mell. L. 2. tit. 11. §. 7, Ref. Jud. art. 422.*

A disposição do *art. 425. da Ref.*, em quanto exige a confirmação do Conselho para o pae, no caso de segundas nupcias, continuar a ser tutor dos filhos, é uma anomalia. Não sabemos de lei, que neste caso prive o pae do patrio poder, que é muito mais do que a tutela. Supponhamos, que o Conselho o não confirma: perderá o patrio poder? Parece-nos que não. Isto mesmo está indicado na *Port. de 27 de Abr. de 1840*, a qual parece dispor, que neste caso não ha tutela; hem como na outra *de 7 de Nov. do mesmo anno*. Pelo *art. 395. do Cod. Civ. Fr.* só a mãe precisa de ser confirmada pelo Conselho, porque pelo segundo casamento perde a qualidade de chefe de familia, o que não acontece no pae. Se este abusa, lá está o remédio, que deixamos apontado no §. 312.

Se a mãe viuva poderá em testamento nomear tutor a seus filhos? A *Ref. Jud. artt. 426. e 429.* não lhe concede esta faculdade: porém a *Ord. L. 4. tit. 102. §. 2.* expressamente o permite, sendo o tutor confirmado; assim como o *Cod. Civ. Fr. art. 397.*, fonte da *Reforma*.

O tutor não só pôde ser nomeado em disposição de ultima vontade, mas tambem por contracto, ou acto *inter vivos*. *Mell. cit. §. 3.*

b) Da legitima

§. 360. Na falta da tutela testamentaria, segue-se a *legitima*, que é a deferida pela immediata disposição da lei. Nesta são chamados: 1.º a mãe dos menores: 2.º na falta desta, os ascendentes varões conforme a proximidade do gráo, e preferindo em igual gráo o paterno ao materno: 3.º na falta destes, os thios, irmãos do pae ou mãe dos menores, preferindo os paternos aos maternos; e concurrendo muitos, o mais velho ao mais novo. *Ref. cit. artt. 423. 429. e 430.* Todos estes tutores a) precisam de confirmação do Conselho de familia, o qual pôde d'entre elles escolher o mais abonado, alterando a graduação da lei: b) e por tanto só desde a confirmação se lhe defere a tutela, e começa a sua responsabilidade. *Cit. Ref. art. 430.*

Pela *Ord. L. 4. tit. 102. §. 3.* eram chamados á tutela to-

dos os parentes porém os redactores da *Ref. no art. 430.* limitaram-na aos thios mas sem reflectir nesta alteração, accrescentaram o periodo tirado da mesma *Ord.* = *em quanto houver parente do orpham abonado, não será constrangido o que não for abonado, ainda que seja parente mais chegado em gráo* =; como se d'entre os thios irmãos do pae e mãe podesse haver mais ou menos proximo em gráo.

O *Cod. Civ. Fr. art. 402.* na tutela legitima deferida aos varões ascendentes não exige a intervenção do Conselho de familia.

Particularidades a respeito da tutela da mãe.

§. 361. Por morte do pae, a mãe é tutora necessaria, até que o Conselho a excuse, ou confirme. *Ref. cit. art. 424.* Passando ella a segundas nupcias, ao Conselho de familia compete ou nomear outro tutor, ou prorogar-lhe a tutela, se o novo marido se responsabilizar *in solidum*. *Cit. Ref. art. 425.* Se a mulher ficou grávida pela morte do marido, deve nomear-se em Conselho de familia um curador ao ventre, que zele os bens deste até o nascimento, para então se deferir a tutela á mãe, ou a quem competir. *Cod. Civ. Fr. art. 393., Lobão a Mell L. 2. tit. 12. §. 12. n. 29.*

c) Da dativa.

§. 362. A tutela dativa é a deferida pelo Conselho de familia, o qual deve nomear pessoa abonada, e habil para o seu desempenho. Esta tem lugar: 1.º na falta da tutela testamentaria e legitima: 2.º quando estas se não podem verificar, por incapacidade, excusa, remoção do tutor, ou outra qualquer causa, *Ref. Jud. art. 400.*; 3.º assim como se se acha suspensa, v. g., por impedimento do tutor.

Do Conselho de familia: a) sua organização.

§. 363. Chama-se *Conselho de familia* a reunião dos parentes do menor, convocada pelo juiz para o fim de provêr sobre os interesses deste. Compõe-se do Juiz de Direito no julgado cabeça de Comarca, e nos outros julgados do Juiz Ordinario do domicilio do defuncto, o qual é o presidente com voto; e de quatro vogaes · 1.º sendo para esse fim chamadas as pessoas nomeadas no testamento do pae dos menores: 2.º na falta destes, sendo nomeados pelo juiz d'entre os parentes; preferindo os consanguineos aos affins, e no mesmo gráo os mais velhos aos mais moços; e na falta de parentes, d'entre os amigos do defuncto, ou homens bons do julgado. São excluidos do Conselho todos aquelles, que não podem ser tutores, ou que tiverem sido excluidos da tutela. As pessoas residentes em territorio de jurisdicção alheia não podem ser obrigadas a concorrer. *Ref. Jud. artt. 394. e 395.* Deve tambem assistir o curador, mas não tem voto.

Antigamente o juiz exercia por si só as funcções, que hoje competem ao Conselho: é esta uma bella instituição, usada desde tempos antigos na França, e nações do norte. Assim ella se não fosse tornando um meio abusivo de emolumentos para os escrivães e curador!

A *Ref. no art. 394.*, quando manda preferir para o Conselho os varões ás fêmeas, teve em vista sómente as mães, avós e bisavós, pois só estas podem alli entrar, porque tambem só ellas podem ser tutoras nos termos do art. 435.

Na ausencia, ou impedimento do Juiz de Direito, as funcções orphanologicas do respectivo julgado competem ao Juiz Ordinario, e não ao Substituto daquelle. *Cit. Ref. art. 118. §. 2.º, e 388.*

b) Sua reunião

§. 364 O juiz deve reunir o Conselho ou

ex officio dentro em tres dias, depois que tiver conhecimento do facto, que faz necessaria a convocação; ou a requerimento dos parentes, dos crédores, ou de qualquer interessado, fazendo avisar os membros d'elle com anticipação conveniente, e designação do lugar e dia. Todos os membros devem comparecer pessoalmente, ou por procurador munido de poderes, especiaes, e não podendo o mesmo representar diferentes pessoas: as faltas são castigadas com a multa de 5\$000 rs. para as despesas do municipio, excepto quando em tempo competente se excusarem por legitimo impedimento. O juiz pôde supprir essa falta por meio de outra pessoa da vizinhança, ou adiar o Conselho, ouvindo o curador sobre os interesses do menor. *Cit. Ref. art. 397. e seq.*

c) Suas resoluções.

§. 365. O Conselho pôde legalmente deliberar, desde que estiverem presentes ao menos tres membros, além do juiz e do curador. As *resoluções* são tomadas por pluralidade absoluta de votos; e no caso de empate, o voto do juiz é de qualidade. *Cit. Ref. art. 399., Cod. Civ. Fr. art. 416.* Algumas das suas *resoluções* não podem ser executadas; a) senão depois de confirmadas por despacho do Juiz de Direito da Comarca com audiencia do curador; b) ou, sendo do proprio julgado, tendo-as elle approved expressamente. Taes são: 1.º as que dizem respeito á emancipação do menor; 2.º as que versam sobre o material, e contas da tutela, excepto a nomeação de administrador dos bens distantes. *Cit. Ref. art. 396.*

As palavras = tres quartos do numero total dos membros =

que se acham no citado *art. 399.*, são copiadas do *art. 415. do Cod. Civ. Fr.*, sem attenção a que por este o numero era incerto, porque deviam ao Conselho concorrer todos os ascendentes, e além disso os irmãos e cunhados dos menores, e que pelo menos deviam ser seis os membros, quando, determinando-se na nossa lei o numero de quatro, bastava fixar a presença de tres para a abertura da deliberação.

d) *Funcções do Conselho: aa) em quanto ao pessoal.*

§. 366. As funcções do Conselho podem-se considerar ou em quanto ao pessoal do tutor e pupillo; ou em quanto ao material da tutela. Na primeira relação compete-lhe: 1.º confirmar, ou escolher o tutor legitimo, ou nomear o dativo: 2.º decidir, se a mãe, que passa a segundas nupcias, póde continuar na tutela, bem como nomear curador ao ventre, *Ref. Jud. art. 425.*: 3.º nomear o sub-tutor em todas as especies de tutela, *artt. 432. e 434.*: 4.º decidir sobre a excusa, exclusão, ou remoção do tutor e sub-tutor, *artt. 436. 439. e 440.*: 5.º marcar as despesas para o alimento e educação do menor, e auctorizar o tutor para o assoldadar, ou dar a officio, sendo pessoa dessa qualidade, *art. 401., Ord. L. 1. tit. 88. §. 13.*: 6.º prover sobre a correcção do pupillo, que não respeitar o tutor, *art. 452.*: 7.º auctorizar a emancipação do menor, que não tiver pae, nem mãe, que sejam seus tutores, *art. 454.*: 8.º nomear-lhe novo tutor no caso de que fique sem effeito a emancipação, *art. 460.*: 9.º e finalmente intervir em todos os actos, em que o tutor o requerer por assim o exigir o interesse do menor, *art. 442.*

Deve tambem exigir-se a auctorização do Conselho para o consentimento do casamento do menor, e convenções matrimoniaes. *Cod. Civ. Fr. artt. 160. e 1398.*

bb) *Em quanto ao material da tutela.*

§ 367. Na segunda relação compete-lhe: 1.º nomear administradores aos bens do menor sitos a distancia tal, que o tutor os não possa administrar directamente, ao qual o administrador dará contas. *Cit. Ref. art. 400.* 2.º Fixar as despesas da administração dos bens, e o destino, que se deve dar aos sobejos dos rendimentos, *art. 401.* 3.º Auctorizar o pae, e muito mais outro qualquer tutor, para contrahir empréstimos, ou emprestar os dinheiros do menor, para alienação dos bens de raiz, e para a venda dos moveis, que não convier serem conservados, e dar-lhes o destino mais util, no caso de não apparecer comprador. Em todo o caso os bens de raiz só podem ser vendidos por necessidade urgente, ou utilidade conhecida, *art. 402.* 4.º Compete-lhe outrossim auctorizar o tutor para aceitar, ou repudiar doação, ou herança deixada ao menor, devendo esta ser sempre aceita a beneficio de inventario; *artt. 403. e 408.*; 5.º para intentar acções, ou transigir sobre as já intentadas; 6.º para dar de arrendamento os bens; 7.º examinar as contas annuaes do tutor; e as geraes, quando o menor emancipado não tem vinte e cinco annos, *cit. artt. 403. e 446.*; 8.º assim como auctorizar este nos mesmos termos para alienar bens de raiz, ou arrendal-os por mais de tres annos, *artt. 458. e 459.*

Do sub-tutor.

§. 368. Na tutela dativa deve com o tutor ser logo nomeado um sub-tutor: na testamentaria e legitima deve o tutor promover a nomeação deste antes de exercer as funcções da tutela,

sob pena de responsabilidade pelos prejuizos do menor, e de remoção no caso de dolo. *Cit. Ref. art. 434.* As funcções do sub-tutor são: 1.º zelar os interesses do menor, quando estiverem em opposição com os do tutor, *art. 432.*; 2.º requerer a nomeação de outro tutor, quando a tutela vagar por qualquer causa, *art. 433.* As funcções do sub-tutor terminam na mesma época, que a tutela, *art. 432.*

No *Decr. de 18 de Maio de 1832* introduziu-se com o nome de *sub-tutor* o *subrogé-tuteur* dos Francezes, que serve de fiscal dos interesses do menor, quando estão em opposição com os do tutor, principalmente no inventario e partilhas, quando este é interessado, ou compartidor, como a mãe ou um irmão. Entre nós essa obrigação incumbe pela lei ao curador, ou Ministerio Publico. Cremos que na practica se dá pouca importancia ao sub-tutor; e vulgarmente é reputado substituto do tutor.

Pessoas incapazes de ser tutores.

§. 369. Ha pessoas, que pela lei são inhabéis para ser tutores: e taes são 1.º por presumpção de incapacidade, os menores, excepto sendo casados, ou Bachareis formados: 2.º as mulheres, excepto as mães, avós, ou bisavós do menor: 3.º os interdictos: 4.º pelo receio de infidelidade, os inimigos dos menores: 5.º os que com elle trouxerem demanda: 6.º os condemnados a penas afflictivas ou infamantes, ou em outra qualquer, sendo o crime contra a moral publica, furto, roubo ou banca-rôta: 7.º as pessoas de máo procedimento notorio. *Ref. cit. art. 435.*

O *art. 43. do Decr. de 18 de Maio*, copiado no 435. da *Ref.*, é tirado, mas infielmente, do *art. 442. do Cod. Civ. Fr.*, e do *art. 335. do Cod. Pen.* Por este todos os menores são inhabéis para a tutela, excepto sendo pae, ou mãe. O *Cod. Civ. Fr. no art. 443.* indica a condemnação a pena afflictiva, ou infa-

mente, como causa da exclusão do tutor nomeado, e que é muito mais facil de applicar.

As palavras accrescentadas = ou em qualquer, sendo o crime contra a moral publica, furto, roubo, ou banca-rôta = só servem de confundir, por não se definir, quaes os crimes contra a moral; e porque ha outros, que fazem reccar infidelidade, além do furto, que não são aqui enumerados. Nos codigos de Allemanha são geralmente excluidos os que tiverem sido condemnados por qualquer delicto, ou inhihidos pelo pae do menor.

Pessoas, que podem excusar-se.

§. 370. Ha outras pessoas, que podem ser tutores, mas que são excusas, se o requerem. Taes são: 1.º a mãe e avós do menor, sem necessidade de allegar causa. *Cit. Ref. art. 424.* 2.º Por incompatibilidade, ou impossibilidade, os Ministros e Conselheiros de Estado: 3.º os membros, officiaes e empregados dos tribunaes e repartições publicas de justiça ou fazenda: 4.º os empregados no corpo diplomatico: 5.º os militares do exercito e marinha, assim effectivos, como os reformados, se estiverem militarmente empregados; bem como os empregados civís do exercito: 6.º os magistrados, e juizes territoriaes, seus escrivães e officiaes: 7.º os já encafregados de outra tutela: 8.º os que tiverem setenta annos de idade: 9.º os que padecerem molestia chronica, que os impossibilite: 10.º por privilegio, os que tiverem cinco filhos legitimos vivos, contando-se, como taes, os que morreram na guerra, e os filhos destes, que existirem, *art. 438.*

Allegação da excusa.

§. 371. Quando os motivos da excusa existiam ao tempo da nomeação, o tutor deve allegal-os immediatamente, se estava presente ao Conse-

lho, que o nomeou. Se estava ausente, deve dentro em tres dias depois de intimado fazer reunir o Conselho para resolver sobre a excusa. Se lhe não foi concedida, póde aggravar de petição para o Juiz de Direito, quando o Conselho foi presidido pelo Juiz Ordinario: alias póde aggravar para a Relação. *Cit. Ref. art. 439.*

Pelo *Decr. de 18 de Maio citado art. 47.*, e *Cod. Civ. Fr. art. 440.* o que pede a excusa, é obrigado a continuar a tutela até á decisão definitiva, o que foi omitido na *Ref.*

Exclusão e remoção do tutor.

§. 372. A exclusão differe da remoção em que *exclue-se* o tutor, que ainda não tomou conta da tutela, e por isso ordinariamente se verifica no tutor testamentario, ou legitimo; e *remove-se* aquelle, que já começou a servir. As causas para uma e outra são as mesmas, que inhabilitam para ser tutor, acima enumeradas. *Cit. Ref. art. 436.* Mas além dessas póde ser causa para a remoção a incapacidade, ou infidelidade na gerencia da tutela. *Cod. Civ. Fr. art. 444.* Ao Conselho de familia compete resolver sobre a exclusão, ou remoção, ouvido o tutor arguido, e motivando a decisão. *Cit. Ref. art. 436.*

O *Cod. Civ. Fr. art. 446. e seg.* deduz miudamente o processo da exclusão, ou remoção. Quando o tutor excluido não quizer acceder, deve a deliberação do Conselho ser confirmada pelo tribunal, a que corresponde o nosso Juiz de Direito, com o recurso competente. Entendemos que a esta confirmação, ou *homologation*, se referiu o redactor do *art. 436. da Ref.* nas palavras = e o Conselho motivará a sua decisão =.

Funcções do tutor: a) em quanto á pessoa do pupillo.

§. 373. As funcções do tutor reduzem-se á direcção

direcção da pessoa, e administração dos bens do pupillo. Em quanto á pessoa, consiste a direcção: 1.º em cuidar da sua criação e educação; conforme suas faculdades: 2.º em pôl-o em estado de ganhar a sua vida; se as suas circumstancias o exigem, assoldadando-o, ou fazendo-o apprender algum officio: 3.º ~~em~~ vigiar o seu procedimento, empregando a correccção, se for preciso, ouvindo para isso o Conselho de familia nos casos mais graves, *Ord. L. 1. tit. 88. §§. 10 16. e 18.*: 4.º em represental-o em todos os actos assim judiciaes, como extrajudiciaes, se é impubere; e auctorizal-o com a sua assistencia, ou consentimento expresso, se é pubere. *Ref. Jud. art. 441.*, *Lobão a Mell. L. 2. tit. 11. §. 15. n. 4.* Ainda que os contractos do menor sejam nullos pela falta da auctoridade do tutor, com tudo, se lhe forem proveitosos, não póde a parte impugnal-os com esse fundamento. *L. 38. pr. D. de pactis., pr. Inst. de auct. tut.*

b) *Em quanto aos bens.*

§. 374. Logo na entrada da tutela: 1.º deve o tutor dentro em tres dias requerer, ou proceder a inventario, fazendo verificar a qualidade e valor dos bens do pupillo, se não está já feito. 2.º Dentro em dez dias depois de fechado o inventario, deve sollicitar a venda em hasta publica, e com as solemnidades legaes, dos moveis e semoventes, que o Conselho decidir não deverem ser conservados. 3.º Arrendar, ou cultivar por sua conta os bens de raiz, conforme o Conselho resolver. *Ref. Jud art 443.* 4.º Pelo decurso da tutela deve zelar a arrecadação e rendimento dos bens, como bom pae de familias exacto e economico, sob pena de respon-

sabilidade por todas as perdas e interesses, causadas ainda por culpa leve. A responsabilidade principia desde que foi intimado, *art. 441.*

c) *Actos relativos aos bens do pupillo, que o tutor não pôde practicar.*

§. 376. Com o receio de que o tutor abuse do seu poder em prejuizo do pupillo: 1.º não pôde intentar durante a minoridade qualquer acção contra elle, se a não declarou no inventario, *Cit. Ref. art. 444.*; 2.º nem fazer contracto com elle, ainda depois de emancipado, ou chegado á maioridade, senão passados dez dias depois de ter obtido recibo geral da tutela. *Cit. Ref. art. 449.* 3.º Não pôde o tutor, bem como o curador, o juiz, ou escrivão, comprar os bens do pupillo, nem arrematal-os em hasta, pena de os perder, e o preço, que por elles tiver dado, *Ord. L. 1. tit. 88. §§. 29. e 30.*; 4.º nem acceitar cessão de acção de crédito, ou de outra especie, contra o pupillo. *Cod. Civ. Fr. art. 450.* Pôde porém tomar de arrendamento os bens, se nisso convier o Conselho de familia. *Id.*

O *art. 444. da Ref.*, que corresponde ao 32. do *Decr. de 18 de Maio*, parece tirado da ultima parte do *art. 451. do Cod. Civ. Fr.*; mas mui alterado porque a lei franceza só exige, que o tutor no acto do inventario declare, se o pupillo lhe é devedor de alguma cousa, com a pena de a perder, se a não declarar, tendo no mesmo acto sido para esse fim requerido. Mas a *art. 444. da Ref.* é durissimo para os tutores em differir todas as acções, que não forem declaradas, para depois da minoridade, quando muitas destas poderão ter a sua origem depois do inventario. Se a causa desta disposição é o poderio do tutor, bastava espalhar-as até findar a tutela, e não sujeitar o tutor a não poder usar do seu direito talvez por vinte, ou mais annos.

Fim da tutela.

§. 376. A tutela termina da parte do menor: 1.º pela morte; aos herdeiros d'elle compete tomar contas ao tutor: 2.º pela maioridade; elle mesmo as pôde tomar: 3.º pela emancipação (§. 313); elle mesmo as pôde tomar assistido do Conselho de familia. *Ref. Jud. art. 459.* Da parte do tutor termina: 4.º pela morte civil, ou natural. E porque é encargo pessoal, não passa para os herdeiros, senão a obrigação de prestar contás; e sendo maiores, a administração da tutela até á nomeação do novo tutor. *Cod. Civ. Fr. art. 419.* 5.º Pela excusa, ou remoção. 6.º Pela verificação da condição resolutive. §§. 2. e 5. *Inst. quib. mod tut. fin.* 7.º Tendo servido dous annos, o tutor dativo não pôde ser obrigado a continuar. *Ord. L. 4 tit. 102. §. 9.*

Em alguns dos codigos modernos nenhum tutor pôde ser obrigado a servir por mais de dous annos.

Contas do tutor

§. 377. Os tutores devem dar contas da gerencia da tutela ao Conselho de familia annualmente: excepto quando o rendimento dos bens for tão diminuto, que a frequencia das contas seja mais onerosa, do que de proveito ao menor. *Ref. Jud. art. 446. e 447.* Além destas, devem dar a conta geral, quando o pupillo chegar á maioridade, ou se emancipar. *Cit. Ref. art. 448.* Nas contas devem-lhe ser abonadas todas as despesas necessarias e uteis, *justificadas*; bastando para justificação das usuaes e miudas o juramento do tutor. *Peg. 1.º For. cap. 3. n. 706.* O alcance nas contas vence juros, desde que estas se fecharam. *Cod. Civ. Fr. art.*

474. E por elle ficam os bens do tutor legalmente hypothecados desde o dia, em que a tutela lhe foi deferida; e na falta de bens, está sujeito a prisão. *Ref. Jud. art. 450.* A acção para pedir, ou apurar as contas, prescreve por dez annos desde a emancipação do menor. *Cit. Ref. art. 451.*

Parece-nos não estar revogada pelo silencio da *Ref. a Ord. L. 1. tit. 88. §. 53.*, que mandava contar de salario ao tutor 5 por $\frac{2}{3}$ até 50,000 reis de rendimento dos bens do pupillo: podendo o tutor optar, no caso de lhe ter sido fixado de outra maneira no testamento. Em muitos dos codigos modernos manda-se-lhe arbitrar um salario conforme as circumstancias.

A disposição do *art. 445. da Ref.*, em quanto ás contas do pae, não pôde ser applicavel senão a verificar, que não deixe desencaminhar a propriedade dos bens do filho, ou ao rendimento dos adventicios extraordinarios, como declarou a *Port. de 27 de Abr. de 1840.*

Do curador.

§. 378. Chama-se *curador* a pessoa encarregada pela lei, ou pelo juiz, de zelar e promover os interesses dos menores em quanto ás partilhas e tutela, e em todos os outros negocios, que lhes dizem respeito. Differe do tutor: 1.º em que o curador é designado pela lei, a saber, nas cidades de Lisboa e Porto os curadores geraes; e nos outros Julgados os Delegados, ou Sub-delegados do Procurador Regio. *Ref. Jud. artt. 93. e 389.* Na falta, impedimento, ou suspeição destes, o juiz deve nomear pessoa, que faça as suas vezes, preferindo os advogados; que por isso se diz ordinariamente *curador letrado*. *Cit. art. 93.* 2.º Differe em que a este não compete immediatamente nem a direcção da pessoa, nem a administração dos bens, mas simplesmente vigiar, e requerer ao juiz tudo o

que for a bem do menor. E por isso 3.º assiste aos Conselhos de familia, mas sem voto. *Cit. Ref. art. 394.* a) Algumas vezes o curador é nomeado extraordinariamente para certo negocio judicial (*ad litem*), porque todo o processado sem curador, em que for parte um menor não emancipado, é nullo, *Ord. L. 3. tit. 41. §. 9.*; b) outras para algum negocio extrajudicial (*ad hoc*), como o contracto entre o pae e o filho menor.

Em direito romano fazia-se grande differença entre *tutor* e *curador*; consistindo a mais importante em que o tutor se dava principalmente á pessoa, e o curador aos bens: porém entre nós a cada passo se confundem não só na linguagem vulgar, mas tambem na phrase das leis. *Mell. L. 2. tit. 12. §. 2.* Os encarregados da administração dos interdictos chamam-se já tutores, já curadores. Tem porém prevailecido o uso de se dar este ultimo nome ao *curador letrado*, de que tractamos neste §.; assim como de se dizer curador ao ausente, — ao ventre, — á herança jacente, — á herança vaga, — *curador fiscal* da fallencia, — *curador* á memoria, etc. As funcções em geral de todos estes reduzem-se a promover com zelo e exactidão em favor da pessoa impedida o negocio, que lhes é encarregado.

CAPITULO II.

DA TUTELA DOS INTERDICTOS.

Noção de interdictos

§. 379. Chamam-se *interdictos* aquellas pessoas, que por sentença são declaradas incapazes de se governar, e por tanto sujeitas á tutela. As leis reputam habil para os actos e negocios civis todas as pessoas maiores; e sómente mandam declarar inhabeis aquellas, que constar serem: a) *mentecaptos*, isto é, que pelo desarranjo habitual de suas faculdades não têm o

juizo necessario para se regerem , ainda que alias tenham intervallos lucidos : *b*) ou *prodigos* , isto é , aquellas , que sem conhecido desarranjo intellectual são dominadas de tal paixão pelo desperdicio e despesas inuteis , que se põem em perigo de ficarem reduzidas á miseria ellas , e a sua familia.

Desassuado , desmemoriado , mentecapto , doudo , sandeu , furioso , demente , louco , e outros , são differentes nomes , por que nas leis se encontram designadas as pessoas , que têm as suas faculdades intellectuaes desarranjadas , conforme o maior ou menor gráo de desarranjo.

Os surdos e mudos são equiparados aos interdictos. *Ref. Jud. art. 201. §. 2.*

Processo da interdicção.

§. 380 O conjuge , qualquer parente , ou o Ministerio Publico no caso de furor , podem requerer ao Juiz de Direito a interdicção , expondo circumstanciadamente os factos indicativos da falta de siso , ou prodigalidade do arguido , juntamente com os documentos , e nomes das testemunhas. O juiz manda sobre isto ouvir um Conselho de familia , em que não entrem as pessoas , que o arguiram : a mulher e filhos podem ser ouvidos no mesmo Conselho , mas sem voto. Deve depois ser citado e interrogado o arguido. Se ha receios de graves desordens , ou desperdicios durante o processo , o juiz póde nomear-lhe um curador provisório. Proferida a sentença de interdicção , deve ser annunciada em editaes , ou nos periodicos , a fim de prevenir os que queiram contractar com o interdicto. *Cod. Civ Fr art. 490. e seg. , Dig Port 2. art 735 e seg. , Ord L. 4. tit. 103 § 6*

Nem as nossas leis antigas , nem as modernas determinam

o processo sobre os mentecaptos : apenas a *Ord. L. 4. tit. 103. §. 6.* fala da inquirição , a que o juiz deve proceder a respeito dos prodigos , deixando logar a entender-se , que não é necessaria no caso de demencia , ou furor. Com tudo já *Guerr. Tr. 3. L. 4. cap. 3. nn. 20. 70. e 117.* , e depois *Lobão e Mell. L. 2. tit. 12. §. 7. n. 5.* julgavam , que ninguem devia ser interdicto da administração de seus bens , sem se justificar a demencia , ou prodigalidade com citação. Seguindo por isso o sabio auctor do *Dig. Port.* , adoptamos o processo da *interdiction* estabelecido no *Cod. Civ. Fr.* , e no de *Proced. art. 890.* O voto do Conselho pareceu-nos mais proprio para decidir da demencia , do que o exame de facultativos , que neste caso indicavam os praxistas , e mais analogo ao actual *systema orphanologico.* Talvez se possa proceder sem sentença de interdicção , quando o furor , ou demencia é tão manifesta , que não póde ser contestada.

Termos da tutela.

§. 381. Depois da sentença da interdicção procede-se á reunião do Conselho de familia , nomeação de tutor , e mais termos , como a respeito dos menores. Excepto que : 1.ª a tutela da mulher casada compete ao marido , se não estão separados , *Cod. Civ. Fr. art. 506.* ; e a do marido compete á mulher , se o Conselho a julga capaz ; um e outro sem necessidade de inventario. *Ord. L. 4. tit. 103. §. 1. 2.º* O pae é tutor dos filhos. 3.º O filho varão maior é chamado á tutela do pae interdicto depois dos ascendentes , e antes dos collateraes. *Cit. Ord. §§. 1. 2. 4. e 5.*

Em todos os actos relativos aos interdictos deve assistir , ou ser ouvido o curador , como a respeito dos menores.

Funcções do tutor

§. 382. As funcções do tutor dado aos interdictos são as mesmas , que as do dado aos menores , em tudo o que for applicavel , regulando-se pelas resoluções do Conselho de fa-

milia. Especialmente é o tutor obrigado a fazer o curar, e a precaver os damnos, que elle possa causar, se for furioso. *Cit. Ord. pr.* e §. 1. São nullos todos os actos, ou obrigações contrahidas pelo interdicto desde os annuncios da interdicção, *cit. Ord.* § 6.; ainda que esta nullidade não pôde ser allegada em seu proveito por aquelles, que com elles contractaram. *L. 6 D. de verb. oblig.* Todos os actos anteriores são válidos, excepto se na epocha, em que foram celebrados, existia notoriamente a causa da interdicção, que os tornasse nullos por falta de capacidade. *Cod. Civ. Fr. art. 503.*

O *Cod. da Holl. art. 500.* concede ao interdicto por prodigalidade a faculdade de fazer actos de ultima vontade.

Fim da tutela dos interdictos.

§. 383. Além dos modos, por que finda a tutela em geral, que possam ter logar a respeito dos interdictos, esta termina, quando estes chegam a recuperar o siso, ou a tornar-se bem governados. *Cit. Ord.* §§. 2. e 7. É necessario porém, que a sentença da interdicção seja judicialmente revogada nos mesmos termos, que para esta ficam indicados. *Cit. Ord.* §. 7., *Cod. Civ. Fr. art. 512.* A mulher, pae, ou avô são tutores perpetuos: os outros não são obrigados a servir mais de dous annos. *Cit. Ord.* §. 8.

Do Conselho judiciario

§. 384 Como o fim da interdicção é obstar ao descaminho dos bens do interdicto, e prevenir a ruina, em que elle poderia cair com a sua familia; se o juiz pelas averiguações e

provas achar, que este fim se obterá, inhibindo-o apenas de alguns actos mais importantes, como litigar, transigir, contrahir empréstimos, passar recibos, alienar, ou empenhar: pôde nomear-lhe um *Conselho judiciario*, que lhe assista naquelles actos, sob pena de nullidade, sem o sujeitar a inventario, nem aos outros termos da tutela. *Cit. Cod. artt. 499. e 513.*

Esta disposição, de que não fazem menção as nossas leis, é tirada do *Cod. Civ. Fr. cit.*, e adoptada no *da Sard. art. 360.*, no *das Duas Sicilias*, e em outros.

CAPITULO III.

DA RESTITUIÇÃO IN INTEGRUM.

Definição e fundamento da restituição.

§. 385 A restituição *in integrum* é o beneficio, concedido aos menores de vinte e cinco annos, de poderem annullar quaesquer actos alias válidos, ou reclamar contra quaesquer omissões, em que tenham sido lesados durante a minoridade. Pois ainda que as leis declarem irrevogaveis os actos, quer judiciaes, quer extrajudiciaes, feitos com as solemnidades devidas, desde que findaram os termos legais; com tudo fazem uma excepção em favor dos menores, pela presumpção da falta de conhecimentos, e inexperiencia desta idade, ou do desmazelo das pessoas, a quem incumbe curar dos seus interesses.

Em que negocios tem logar?

§. 386. Este beneficio tem logar: 1.º em todos os actos, ou omissões, quer judiciaes,

quer extrajudiciaes, de que ao menor tenha provindo lesão, *Ord. L. 3. tit. 41. § 1.*, e *tit. 42. §. 1.*: 2.º ou a lesão tenha acontecido por dolo, ou por outra qualquer causa, *L. 5. Cod. de in integr. rest.*: excepto se proveio do acaso. *L. 11. §§ 4. e 5. D. de minor.* 3.º Tem logar, ainda que esse acto fosse practicado pelo tutor, e auctorizado pelo Conselho de familia *Cit. Ord. tit. 41. § 2.* Se o acto é nullo, tem logar antes a acção de nulidade, ainda que por cautela costumam accumular-se uma e outra. *Cit. Ord. §. 2*

Por direito romano para se conceder a restituição, exigia-se a lesão *alicujus momenti*, *L. 4. D. de in int. rest.*; e por isso alguns praxistas querem, que entre nós ella seja ao menos na sexta parte. *Arg. da Ord. L. 4. tit. 96. §. 19.*, *Lobão a Mell. L. 2. tit. 13. §. 8. n. 10.* Pelo mesmo direito, quando o acto era nullo, não tinha logar a restituição. *L. 16. pr. D. de minor.*

Tempo, em que deve implorar-se.

§. 387. Este beneficio póde ser implorado pelo menor, não só até á maioridade ou emancipação, mas ainda nos quatro annos immediatos, os quaes se contam seguidos desde que o menor completou os vinte e cinco, ou se emancipou. Porém se elle teve legitimo impedimento, então contam-se desde que cessou o impedimento; ou se este interveio pelo decurso, concede-se-lhe outro tanto tempo, quanto o impedimento durou. *Cit. Ord. §. 6.*, *L. 26. §. 8. D. ex quibus caus. maj.* No caso de emancipação por casamento antes da idade de vinte annos, só desde esta idade corre o quadriennio. *Ord. L. 1 tit. 86. §. 28.*

Pessoas, a quem aproveita.

§ 388. Ainda que seja privilegio concedi-

do aos menores, com tudo transmite-se: 1.º a seus herdeiros, *L. 18. §. 5. D. de minor.*; e nestes o quadriennio, ou a parte d'elle, que ainda não tivesse currido para o menor, conta-se desde a adição da herança; ou, se o herdeiro era tambem menor, desde que chegou á maioridade. *L. 19. D. eod.* Não aproveita porém ao fiador, *L. 13. eod.*; nem aos coherdeiros, ou socios maiores, excepto se o objecto, sobre que versa, é indivisivel. *Ord. L. 3. tit. 80. §. 3. 2.º* A restituição competente a um dos conjuges menor aproveita a ambos, ainda que o outro fosse a esse tempo já maior. *Ord. L. 3 tit. 42. §. 4.*

Processo da restituição.

§. 389. Este beneficio póde implorar-se ou por via de *acção* para desfazer o acto já consummado, e repetir o prejuizo, que o menor já soffreu: ou por via de *excepção*, ou *embargos* pelo decurso do processo, para obstar á execução do acto, ou da omissão, em que foi lesado. *Lobão a Mell. L. 2. tit. 13. §. 8. n. 12.* Segue depois os termos legaes da causa até á sentença final, e uma vez concedido, não se repete. *Ord. L. 3. tit. 41. §§. 4. e 7.* Taes causas não correm perante juizes arbitros, ainda que versem sobre actos judiciais por elles mesmos processados. *Cit. Ord. § 6.* Nem o juiz póde applicar a restituição, se o interessado a não requerer. *L. 69. D. de reg. jur.*

Seus effeitos.

§ 390. Em quanto pende a causa da restituição, nada se póde innovar até á decisão final, excepto: a) quando ella é maliciosamente pedida para demorar a execução; ou b) pedida

pelo executado em nome de sua mulher menor, porque então, se o exequente presta caução, pôde executar-se a sentença. *Cit. Ord.* §§. 4. e 5. Obtida o sentença de restituição, c) deve voltar tudo ao estado anterior ao acto, que foi annullado: d) cada uma das partes deve repor tudo o que tinha recebido da outra, com seus rendimentos e accessões, e reembolsar as despesas necessarias e uteis. *L. 24. §. 4., e L. 39. §. 1. D de minor., L. un. Cod. de reputat. quae fiunt.*

Casos, em que não tem logar.

§. 391. Não se concede a restituição 1.º em pena, nos delictos, ou quasi delictos. *Cod. Civ. Fr. art. 1310.* 2.º Se o menor maliciosamente se inculcou maior no acto, que pretende annullar. *L. 3. Cod. si min. se maj. dix.* 3.º Por cessar a presumpção da falta de conhecimento, se depois de maior ratificou o acto expressa, ou tacitamente. *Lobão a Mell. cit. n. 28. e seq.* 4.º Se o menor exerce algum commercio, arte, ou officio, pelas obrigações contrahidas nos negocios da sua profissão. *Cod. Comm. art. 894., cit. Cod. Civ. Fr. art. 1308.* 5.º Nos esponsaes, e contractos matrimoniaes, se foram celebrados com as solemnidades da lei, tendo-se effectuado o matrimonio. *Id. art. 1309.*

Pessoas equiparadas aos menores para este fim.

§. 392. Á maneira dos menores, a restituição compete: 1.º aos interdictos. *Cit. Ord.* §. 4. 2.º Ao Estado, ás igrejas, mosteiros, misericordias, confrarias, hospitaes, e camaras municipaes, pelos factos, ou omissões dos seus agentes, ou administradores. *Mell. L. 2. tit. 13.*

§. 9, *Lobão ad eumd. n. 2. e seq., e Seq. Lanh. P. 1. pag. 352.* O quadriennio para os primeiros conta-se, desde que cessou a interdicção: para os segundos, desde que tiveram conhecimento da lesão. *Cit. Lobão n. 7.*

Pelo direito romano, e opiniões dos praxistas, além das pessoas acima indicadas, compete tambem a restituição aos soldados, aos ausentes por causa necessaria, aos presos, e aos rusticos moradores de terras, onde não ha letrados. *Per. e Sons. Pr. Lmh. Civ. nott. 898: e 882.* Porém como a restituição é um privilegio, que se entende restrictamente, a estas pessoas não compete em geral, mas sómente para os fins e nos actos expressamente declarados nas leis.

Pela *Ord. L. 3. tit. 87. §. 2.* permittia-se a'taes pessoas allegar na execução embargos offensivos da sentença definitiva: o que foi omitido na *Ref. Jud. art. 678.*, na qual tambem mui explicitamente se prohibiram os segundos embargos; e por consequente foi revogada a *Ord. do mesmo L. tit. 88. pr.* na parte, em que permittia os de restituição. Pela outra *Ord. do mesmo L. tit. 9. §. 12.* o preso podia annullar todo o processado contra elle durante a prisão. A *Ref.* não fez disto menção; antes no *art. 199.* permittie geralmente cital-os, sendo o mandado visto pela auctoridade, a cuja ordem foram presos. Porém no *art. 683.* deixa a todos os restituiveis segundo o direito (entendemos o nosso antigo, por tanto o romano, ou consuetudinario, attestado pelos praxistas) a faculdade de allegarem este privilegio para serem admittidos á interposição dos recursos judiciaes depois de findos os termos da lei.

Pelo *Ass. de 29 de Março de 1814* foi expressamente declarado, que a restituição não competia ás viúvas.

SECÇÃO 6.ª

DOS AUSENTES.

Quaes sejam os ausentes?

§. 393. Já acima (§. 66.) fica dito, que ausente se diz aquelle, que não está no logar do seu domicilio. Porém aqui esta palavra toma-se no sentido estricto, e significa aquella pessoa

cuja habitação se ignora, e de que não ha noticias. O interesse publico pede, que os bens e direitos de taes pessoas não fiquem em abandono, mas sejam postos em cautela, e administrados, para serem entregues aos proprios, quando appareçam, ou a seus herdeiros: e a isto se reduzem as providencias das leis a tal respeito.

Curadoria ordinaria dos bens destes.

§. 394. Ao juiz dos órphãos, constando-lhe de algum ausente, compete proceder á nomeação de curador aos bens em Conselho de familia, e aos mais termos ordinarios da tutela. Este procedimento não tem logar: 1.º em quanto não passou um anno desde as ultimas noticias; excepto se os interesses do ausente por alguma circumstancia extraordinaria o pedem, v. g., a requerimento dos crédores. *Cod. da Pr. P. 2. tit. 18. artt. 20. e 21.* 2.º Se existe o pac do ausente; sob cujo patrio poder elle estivesse. 3.º Se existe sua mulher. *Ord. L. 1. tit. 90. pr. 4.º* Se deixou procurador geral, em quanto dura a procuração, ou este não é omisso. *Cod. Civ. Fr. art. 112., Lobbão Coll. de Diss. 2.º § 2.* O mesmo deve o juiz practicar, abrindo-se qualquer successão, entre cujos herdeiros haja algum ausente, ainda que não seja menor. *Ref. Jud. artt. 391. e 392.* Esta curadoria regula-se pelas regras da tutela, em tudo o que tiver logar.

Curadoria provisoria dos parentes.

§. 395. Se passaram dez annos desde as ultimas noticias do ausente, ainda que deixasse procurador, começa a presumpção de ter fallecido; e podem os parentes pedir a entrega dos bens d'elle, que se lhes defere a titulo de

curadoria provisoria Para a obterem, é necessario: 1.º habilitar se por artigos perante o juiz do logar, onde são sitos os bens, ou a maior parte delles; e audiencia do Ministerio Publico com citação, a) *peçoal* do administrador, curador, ou possuidor dos mesmos; b) e do ausente e mais interessados por meio de edictos, e tres annuncios successivos em algum periodico da cabeça da Comarca, ou, na falta deste, do Diario do Governo. 2.º Devem provar a falta de noticias do ausente ha mais de dez annos, e que se reputa morto; 3.º e a sua qualidade de parentes mais proximos e herdeiros presumidos: conforme os termos da *Ref. Jud. art. 313.*, e da *Ord. L. 1. tit. 62. §. 38.*

Antigamente a entrega dos bens do ausente aos curadores provisorios competia aos Provedores das Comarcas, se os bens não excediam a 300\$000 reis: excedendo esta quantia, ou sendo dentro das cinco legoas da Corte, competia ao Desembargo do Paço. *Reg. dos Des. do Paço. §. 50., Ord. L. 1. tit. 62. §. 38.*

Effeitos da sentença, que a defere.

§. 396. A sentença, que defere a curadoria provisoria, desde que passou em julgado, fixa a época presumida da morte do ausente: e por tanto: 1.º desde então já elle não adquire direitos, nem obrigações, nem por conseguinte succede na herança de qualquer, que venha a fallecer depois, excepto se se provar, que realmente vivia a esse tempo. *Cod. Civ. Fr. artt. 135 e 136.* 2.º A curadoria defere-se aos herdeiros legitimos, que lhes succederiam nesta época, sem attenção a outros, que talvez seriam mais proximos ao tempo das ultimas noticias, ou ainda depois. *Guerr. Tr. 4. L. 4. cap. 12. n. 21.* 3.º Se o ausente deixou testamento, abre-se e execu-

ta-se este, entregando-se os bens aos herdeiros nomeados, que são neste caso os curadores provisórios. *Cod. Civ. Fr. art. 123. 4.º* Os bens, que têm successor legal, passam para este, como os vinculados, os prazos. *Pegas Tom. 4. ad Ord. L. 1. tit. 50. rubr. n. 226.*

O *Cod. Civ. Fr. art. 120.* chama á curadoria provisoria do ausente os parentes, que lhe deveriam succeder ao tempo do desaparecimento, ou das ultimas noticias. O inverso porém pareceu-nos mais razoavel, e mais conforme á letra da *Ord. L. 1. tit. 62. §. 38.*, e é adoptado no *Cod. da Pr. cit. art. 836.*, e seguido por *Guerr. Tr. 4. L. 4. cap. 12. n. 21.* O *Cod. da Pr. ordena*, que se entre a demanda da curadoria e a sentença fallear algum dos parentes mais proximos, de fórma que a successão neste caso deva passar para outros mais remotos, estes possam continual-a, com a obrigação unicamente de indemnizar das despesas os que a tinham principiado. O *Decr. de 4 de Abr. de 1832* determina o contrario no caso analogo da abolição dos vinculos.

Particularidades desta curadoria.

§. 397. Esta curadoria contém, além da administração, a preocupação dos bens, e immisção na posse concedida aos herdeiros. Por isso. 1.º sendo muitos, repartem os bens entre todos conforme as partes, que lhes competiriam na herança; e transmitem-nas a seus herdeiros. 2.º Não são excluidos, ainda que sejam mulheres, menores, ou interdictos. *Lobão a Mell. L. 2 tit. 12. nn. 12. 13., e 21.* 3.º Podem pedir contas aos curadores, ou administradores antecedentes, e usar de todas as acções assim activa, como passivamente, que lhes competiriam na qualidade de herdeiros. *Id. n. 10.* 4.º Não são obrigados a dar annualmente contas. *Id. n. 11.* 5.º Porque a curadoria é provisoria, devem receber por inventario, e prestar caução fidejussoria; e sendo muitos, são excluidos os que a não

não derem. *Ord. L. 1 tit 62. §. 38., cit Lobão n. 19. 6.º* Não podem alienar os bens de raiz. *Cod. Civ. Fr. art. 128*

Fim da curadoria.

§. 398. Desde que o ausente completou a idade de setenta annos, presume-se definitivamente morto. *Lobão Diss. cit. §§. 24. e 27., Cod. da Pr. P 2 tit. 18. art 830.* Desde então termina a curadoria provisoria: a) os herdeiros, que a tinham obtido, ficam alliviados de caução; b) e podem alienar os bens, *Dig. Port. 2. artt. 761. e 762.* c) Porém como a presumpção da morte deve ceder á verdade, ficam ainda obrigados a todo o tempo a entregar-os, aa) ao ausente, se apparecer, ou seus descendentes, *Cod. Civ Fr. artt. 132. e 133.;* bb) ou provando-se a época da sua morte, áquelles, a quem então pertencia a herança, se lhes não obstar a prescripção. *Cit. Cod art. 130., Lobão cit. §§ 28. e 29.*

Na 1.ª edição tinhamos seguido aqui a opinião de que, se ao tempo, em que o ausente completava a idade de setenta annos, os herdeiros, que então lhe deviam succeder, eram differentes dos que tinham obtido a curadoria provisoria, podiam preferir a estes, e pedir a definitiva entrega dos bens, por suppormos que esta idade fixava a época da morte, em que se transmite a successão, e apoiados na auctoridade de *Lobão cit. Dus. §§. 12. e 40.* Agora, reflectindo melhor, achamos dever eliminar esta doutrina; por quanto, se o ausente não apparece depois, nem noticias certas delle, a presumpção da morte, estabelecida pela primeira sentença, que deferiu a curadoria, converte-se em certeza em favor dos parentes, que a obtiveram, e que transmitiram a seus herdeiros o direito, que della resultava. Nada mais resta depois, senão declarar, que acabou a curadoria provisoria, e que os curadores, ou seus herdeiros ficam senhores dos bens.

A opinião, que Lob. segue nos citados §§. 12. e 40., já antes tinha sido combatida por *Pegas Tom 4. ad Ord. L. 1. tit. 50. cap. 11. n. 249.* com os fundamentos, que deixamos expostos, ainda

que este commentador nos numeros seguintes parece inclinar-se ao voto em contrario. A opinião de Guerr. *Tr. 4. L. 4. cap. 12. n. 21*, em que Lobão se funda, ainda que confusa, diz respeito á especie, que acima tractámos no § 395., como se entenderá, se se examinar com attenção. e a especie de Voet *ad Pand. L. 10. tit. 2. n. 19.*, a cuja auctoridade Lobão tambem recorre, refere-se ao caso de haver noticias certas de existir o ausente ainda depois de deferida a curadoria provisoria, pois se ao tempo dessas noticias eram outros os herdeiros, cessa o direito dos primeiros, visto estar desvanecida a presumpção, e ficamos na regra indicada no fim deste §.

Cumpra tambem advertir, que o *cit. Peg. ad Ord. L. 1. tit. 62. §. 38. n. 12.* duvida que os curadores provisorios possam invocar em seu favor a prescripção, visto não possuirem em nome proprio.

Restituição dos rendimentos.

§. 399. Como a curadoria fôra deferida a titulo de herdeiros, e de boa fé: 1.º quando os curadores provisorios têm de restituir os bens, se os restituem até quinze annos, são sómente obrigados a restituir a quinta parte dos rendimentos liquidados; se de quinze até trinta annos, a decima parte; e se de mais, não pagam rendimentos alguns. *Cit. Cod. art. 127., cit. Lobão §. 42. e seq. 2.º* Depois que terminou a curadoria pela idade dos setenta annos do ausente, só têm obrigação de restituir os bens existentes no estado, em que se acharem; os subrogados no lugar delles; ou o preço dos que tiverem sido alienados depois dessa epocha; mas sem rendimentos. *Cit. Cod. art. 132.*

Por direito romano nada se acha legislado sobre ausentes, que possa hoje ter uso: e nas leis patrias apenas se encontram as disposições da *Ord. L. 1. tit. 62. §. 38.*, e *tit. 90. pr.* Não se acham porém ahí providenciadas as especies sobre o termo da curadoria, — fixação da morte do ausente com relação á idade, — entrega dos bens a outros herdeiros, — restituição dos rendimentos, e outras, obvias e frequentes na praxe.

Os antigos praxistas, principalmente Pegas *ad Ord. L. 4.*

tit. 50. rubr. cap. 11. e seq., e no *Tom. 1.º nas add. aut. 62.*, e Guerr. *Tr. 4. L. 4. cap. 12.*, que mais de espago tractaram esta doutrina, confundiram-na por tal fórma, que não é facil entendel-os, e ainda menos concordal-os.

O *Cod. da Pr. P. 2. tit. 18. desde o art. 821.* presume morto o ausente, que ou passa de setenta annos, ou de quem não houve noticias por dez annos, contando este espaço desde a maioridade, se elle era menor ao tempo das ultimas noticias; e manda entregar seus bens aos herdeiros legitimos, que o forem ao tempo, em que a sentença passa em julgado; ficando porém obrigados a restituil-os aos herdeiros do tempo da morte, no caso de esta se vir a conhecer, e provar, assim como ao proprio ausente, ou seus descendentes: com a differença de que os primeiros só podem pedir a entrega dos bens por morte daquelle, a quem fubam sido deferidos: e o proprio ausente, ou seus filhos podem pedir-os a todo o tempo até trinta annos: porque se apparecem depois deste espaço, só têm direito a alimentos. Em quanto aos rendimentos, o possuidor só os deve, se era de ma fé.

O *Cod. Civ. Fr* desde o *art. 112*, e os outros, que o tomaram por fonte, seguiram differente systema. Segundo este bastam quatro annos sem noticias do ausente para ter logar o deferirse a curadoria, ou posse provisoria dos bens. Chamam-se para esta os parentes, que herdariam ao tempo do desaparecimento, ou ultimas noticias: obrigados porem a restituir os bens, ou ao proprio, se elle apparecer, ou a outros, que provando a epocha da morte, mostrarem ser os verdadeiros successores; restituindo os fructos, pela fórma, que indicamos no §. Desde que o ausente fez cem annos, ou passados trinta depois da posse provisoria, tem logar a posse definitiva, e partem-se os bens. Depois desta os possuidores a ninguem os entregam, senão ao proprio, ou a seus descendentes, requerendo-o estes até trinta annos desde esta ultima posse.

São estas as fontes, combinadas ainda com as confusas doutrinas de Lobão na *cit. Diss.*, e nas *Not. a Miell.*, e com as do *Dig. Port. 2. art. 749.*, donde extractámos a presente Secção.

NOTAS FINAES

DO

TOMO I.

Nota A ao §. 8 pag. 4.

SOBRE A NÃO RETROACTIVIDADE DAS LEIS.

Como se entende a não retroactividade das leis?

O Principio da não retroactividade das leis acha-se consignado nas constituições modernas, como garantia politica; e encontra-se estabelecido como regra de grande importancia para os juizes, não só nos codigos modernos, mas já no direito romano na *L. 7. Cod. de legib.*, assim como na legislação patria no *Ass. de 23 de Nov. de 1769 N.º 263*, e no *Alv. de 27 de Abr. de 1802 §. 4.*

Este principio á primeira vista parece muy simples parece reduzir-se a isto — *que para regra de um facto se deve tomar a lei vigente ao tempo, em que elle foi practicado* —; porém na practica encontra muitas difficuldades. Os factos da vida civil produzem sempre consequencias, umas immediatas, outras remotas; ora quando entre o acto, e o seu effeito remoto, muda a legislação, por qual das leis se deve regular esse effeito: pela lei antiga, ou pela nova? Eis aqui a questão.

Considerada em differentes relações.

Não é facil reduzir a regras geraes as maneiras, por que os JCTos resolvem as differentes especies, que a cada passo occorrem a este respeito. Podem para este fim ver-se *Merlin Reperit. vbo. Effet rétroactif*, e *Revue de Droit Français et étran-ger, Janvier et Février 1845*. Seguemos a *Mr. Delvincourt, Cours de Cod. Civ. Tom. 1. not. 2. pag. (mha) 7.*, o qual considera esta questão nas seguintes relações: em quanto aos delictos, em quanto ás convenções, em quanto ao estado das pessoas, em quanto á disposição dos bens, e em quanto á fórma dos actos.

Em quanto aos delictos.

Em quanto aos delictos a regra é, que deve applicar-se-lhes a pena da lei do tempo, em que foram commettidos; porém se a pena da nova lei é menos dura, costuma por equidade applicar-se esta. Desnecessario parece recordar, que nenhum facto indifferente pôde ser reputado delicto, nem ainda contração, se foi practicado antes da lei, que declarou taes os factos daquella natureza.

Em quanto ás convenções.

A prova e os direitos, que são effeito immediato da convenção, regulam-se pela lei anterior; porém os effeitos remotos, que dependem ainda de algum facto posterior ao contracto, regulam-se pela nova. Exemplo: feita uma doação *inter vivos* com as devidas solemnidades, mas ainda não entregues os bens, chega pouco depois uma lei, que determina outras formalidades. pode, não obstante isso, o doado pedir a entrega em virtude daquella doação, porque é o seu effeito immediato não assim, se foi feita de baixo de certa condição, e, antes de esta se realizar, a lei declarou, que em taes actos se não admittem condições. Outro. O *Cod. Comm* elevou a 6 por $\frac{2}{100}$ os juros em commercio, que antes supponmos que fossem a 5 entende o citadão Delvincourt, que o crédor pôde pedir os juros de 6 desde a data do contracto, porque não provém deste, mas do facto do não pagamento. O mesmo deveremos applicar *vice versa*, se a lei antiga os permitia, mas a nova os prohibiu. Porém se as partes o preveniram, deve observar-se o ajuste. Daqui se pôde conhecer, quanto é injusto o Decreto, entre nos publicado, que obriga os crédores a receber em notas, que correm com o desconto de 30 ou 40 por $\frac{1}{100}$, os seus créditos anteriores, quando continham a declaração de *prata*, ou *metal*.

Em quanto ás prescripções.

Quando por uma lei foi estabelecida uma prescripção nova, ou tornada mais breve a que antes era mais dilatada, não corre o lapso da prescripção, senão depois da publicação da lei. Supponhamos, que em 5 de Dezembro de 1845 se determinou por uma lei, que as dividas de rendas de casas prescrevam por cinco annos, e que em igual dia de 1847 se demandava um devedor pela renda do S. Miguel de 1842 não pôde este recorrer á prescripção. É por este principio, que se regulou o *Decreto de 4 de Abr. de 1832 art 20*, quando estabeleceu a prescripção de 10 annos para os bens vinculados, a con-

tar sómente desde a sua data. Facil é de entender, que se a prescripção antiga foi mais dilatada pela lei nova, se conta o tempo anterior, porque curreu em virtude da lei desse tempo.

Em quanto á capacidade das pessoas.

A capacidade, ou estado das pessoas regula-se pela lei nova, a qual pôde fazer, que um individuo, que antes era capaz de certos actos, se torne incapaz, ou *vice versa* salva a validade dos actos consummados. Exemplo: as nossas leis permitem o casamento aos varões de 14 annos: supponhamos, que se publica uma lei, que o não permite antes dos 16 os que antes desta lei tinham completado aquella idade dos 14, nem por isso podem casar: mas os casamentos feitos antes da lei são válidos. Da mesma maneira o empregado, a quem pela lei competia certo accesso, se, antes de o ter obtido, a lei nova dispoz de outra fórma, não tem que arguir-a de retroactiva. Supponhamos uma carta de fôrtilhação antiga com a clausula de poder succeder em vinculos: entendemos que hoje não poderá ser executada.

Em quanto á disposição dos bens.

Os actos, que contêm disposição de bens, que ficam logo perfectos, não soffrem alteração pela nova lei, como as doações *inter vivos*: mas aquelles, cuja execução depende de acontecimento posterior, podem ser alterados. Assim as doações *causa mortis*, e os testamentos devem regular-se pela lei vigente ao tempo da morte do testador, que é o da sua execução. Neste sentido foram redigidos o *Ass. de 5 de Dez. de 1770 N.º 274*, sobre testamentos, e o *de 9 de Abr. de 1772 N.º 279*, sobre successão de vinculos, ainda que no *de 20 de Março de 1770* se declararam nullos os testamentos, em que se institua a alma por herdeira, ainda depois da morte do testador, se os bens não estavam entregues e no outro *de 20 de Dez. do mesmo anno* se entendeu, que se não devia cumprir as annexações das terças aos morgados, prohibidas pela *Lei de 3 de Ag. de 1770*, ainda que os administradores taessem já então morrido.

Em quanto á forma dos actos.

A lei nova não pôde privar o acto, feito com as solemnidades requeridas ao tempo da sua confecção, do character de perfeição, que elle tinha adquirido, com o fundamento de se exigirem agora outras formalidades.

Nota B ao §. 43. pag. 23.

SOBRE O SUBSIDIO DOS CODIGOS MODERNOS NA NOSSA
JURISPRUDENCIA.

Providencias da Ord. Manoelina sobre os casos omissos.

Pela *Ord. Manoelina L. 2. tit. 5.* o direito romano, e o canonico, eram autorizados para supprir os casos omissos nas leis e nos *costumes patrios* a saber, o romano para os casos, que não contivessem peccado, e o canonico para os outros. Se o caso não apparecia decidido nos textos destas duas legislações, ou a intelligencia era disputada, devia o juiz recorrer ás Glossas, preferindo a opinião de Accursio, e na falta desta a de Bartolo. Por esta gradação o juiz tinha sempre a mão o texto ou lei positiva; e raro seria o caso, em que elle podesse substituir-lhe o arbitrio. Os subsidios da Glossa, fossem ou não seguros, eram os unicos, que o legislador podia indicar, porque então ainda não havia outros commentarios ás leis romanas, ou *imperiales*.

Renovadas na Ord. Philippina L. 3. tit. 64.

Pelo decurso do seculo 16.º Cujacio e outros commentadores da sua escola, applicando na interpretação das leis romanas a critica, e o recurso do conhecimento das antiguidades, patentearam os absurdos, e erros grosseiros dos Glossadores em muitos logares. Por esta maneira decaiu o crédito de Accursio e de Bartolo, para o que deviam tambem concorrer não pouco os escriptos dos nossos distinctos JCTos do mesmo seculo, discipulos, ou ao menos imitadores dos Cujacianos. Mas a pezar disto na *Ord. Philippina L. 3. tit. 64.*, publicada nos principios do seculo 17.º, appareceu ainda textualmente transcrita a providencia da *Manoelina*, com a unica differença para peor, que na *Manoelina* resalvavam-se os erros da Glossa nas palavras: *salvo se a commun opinão dos Doutores, que depois escreveram, for contraria*; e na *Philippina*, omitindo aquellas palavras, autorizava-se tal qual era na sua origem.

Fatal consequencia desta medida.

Quando as disposições das leis vão de encontro ás idéas da epocha, quando querem dar auctoridade a cousas, que a não merecem, o resultado é não se executarem, e pór tudo

em desordem. Eis aqui o que aconteceu com a renovação daquelle providencia antiga. Desde então os juizes e os JCTos ficaram invidiosos em um labyrintho. Além das difficuldades, que já encontravam para decidir, se o caso omisso pertencia aos *costumes*, se ao direito romano, se ao canonico, accrescia agora o embaraço entre a auctoridade legal de Accursio e de Bartolo, e a moral ou jurídica dos Cujacianos. E não podendo decidir-se, acabaram por abandonar a indagação e exame da lei, e commetter a decisão do caso aos votos dos Doutores, isto é, de todos aquelles, que escreviam sobre direito ou moral, attendendo não as suas razões, mas ao numero. A balança da justiça cedia a favor daquelle, que apresentava maior columna de auctoridades, a qual então se honrava com o nome de *opinião commun*. Foi este o methodo dos nossos escriptores de Direito do seculo 17.º até Pegas e Guerreiro, e os outros posteriores. Não havia no fóro injustiça, que se não defendesse com a auctoridade dos Doutores, assim como em moral não havia erro, que se não desculpasse com uma serie de Casuistas.

Reforma estabelecida na Lei de 18 de Ag. de 1769.

Desde o seculo 17.º todas as sciencias se tinham emancipado do jugo da auctoridade: a philosophia e a razão eram os seus unicos guias; e invocando estas divindades tutelares, faziam progressos espantosos. Na jurisprudencia especialmente Grocio, e depois Puffendorf elevaram o direito natural a sciencia, que foi logo seguida de grande séquito, e acompanhada de cursos publicos na maior parte das academias. As legislações positivas, até mesmo a romana, a pezar do respeito, que geralmente se lhe consagrava, não pôde escapar a ser aferida pela nova sciencia, e por este contraste soffreu grande quebra na sua auctoridade. Foi neste movimento da intelligencia que o Marquez de Pombal tentou reformar tudo entre nós, sem exceptuar a legislação e a jurisprudencia. Prevenido contra o direito romano, e fascinado pelo applauso do direito natural, que talvez em algum momento imaginou capaz de dispensar as leis positivas, na *Lei de 18 de Ag. de 1769 §. 9.* privou os textos do direito romano de toda a auctoridade externa na nossa jurisprudencia, permitindo unicamente invocá-los nos casos omissos, quando as suas disposições fossem conformes a boa razão, isto é, ao direito divino, natural e das gentes, á excepção das materias economicas, mercantís e maritimas, nas quaes declara exclusivamente subsidiarias as leis das nações modernas. Mas 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 de lei positiva, abando-

nados aos principios geraes do direito natural, de que o legislador mesmo não tinha podido dar idéa exacta, e por conseguinte precipitados na arbitrariedade.

Os Estatutos da Universidade mandam consultar o uso moderno das nações.

Ainda não eram passados tres annos, já os sábios redactores dos *Estatutos da Universidade de 1772 no L. 2 tit. 5. capp. 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 coarctar o arbitrio do juiz na selecção das que eram conformes a boa razão; preserveram-lhe como regra, que examinasse o *uso moderno*, que dellas faziam as nações civilizadas, consultando as obras dos seus JCs a esse respeito. E na verdade ao mesmo tempo que Montesquieu e outros á luz da razão depuravam as leis antigas, e abriam um novo caminho para a reforma da legislação, eminentes interpretes segregavam na infinita collecção do corpo do direito civil os fragmentos, e textos antiquados, daquelles, que ainda eram applicaveis nas suas respectivas nações, reunindo estes em tractados especiaes ou observações, com o titulo de *uso moderno*. Por este methodo escreveram Strickio, Thomasio, Boehmero, Struvio, Hubero, Voet, Henneccio, e ultimamente Pothier, a cada passo citados pelos nossos escriptores.

Códigos modernos.

As reformas parciaes, que se publicavam na legislação de todas as nações, e esta separação, que faziam os JCs, das leis romanas, mostrava a necessidade, e ao mesmo tempo era o preludio dos novos codigos. Foi na Allemanha, o paiz classico da jurisprudencia, que se fizeram as primeiras tentativas dos codigos civis, de que especialmente nos limitamos a falar. Pelo meado do seculo 8^o foi publicado o codigo da Baviera e ao mesmo tempo na Prussia por ordem de Friderico o Grande trabalhava o celebre Cocceus em outro, cuja primeira parte, que não contem mais do que uma paraphrase do uso moderno do direito romano, foi publicada com o nome de codigo Friderico, ho e abrogada. Por morte de Cocceus suspendeu-se este trabalho, até que, depois de muitos ensaios, em 1791 foi finalmente mandado executar o *Codigo geral dos estados da Prussia*. Este codigo obteve um applauso immenso, assim pela abundancia das doutrinas, como pelo methodo, e pela redacção concisa e ter-

minante dos artigos, inteiramente despida das apparencias da legislação romana, ainda quando della são extrahidas as disposições. Foi mandado traduzir em Francez para o uso da commissão encarregada do novo codigo.

Seguiu-se depois nos principios do seculo actual o *codigo civil Francez*, ou *codigo Napoleão*, promulgado em 1804, que tem servido de modelo aos outros posteriores das nações do meio dia da Europa e da America, a saber, dos differentes Cantões da Suissa, das Duas Sicilias, e da Sardenha publicado ainda em 1838, que se não deve confundir com outro antigo citado por Lobão. Na Austria depois de differentes ensaios publicou-se tambem um novo em 1810, e outro na Hollanda em 1838.

Characteres destes codigos.

Deixando de parte as infinitas variações, em que todos ou combinam, ou differem uns dos outros, e attendendo unicamente aos elementos mais pronunciados, podemos reduzi-los a dois characteres, ou typos: o character Allemao, e o character Francez. Os Allemaes, entre os quaes se póde contar o da Hollanda, ainda consideram os actos do estado civil, principalmente o matrimonio, nas suas relações ecclesiasticas contém o artigo dos esponsaes e nas doutrinas sobre as cousas afastaram-se menos do direito romano: conservam as mesmas definições, as mesmas divisões geraes, e os mesmos principios sobre servidões, sobre successões, sobre prescripções, e sobre contractos. No Francez, filho da revolução, não se encontra nem a mais leve allusão á intervenção ecclesiastica este codigo não cogitou dos esponsaes; empregou um esquecimento affectado das fórmias e systema da legislação romana; proscreeu a prescripção nos bens moveis, e attribuiu immediatamente aos contractos o effeito da transferencia do dominio, que por direito romano resultava da tradição. Os codigos das Duas Sicilias e da Sardenha seguiram o modelo Francez, ainda que delle se separaram em quanto ás relações ecclesiasticas.

Porém a mais importante nota distinctiva entre os dois typos é o systema do *registro*. Na Allemanha a transferencia da propriedade, ou aquisição de qualquer direito real sobre bens de raiz, não se effectua, senão pela inscripção no registro publico. Na França e nas nações do meio dia sómente está introduzido o registro nas hypothecas. Os Francezes não desconhecem a vantagem do systema Allemao; mas encontram ainda grandes difficuldades para o adoptar.

Practica dos nossos escriptores de jurisprudencia.

A regra estabelecida pelos Estatutos para a selecção das leis romanas foi immediatamente seguida pelo sábio Mello Freire, o nosso Jcto, que primeiro escreveu depois daquela época, o qual na sua obra de Direito Patrio a cada passo auctoriza as suas opiniões com as doutrinas dos escriptores do uso moderno, Boehmer, Strickio, Thomasio, e outros. Seguiu-se Lobão, o qual invocando muitas vezes auctoridades sem critica, a cada passo com tudo recorre ás leis modernas das nações, e foi o primeiro, que citou os codigos, porque ainda então começavam a ser conhecidos nas suas ultimas obras encontra-se já mencionado o Codigo Civil Francez. O Codigo da Prussia apparece pela primeira vez citado no *Tractado dos Testamentos* de Gouvêa Pinto. Finalmente o distincto Jcto o Sr. Corrêa Telles na redacção do *Digesto Portuguez* teve sempre diante de si o Codigo Civil Francez e o da Prussia, abertos ao lado dos volumes do corpo de direito romano. Na verdade, se pelos Estatutos era permitido averiguar o uso moderno das nações nos escriptos dos seus Jctos, por maioria de razão deve ser procurado nas suas leis.

Uso, que fizemos dos codigos.

Fundados pois nos Estatutos, que são lei, como todos sabem, e na practica dos nossos escriptores, enumeramos entre os subsidios da nossa jurisprudencia civil as leis ou codigos das nações modernas. Sendo ellas o contraste legal para se julgar do uso das leis romanas, não sabemos decidir, se aquellas, se estas, têm maior auctoridade entre nós. Limitamo-nos aqui sómente a expor o nosso systema, e o uso, que dellas faremos nesta obra.

Um tractado de jurisprudencia entre nós é um composto de muitos e variados elementos, para o qual as leis patrias hoje por desgraça ministram o menor contingente; todos os mais são subsidios. A difficuldade de obter os elementos, que se nota no todo do quadro, encontra-se depois na deducção de cada um dos artigos. Em toda a parte o primeiro subsidio deve ser o dos escriptos dos nossos praxistas, porque nelles se acham indicados os estylos, a practica de julgar, ou direito consuetudinario, e até nos modernos o uso actual do direito romano. E ainda que na sua selecção se deva marchar com muita cautela, porque muitos escreveram sem critica, outros são contradictorios, e as opiniões de alguns estão em parte revogadas, ou em desharmonia com as reformas posteriores; com tudo em certos artigos são elles o unico recurso como no da commu-

nicação dos bens entre os conjuges, nos morgados, na emphyteuse, e nos mais, que têm por fonte os antigos costumes, ou leis da meia idade. Os outros subsidios não podem aqui ser chamados, senão por analogia.

Alguns artigos têm já por fontes subsidiarias os codigos modernos. Assim o artigo das tutelas na *Reforma*, e o dos principios geraes sobre contractos no *Codigo Commercial* são tirados directamente do Civil Francez. e nós fomos extractar do da Prussia as doutrinas sobre obrigações, que resultam dos actos illicitos, sobre esponsaes, sobre testamentos de mão commum, e sobre as obrigações dos criados, e outras muitas, cujos elementos achamos introduzidos entre nós pelas leis, ou pelos praxistas, talvez pela frequente leitura dos Jctos Allemães.

Finalmente grande numero de artigos appresentam ainda a sua origem romana, uns patente e bem conservada, como o das obrigações, sua extincção e provas, das differentes especies de contractos, dotes, modos de adquirir, prescripções, etc.; outros já mui desfigurada, como o artigo do *patrio poder*, e o dos testamentos. Em todos estes é que nos pareceu indispensavel usar da facultade dos Estatutos, collocando os codigos ao lado do Digesto. Todos sabem quanto na jurisprudencia romana é difficil e arriscado deduzir da decisão especial de um fragmento a illação geral necessaria para a coordenar pelo methodo synthetico; assim como decidir entre os differentes sentidos, que os interpretes dão a alguns textos. Ora nós não temos o desvanecimento de nos julgar hoje capazes de ser juizes entre Accursio e Cujacio, ou entre Vinio e Heineccio: nestas difficuldades decidimo-nos pela opinião, ou antes pela fórmula enunciada em um codigo, o qual, além da auctoridade dos seus redactores, tem em seu abono o assenso de uma nação civilizada. Não queremos encobrir, que muitas vezes vamos encontrar entre um codigo e outro codigo estas mesmas diversidades de opiniões; e então (é necessario confessal-o), como não temos regra, decidimo-nos por aquella disposição, que nos parece mais analogia ao nosso systema de legislação, aos nossos costumes e estylos, e talvez a alguma auctoridade, que nos deva melhor conceito.

Não temos podido obter, além do Civil Francez, senão o da Prussia, o da Austria e o da Sardenha vertidos em Francez: em quanto aos outros, que algumas vezes citamos, servimo-nos da *Concordance entre les Codes Civils par Mr. Antoine de Saint-Joseph*.

Nota C ao § 70. pag. 45.

SOBRE A MORTE CIVIL.

A morte civil reconhecida pelas nossas leis.

Os direitos das pessoas acabarão pela morte civil? A *Ord.* L. 4. tit. 81. § 6. expressamente declara, que os condemnados á morte ficam *servos da pena*, e por tanto *privados de todos os direitos*, isto é, mortos civilmente, com a qual concorda a outra do L. 2 tit 26. §. 28 Porém Mello L. 2. tit. 1. §. 11., levado da sua philanthropia e odio á servidão, julga aquella Ordenação antiquada e inexecuvel, excepto no caso de ter sido na sentença expressamente declarado, que o réo fique privado de todos os direitos, ou morto civilmente. A pezar de tão respeitavel auctoridade nós não achamos inconveniente em sustentar a disposição generica da *Ord.*, não só por ser terminante e expressa, mas porque achamos ainda indicada a morte civil no art. 818. do novissimo *Cod. Comm.* Ella é tambem admitida na legislação franceza. *Cod. Civ. artt.* 22. e 23. Pode na pratica dar occasião a importantes discussões, principalmente no caso de se não executar a sentença de morte, por fugir, ou ser ausente o réo, ou demorar-se por qualquer causa, e o réo nesse intervallo adquirir alguns direitos, porque na verdade fóra destes casos de certo não tem logar, a não ter sido declarada na sentença.

Sua justificação.

Não ignoramos que este effeito, a *capitis mutatio maxima*, imposto pelas antigas leis romanas ao condemnado á morte em virtude da sentença, foi abolido por Valentiniano na L. 8. *Cod. Theod. de poenis*, e por Justiniano na *Nov. 22. cap. 8.* Sabemos igualmente, que a morte civil tem sido excluida em muitos dos codigos modernos: e temos lido as censuras por esta causa feitas ao Civil Francez. Mas a pezar disto não a achamos tão absurda, que se não possa justificar. A morte civil não priva o condemnado dos simplicis direitos da humanidade, sómente o priva dos civis, isto é, de poder implorar a protecção das leis sociaes para obter o cumprimento dos primeiros fica abandonado á moral dos outros homens. Na verdade quem se não quer sujeitar aos deveres impostos pelas leis sociaes, e com seus crimes perturba a boa ordem da sociedade, com que fundamento se ha de queixar, se o privaram das vantagens, que lhe eram

promettidas pelas leis, que elle offende? A morte civil tem na sociedade os mesmos effeitos, e sua analogia com a excommunição da sociedade religiosa.

Termos, em que deve entender-se.

Quando justificamos esta disposição, não queremos defende-la, senão nos termos razoaveis: e por tanto não defendemos o effeito da dissolução do matrimonio, que o direito francez lhe attribue, e que os Francezes mesmo reconhecem immoral e inexecuvel, não só por attacar o vinculo religioso, mas por lançar a nota de impureza sobre o amor dos esposos, e a da illegitimidade sobre os seus fructos, se elles se não quizessem separar: factos, que todas as leis, ainda em épocas de barbaridade, têm sempre respeitado. Vej. a not. ao §. 237.

Da profissão religiosa.

A profissão dos votos nas ordens monasticas importa tambem uma especie de morte civil: porque os Religiosos reputam-se como mortos para o mundo, cortam-se todas as relações, que os ligavam ás suas familias, não succedem *ab intestato*, nem *ex testamento*, e apenas podem receber tenças vitalicias a titulo de alimentos. L. de 9 de Set de 1769 §. 10., e de 7 de Julh. de 1778. Hoje, que estão extinctas entre nós as casas das ordens religiosas, estas disposições sómente podem ter logar a respeito das Freiras, cujos Conventos ainda existem. Os egressos das extinctas ordens foram restituídos a todos os direitos civis, excepto o de succederem *ab intestato* aos seus parentes, ou virem prejudicar as legitimas destes. L. de 30 de Abr. de 1835.

Nota D ao §. 100 pag. 67.

SOBRE O ERRO DE DIREITO.

Quando tem logar a allegação do erro?

Se um acto juridico qualquer è reprovado pelas leis, ou lhe falta alguma solemnidade essencial, póde annullar-se por esse fundamento, sem necessidade de recurrir á ignorancia ou erro. Tem porém logar esta questão, quando o erro entrou como motivo do consentimento, ou, o que val o mesmo, quando se errou na causa da obrigação; e aqui é que tem logar a distincção entre *erro de facto* e *erro de direito*.

Disposições de direito romano.

Por direito romano o erro de facto, em regra, pôde ser implorado não só por via de restituição para se annullar a obrigação, mas até para repetir o que em execução della se tinha dado. Pelo erro de direito porém não compete este favor, senão aos menores, soldados, mulheres, rusticos, e pessoas ignorantes, que não podem facilmente consultar letrados. Em quanto mesmo ás outras pessoas, faz-se ainda a distincção entre os casos, em que se tracta de *damno vitando*, e os outros, em que se tracta de *lucro quaerendo*. L. 7. e 8. D. de jur. et fact. ignor. Nos primeiros entendem os interpretes, que se pôde recorrer ao erro ou ignorancia nos segundos, que não. Exemplo: reparti a herança de um primo meu com os filhos de outro, por ignorar que a lei me deferia a mim só a successão, e que neste caso excluía a representação; tracta-se de *damno vitando*; posso implorar o erro, e repetir o que dei. *Vice versa*, fiz contas com o meu devedor, e deixei de contar os juros, por não saber que a lei os permitia naquella divida; tracta-se de *lucro quaerendo*; não posso implorar o erro para reclamar as contas.

Opiniões dos nossos praxistas.

As nossas leis são inteiramente omissas neste assumpto; mas os praxistas antigos, fundados na *Ord. L. 1. tit. 99. in fin.*, adoptaram a doutrina do direito romano, não obstante a difficuldade de a applicar na practica. *Repert. da Ord. vbo. Ignorancia se não pôde*. Porém os modernos Mell. L. 4. tit. 4. § 10., e Lobão *Seg. Lnh. not. 435.* rejeitam-na, admitindo indistinctamente a excusa assim do erro de facto, como do de direito, em todos os casos, e até o direito de repetir o que indevidamente fôra satisfeito.

Disposições dos codigos modernos.

No *Cod. da Pr. P. 1. tit. 4. art. 75. e seg.* acha-se contado entre as causas da nullidade dos actos o erro, quando versa sobre o objecto principal da obrigação, ou sobre as pessoas, ou qualidades essenciaes destas. O mesmo se encontra no *art. 1110. do Civ. Fr.* Mas como um e outro se exprimem genericamente, deixam em duvida, se tiveram em vista sómente o erro de facto, ou se tambem o de direito; e alguns interpretes Francezes restringem a disposição do seuCodigo ao erro de facto, julgando que no de direito se deve seguir a jurisprudencia romana. Porém no *da Austr. art. 1431.* achamos em especie analogia mencionado o de direito, e o novissimo *da Sard.*

art. 1197. diz = *L'erreur de droit, ou de fait n'est une cause de nullité de la convention, que lorsqu'elle tombe sur la substance, etc.* =

Fundados nestas auctoridades, redigimos a doutrina, que vai consignada no §.

Nota E ao §. 120. a pag. 82.

SOBRE AS OBRIGAÇÕES INDIVISIVEIS.

Fonte desta doutrina.

Na collecção do corpo do direito civil não se encontra artigo algum sobre esta doutrina; apenas no *Digesto nas Lcs 2. e 72. de verb. oblig.* se faz menção da indivisibilidade das obrigações. Modernamente Pothier, imitando Dumoulin, foi o primeiro, que no seu *Traité des obligations* fez deste objecto um artigo especial; e d'ahi foi extractado pelos redactores do *Cod. Civ. Fr.*, donde passou para os codigos posteriores, que o tomaram por modelo.

Differença entre solidariedade e indivisibilidade.

A solidariedade e a indivisibilidade têm de commum. 1.º verificarem-se só no caso de concorrerem muitos crédores, ou muitos devedores. 2.º poder cada um dos concrédores pedir, ou ser cada um dos condevedores responsavel pelo total da obrigação.

Porém differem. 1.º em que a solidariedade provém antes da forma da obrigação; e a indivisibilidade, da qualidade do objecto, sobre que versa. 2.º Ainda que os effeitos da indivisibilidade possam algumas vezes dar-se entre os crédores e os devedores originarios, com tudo mais frequentemente se offerecem entre coherdeiros. pelo contrario no caso da solidariedade do devedor, os herdeiros deste ficam sim obrigados todos, mas não cada um *in soltdum*. Pois as obrigações em regra dividem-se entre os herdeiros, de maneira que por morte do crédor cada um dos seus herdeiros não pôde pedir senão a sua parte respectiva da obrigação bem como cada um dos herdeiros do devedor só é obrigado tambem a satisfazer a sua parte. Isto porém só tem lugar, sendo possivel a divisão della.

Explicação e exemplos de uma e outra.

Qual é então a obrigação indivisível? É difficil dar della uma idéa exacta. O *Cod. Civ. Fr. art. 1217. e seg.* começa por expor, quaes as divisíveis, e diz serem aquellas, que se podem dividir ou *materialmente*, v. g., a obrigação de dar um moio de trigo, de dar vinte moedas: ou *intellectualmente*, quando, ainda que o objecto em si não admitta divisão, com tudo a obrigação pôde pertencer, ou ser executada por muitas pessoas em partes indivisas. Assim um cavallo, que ficou na herança, não pôde dividir-se materialmente entre os coherdeiros; mas o proveito e uso, que d'elle se faz, pôde dividir-se, v. g., servindo-se d'elle cada um certos dias. eis aqui a divisão intellectual. São indivisíveis as que não admittem divisão natural, como as servidões, e aquellas, que as partes consideraram como indivisíveis relativamente ao fim, que se propunham. Assim a obrigação, que um architecto contrahe, de fazer uma casa, pôde talvez dividir-se entre elle, e os seus socios na mesma empreitada, e talvez entre os seus herdeiros no caso de fallecer antes de a concluir, mas como quem encomenda tal obra, tem em vista uma casa prompta, reputa-se esta obrigação indivisível, pois que não ha de abrigar cada um dos socios, ou herdeiros pelo seu pedaço.

Entretanto não negamos, que é difficil distinguir entre as divisíveis intellectualmente, e as indivisíveis; e as explicações, que fazem os interpretes das duas *Leis do Dig* acima citadas, revelam a sua difficuldade, e o embaraço, em que elles se achavam. Vej. o cit. Pothier n 288. e seg., e Duranton *Traité des contr. et des obl.* T. 2. n. 584. e seg.

Nota F ao §. 126 pag. 86.

SOBRE A GRADUAÇÃO DA CULPA.

Adopção da theoria da graduação da culpa.

A graduação da culpa em *lata, leve e levissima* entre nós é legal, porque se acha estabelecida no *Ord. l. 4. tit. 53. § 2.* e indicada no *Cod. Comm. art. 302.* Ella foi introduzida, e geralmente seguida por todos os interpretes e tractadistas de direito romano, e acha-se adoptada, e applicada muy circumstanciadamente no *Codigo da Prussia* e nos *Allemaes*.

Fundamentos, com que alguns a combatem.

Alguns escriptores de direito combatem esta theoria da graduação da culpa com o fundamento 1.º de se não achar nos textos de direito romano, e dever talvez attribuir-se a invento dos interpretes, os quaes na verdade a reduziram a systema 2.º da difficuldade de definir cada um dos grãos: 3.º de serem arriscadas na applicação as regras geraes, que della se têm deduzido conforme as differentes especies de contractos. pois que tractando-se de avaliar a imputação culposa de um factio, não é tanto pela natureza da obrigação, como pelo exame das circumstancias, habitos e qualidades do individuo, que o praticou, que o juiz se deve guiar. Du-Caurroy *Frat. de Justin ex-phy.* L. 3. tit. 25. n.º 1068. No fim do *Traité des oblig.* de Pothier se acham já expostos e combatidos estes argumentos.

Sua justificação.

Não desconhecemos a difficuldade de marcar precisamente os limites entre um e outro grão de culpa; nem queremos excluir em taes casos o prudente arbitrio do juiz, o qual deve, para a graduar, attender tambem as circumstancias das pessoas. Entretanto parece-nos, que esta theoria não só tem a vantagem de offerecer ao juiz a norma, por que deve dirigir-se, mas tambem appresenta ao Jcto este artigo por um methodo, que, alem de ser communmente seguido, de certo não é mais difficil de entender nem de applicar, do que a distincção entre *culpa in abstracto*, quando se considera em geral sem referencia a pessoa alguma, e *culpa in concreto*, quando com referencia a alguma caso dado, a qual os censores daquella theoria querem substituir no seu lugar.

Practica do Codigo Civil Francez.

Na legislação franceza não se encontra, é verdade, esta graduação seguida á risca, e nominalmente designada, como nos *codigos Allemaes*: porém encontram-se a cada passo as mesmas idéas, e a mesma applicação. Em uns logares designa-se a responsabilidade pelas *fautes graves*; em outros simplesmente pelas *fautes*; e em outros emprega-se apenas a palavra *négligence*. No *art. 1137. do Cod. Civ.* impõe-se áquelle, que é devedor de cousa certa, a obrigação de vigiar por ella até á entrega, como *un bon père de famille*: e diz-se que esta obrigação é mais ou menos extensa, *relativement à certains contracts*. Entendemos que os redactores obraram judiciosamente omitindo as palavras

technicas em um código, que sendo destinado para andar nas mãos de todos, deve empregar, quanto poder ser, a linguagem commum com preferencia á scientifica.

Nota G ao §. 128. pag. 87.

SOBRE A ÉPOCHA DA MÓRA.

Disposições do direito romano.

Entendemos por *épochá da móra* o termo, desde o qual o devedor de uma obrigação não satisfeita fica responsavel pelos effeitos da móra, isto é, pela indemnização dos prejuizos, que d'ahi resultaram ao crédor. Este termo umas vezes acha-se fixado no contracto, testamento, ou titulo da obrigação, e em alguns casos está fixado pela lei. A móra em qualquer desses casos diz-se em direito romano *mora ex re*. Quando assim não foi fixado, o termo então sómente se conta desde a interpellação, isto é, desde que o devedor foi avisado para que satisfizesse, e diz-se então *mora ex persona*. *L. 32. pr. D. de usur. et fruct.* Os juros desde a móra sómente se contavam pelo mesmo direito nos contractos *bonae fidei*. *Cit. L. §. 2.* Os interpretes introduziram depois outra distincção: *móra regular*, a que resulta do termo fixado no titulo, ou da interpellação; e *irregular*, a que resulta da disposição da lei.

Disposições das leis patrias.

Não temos outra lei patria, a que recorrer nesta doutrina, senão a *Ord. L. 4. tit. 50. §. 1.*, a qual falando do contracto do emprestimo, diz que o devedor fica constituído em móra, se não tornar a cousa emprestada *ao tempo e prazo, que lhe foi posto*, ou na falta deste, *cada vez que o crédor lh'a pedir*, isto é, desde a interpellação. O *Cod. Comm. art. 270.* estabelece a regra geral de que os effeitos da móra nas obrigações commerciaes principiam desde a citação ou protesto judicial: no *art. 289.* permite correr juros das parcelas liquidas depois de tuadas as contas correntes, ainda que não precedesse interpellação: e no *art. 462.* no caso de compra e venda sómente constitue qualquer dos contractantes em móra desde a interpellação: além do algumas outras disposições especiaes. Em quanto aos praxistas, esta doutrina acha-se principalmente em *Moraes de exec. L. 2. cap. 12.*, e em *Guerr. Tr. 4. L. 2. cap.*

11., porém tão confusa, que nem d'ahi se podem trar esclarecimentos, nem é possível entendel-os.

1.ª questão importante sobre este objecto.

Neste artigo offereciam-se-nos duas questões principaes. 1.ª Se para dar logar aos effeitos da móra, bastará a *simplex* fixação do termo da obrigação no titulo, ou se será necessaria comminação formal, á maneira do que diz o *Cod. Civ. Fr. art. 1139.* = *lorsqu'elle (la convention) porte, que sans qu'il soit besoin d'acte, et par la seule échéance du terme, le débiteur sera en demeure* = ? Como a Ordenação não é explicita, seguimos doutrina analogá á lei franceza, por favorecer antes os devedores, e ser um meio de prevenir questões frequentes. Exemplo: ajustei com um mestre de obras dar-me umas casas promptas até o Natal de 1847: não cumpriu; ficará elle em móra, e por tanto poderei pedir-lhe os prejuizos, que soffri pela falta das casas? Parece-nos quenão. Mas outra cousa diriamos, se no contracto se tivesse acrescentado, *que ficaria em móra, ou respondavel pelos prejuizos, não as apromptando naquelle termo.* Supponhamos porém que o ajuste continha a obrigação de dar a adega prompta a tempo de recolher a colheita de 1847; então ficava incurso na móra, porque no contracto estava previsto o prejuizo insupprivel, que della resultava; estamos na especie do n. 2. do §. 128.

Esclarecimento em geral.

Estas especies são tão frequentes na practica, e apparecem tão variadas, que julgamos util qualquer esclarecimento. Arrendei umas casas com a *simplex* declaração de que me seria pago o aluguer por dia de S. Miguel. o inquilino não satisfiz: poderei pedir os juros da móra? Parece-nos, que sómente desde a citação, se não houve a interpellação. Um testador deixou um legado de 100,000 reis, que será dado dentro em um anno depois da sua morte: o herdeiro não cumpriu: poderá o legatario pedir juros? Entendemos que tambem só desde a citação. Um pae promete a sua filha em dote um conto de reis dado dentro em dois annos desde o casamento: não satisfiz: devera os juros da móra? Parece-nos mais justo que deve, porque aquelle dote era destinado para sustentar os encargos do matrimonio, que não podem ser differidos. Cumpre advertir, que nestas especies, se a divida em logar de donheiro fosse de bens rendosos, então sem duvida se podiam pedir os fructos desde o prazo fixado, não como effeitos da móra, mas como

pertenças da propriedade, e julgar-se conforme á boa ou má fe do devedor.

Em quanto á compra e venda.

Em quanto ao contracto da compra e venda de bens de raiz, a *Ord. L. 4. tit. 67. §. 3.* considera cada uma das partes em móra desde que a outra satisfaz: e por tanto o comprador, que recebeu os bens, e não pagou o preço, deve não só satisfazer este, mas também os fructos perceptos e percipiendos desde a entrega dos bens a mesma obrigação tem o vendedor, que recebeu o preço, e não entregou os bens. O *Cod. Civ. Fr. art. 1652.* contém igual disposição, quando a venda foi de bens rendosos, com a differença de em lugar de fructos mandar contar os juros do preço. Se a venda é de moveis não rendosos, os juros não se devem senão desde a interpeação. *Cod. Comm. art. 462.*

2.^a questão.

A interpeação (*cada vez que o pedir*, como se exprime a *Ord.*) entender-se-ha sómente a *judicial*, ou também a *extrajudicial*? Nesta parte seguimos a doutrina dos praxistas, os quaes julgam sufficiente a *extrajudicial*. *Repert. da Ord. vbo. Inter se commette*; que é também a do *Cod. Civ. Fr. art. 1139.* — *sommaton* — apezar de que o *A. do Dig. Port 1. art. 202.*, seguindo *Voet ad Pand. L. 22. tit. 1. n. 11.*, ao qual podia accrescentar *Pothier des oblig. n. 144*, exige a *judicial*. Porém seguindo os mesmos principios, e o *Cod. Comm. art. 270.*, nas dividas de quantias de dinheiro sómente admittimos a *judicial* no §. 130.

Importa pouco que as interpeações extrajudiciaes sejam feitas verbalmente, por missiva, ou mensageiro, uma vez que se possam provar.

Como, á vista do que fica exposto, a móra *ex re* é muitas vezes difficil de averiguar, facilmente se deprehe de a prudencia, com que devem proceder os advogados, allegando os factos indicativos da interpeação extrajudicial, a fim de obterem a indemnização da móra por este fundamento, se a não podem conseguir por aquelle.

Nota H ao §. 156 pag. 106.

SOBRE AS CESSÕES USURARIAS.

Providencias do direito romano.

Por direito romano já desde tempos antigos era prohibido aos procuradores fazer pactos *de quota litis*, isto é, estipular com o seu constituinte algo da parte da cousa demandada, no caso de vencimento: aos que faziam este pacto, chamavam *redemptores litum*. Porém os usurarios, para cavillar esta lei, recorriam ao estratagem de, em lugar do pacto *de quota*, extorquirem a cessão da divida com o fim de um lucro torpe e usurario. Para obstar a este abuso, o Imperador Anastasio na sua constituição, que se acha na *L. 22. Cod. mandati*, equiparando taes cessionarios aos *redemptores litum*, tirou-lhes a esperanza do lucro, determinando, que nesse caso os devedores das acções, ou créditos cedidos não seriam obrigados a satisfazer senão a importancia, que elles tinham desembolsado pela cessão: exceptuando porém esta, quando fosse entre coherdeiros da mesma divida, — ou legatarios, — ou obtida pelo possuidor de uma cousa para segurar a sua posse; — assim como as cessões gratuitas. — Justiniano depois na *L. 23. Cod. eod.* não só confirmou aquella disposição, mas ampliou-a de alguma forma, prohibindo, para evitar a fraude, que taes cessões se fizessem parte a titulo de venda, parte como cessão gratuita, e ordenando, que, se assim fossem feitas, o devedor satisfazia, entregando sómente a quantia da venda.

Practica das nações modernas.

As disposições do direito romano foram adoptadas na Alemanha. *Strick ad Pand. L. 18 tit. 4. §§. 8. e 9*, *Hem. ad Pand. P. 3. §. 287. e seq.* Foram também geralmente adoptadas na Hollanda. *Voet ad Pand. tit. L. 18 tit. 4. n. 18.* O *Cod. Civ. Fr. art. 1699.* limitou este favor ao devedor nas dividas litigiosas, e foi seguido pelo *Cod. da Su. d.*

Opiniões dos nossos praxistas.

Dos praxistas antigos apenas achamos esta especie em *Peças For. Tom. 4. cap 71.*, o qual, depois de justificar a disposição do direito romano, no n.^o 12. restringe-a á cessão das acções duvidosas, julgando por tanto que não tem lugar nas ac-

ções, ou créditos certos, e sem receio de litigio. Lobão, tractando aquella questão no *Fasciculo*, Tom. 1. *Diss.* 6., sustenta, que as disposições das *L.L.* 22. e 23. *Cod. mandati* estão comprehendidas no fim e espirito, assim da *L. de 27 de Julh. de 1765*, que prohibe a compra de heranças, e da do 1.º de *Agosto de 1774*, que prohibe os contractos *de quota litis*, como da outra de *20 de Junh. de 1774*, em quanto manda arrematar os bens da terceira especie, isto é, as acções, ou créditos pela sua verdadeira importancia sem rebate: accrescentando, que vira a disposição das leis romanas expressamente applicada em um accordam da Relação do Porto.

Restringindo-se a responder á opinião de Pegas, que sómente admite aquelle favor nas acções duvidosas, depois de transcrever as palavras de Manzio, JCo Allemão, o qual falando da *L. 22. Cod. mandati*, diz = *generaliter ut intelligenda de us, qui comparant aliena nomina, debita, sine chirographa, ut non possunt a debitore uno plus exigere, quam ipsi pro chirographo exponerunt* =, conclue com a auctoridade de Lauterbachio, Cocceu e Bruneman, que nellas se comprehendem todas as acções, ainda mesmo as certas e exigiveis. Esta opinião de Lobão foi seguida no *Dig. Port.* 3. *art.* 209. e 661.

Justificação da doutrina do §.

Fundados nestas auctoridades dos nossos JCos modernos, redigimos a doutrina do §. em geral, sem a limitarmos nem ás dividas litigiosas, como dispõe o *Cod. Civ Fr.*, porque sobre estas é prohibido entre nós fazer contractos com terceiros pela *Ord. L. 4. tit. 10. §. 3.*, de maneira que, a adoptarmol-a, deveriamos concluir, que tal doutrina não podia ter uso entre nós; nem ás duvidosas, como opina Pegas, porque raras vezes se poderá encontrar esta especie com tal decisão, que não possa ser objecto de litigio.

Nota I ao §. 188. pag. 128

SOBRE AS ESCRIPTURAS PUBLICAS.

Vantagem das provas por escripto.

As nossas leis sempre tiveram em grande consideração a prova por escripto, e principalmente por escriptura publica. Na verdade por meio destas verificam-se os termos e clausulas das obrigações entre os cidadãos com precisão e clareza, que

nunca se pôde esperar dos actos verbaes: os escriptos facilitam a decisão das questões, e diminuem as difficuldades, que os juizes encontram no conflicto de testemunhas, as quaes a cada passo se contradizem sobre o mesmo facto. Nas escripturas a fé do official publico contém a garantia da certeza do que se convencionou, que dispensa outra prova. As escripturas são a *probatio probata* na phrase semibarbara dos nossos antigos praxistas.

Antigo favor das escripturas, em quanto á prova.

A *Ord. L. 3. tit. 59.* não admitia em regra outra prova dos contractos, ou distractos, cujas obrigações excedessem a quantia de reis 60,000 nos moveis, e 4,000 reis nos immoveis (hoje triplicada pelo *Alv. de 16 de Set. de 1814*), senão a de escriptura publica: providencia, que o nosso Mello *L. 1. tit. 8. §. 6.* não duvidou qualificar de *saluberrima*. Na falta de escriptura não tinha o crédor outro recurso, senão sollicitar do Desembargo do Paço a dispensa, ou *provisão para prova de direito commum*.

Em quanto á execução.

A outra *Ord. L. 3. tit. 25.* concedia ás escripturas o favor de ser por ellas condemnado o devedor immediatamente sem mais delongas por meio da acção summaria chamada *assignação de dez dias*. O juiz á vista da escriptura assignava em audiencia ao réo este prazo para appresentar paga do pedido; se a não appresentava, era condemnado, sem embargo de outra qualquer defesa, que allegasse, que sómente podia ser recebida sem suspensão da execução. Igual favor era pela mesma *Ord. §. 9.* concedido aos escriptos particulares, precedendo porém a formalidade de serem reconhecidos pelo devedor, ou expressamente, ou á sua revelia pelo juiz.

Practica moderna.

Estas providencias, vantajosas assim para os interesses dos particulares, como para a boa administração da justiça, parecem ter acabado na practica moderna desde o *Decr. de 18 de Maio de 1832*. Na *Reforma* não se faz menção da *assignação de dez dias*; e no *art. 463.* explicitamente se permite a prova por testemunhas de toda e qualquer quantia. Por esta maneira hoje o crédor, que se appresenta em juizo com a certeza na mão, não merece mais attenção, do que o outro, que se appresenta embrulhado na capa da duvida.

Observação sobre esta practica.

Ignoramos os fundamentos desta innovação: o que podemos asseverar, é, que em todos os códigos modernos se acham disposições analogas ás da nossa Ordenação. Em todos a prova de certa quantia para cima não pôde ser feita senão por instrumento authentico: e em todos, estes instrumentos tem execução prompta. Os Francezes não admittem outra excepção, que os suspenda, senão a de falsidade.

Em quanto aos instrumentos particulares, nos termos do *Cod. Civ. Fr. art. 1322.*, e do *da Sard. art. 1428.*, e outros, o réo demandado por um escripto particular é obrigado a confessar ou negar peremptoriamente a assignatura: os herdeiros basta que declarem não a reconhecer. Se a nega, ou os herdeiros a não reconhecem, procede-se ao reconhecimento por comparação de letra; e sendo assim reconhecido, o escripto faz prova, e goza dos mesmos favores, que a escriptura. É verdade que a *Ref. Jud. no art. 462.* traz uma disposição analogá á antiga, a qual nós deixamos indicada no §. 189. mas não podemos deixar de notar, que, a não se admitir a *assignação de dez dias*, esta providencia na practica pouco pôde favorecer o crédor, pois não se podendo exigir o reconhecimento, senão pelo decurso da acção ordinaria, sortirá o effeito de abbreviar a prova, mas nem por isso livra o crédor das delongas e da chicana.

Parece-nos este objecto de tal importancia, que bem merecia uma declaração legislativa.

Nota K ao §. 213. pag 147

SOBRE O MATRIMONIO.

O matrimonio entre nós regulado pelas leis ecclesiasticas.

Sendo o matrimonio um contracto de direito natural, e da maior importancia na ordem social, deve ser regulado pelas leis civis. e na verdade nos primeiros seculos da Igreja eram os Imperadores que decidiam sobre os impedimentos, as solemnidades, os effeitos e as nullidades do matrimonio, deixando aos Bispos unicamente a parte sacramental: por isso esta doutrina se encontra no *Código*, e nas *Exstitutas* no titulo de *nuptus*. Porém pelo decurso dos tempos, fazendo os Bispos prevalecer a consideração do sacramento sobre a do contracto, pouco e pouco conseguiram chamar á sua jurisdicção e leis tudo o que

dizia respeito a este acto; alteração, que principalmente se completou em quasi todas as nações nos seculos da meia idade em virtude do crédito e influencia do direito canonico, do poderio da corte de Roma e da Ordem ecclesiastica, e da descendencia dos Principes. Eis aqui a razão, por que a nossa legislação patria é quasi muda sobre este objecto, que se acha committido ás auctoridades ecclesiasticas, e regulado pelo direito canonico, e constituições dos Bispados.

Practica dos códigos modernos.

Modernamente nos Estados protestantes os Principes chamaram a si o conhecimento de tudo o que diz respeito ao matrimonio, reputando-o válido desde que se preencheram as solemnidades civis, e considerando as solemnidades religiosas unicamente como um complemento. *Cod. da Pr. P. 2. tit. 1. art. 136.* A legislação Franceza separou o acto civil inteiramente do sacramento; regulou miudamente o primeiro, que deve ser practicado perante o official civil, fixando os impedimentos, as formalidades, os effeitos e a dissolução: e não cogitou do segundo, que abandonou ás auctoridades ecclesiasticas. *Cod. Civ. Fr. art. 144. e seq.* O *Cod. da Austr.* desde o *art. 44.* compitou as mais importantes disposições do direito canonico sobre o matrimonio, que deixou ainda encarregado aos Parochos: mas chamou todas as questões, que sobre elle se movessem, ainda sobre impedimentos e sobre a sua nullidade, ás auctoridades civis. O mesmo se acha determinado no *Código da Baviera* com a differença de ser este acto da competencia dos Bispos, e auctoridades ecclesiasticas.

O *Cod. da Sard. art. 108.* contentou-se com declarar, que os casamentos seriam celebrados segundo as regras, e com as solemnidades prescriptas pela Igreja Catholica.

Fundamento, por que inserimos um artigo sobre esta doutrina.

As doutrinas sobre o matrimonio até agora julgavam-se mais proprias ou da theologia, ou do direito canonico, do que da jurisprudencia civil. Como se não achavam nas leis, e o seu conhecimento pertencia aos tribunaes ecclesiasticos, nenhum dos escriptores de direito patria as inseriu nos seus tractados. Hoje porém que está acabada a distincção entre canonista e legista, não ha inconveniente em incorporar este artigo no quadro do direito civil, que se não toma já em contraposição ao ecclesiastico. E ainda que as fontes das doutrinas do matrimonio sejam o direito canonico, e as constituições dos Bispados, e ainda que sejam da competencia da jurisdicção ecclesiastica, com tudo

ninguém se atreve a pôr em duvida, que se exercem em virtude das leis patrias. Pelo Decreto de 29 de Julh. de 1833 foi abolido o privilegio do fóro ecclesiastico sómente na parte pessoal, e exceptuando os erros, ou infracções ecclesiasticas.

Nota L ao §. 219. pag. 150.

SOBRE AS DISPENSAS DOS IMPEDIMENTOS DO MATRIMONIO.

Motivos mais frequentes da concessão das dispensas.

As dispensas dos impedimentos dirimentes entre nós costumam ser concedidos, ou directamente pela Curia Romana, ou pelo Nuncio residente em Lisboa: ainda que, segundo os verdadeiros principios de direito canonico, ellas devem ser da competencia dos Bispos. As causas, que ordinariamente se allegam para obter a dispensa, são — a estreiteza e pouca povoação do logar — a falta de dote — a vantagem de terminar litigios, ou inimidades — a conservação da harmonia entre as familias — a continuação dos bens na familia — a dignidade da pessoa — a habitação entre hereges — a esperança da conversão para a Religião — o tracto illicito entre os pretendentes — o ter a pretendente mais de vinte e cinco annos — o receio de ficar diffamada — e outras similhantes. Riegg. *Jur. eccles. P. 4. §. 187.*

Processo da justificação.

A dispensa em Roma é expedida pelo tribunal chamado da Dataria, fonde se paga uma avultada quantia, de que sómente são dispensados os pobres. Contém sempre a clausula de se justificar a causa, allegada para a concessão, perante o executor, que vem designado no Breve, e que costuma ser o ordinario da Diocese dos pretendentes; perante o qual se instaura o processo, a fim de se julgar provada aquella causa. Sendo o impedimento secreto, a dispensa é expedida *gratis* pelo tribunal da Penitenciaria, e commettida a qualquer sacerdote para absolver os requerentes em acto sacramental de confissão. Mas como esta os habilita sómente no fóro da consciencia, se o impedimento se fizer publico, é mistér habilitar-se com dispensa publica para os effectos civis.

Abusos da Curia Romana.

Sobre os abusos, que se têm introduzido na concessão das

dispensas, contentamo-nos com transcrever aqui as seguintes reflexões de Van-Espen e Riegger.

In contrahendis matrimoniis vel nulla omnino detur dispensatio, vel raro, idque ex causa et gratis concedatur: in secundo gradu numquam dispensetur, nisi inter magnos Principes; et ob publicam causam. Trid. Sess. 24. de Ref. cap. 5. Quamvis ex Concilii Tridentini praescripto dispensationes omnes deberent esse gratuita, contraria tamen est Curiae Romanae praxis, vi cuius in Dataria solvenda est taxa Cancellariae, et insuper composito, seu certa quantitas pecuniae Officialibus Curiae exhibenda, eaque major, vel minor pro diversitate gradus, in quo dispensatur, aut opum, quibus pollet orator. Sed in Penitentiaria omnia gratis expedienda et exquenda esse cautum est. *Cit. Riegg. §. 186.* Caeterum summam liberalitatem, et, ut Van-Espenius ait, *hodiernam praxim seu potius abusum dispensationum Romanarum in legibus matrimonialibus, nemo est qui ignoret.* Et quid mirum in tanta impedimentorum copia? Inutiles sane leges esse, et contemptibiles eas fieri necesse est, quae quotidianas dispensationes exposcunt. Civili ergo imperii esse existimant, ut nonnulla impedimenta dirimentia aut aboleantur aut restringantur, praesertim cum titulus Sacramenti adeo favorabilis Romanae Curiae assensum potius expostulare videatur. *Id. §. 188.* Indubie satius esset, ut conformiter ad avitam Patrum disciplinam, integra auctoritas dispensandi Episcopis ad aedificationem Ecclesiae, et salutem fidelium permitteretur: et ita quoque fideles sumptibus et difficultatibus sublevarentur, quibus per recursum ad Curiam Romanam pro obtinendis literis commissionis non parum gravantur. Van-Espen *P. 2. Sect. 1. tit. 14. cap. 2. §. 4.*

Effectos destes abusos entre nós.

As avultadas despesas das dispensas produzem entre nós desgraçados effectos. Nas aldeias de pequena povoação a cada passo se encontram meças pobres, que definham diffamadas comparentes, ou entregues a manebias escandalosas por falta de meios para obterem a dispensa; pois vinte e cinco ou trinta mil reis, que tanto importa qualquer dispensa de pobres, contando as despesas da justificação, é quantia quasi impossível para um homem, que vive do seu trabalho quotidiano. Como no estado actual da disciplina ellas em certos impedimentos se concedem a todos os que as sollicitam, melhor seria abolir esses impedimentos, ou ao menos deveria diminuir-se-lhes o custo, auctorizando os Bispos para as conceder, como já foi ordenado pela *Carta Regia de 21 de Mayo de 1834*, que se executou por alguns an-

nos, e se practica nas Dioceses do ultramar, e em muitas nações catholicas.

Nota M ao §. 241. pag 164.

SOBRE O REGIMEN DOS BENS MATRIMONIAES.

Diversidade das leis antigas a este respeito.

Talvez se não encontre na legislação das diferentes nações outro artigo tão variado, como o do regimen, ou sorte dos bens entre os conjuges. Entre os antigos povos da Europa, assim como entre aquelles, queahi se vieram estabelecer sobre as ruinas do Imperio romano, os bens dos conjuges etam communs: é o systema proprio da simplicidade dos costumes da primeira idade das nações porque as clausulas dos dotes suppõem já uma longa serie de observações sobre os abusos do poder marital, contra os quaes foi necessario prevenir. Pelo contrario no corpo do direito civil romano não se encontra noticia da communicação: mas o artigo dos dotes acha-se completamente desenvolvido. E como este direito se generalizou por toda a parte, veio um e outro systema encontrar-se na legislação de todas as nações modernas, ainda que com muitas variações.

Legislação das nações modernas.

Entre os Francezes antes do *Código Civil* eram diferentes os costumes das provincias. Em algumas estava em uso a communhão, ainda que não fosse convencionada; em outras era necessario convencionar-se; e em outras prevalecia a practica dos dotes. Os redactores do *Código Civil* quizeram uniformizar estas variações. São curiosos e dignos de ser lidos principalmente os discursos do orador do governo Berher, e do membro do Tribunato Carion-Nisas, sobre qual dos dois systemas mereceria mais favor na legislação, se o da communhão, se o dos dotes? Os que defendiam a communicação, encaravam somente a boa harmonia entre os conjuges, a igualdade e união, a *divinus et humani juris communicatio*. Os seus adversarios consideravam a questão mais pelo lado do interesse publico e das familias: o dote da mulher era na opinião delles o deposito inviolavel dos alimentos da familia, garantido contra as dissipações do pae, e até certo ponto contra as adversidades da fortuna. A final regularam-se no *Código* mudamente ambos os systemas: deixou-se aos esposos a liberdade de convencionarem como qui-

zessem; e só no caso de nada convencionarem se estabeleceu a presumpção da communicação, a que por isso se deu o nome de *legal*. Na Prussia mandam-se observar os differentes costumes das provincias. Em muitos outros codigos não se pôde dar communicação senão por convenção; de maneira, que na falta desta cada um dos conjuges levanta os bens, com que entrou.

Antiga legislação patria.

Entre nós antigamente acontecia o mesmo, que nas outras nações: em uns logares a communicação resultava immediatamente do casamento; em outros porém somente tinha lugar, sendo convencionada. Não só isto consta da *Ord. Affons. L. 4. tit. 12.*, mas é facil de concluir da variedade das expressões ainda hoje usadas = *por carta de ametade* =, isto é, por titulo, ou convenção expressa: e da outra = *segundo o costume do Reino* =. Porém depois na *Ord. Manoelina L. 4. tit. 7.* poz-se termo a esta diversidade, determinando-se a communhão legal, se os esposos nada convencionassem: e assim passou para a *Philippina tit. 46 do mesmo livro*. Cumpre porém estar prevenido, que a nossa communhão legal é mui differente da dos Francezes. Entre estes só se communicam por força da lei os moveis anteriores ao casamento, e os adquiridos depois, ou sejam moveis, ou de raiz, *Cod. Civ. Fr. art. 1401.*; porém os immoveis anteriores não se communicam: a communhão universal não se dá senão sendo convencionada. Legislação semelhante a nossa somente a encontramos no *Código da Hollanda*.

Subsidios, a que recurremos.

Nas leis pouco mais encontramos sobre este artigo, do que a regra geral, que acabamos de indicar, nos *tit. 46. e 95. do L. 4. da Ord.* Não temos outro subsidio para encher este quadro, senão alguns principios dispersos pelas obras de Gama, Valasco, Cabeço, Moraes, Guerreiro, e de Pegas, porém mui difficeis de pôr em harmonia, não só por serem apontados isoladamente, mas, o que é peor, por se acharem a cada passo confundidos, ou auctorizados com os textos relativos ao systema dos dotes do direito romano, inteiramente opposto. Maior conceito nos mereceram as obras de Lobão, principalmente nas *Notas a Mello*, extractadas em grande parte de um auctor, cuja lição lhe era mui familiar, Voet, JClo Hollandez, o qual escrevia os costumes da sua nação, mais semelhantes aos nossos.

Nota N. ao §. 250. pag. 172.

SOBRE AS PARTILHAS DOS BENS DOS CONJUGES.

Justificação da fórma das partilhas, que indicamos.

As nossas leis, ainda que implicitamente contenham a doutrina, que deixamos exposta neste § sobre as partilhas e reposição reciproca dos conjuges, com tudo não indicam senão por inducção a fórmula practica para a executar. Os Praxistas tambem não deram a esta operação a importancia, que ella merece, e tractando das partilhas entre os conjuges, não figuram pela mór parte senão os dois casos da perfeita communião sem bens pessoas; e da partilha dos adquiridos no matrimonio por dote; como se póde ver de Val. de part. cap. 23., e Guerr. Tr. 2. L. 7. capp. 15. e 16. Para supprir esta falta é que nos aproveitamos do fórmula do Cod. Civ. Fr. art. 1468., que nos parece mais precisa e mais desembaraçada, ainda que ella se póde fazer igualmente por uma outra fórma, por meio de deducção, que é a unica, de que os nossos praxistas dão noticia. Ambas se podem ver em Pothier Traité de communauté m. 701. e 702.

Exemplo.

Para melhor esclarecimento figuramos o seguinte exemplo. Os conjuges casaram segundo o costume do reino. mas um e outro tinham bens proprios; a saber, o marido um vinculo, em que fez bemfeitorias; e um prazo, que na constancia do matrimonio comprou em seu nome só: a mulher herdou uma casa eom a condição de se não comunicar, composta de moveis, immoveis, créditos e dividas. Morreu o marido, fazem-se as partilhas na fórma seguinte.

Conta geral.

Bens communs existentes	600,000
Os herdeiros do marido repõem	
Pelo preço do prazo comprado na constancia do matrimonio.....	200,000
Pelas bemfeitorias no vinculo.....	100,000
Pelo dote feito a um filho espurio.	300,000
Por uma divida anterior, que foi paga na constancia do matrimonio	50,000
	<hr/>
	650,000
	<hr/>
	1.250,000

A

Transporte dos bens communs, e reposição dos do marido..... 1.250,000

A viuva repõe:

Pelas bemfeitorias nos bens proprios da herança.....	200,000
Por uma divida da mesma, paga pela communião.....	200,000
	<hr/>
	400,000

Porém tem a prelevar da massa commum.

Pelos moveis da herança, que o marido vendeu, e consumiu na communião	100,000
Por um crédito da mesma, que o marido igualmente recebeu, e gastou	600,000
	<hr/>
	700,000

Deduzida nesta quantia a outra, que devia repor, sómente preleva..... 300,000

E deduzidos estes na massa commum, vem este a ficar de 950,000

que repartidos, toca a cada um 475,000.

Pagamento.

Cada um levanta livres os seus bens proprios, dos quaes por isso se não fez cumulo para a massa.

A viuva tem a receber.

Pela sua meação.....	475,000
Pelo que preleva	300,000
	<hr/>
	775,000

ZO

Dos quaes é paga :

Pelos bens communs	600\$000	
Ha de haver dos proprios do marido	175\$000	
		<u>775\$000</u>

Os herdeiros do marido nada recebem da massa, mas na sua repositiçõ

imputam a sua meação	475\$000	475\$000
e repõe a viuva	175\$000	
		<u>1.250\$000</u>
	650\$000	

Supponhamos agora, que na conta geral se não descontou a quantia, que a viuva devia prelevar então esta deduz depois na sua meação ametade dessa quantia, que se não descontou, e repete dos herdeiros a outra ametade.

Assim no mesmo exemplo, não se descontando a quantia dos 300\$000, que a viuva prelevou, a massa commum devia ser de

1.250\$000

a qual repartida, veio a meação de cada um

625\$000

Então a viuva deduz na sua meação	150\$000	
Os herdeiros do marido repõem	150\$000	150\$000
		<u>300\$000</u>

Vem ella a receber a mesma quantia de

775\$000

O mesmo se deveria practicar, se algum deixou de entrar na conta com aquillo, que devia repor. E se ambos tivessem repositiçõs que fazer, encontram-se uma na outra até á concurrente quantia, e o resto divide-se pela maneira, que fica expõta.

Supponhamos, que a massa total foi de 600\$000; repartida tocou a cada um 300\$000 mas um tinha a repor 200\$000 e outro 100\$000, que não entraram na conta: encontra-se reciprocamente a quantia de 100\$000, e o que tinha a repor es 200\$000, imputa em si mais 50\$000, e repõe ao outro os

outros 50\$000. e assim fica cada um com 350\$000, que era a meação, se tivessem conferido as repositiçõs.

Prova dos bens pessoais.

Segundo o art. 1415. do Cod. Civ. Fr., se se não fez inventario dos bens proprios ao tempo do casamento, a mulher na falta delle pôde provar-os por outro qualquer meio: o que não é concedido ao marido.

Aplicação destes principios.

Parece-nos, que segundo os principios sobre repositiçõs, que expozemos neste Capitulo, se podera resolver a seguinte especie, tocada pelo A. do Tract. das Acções, nas Adições pag. 11., frequente nas provincias do norte, onde as casas abundam em prazos. Um dos conjuges entrou para o casal com certa quantia em dinbeiro, que foi empregada em pagamento de encaigos anteriores dos prazos, ou em dotar os outros filhos. Se os prazos estão vagos, o herdeiro do conjuge, que os tinha trazido, levanta-os, e o outro conjuge fica sem nada, e pôde perder ainda as suas entradas, o que seria grande iniquidade. Parece-nos, que tendo as entradas deste sido empregadas em resgatar os prazos, que são bens proprios do outro, deve o successor repol-as, ao menos para entrarem em massa commum.

Nota O ao § 273. pag. 189.

SOBRE OS FAVORES DOS BENS DOTAES.

Origem do favor da inalienabilidade.

A inalienabilidade do dote consistente em bens de raiz é o character principal dos casamentos por dote. Foi primeiro estabelecida por Augusto na Lei Julia de adulteris, para occorrer ás fataes consequencias dos divorcios, então frequentissimos em Roma, pelos quaes as mulheres abandonadas por seus maridos, depois de lhes terem consumido os bens, ficavam reduzidas a miseria, e sem meios de acharem outro marido. Este favor porém então só foi concedido aos fundos Italicos, que constituam a principal propriedade dos cidadãos romanos, e aos quaes por isso as leis tinham outorgado muitos privilegios. Justiniano depois estendeu-o a todos os fundos dotaes, ou fossem Italicos,

ou provinciaes, determinando além disso, que taes alienações seriam nullas, ainda mesmo consentindo a propria mulher, por se recelar, que o marido abusasse da obediencia, ou docilidade desta. Por esta fórma ao principio juridico do dominio, pelo qual o senhor pôde dispor do que é seu, fez-se esta excepção notavel com vistas do interesse publico, a subsistencia da mulher, e o ultimo recurso da familia, quando o marido dissipou todos os bens. *L. un. §. 15. Cod. de rei uxor. act.* Daqui passou para as nações modernas em todas as partes, onde por lei, ou por costume se admitiu o systema dos dotes; e assim foi ultimamente adoptada no *Cod. Civ. Fr. art. 1554.*

Que se entende por alienar?

Por alienar entende-se toda a transmissão de propriedade, ou ainda imposição de direito real sobre os bens dotaes, ou seja por titulo gratuito, ou oneroso e por tanto não só a venda, e a troca ou subrogação, mas tambem o aforamento, a imposição de servidão, ou censo perpetuo, hem como a *hypotheca (alienatio, vel obligatio)*. *Pr. I. quib. alien. licet, L. bñ a Mell. L. 2. tit. 9. §. 14. n. 3.*

A quem compete hoje decidir sobre a alienação?

Antigamente competia ao Desembargo do Paço. *Reg. §. 40.* Ainda nas tabellas dos direitos de mercê e do sello vêm enumeradas as licenças para venda, *hypotheca, ou subrogação de bens dotaes. Decr. de 31 de Dec. de 1836.* Mas como pelo Decreto da extincção daquella Tribunal passaram os negocios de graça para as Secretarias de Estado, e os de justiça para as autoridades judicias, para quaes passaria este? Entendemos que nestas pretensões não ha graça; tracta-se sómente de decidir, se o caso está nos termos de se lhe applicarem as leis, que determinam a excepção da regra geral da inalienabilidade = *in alienatio vel sit necessaria, vel in utilitatem uxoris facta. L. 26. e ult. D. de jur. dot, e L. 1. de fund. dot.* Além disso taes alienações em todos os logares são equiparadas ás dos bens de morgados, e estas expressamente competem aos juizes pelo *Decr. de 4 de Abril de 1832.* Nem nós sabemos, que das antigas attribuições do Desembargo, exceptuando os provimentos de empregos, passassem outras para o Governo, senão a concessão de *perfihações* mas esta mesma pôde ser disputada por acção ordinaria perante o poder judicial, como e corrente.

Os bens dotaes não podem ser executados pelas dividas do casal.

Como o marido é apenas usufructuario do dote inestimado, segue-se, que pelas dividas delle, ou sejam contrahidas antes, ou na constancia do matrimonio, não podem os crédores fazer execução nos bens dotaes, ou sejam moveis, ou de raiz; mas unicamente nos fructos, salvos os alimentos da mulher. Os praxistas ampliam esta regra mesmo ao caso de se ter a mulher obrigado ás dividas conjunctamente com o marido, fundados na *L. 1. Cod. ne uxor pro mar.* Disputam sobre as dividas contrahidas para alimentos da familia, convido porém a maior parte em que devem ser exceptuadas, e que em duvida taes se devem presumir. *Gama Decis. 200., Moraes de exec. L. 6. cap. 8. n. 65., Guerr. Tr. 2. L. 7. cap. 2. n. 100.* Hoje, além das enumeradas no texto do §. 274., pelas quaes se podem vender os bens de raiz, e muito mais executar outos quaesquer, é necessario acrescentar o caso de ser a mulher commerciante. *Cod. Comm. art. 24.*

Poderão os bens dotaes ser executados, depois de dissolvido o matrimonio, pelas dividas do casal, que a mulher assignou?

Mais: entra em duvida, se os crédores da mulher, que se obriga conjunctamente ou com consentimento do marido, poderão executar-a nos bens dotaes, depois de dissolvido o matrimonio? A razão de duvidar provém; 1.º de que, como quer que fosse por direito romano, entre os modernos as mulheres casadas obrigam-se pessoalmente, contrahindo com o consentimento de seu marido; a obrigação é válida, e por tanto justa a sentença, que as condemna; e tanto, que se ellas tiverem bens extra-dotaes, ninguém duvida de que pôde nelles fazer-se execução. 2.º De que, dissolvido o matrimonio, já não ha dote; os bens perderam a qualidade e privilegios de dotaes. *Na Dec. 186. diz Gama, que, a pezar delle seguir nesta especie a affirmativa com outros dous Desembargadores, com tudo fóra vencido o contrario, attendendo-se ao rigor das leis romanas. Vej. tambem a Dec. 366. A mesma questão é ainda actualmente disputada entre os JCsos francezes. Delvincourt, Cours de Cod. Civ. (edição de Paris, 1824) T. 3. pag. 111. das notas, segue tambem a affirmativa confessa porém, que nos tribunaes ainda modernamente se tem julgado em contrario, ainda que as razões dadas o não poderam convencer e que duvida mesmo de que fosse tal a practica antiga, como se inculca nessas decisões.*

Nota P ao § 296. pag. 203.

SOBRE A LEGITIMAÇÃO PER SUBSEQUENS.

Quaes filhos se legitimavam per subsequens por direito romano?

Por direito romano sómente se legitimavam *per subsequens* os filhos anteriormente havidos entre pessoas, que não tinham impedimento para casar, isto é. os naturaes, *L. 11. Cod. de natur. lib.*; porque o concubinato entre taes pessoas não era illicito. Porém os havidos de ajuntamento prohibido, ou *coto damnado*, a saber, os incestuosos, adulterinos, sacrilegos, e os de estupro, não se legitimavam. *ut agnoscant. quia neque quicquam peccatrix concupiscentiae eorum habebunt filii. Nov. 74. cap. 6., e Nov. 89. cap. 15.*

Pelo direito canonico.

Pelo direito das Decretaes entendiam muitos canonistas não se ter feito outra alteração nas disposições do direito romano, senão conceder este favor aos filhos de estupro, aos quaes as leis romanas o negavam e aos adulterinos, se entre os paes não havia o impedimento *crimnis*. *Berard. Tom. 3. Diss. 6. q. 2.* Esta foi a opinião communmente seguida pelos nossos praxistas portuguezes. *Pinh. de testam. Disp. 5 Sect. 3 n. 343., Pedro Barb. ad rubr. Solutio matr. p. 2. n. 110., Guerr. Tr. 2. L. 1. cap. 4 n. 72. e seg., Peg. de spur. pag. 74. n. 30.* Porém já no tempo, em que escreveu *Strickio* nos fins do seculo 17.^o, vogava na Allemanha a opinião de que *per subsequens* se legitimavam geralmente todos os filhos de *coto damnado*, uma vez que seus paes obtivessem dispensa para casar. *Si enim parentibus tandem permissum, ut legitimi conjuges fiant, cur non liberis, ut ex tali concubio legitimatatem consequantur?* *Strick. ad Pand. L. 1. tit. 6 §§. 12. e 13* Depois deste, *Boehmero* nos principios do seculo 18.^o, seguindo e querendo justificar aquella opinião, e não o podendo conseguir por direito romano, foi deduzila do *Cap. 6. X. Qui filii sivi legit* = *Tanta est vis matrimonii, ut qui antea sunt geniti, post contractum matrimonium legitimi habeantur* =, o qual para este fim analysou. *Jus Eccles. Protest. ad tit. cit. §. 17. e seg.* E não obstante ter sido esta interpretação de *Boehmero* combatida por *Benedicto 14.^o* na *Epistola ao Arcebispo de Hispaniola na Ilha de S. Domingos*, que se acha no *Tom. 1. do Bullario Const. 113.*; com tudo foi seguida pelos cano-

nistas *Riegger Inst. Jur. Eccl. P. 4. §. 197.*, e outros, que escreveram depois; e applicada geralmente a todos os espurios.

Por direito patrio.

Os nossos *Mello* e *Lobão* nos logares citados no §. adoptaram a doutrina de *Boehmero*, por ser mais favoravel aos filhos; mais propria a emendar os erros dos paes, e a terminar commercios escandalosos, e indispensavel á vista da multiplicidade de impedimentos entre nós admitidos.

Difficuldade da Ord. L. 2. tit. 35. §. 12.

É verdade que esta questão torna-se mais difficil por causa das palavras da *Ord. L. 2. tit. 35. §. 12.* = *com tanto que este filho fosse tal, que com direito podesse ser legitimado por seguinte matrimonio* =, as quaes excluem a generalidade da legitimação *per subsequens*, dando a entender, que ha filhos, que podem ser legitimados, e outros que não. Se a *Ord.* se referiu ao direito romano, se ao canonico, só addivinhando se póde dizer; mas a qualquer delles que fosse, vem a ser indifferente; porque no tempo de *D. Duarte*, em que foi feita esta lei, as disposições de um e outro eram concordes em excluir os filhos de *coto damnado*, com pequena variação. Ainda que conheçamos o respeito, que se deve ter ás leis, não levamos com tudo o escrupulo até o ponto de respeitar como decisivo o argumento tirado das palavras incidentes de uma lei antiga, enunciadas conforme as idéas desse tempo, quando hoje, principalmente depois do Concilio Tridentino, a disciplina, as leis, e os nossos costumes em materias matrimoniaes têm inteiramente mudado. Não negamos, que a auctoridade das disposições da *Ord.* se deve datar desde 1603, e não dos tempos antigos. porém poderemos ainda desculpar-nos com a incuria dos *Philippistas*, a qual na materia sujeita se nota em muitos outros logares, como no *L. 4. tit. 46. §. 2. e tit. 94.*, onde se concedem os effectos do matrimonio a ajuntamentos ja então reprovados. O illustre *Corr. Teil. Dig. Port. 2. art. 465.* interpreta por outra fórma esta *Ord.*

Outro fundamento da opinião, que adoptamos

Accresce em abono da opinião, que seguimos no §., em quanto aos casos, em que tem lugar a dispensa, a practica de vir inserta nesta a clausula = *prolem susceptam, si qua sit legitimam decernendo* =, a qual merece alguma importancia: ou

seja porque entre nós, em virtude da antiga influencia de Roma, sempre foram, e talvez ainda hoje são, senão por direito, ao menos de facto, respeitadas as providencias e clausulas pontificias nestas materias, onde o espirital está tão intimamente ligado com o civil, que não é facil estremar os limites de um e outro. muito mais nesta clausula, auctorizada com o exemplo notavel da legitimação de el Rei D. Diniz pelo Papa Urbano IV., apezar de adulterino, a instancias dos Bispos do reino: ou seja porque se lhe possam attribuir os effeitos civis em virtude do *Placet Regio*. Nos adulterinos, cujos paes podem casar sem dispensa, a opinião corrente é que ficam legitimados, como acima fica dito.

Disposições dos codigos modernos.

No *Cod. da Pr. P. 2. tit. 2. art. 596.*, no *da Baviera*, e no *da Austr.* art. 161. entendem-se legitimados todos os nascidos antes do subsequente matrimonio. Porém o *Francez art. 331.*, e os que o tomaram por modelo, somente legitimam os naturaes, e estes mesmos no caso de que os paes os tenham reconhecido antes, ou reconheçam no acto do matrimonio.

Nota Q ao §. 307. pag. 211.

SOBRE OS BENS DOS FILHOS-FAMILIAS.

Disposições do direito romano em geral.

Por direito romano a regra geral era, que tudo o que o filho constituído debaixo do patrio poder adquiria, pertencia ao pae, porém esta regra admittia suas excepções, conforme os bens do filho constituíam *peculio castrense, adventicio, ou profecticio*.

Do peculio castrense.

Os bens, ou peculio chamado *castrense*, isto é, adquirido pelo filho no serviço militar, e o *quasi castrense*, adquirido no uso das letras, eram inteiramente livres delle, ainda estando debaixo do patrio poder, tanto na propriedade, como na administração e usufructo. A nossa *Ord. L. 4. tit. 97. §. 18.* faz menção desta especie de peculio, adoptando expressamente a mesma disposição.

Do

Do peculio adventicio.

O *peculio adventicio* comprehendia todos os outros bens do filho, ou fossem obtidos por herança da mãe, ou de outra qualquer pessoa, ou por outro titulo lucrativo; os adquiridos por qualquer negociação, trabalho, ou industria do filho, que não fosse o serviço militar, ou uso das letras: estes eram do pae. §. 1. *Inst. per quas pers. cuque adquir.* Dos adventicios tinha o pae a administração e o usufructo, excepto se eram *adventicios extraordinarios*, isto é, se ou pela lei, ou por condição o pae não podia ter o usufructo, nos casos, que dissemos no §. 305. O filho somente pela emancipação podia pedir ao pae estes bens adventicios.

Do profecticio.

O *profecticio* computava-se daquelles bens, que o pae dava ao filho unicamente para elle administrar. O filho nenhum outro interesse tirava do peculio *profecticio*, senão o ficar com elle no caso de serem arrematados os bens do pae, assim como se este lh'o não retirava no acto da emancipação. *L. 3. §. 4. D. de minor.*, e *L. 31. §. 2. de donat.*

Alteração, que fez a Ordenação.

Ainda que a nossa *Ord. L. 4. tit. 97.* no fim do *pr.* e no §. 17. se refira aos bens *profecticios*, no sentido do direito romano, e os mande *vir á collação*; e no §. 19. fale dos adventicios no mesmo sentido; com tudo na doutrina do §. 16. estabelece uma differença notavel, em quanto chama a collação unicamente os lucros, *que o filho ganhou com os bens do pae, ou mãe; vivendo, e estando com elles, e governando-se com os bens destes.* de maneira que tanto os ganhos, que elle teve, não vivendo, nem estando com os paes, v. g., as suas soldadas, os seus jornaes; como os lucros, que elle tirou de uma negociação com fundos de um terceiro, ainda que se governasse com os bens dos paes, ou com fundos destes, mas fóra da sua mesa, os quaes pelo direito romano eram do pae; pelo nosso são livres do filho, visto que a lei o allivia de dar conta delles na morte do pae.

Foi por esta razão que abandonámos o methodo, que tínhamos seguido na 1.^a edição na redacção deste artigo, não fazendo agora menção das differentes especies de peculios. Nos codigos modernos tambem se acha adoptado o principio geral de que é livre dos filhos tudo o que elles ganham pelo seu trabalho e industria em separado do pae.

Observações em quanto ás doações do pae.

Se o pae dá alguns bens, ou capital ao filho, *unicamente para elle negociar*, claro está que estes bens continuam a ser do pae, e que sómente são do filho os ganhos, não se governando *este com os bens do pae*, isto é, não trabalhando, nem se sustentando por conta d'elle. Porém se este lh'os dá com transferencia da propriedade (o que entre nós não é vedado, como era por direito romano), então a doação ha de vir á collação sómente são livres do filho os lucros durante a vida do pae. Se este dá ao filho algum salario em remuneração dos serviços de sua industria, para o estimular, este deve tambem pertencer aos bens livres.

*Nota R ao §. 314. pag. 215.***SOBRE A EMANCIPAÇÃO DOS FILHOS PELA MAIORIDADE.***Disposições do direito romano.*

Por direito romano o filho não saía do patrio poder, senão pela emancipação solemne, ou *ex privilegio dignitatis*: ainda que fosse casado, ou velho, não escapava á auctoridade do pae. Para providenciar sobre as questões, que necessariamente deviam occorrer nas relações de familia em um tão longo espaço, foi indispensavel a complicada legislação sobre peculios.

Princípios das nossas leis.

A *Ord.* explicitamente se desviou do direito romano no caso de casamento: e em quanto á idade, o *Decr. de 13 de Março de 1832* determinou, que os *menores* ficariam emancipados pela maioridade. doutrina, que passou para a *Ref. Jud. art. 453*. Daqui tirámos nós o principio geral, indicado neste §., de que pela maioridade acaba o poder paternal sobre os filhos.

Razão de fundar do principio geral, que estabelecemos.

Não ignoramos que o principio, que deixamos estabelecido, pôde ser combatido com o fundamento — de que a *Ref.* neste lugar só cogitou da extincção da tutela dos órfãos, que

materia sujeita; e não da do patrio poder: e com o *art. Cod. Comm.*, em quanto dispõe que sómente ficam emancipados os filhos pela maioridade, se tiverem levantado um estabelecimento com o consentimento do pae: regra seguida quasi mesmos termos pelo A. do *Dig. Part. 2. art. 593.*, extrahida *Cod. da Pr. P. 2. tit. 2. art. 210.*

Sua justificação.

Seguimos porém áquelle principio 1.º porque o *Cod. Civ. Fr.*, fonte, como todos sabem, do *Decr. de 18 de Maio*, e por tanto da *Ref.* no art. 372, isenta o filho da auctoridade do pae pela maioridade; no que foi seguido por muitos outros. O da *Austr. art. 172*, exprime-se terminantemente: *La puissance paternelle cesse immédiatement à la majorité de l'enfant.* — Eram estes já os votos de Lobão a *Mell. L. 2. tit. 4. rubr. n. 3. 2.º* Já em outro lugar dissemos, que a *Ref.* imitou o *Cod. Civ. Fr.*, comprehendendo no *artigo das tutelas* o patrio poder; e por isso tudo o que nelle se diz a respeito dos menores, muitas vezes se entende assum em quanto aos órfãos de pae, como em quanto aos filhos com o pae vivo. 3.º O *Cod. Comm.* foi redigido em tempo, em que ainda vigorava o systema das Ordenações, e em que o seu auctor não podia comparar o *Decr. de 18 de Maio*, nem as alterações posteriores; ainda que aquelle Decreto foi publicado antes do Codigo.

Reflexão sobre este principio.

A adopção deste principio vem cortar a maior parte das questões, que até agora se offerciam na practica sobre peculios, mas dá logar a outras, que é necessario decidir por lei; como se o filho desde a maioridade tem direito a soldadas, ou se se deve reputar socio, no caso de continuar a viver e trabalhar com o pae? Se pôde então tomar conta dos adventicios, e receber o usufructo? Parece-nos razoavel e logica a affirmativa.

Em quanto á economia do filho em separado.

A economia do filho em separado do pae induzirá emancipação? As nossas leis não mencionam esta especie. Lobão a *Mell. J. 2. tit. 5. §. 26.*, e *Obr. recipi. §. 75. e seg. e §. 112.* conta a negativa. Porém pela affirmativa está Mello no lugar ado. Todos os codigos modernos seguem tambem a affirmativa,

sem outra differença , senão exigirem a idade e aquelles, nos quaes a maioridade não induz *ipso jure* pação.

Em quanto ao emprego publico.

Do emprego publico induzirá emancipação? O citado Lob. segue tambem a negativa contra Mello. Nos codigos modernos nada se acha a esse respeito. O *ex privilegio dignitatis* do direito romano não comprehende senão as dignidades, e não qualquer emprego. Portanto se o filho não é Bacharel formado, nem Official militar, nem está separado do pae, parece-nos, que mal se poderá dizer emancipado só por ter qualquer emprego. A admissão da emancipação pela maioridade torna mui raras estas questões.

FIM DAS NOTAS DO TOM. 1.º