

PINTO COELHO

—
DIREITO

CIVIL

COELHO DE CARVALHO e JOAQUIM DE CARVALHO

DIREITO CIVIL

APONTAMENTOS

DAS

Lições feitas aos alumnos da 8.^a cadeira da Faculdade de Direito
da Universidade de Coimbra,
pelo Ex.^{mo} Sr. Dr. Pinto Coelho, no anno lectivo de 1911-1912



Antonio Pereira Coelho

COIMBRA - 917-918 (Ingenheiro Relações e Família)
TYPOGRAPHIA POPULAR
R. da Moeda, 53-55

1911

Classificação das relações jurídicas

Nos domínios do direito civil, as relações jurídicas podem agrupar-se em duas grandes classes: relações immediatas, directas, do homem sobre as coisas, e relações dos homens entre si. Estas podem ter caracter exclusivamente patrimonial ou não, apparecendo-nos assim os conceitos de direitos de *obrigações* e de *familia*, surgindo-nos ainda autonomamente, o instituto *successorio*, caracterizado pela forma especial porque nelle se opera a transmissão dos direitos. Assim se classificam as relações jurídicas em direitos *reaes* (relações entre uma pessoa e uma coisa, de forma que esta fica directamente sob o poder daquella), *obrigações*, direitos de *familia* e de *successão*.

Alcance da designação « direito de familia ».

A classificação dos direitos de familia.

1 — direitos de familia puros.

2 — direitos de familia patrimoniaes.

Do casamento em relação ás pessoas.

O casamento como contracto civil (systema do Decreto com força de lei de 25 de dezembro de 1910).

Noção do casamento.

Nos direitos de familia comprehendem se o matrimonio, o patria poder e a tutela. Cabe certamente o insti-

tuto da tutela no estudo dos direitos de família pelas relações que della derivam, pelos vinculos de dependencia pessoal a que dá logar, vinculos que distinguem as relações juridicas desta natureza, não só do poder exercido sobre uma coisa ~~como, tambem nas obrigações~~, que constituem vinculos determinados, não envolvendo toda a pessoa. E' pois muito estreita a afinidade da tutela com o direito familiar, tanto mais que ella tem a sua razão de ser ~~na falta do poder paternal, que vem supprir.~~

Podemos considerar os direitos de família sob dois aspectos;

1.º direitos de família *puros*, em que se estabelecem relações puramente pessoais (Decreto citado, art. 38.º e 40.º), principalmente de caracter moral; mas nas quaes o direito interveio para, até onde seja possível, as tornar effectivas.

2.º direitos *patrimoniaes*, são os que originam relações de caracter patrimonial. São os direitos de família *puros* os mais importantes, são elles que condicionam a existencia dos direitos patrimoniaes, e portanto o seu estudo deverá logicamente preceder o destes (1).

O casamento tem o seu fundamento natural na necessidade da união para a reprodução da especie, e o seu fundamento moral na communidade de affectos e sentimentos que derivam da vida conjugal. Quando o matrimonio seja feito de harmonia com a lei, elle representa

(1) Para mostrar que os direitos patrimoniaes não condicionados pelas relações de caracter pessoal indicaremos, a seguinte exemplo os bens dotaes são inalienaveis, mas só enquanto se não dissolver o casamento. Uma vez dissolvido, isto é, logo que terminassem as relações pessoais entre os conjugues, será o dote restituído á mulher ou a seus herdeiros (Cod. Civil, art. 1156)

uma instituição que produz effectos juridicos importantissimos, como por exemplo a legitimidade dos filhos concebidos na constancia do matrimonio. E' com effecto uma instituição juridica das mais importantes, porque a família é a base da actual organização social.

O Estado não se preocupava antes com o casamento, porque a Igreja o considerava um sacramento, e eram assim as disposições do direito canonico que regulavam este assumpto. A intervenção da Igreja na família — escreve o Sr. Dr. Guilherme Moreira — tem sido successivamente reduzida, e sendo certo que devem respeitar-se as crenças religiosas, dos que contraheem matrimonio, entretanto o elemento religioso deve representar na constituição da família uma função secundaria, cumprindo ao Estado estabelecer o regimen desse aggregado em harmonia com as necessidades sociais.

Com effecto, a influencia da Igreja foi tão grande que no nosso codigo civil ainda o matrimonio não está inteiramente subordinado ao Estado (art. 1057.º). E' certo, porem, que, apesar do preceituado neste artigo tanto os catholicos como os não catholicos podiam contrahir casamento civil não *parochial*, pois o official do registo (ao tempo o administrador do concelho) não podia inquirir acerca da religião dos conjugues; e até o impedimento da ordem ou os votos solemnes de que falla o n.º 5.º do art. 1056.º do codigo civil (hoje substituido pelo art. 4.º do Decreto de 25-12-1910) não impediam o casamento civil, pois para os individuos nessas condições não estava estabelecida penalidade alguma nem no codigo nem noutro préceito legal.

Hoje, porem, o casamento tem a feição que rigorosamente lhe pertence, sendo um contracto métramente civil (art. 2.º e 3.º do citado Decreto n.º 1)

Póde, é certo, celebrar-se o casamento catholico segundo o disposto no codigo do Registo Civil, mas a lei não lhe dá effectos juridicos, sendo necessario que previamente se tenha celebrado o casamento civil.

A natureza do casamento tambem entre nós é hoje inteiramente differente da que lhe attribua o codigo civil no art. 1056.º, do qual se vê que os laços que uniam os conjuges eram perpetuos. Pelos art. 1.º e 2.º do citado Decreto, o casamento é um contracto celebrado entre duas pessoas de sexo differente, para a constituição legitima de familia, sendo esse contracto puramente civil e havendo sòmente a *presumpção da perpetuidade*. Basta o confronto das disposições referidas do codigo civil e do Decreto de 25 de Dezembro para ver quão profundamente alteradas foram as bases em que assentava o instituto do matrimonio.

Dos impedimentos do casamento

No capitulo 2.º do alludido Decreto, o legislador tratou das pessoas que podem contrahir casamento e das condições em que o podem fazer, sob a epigraphie. *Dos impedimentos do casamento*.

Esta expressão vem do direito canonico; deve, porém, manter-se, pois que os factos que obstem ou embaraçam a realisação do casamento são na legislação civil da mesma natureza que no direito canonico.

Ha duas especies de impedimentos: os *derimentes* e os *impedimentos*. Os 1.ºs são os que obstem ao casamento, desde que se verifique o impedimento. Os 2.ºs não obstem absolutamente á existencia do casamento, sòmente o embaraçam, subsistindo o casamento realzado, ficando apenas os conjuges sujeitos a certas penalidades. Como vamos vêr, ha em face da lei 3 especies de prohibições para contrahir matrimonio, sendo de duas cathogorias as prohibições derimentes.

Dupla cathogoria de impedimentos derimentes:

1 — prohibições absolutas

2 — prohibições relativas.

Base desta distincção.

As prohibições absolutas (art. 4.º) (1)

As prohibições relativas (art. 5.º).

Os impedimentos impedientes (art. 8.º, 9.º e 10.º).

Nos impedimentos derimentes ha duas ordens de obstaculos á celebração do casamento: as prohibições absolutas e relativas. Devemos notar porem, que quando fallamos em prohibições absolutas e relativas, não adoptamos a technica antiga que considerava as primeiras como obstando a celebração do casamento com toda e qualquer pessoa, e as segundas como obstando ao casamento entre determinadas pessoas (por exemplo no parentesco em certos graus). Nós damos-lhe um significado diverso, fazendo assentar a base da distincção na diversa efficacia juridica das prohibições absolutas e relativas. Quando haja uma prohibição absoluta, o casamento é *absolutamente* nullo, considera-se como inexistente. Na prohibição relativa dá-se apenas uma nullidade relativa, a chamada annullabilidade do negocio juridico. E como consequencia da nullidade absoluta, a inexistencia do casamento pode ser declarada a pedido de qualquer interessado, devendo até pedir officiosamente o Ministerio Publico a declaração de nullidade (art. 12.º).

Na nullidade relativa, esta só pode ser invocada pelas pessoas a favor das quacs e estabelecida essa nullidade,

(1) Quando citarmos um artigo, sem designação da lei e que respecta, entende-se que nos referimos ao Decreto n.º 1 de 25 de Dezembro de 1910

que fica sanada desde que se não peça a annuição nos prazos fixados na lei (1)

Nos impedimentos impeditentes, o casamento não é nullo nem annullavel, havendo apenas logar a penalidades estabelecidas na lei. Vejamos agora, em face da nossa legislação, quaes são as prohibições absolutas e relativas e os impedimentos impeditentes. As prohibições absolutas veem indicadas no art. 4.º de harmonia com o qual não podem contrahir casamento:

- 1.º Os parentes por consanguinidade ou afinidade na linha recta, ainda que o casamento, causa da afinidade haja sido dissolvido no momento em que se pretende realisar o novo casamento.
- 2.º Os irmãos germanos, consanguineos ou uterinos, quer sejam legitimos ou illegitimos. (2)
- 3.º Os menores de 18 annos, do sexo masculino, e de 16 do sexo feminino.
- 4.º Os interdotos por demencia notoria ou verificada por sentença passada em julgado, e os divorciados por motivo de doença incuravel que importe abeirração sexual.
- 5.º O conyuge condemnado como auctor ou cumplice do crime de homicidio ou tentativa de homicidio contra o seu consorte, com qualquer dos condemnados como auctores ou cumplices do mesmo crime (haveria aqui uma prohibição relativa, segundo o direito canonico).

(1) Para desenvolver a materia respeitante ás nullidades absoluta e relativa, recordar as Instituições de Direito Civil do dr. G. Moreira, pag 508.º e seguintes

(2) Irmãos germanos são os nascidos do mesmo matrimonio, consanguineos os que teem só o mesmo pae, e uterinos os que teem só a mesma mãe.

6.º Os ligados por outro casamento ainda não dissolvido.

Devemos salientar a modificação que o n.º 3.º deste art. trouxe ao codigo civil que, pelo n.º 4.º do art. 1073.º só prohibia o casamento aos menores de 14 annos do sexo masculino, e de 16 do sexo feminino.

As prohibições relativas estão indicadas no art. 5.º, do qual se infere claramente que não se trata alli rigorosamente duma prohibição para casar, exigindo apenas a lei uma condição especial para esse casamento: a auctorisação dos paes ou o supprimento legal dessa auctorisação quanto ao menor de 18 annos, do sexo masculino, e de 16 annos, do feminino, mas menor de 21 annos, não emancipado. O art. 6.º regula a hypothese de haver divergencia entre os paes para a concessão de licença para o casamento. E' tambem uma prohibição relativa a disposição do art. 7.º. Vemos, pois, que nas prohibições relativas, exige-se o consentimento dos representantes dos incapazes, para o casamento.

Os impedimentos impeditentes veem regulados nos art. 8.º, 9.º e 10.º. No art. 9.º ha um impedimento relativo, na accepção tradicional, e esse art. exige para o casamento do tutor, curador e seus descendentes, ascendentes, irmãos, cunhados ou sobrinhos, com a pessoa tutelada ou curatelada, alem do decurso dum anno sobre a cessação da tutela ou curadoria, a approvação das respectivas contas, com o fim de evitar irregularidades nessas contas, que o casamento pelas relações que se dão entre os conyuges, facilmente encobriria. A disposição consignada no art. 10.º deve relacionar-se com o preceituado no art. 55.º e seus §§ do decreto com força de lei de 3 de novembro de 1910, que estabeleceu o divorcio entre nós. Como se vê das disposições referidas, qualquer ex-conyuge não pode contrahir novo casamento emquanto não decorrer sobre a dissolução do seu casamento ante-

rrior por divorcio ou por morte, o prazo dum anno para a mulher e de seis mezes para o marido, sendo porem o casamento immediatamente possivel, sem dependencia deste prazo, quando se verificarem as condições especificadas no § 1.º do art 55.º da lei do divorcio.

Do exposto conclumos, pois, que, segundo as nossas leis são impedimentos impiedentes o parentesco no 3.º grau da linha collateral (tio e sobrinha, ou tia e sobrinho), o facto do individuo ser tutor ou curador descendente, ascendente, irmão, cunhado ou sobrinho de tutor e curador, e o facto da dissolução do casamento.

Das pessoas que podem pedir a anulação e dos termos em que o podem fazer.

Effeitos da violação dos impedimentos dirimentes.

Sancções penaes que acompanham a anulação do casamento anulavel.

Effeitos da violação dos impedimentos impiedentes.

Sancções penaes pelo decreto de 25 de dezembro de 1910.

Aos maiores de 18 annos, sendo do sexo masculino, e de 16, sendo do feminino, mas menores de 21, não emancipados, e aos maiores sob tutela ou curadoria é prohibido o casamento enquanto não obtiverem o consentimento de seus paes ou daquelles que os representam ou o supprimento d'esse consentimento por forma legal (art. 5.º e 7.º do decreto de 25 de dezembro de 1910). Este consentimento pode ser prestado por uma das seguintes formas:

- 1.º no proprio acto, verbal e directamente, ou por procurador com poderes especiaes;
- 2.º por documento autentico ou authenticado lavrado pelo notario ou somente por elle reconhecido autenticamente;
- 3.º por documento e nas mesmas condições, lavrado pelo conservador ou official do registo civil do concelho em que estiver domiciliada a pessoa que presta o consentimento, sem necessidade de reconhecimento desde que no documento se apponha o carimbo ou sello branco respectivo;
- 4.º por documento com força igual, celebrado perante os agentes diplomaticos ou consulares portuguezes, no estrangeiro com formalidades analogas;
- 5.º por alvará, despacho ou sentença judicial (art 182.º do cod. reg. civil.

Tambem é prohibido contrahir casamento aos parentes em terceiro grau na linha collateral, salvo se obtiverem dispensa que só poderá ser concedida pelo governo occorrendo motivos ponderosos.

A dispensa a que este artigo se refere só pode ser concedida pelo Ministerio da Justiça nos termos seguintes:

- 1.º os parentes em terceiro grau da linha collateral (tio e sobrinha, sobrinho e tia) que pretenderem casar, dirigirão o seu requerimento ao Ministro da Justiça, entregando-o ao funcionario do registo civil escolhido para a celebração do casamento, juntando logo os documentos comprovativos do grau de parentesco e dos factos allegados como fundamento do pedido;
- 2.º o funcionario do registo civil procederá ás averiguações que entender necessarias para verificar a identidade dos requerentes e a procedencia ou improcedencia do pedido, podendo ouvi los e inquiri-

rir testemunhas por elle indicadas ou designadas de officio, concluindo por expor num relatório minucioso as circumstancias que podem aconselhar a concessão ou impor a recusa da dispensa e remetendo tudo ao Ministerio da Justiça por intermedio do respectivo conservador do registo que lhe accrescentará o seu proprio parecer;

- 3.º O ministro da Justiça recolhendo quaesquer informações novas e ouvindo o conservador geral e ainda a Procuradoria Geral da Republica e o Conselho de Ministros, se o julgar necessario, concederá ou denegará a dispensa por meio de portaria, auctorisando a parte no primeiro caso a fazel-a publicar no *Diario do Governo* sem o que ella não produzirá os seus effectos.

Que sentido se deverá ligar á expressão *motivos ponderosos* de que fala o art. 8.º na parte final e qual será a sua natureza?

A estas perguntas responde o art. 184.º do cod. reg. civil onde se determinam, exemplificativamente, alguns fundamentos para a concessão da dispensa. São:

- 1.º a esperanza fundada de que o consorcio projectado seja vantajoso aos filhos do matrimonio anterior proporcionando-lhes a protecção e disvelo de que ficaram privados por fallecimento de pae ou mãe,
- 2.º a adquisição pelo casamento de meios de subsistencia para os impetrantes ou para seus paes necessitados ou enfermos,
- 3.º a probabilidade de terminação de pleitos e dissensões de familias,
- 4.º as razões de moralidade e decôro domestico, remoções de escandalos e quaesquer outras causas que razoavelmente possam considerar-se de interesse publico ou das familias dos impetrantes.

Resulta, pois, deste artigo que a natureza dos motivos attendíveis para a concessão da dispensa é não só de interesse publico, mas tambem de interesse particular dos conjuges.

O processo de dispensa é sempre secreto e na portaria não se indicarão os fundamentos, seja ou não concedida a dispensa.

A prova desta será feita juntando-se um exemplar do numero do *Diario do Governo* ou numa publica fórma d'elle extrahida.

Devemo-nos referir tambem á licença de que carecem os militares em serviço activo para contrahir casamento. O decreto de 25 de dezembro de 1910 não menciona esta licença: dever-se-ha, porem, considerar indispensavel em virtude do art. 186.º do cod. reg. civil.

Quando se não observem, na celebração do casamento, as formalidades essenciaes estabelecidas na lei civil, esse casamento é insanavelmente nullo (art. 3.º do cil. dec.). Já vimos que os impedimentos do casamento podiam ser dirimentes ou impedientes e que naquelles a prohibição era absoluta ou relativa.

Os *effeitos da violação dos impedimentos dirimentes de prohibição absoluta, são a nulidade de pleno direito*, nulidade que pode ser pedida por toda e qualquer pessoa interessada e até o deve ser officiosamente pelo Ministerio Publico quando da mesma nulidade tenha conhecimento (art. 11.º e 12.º).

Quanto aos effectos da violação dos impedimentos dirimentes de prohibição relativa determina o citado decreto:

- 1.º que a annullação do casamento de maiores sob tutela ou curatela, realisado sem consentimento dos seus representantes, só pode ser promovida pelo proprio incapaz, quando se torne capaz, ou pelos seus representantes nos seis mezes seguintes ao

casamento. Se o incapaz se tornar capaz na constancia do matrimonio e o ratificar antes da annullação, essa ratificação retrotrahirá os seus effectos á data do mesmo matrimonio.

2.º que a annullação do casamento dos menores de 24 annos, não emancipados, mas maiores de 18 e 16 respectivamente para o sexo masculino e feminino, realisado sem o consentimento de seus paes ou representantes só pode ser pedida pelo proprio conjuge menor até 6 mezes depois de attingir a maioridade legal ou por aquelles cujo consentimento é necessario á celebração do acto e a elle não assistiram, até 6 mezes depois dessa celebração (art. 15.º).

Parece deprehender-se deste artigo que a assistencia é uma prestação tacita de consentimento. Oppõe-se, porem, a esta doutrina o art. 182.º do cod. reg. civil que como já dissemos, enumera as formas como o consentimento pode ser prestado não se referindo dentre ellas a assistencia e ainda, attendendo ao character especial deste artigo somos levados a concluir que, embora as pessoas que assistam ao casamento não possam pedir a sua annullação, não deve considerar-se a simples comparencia com uma auctorisação. O legislador, prevenindo a hypothese do casamento ter sido realisado a occultas das pessoas que deviam prestar o consentimento, determinou que o referido prazo de 6 mezes se começasse a contar desde o dia em que essas pessoas tiveram conhecimento do mesmo casamento (art. 14.º § 1.º).

Se o menor attingir a maioridade legal antes da annullação do casamento por sentença passada em julgado, e ratificar este, a sua ratificação retrotrahirá os seus effectos á data do mesmo casamento (art. 14.º § 2.º).

Alem dos effectos da violação dos impedimentos dirimentes de prohibição absoluta, que como vimos são a

nulidade absoluta, ha tambem para os infractores sancções especiaes estabelecidas na lei penal geral. Sirva de exemplo os artigos 337.º e 338.º do codigo penal.

Quanto aos impedimentos dirimentes de prohibição relativa, as sancções penaes são:

1.º Os maiores sob tutela ou curadoria, que contraem matrimonio sem consentimento dos seus representantes, só poderão haver a administração dos seus bens cessando a causa da interdição, assistindo-lhes porem, o direito de pedirem os alimentos necessarios até onde chegarem os rendimentos d'esses bens (art. 52.º);

Alem d'isto presume-se o casamento sempre realisado com separação de bens (art. 53.º);

2.º Os maiores de 18 annos, do sexo masculino, e de 16, do sexo feminino, mas menores de 21 annos, não emancipados, que casarem sem auctorisação dos seus representantes não podem pedir a entrega da administração dos seus bens, enquanto não attingirem a maioridade.

De resto estão sujeitos ás mesmas penalidades como os individuos sob tutela ou curatela a que nos referimos. Igual doutrina já estava sancionada noCodigo Civil, art.ºs 305.º, 306.º § unico e 1060.º § 2.º e 3.º. Alem d'estas penalidades estabelecidas no decreto de 25 de dezembro de 1910 podem ainda os infractores ficar sujeitos ás sancções prescriptas pela legislação penal em vigor não os eximindo d'estas penalidades; a nulidade ou ratificação do casamento (art. 16.º).

Os casamentos celebrados com quebra dos impedimentos impedientes, não podem ser annullados, motivando apenas penalidades.

Assim: os casamentos dos parentes em terceiro grau na linha collateral, sem obtenção da dispensa dada pelo

governo, quando haja motivos ponderosos, serão considerados como contrahidos com separação de bens e sujeitam o infractor marido ao pagamento d'uma multa correspondente á sua renda e não superior a um conto de réis. Esta multa pôde ser paga voluntariamente ao official do registo civil perante quem foi celebrado o casamento, e não o sendo, será imposta em processo criminal (art. 54.º § unico).

O tutor ou curador e seu descendente, ascendente, irmão, cunhado ou sobrinho que casar com a pessoa curatela ou tutelada, enquanto não tiver passado um anno completo sobre a cessação da tutela ou curatela e não estiverem approvadas as respectivas contas, ficará inhibido de receber do seu conjugue coisa alguma por doação ou testamento eo casamento será considerado como contrahido com separação de bens (art. 55.º).

Quando seja o proprio tutor ou curador que realise o casamento, ha a penalidade especial de ficar privado da administração dos bens da pessoa com quem casou durante a sua menoridade, e o infractor marido incorre numa multa correspondente á sua renda, mas não superior a um conto de réis (art. 55.º § unico).

Esta mesma doutrina applica-se aos ex-conjuges que contraham casamento, sem ter corrido sobre a dissolução do casamento anterior o prazo de um anno para a mulher e de seis mezes para o homem, sem prejuizo do disposto no art. 1234.º do código civil se a viuva ou divorciada incorrer na sancção d'este artigo (art. 56.º).

Devemos observar que, nos termos do art. 57.º os funcionarios, por cuja culpa qualquer casamento fór declarado nullo ou annullado, ou deixar de effectuar-se, ficam sujeitos ás penas indicadas nos artt. 237.º e seguintes do Cod. Reg. Civ. Resumindo: havendo impedimentos dermientes tanto de prohibição absoluta como relativa, além do effeito da annullação do casamento, ha tambem penalidades especiaes para os infractores, ao passo que nos

impedimentos impedentes, não se podendo pedir a annullação do casamento, o infractor fica igualmente sujeito a penalidades especiaes.

A annullabilidade do casamento por vicios de consentimento

E' bastante complexa a materia relativa aos vicios da vontade. Foi ella estudada na cadeira de principios geraes de direito civil, e por isso nos dispensamos de fazer a exposição dos principios que informam a theoria dos vicios de consentimento (1).

Trataremos agora desta materia em relação ao casamento.

O art. 1072.º do código civil deu origem a difficuldades na nossa jurisprudencia attendendo á natureza especial do contracto de matrimonio. Não podendo, com effeito, sem grave prejuizo para os conjuges, para os filhos destes, e até para a moralidade publica, exigir-se para o casamento as mesmas condições que para a validade doutro contracto, e limitando-se o legislador a declarar naquelle artigo que para a validade do casamento se tinham de observar os requisitos essenciaes dos contractos, duvidou-se se em relação ao casamento se tinham de applicar os principios geraes de direito respeitantes aos vicios do consentimento nos negocios juridicos.

(1) *Instituições* do Dr. G. Moreira, pag. 409 e seguintes.

A *Revista de Legislação e Jurisprudencia*, attendendo á natureza do contracto matrimonial e ao sentido da palavra *essenciaes* que se lê no art. 1072.º, dizia que nos requisitos de que fallava este artigo só se deviam comprehender aquelles elementos do negocio juridico cuja falta dêsse origem á inexistencia do casamento, não se admittendo a sua rescindibilidade. Assim se um dos conjuges não podia prestar o consentimento por doença mental, o casamento era inexistente, pois que faltava um elemento essencial do contracto. o mutuo consenso.

Mas havendo erro, quer fosse sobre a causa quer sobre as pessoas, esse erro, segundo a doutrina da *Revista*, em caso algum podia annular o casamento. E dizemos que o erro sobre as pessoas não podia annular, segundo a *Revista*, o casamento, sem distinguir entre o erro sobre a identidade e erro sobre as qualidades da pessoa, porque o nosso legislador considerou do mesmo modo o erro sobre a identidade e sobre as qualidades, não sancionando a doutrina de alguns juriconsultos para os quaes o erro sobre a identidade das pessoas não é vicio de determinação da vontade, mas um facto que obsta ao mutuo consenso.

Doutrina diversa, porem, e não dando margem ás difficuldades que suscitou o art. 1072.º do codigo civil, estabeleceu o art. 18.º do decreto, onde se declara que é annullavel o casamento acerca do qual se provê que o consentimento foi prestado por erro ou coacção.

E aqui o legislador tem a seu lado o codigo civil allemão, onde se preceitua (art. 1333.º e 1334.º) que o casamento pode ser annullado quando o conjuge no momento da celebração está em erro sobre a pessoa do outro conjuge ou sobre as suas qualidades, de forma que se não fosse esse erro o casamento não se teria realisado, ou quando o conjuge tenha sido victima de engano fraudulento. No art. 20.º do mesmo esclarece o legislador o art. 18.º, determinando que o erro do consentimento só pode recahir sobre

a pessoa com quem se realisa o casamento, e que esse erro devesse ser, cumulativa, ou separadamente, os fundamentos seguintes :

- 1.º A ignorancia do estado da pessoa
- 2.º A ignorancia de crime inafiançavel e não prescripto, cometido por ella antes do casamento ;
- 3.º A ignorancia de defeito physico irremediavel e anterior, como a impotencia, e qualquer molestia incuravel e transmissivel por contagio ou herança.

Mas que significação deve dar se a expressão — ignorancia do estado — do n.º 1.º do art. 20.º? Para responder a esta pergunta devemos attender a que a fonte principal do decreto n.º 4 de 25 de dezembro de 1910 é a lei brasileira, que o legislador portuguez em muitas disposições reproduziu quasi textualmente.

A' Jurisprudencia brasileira recorreremos, pois, para interpretar o n.º 1.º do art. 20.º O eminente juriconsulto Bevilacqua, apreciando a expressão — ignorancia do estado — que tambem se encontra na lei brasileira, accusa-a de vaga, vacillante e equivoca, parecendo que ella abrangge tambem o estado de virgindade da mulher. Mas pode abranger tambem a situação economica do outro conjuge, e seu estado patrimonial, sendo duma tão flagrante injustiça o legislador permitir a annullação do casamento, por um dos conjuges erradamente julgar que o outro estava em boas condições de fortuna, quanto era defensavel a annullabilidade determinada pelo convencimento erroneo em que estava o varão da virgindade da sua consorte. E o codigo civil allemão terminantemente repelle aquelle principio, não concedendo a annullação do casamento por motivos de caracter patrimonial.

Que significado devemos dar, pois, á expressão — ignorancia do estado?

Devemos considera-la no seu sentido *juridico*, como

o estado *civil*. Corrobora esta interpretação o projecto brasileiro do Dr. Coelho Rodrigues que diz que o erro pode consistir na ignorancia do estado civil e religioso. De harmonia com esta interpretação, é motivo de annullação do casamento, por exemplo, um dos conjuges ignorar que o outro era pae ou filho, solteiro ou viuvo, capaz ou incapaz. E, comprehendendo na formula — ignorancia do estado —, o estado religioso, pode um dos conjuges pedir a annullação do casamento por ignorar que o outro fosse padre, que estava vinculado por votos de castidade, por não ter a mesma religião, etc.

E assim fica excluida do n.º 1.º do art. 20.º a ignorancia da virgindade da mulher, que pode no entanto fundamentar o pedido de annullação de casamento nos termos do n.º 3.º do mesmo art.: defeito physico irremediavel e anterior.

Entretanto, o que deixamos dito não destroe a doutrina da *Revista*, segundo a qual o consentimento deve ser prestado em harmonia com os principios geraes de direito sancionados no art. 1072.º do codigo civil: a manifestação do consentimento deve ser feita claramente, e quando o não seja, o negocio juridico considera-se como inexistente, independentemente de qualquer declaração do legislador. Isto mesmo é auctorizado pelo Código do Registo Civil, no art. 179.º, onde se declara que o funcionario do registo do estado civil se recusará a celebrar o casamento das pessoas que não prestarem o seu consentimento livremente, incluindo as coagidas no acto da celebração, e as que se encontrarem em estado de embriaguez, ou por outro motivo privadas do exercicio das suas facultades mentaes. E' portanto o proprio legislador que vem expressamente fazer uma applicação do principio geral

Devemos ainda observar, pelo que respeita á annullabilidade do casamento por erro, que no nosso entender, essa annullabilidade só pode admitir-se tendo em vista os principios geraes estabelecidos no codigo civil ácerca da

rescindibilidade dos negocios juridicos, isto é, só ha lugar á annullação quando se prove que, se o contrahente tivesse tido conhecimento do erro, não teria realizado o contracto. E nestes termos, a annullação fundamentada no art. 20.º só pode dar-se provando se que, se o conjuge conhecesse o erro, não teria celebrado o casamento.

Assim o determina expressamente o codigo civil allemão, exigindo aquella prova tanto para o erro simples como para o erro fraudulento (dolo), nos artigos 1333.º e 1334.º, a que já nos referimos. E' esta a doutrina que, no nosso modo de vêr, se deve applicar sempre á annullação do casamento por erro.

Natural era que, tratando-se da annullação do matrimonio por vicios da vontade, o legislador se referisse á coacção. A ella expressamente allude o citado art. 18.º

Em relação á coacção, tambem temos de applicar os principios geraes de direito para a rescindibilidade do casamento em que qualquer dos conjuges prestou coagido o consentimento. Exporemos primeiramente e duma forma succinta, quaes sejam esses principios em face do nosso codigo civil, e criticaremos a natureza que o codigo attribue á coacção. Referiremos depois como o legislador considera a coacção para o caso especial do casamento.

Não é em qualquer circumstancia que a coacção pode determinar a annullabilidade do negocio juridico; para isso é necessario que haja o emprego da força physica ou de quaesquer meios que produzam damnos ou fortes receios delles, relativamente á pessoa, honra ou fazenda do contrahente ou de terceiros (§ unico do art. 666.º do codigo civil). Deste conceito claramente se infere que não enfram os dominios da coacção, como causa determinante da rescindibilidade dum contracto, a violencia physica que reduza a pessoa á simples condição dum automato. Assim, se uma pessoa pegar na mão doutra, e a obrigar a assignar um documento, não lhe extorquirá o consentimento pela coacção, pois que a pessoa, assim violentada physica-

mente, não manifesta a sua propria vontade, não presta o seu consentimento, havendo aqui antes um acto do auctor da violencia, e não de quem materialmente o realison. Um contracto assim celebrado não é apenas rescindivel, é inexistente, porque lhe falta um elemento essencial, a declaração da vontade duma das partes. Portanto o emprego da força physica a que se refere o § unico do art. 666.º do codigo civil não é o que reduz um dos contrahentes á situação dum automato. E affigura se-nos até que o legislador só devia considerar como coacção, para a annullabilidade dos negocios jurídicos, as ameaças, semelhantemente á doutrina sancionada nos codigos civis francez, italiano e allemão, sendo a violencia physica causa de nulidade absoluta.

Foi este o principio que, em relação ao casamento, vem estabelecer o art. 21.º do decreto, onde já se não considera o emprego da força physica como entrando nos domínios da coacção, naturalmente porque o legislador entendeu, e bem, que o individuo, levado pela força para junto do official do registo civil, não prestava consentimento. Portanto, para os effeitos da rescisão do casamento, apenas se consideram como coacção as ameaças, que o legislador delimitou no art. 21.º, declarando que a coacção podia consistir na ameaça dum perigo grave e imminente para a vida ou para a honra do coacto ou de qualquer dos seus parentes por consanguinidade em linha recta ou até o quarto grau da linha transversal. Comparando esta disposição com a do § unico do art. 666.º, vê-se que, para o effeito da annullação do casamento, não se considera como coacção o emprego da força physica, que o legislador de 1910 não teve em consideração as ameaças que prejudiquem ou produzam receios de prejudicar o patrimonio dum dos contrahentes ou de terceiros, e não accetou, como o codigo civil, a referencia tão ampla a terceiros, restringindo o numero destes aos parentes do coacto, por consanguinidade em linha recta ou até o quarto grau da linha collateral.

Ainda em face do codigo civil, não são sufficientes, para a rescisão dum contracto realisado sob coacção, quaesquer ameaças. E' necessario que produzam danos ou haja forte receio delles. Para verificar se o receio é grave e fundado, e necessario ter em consideração as ameaças não só sob o ponto de vista *objectivo*, mas ainda sob o ponto de vista *subjectivo*, isto é, o effeito que, em attenção á pessoa a quem as ameaças foram dirigidas, estas deviam produzir. Sob o primeiro aspecto, só poderão determinar a annullação do casamento, as ameaças que causem perturbação a um individuo normalmente constituido. Sob o segundo aspecto, uma ameaça que, considerada *objectivamente*, se devesse julgar infundada, pode ser realmenta a causa determinante da declaração da vontade — diz o Sr. Dr. G. Moreira. Assim, acrescenta o sábio professor, — o effeito que uma ameaça produz em relação a uma mulher não é em geral o mesmo que produz sobre um homem, o que ella produz em relação a um tímido, não é o mesmo que se dá num homem energico.

E o legislador de 1910, declarando no art. 21.º que a coacção consiste na ameaça de um perigo grave para a vida ou para a honra do coacto, evidentemente considerou tambem essas ameaças *subjectivamente*.

Alem dos requisitos a que nos vimos de referir, ha outro que não pode deixar de considerar-se verdadeiro em face do nosso codigo para que qualquer contracto (e portanto o de matrimonio tambem, visto tratar-se dum principio geral de direito de applicabilidade a todos os negocios jurídicos) se possa rescindir com fundamento na coacção, e a que o codigo civil allemão expressamente allude: o de as ameaças constituem um facto illicto, não representando portanto o exercicio dum direito. Se as ameaças respeitam a males que a pessoa que as faz pode livremente causar, não ha motivo para annullar o contracto. Se, por exemplo, um credor ameaçar o devedor de que executará os seus bens se não garantir a divida por hypo-

theca, esta ameaça não determinará a nullidade da garantia hypothecaria, porque o credor exercia um direito executando os bens do devedor. Mas, ainda mesmo que a ameaça seja em si um acto lícito, ainda que represente o exercicio dum direito, a lei não pode nunca permitir que se use d'ella para fins que não sejam lícitos.

Assum, se uma pessoa tem conhecimento de que outra em boas condições de fortuna praticou um crime, não tem o direito de, sob a ameaça de que a denunciará em juizo, lhe extorquir o consentimento para casamento que com ella queira celebrar.

Expostos os principios geraes de direito que dominam em materia de coacção, e posta em relevo a maneira diversa, como hoje, em face do art. 24.º do decreto, o legislador considera a coacção para a annullabilidade do matrimonio, resta-nos verificar quem pode pedir a annullação do casamento por erro e coacção, e qual o prazo dentro do qual deve ser intentada a respectiva acção.

Nos termos do art. 19.º, e de harmonia com o natureza das nullidades relativas (a que dão logar os vicios de consentimento), a acção de annullação do casamento por erro ou coacção só pode ser promovida pelo conjuge coacto ou enganado, não se transmitindo esse direito aos herdeiros desse conjuge, os quaes poderão, contudo, continuar a acção (art. 26.º), desde que ella tivesse sido intentada pelo interessado.

Relativamente ao prazo para propôr a acção de annullação de casamento, declara o art. 22.º que essa annullação, no caso de erro, prescreve (1) pelo prazo de 1 anno, contado desde o dia em que o enganado teve conheci-

(1) E' incorrecta esta maneira de dizer, que aliaz, já era in devidamente usada pelo auctor do código civil

Não se trata aqui duma prescripção, pois não se adquirem direitos pela posse, nem se extinguem obrigações. E' um prazo fixado para o exercicio dum direito subjectivo

mento do erro, e com respeito aos casamentos celebrados antes do decreto n.º 1 de 25-12-910, o prazo dum anno conta-se desde a entrada em vigor desse decreto. A annullação do casamento por causa de coacção prescreve pelo prazo dum anno, contado desde o dia em que a coacção haja cessado (art. 23.º). E' duma inexplicavel incoherencia o facto do legislador, relativamente aos casamentos, em que houvesse e coacção, celebrados antes da entrada em vigôr do alludido decreto, não determinar que o prazo de um anno para a respectiva annullação, se contasse desde que esse decreto entrou em vigôr, semelhantemente ao que preceitua quanto ao erro no art. 22.º.

Sendo da natureza das nullidades absolutas, poderem ser pedidas por qualquer interessado e até o devendo ser officiosamente pelo Ministerio Publico quando della conhecimento (art. 12.º) dispõe o art. 27.º que a nullidade do casamento não poderá ser pedida *ex officio* depois da morte dum dos conjuges.

Manda tambem a lei que o Ministerio Publico intervenha sempre nas acções de nullidade ou annullações de casamentos, e que, quando não fôr parte principal (o que succede quando é por elle pedida officiosamente a declaração da nullidade absoluta), preste assistencia á mulher e aos filhos, independentemente da representação que os assistidos tenham em juizo (art. 28.º).

Prestação do consentimento

Nullidade dos esponsaes.

Consentimento por intermedio de procurador.

Reproduzindo a doutrina do art. 1067.º do código civil, o legislador, no art. 24.º do decreto citado, determinou que o consentimento dos contrahentes para o casamento só pode prestar-se *irrevogavelmente* no proprio momento da celebração d'elle.

Fixando esta doutrina, quiz o legislador declarar que eram *intencionalmente nulos* os contractos pelos quaes as partes se obrigariam, para o futuro, sob o titulo de *esponsaes*, *desposorios* ou qualquer outro, a contrahir casamento. Estes contractos, permitidos pela nossa antiga legislação, já eram considerados nulos pelo código civil, quer as partes tivessem estipulado *clausulas penaes*, quer não.

Preveniu o legislador, como não podia deixar de prevenir, o caso de, á sombra destes contractos, se contrahirem compromissos pecuniarios. E assim é que a pessoa que, sob promessa de casamento, recebeu nesse intuito quaesquer donativos ou auctorisou alguma despeza, pode ser obrigada á restituição d'aquelles ou á indemnisação d'esta, se lhe fôr exigida. Não declara expressamente o decreto quaes os requisitos necessarios para a prestação do consentimento dos contrahentes para o casamento, e desnecessaria seria essa declaração, porquanto, ao casamento, como contracto que é, se applicam os requisitos geraes: a *manifestação clara e livre da vontade*.

Assim o funcionario do registro civil recusar-se ha a

celebrar o casamento das pessoas que não prestarem o seu consentimento livremente e das que se encontrarem em estado de embriaguez, ou por outro motivo privadas do exercicio das suas faculdades intellectuaes (art. 179.º do código do registro civil). Referimo-nos, apenas, ainda, ao consentimento prestado pela propria parte, a lei, porém, faculta o direito desse consentimento ser prestado por intermedio de procurador, comtanto que a procuração seja especial e contenha expressa designação da pessoa com quem o casamento ha-de ser contrahido (art. 25.º).

Da celebração do casamento

Determinação do funcionario competente.

A declaração dos contrahentes e documentos correlativos.

Formalidades subsequentes até á celebração do casamento.

Editaes.

Como vimos, o casamento para que produza efeitos civis é necessario que seja realisado perante o official do registro, e só esse é valido (art. 3.º). Qual será, porém, o official competente para a celebração do casamento? A esta pergunta responde o art. 187.º do código do registro civil, que dum modo geral determina que o casamento será celebrado no concelho ou bairro em que qualquer dos nubentes tiver o seu domicilio, ou a sua residencia esta-

belecida por meio de habitação contínua durante um mez, pelo menos, anteriormente á publicação á que se refere o art. 190.º.

Refere-se este artigo 187.º ao domicilio ou residencia, serão estas palavras synonymas, ou, pelo contrario envolverão conceitos diferentes? Na technica juridica envolvem conceitos diferentes, porquanto expuzimos por domicilio — *uma relação juridica existente entre um individuo e um logar onde elle se reputa sempre presente para o exercicio de direitos e cumprimentos de obrigações* — e residencia — *uma simples relação de facto*. Na realidade, geralmente, o domicilio corresponde á residencia, pode, porém, deixar de corresponder. Assim o individuo que tenha mais do que uma residencia, onde viva alternadamente e tenha domicilio só numa dellas, e o menor, que residindo em casa de outrem, tem o domicilio de seus paes (1). O legislador attendeu principalmente a relação de facto — residencia — e não a relação juridica — domicilio, devendo aquella ser contínua, durante um mez, pelo menos.

Determina o codigo do registo civil que em cada um dos 4 barros de Lisboa e dos 2 do Porto e em cada uma das capitães de districto haverá uma conservatoria do registo civil com funcções de registo no respectivo bairro ou concelho, devendo funcionar essas conservatorias em edificios apropriados, e não havendo, as de Lisboa e Porto instalar-se-hão provisoria ou definitivamente no Governo Civil ou Camara Municipal, e as das restantes capitães de districto estabelecer-se-hão nos governos civis ou em local conveniente, fornecido pelas respectivas camaras municipaes (art. 21.º e 22.º)

Nas freguezias distantes das conservatorias e demais repartições do registo civil estabelecer-se-hão *postos do*

(1) Veja-se — Sr. Dr. Guilherme Moreira — *Instituições do Direito Civil*, vol. 1.º, pag. 200

registo civil que forem indispensaveis para commodidade dos povos, os quaes serão dirigidos por ajudantes do conservador ou official respectivo, sob a directia responsabilidade do mesmo conservador ou official, e serão criados pelo ministerio da justiça ouvidas, as corporações administrativas locais e o competente conservador ou official (1)

A criação destes postos não retira ao respectivo conservador ou official a sua competencia dentro da area desses postos, antes, quando o conservador ou official se encontrar presente, e a elle que de preferencia compete realizar os registos, embora nos livros do posto (art. 30.º).

Em cada um dos barros de Lisboa e Porto e em cada concelho do resto do paiz poderão os interessados dirigir-se indifferentemente ao respectivo posto do registo civil ou á conservatoria ou repartição a que elle esteja sujeito (art. 32.º). Conclue-se deste artigo que para a celebração do casamento são disjuntivamente competentes o ajudante do registo civil, ou a repartição ou conservatoria a que o respectivo posto esta sujeito.

Mas que diligencias são necessarias para a celebração do casamento? Exige a lei que quem pretende contrahir casamento faça uma declaração dirigida ao funcionario do registo civil que *escolher* para celebrar o contracto, ou que essa declaração seja feita na presença do mesmo funcionario sem forma de requerimento, mas em papel sellado, salvo o caso de indigencia, devendo essa declaração ser assignada por ambos os contraheutes ou a seu rogo, sem necessidade de reconhecimento.

Dessa declaração devem constar:

1.º Os nomes proprios e de familia, a idade, profissão, naturalidade, domicilio e residencia de cada um dos contraheutes,

(1) Art. 27.º e 28.º doCodigo do Registo Civil

- 2.º Os nomes completos, profissões, naturalidades e domicílios de seus paes;
- 3.º A designação da pessoa ou entidade que houver prestado ou tiver de prestar o consentimento ou a dispensa para o casamento, quando necessários;
- 4.º No caso de ser viuvo ou divorciado qualquer dos nubentes, também o nome do conjuge anterior com a indicação da data do obito ou do divorcio e do lugar onde occorreu ou foi julgado (art. 188.º do código do registro civil).

A lei não exige declaração de idade para os paes, como resulta do n.º 2.º do art. 188.º exigindo-a só para os conjuges, (n.º 1.º do citado artigo) porque para estes é preciso verificar se elles estão em idade de poder casar. No n.º 3.º a lei exige a designação das pessoas ou entidade que tiverem de prestar o consentimento, sendo essas pessoas para os tutelados ou curatelados os seus representantes, para os menores de 18 annos, do sexo masculino, e de 16, do sexo femenino, não emancipados, os paes e na falta ou impedimento destes, o avô, se exercer a tutela. A entidade a que se refere o citado artigo é o conselho de familia a quem compete conceder ou denegar a licença para o casamento, na falta ou impedimento dos paes e dos avós. (§ 4.º do art. 6.º do decreto)

A referida declaração deve ser acompanhada, nos termos do art. 189.º do cod. do registro civil, do certificado do domicilio ou residencia dos nubentes passado pela junta de parochia ou pelo regedor, ou funcionario que o venha a substituir, no caso de haver tal urgencia no casamento que não permita esperar pela reunião da junta, e também das certidões de idade dos contrahentes, ou dos documentos que as substituirem e bem assim dos documentos comprovativos do consentimento ou da dispensa quando necessários, e do obito ou divorcio do conjuge anterior quando algum dos conjuges fór viuvo ou divorciado. Se

houver escriptura ante-nupcial, a declaração também deve ser acompanhada do traslado ou certidão dessa escriptura, ou se protestará pela sua apresentação até ao dia da celebração do casamento.

Relativamente a certidão de idade, que deve acompanhar a declaração, temos de ter em attenção o que dispõe o art. 209.º do código do registro civil, onde se determina que os contrahentes não são obrigados a apresentar as certidões dos actos, que já constam *in extenso* dos livros de registro a cargo do funcionario escolhido para a celebração do casamento, bastando que na declaração se mencionem *os annos e logares* onde esses registos devem encontrar-se, o que será verificado pelo funcionario que lançara as respectivas notas naquella declaração. O legislador para estas certidões exige que ellas sejam especiaes. Assim, admitindo o art. 295.º do citado código certidões de theor (copias litteraes) e certidões de narrativa (copias por meio de extractos), exige o art. 210.º que as certidões de nascimento de cada um dos contrahentes, necessarias para o casamento, devem ser de theor, e, sendo extrahidas do registro civil, ter sido passadas ha menos de tres mezes emanando do continente ou das ilhas, e ha menos de seis mezes provindo das colonias ou de paizes estrangeiros.

Preveniu o legislador a hypothese de não haver registro de nascimento de qualquer dos contrahentes, ou de, no caso de existir sómente o registro parochial, não ser possível ao interessado obter sem demora a respectiva certidão, determinando que esse interessado pode declarar o seu nascimento perante o funcionario do lugar do seu domicilio, desde que o dito funcionario se certifique da veracidade dessas declarações, exigindo a lei o dobro das testemunhas e ficando estas e o declarante, em caso de falsidade, sujeitas ás penas do art. 242.º do código penal. Não é só esta, porem, a unica via que o interessado pode seguir.

A lei concede-lhe tambem a faculdade de apresentar, só para os effeitos do casamento, um *certificado de notoriedade* passado pelo juiz de direito da respectiva circumscripção como base nas declarações de sete testemunhas, de um ou outro sexo, parentes ou não parentes do interessado, do qual devem contar, alem dos nomes, proprio e de familia, profissões e domicilio delle e de seus paes, se forem conhecidos, o logar e quanto possivel, a epocha do nascimento, devedo tambem indicar-se nesse certificado as causas que impedem a comprovação do acto pelos meios normaes (art. 211.º)

Cumpre notar que, em relação aos documentos que devem instruir a declaração, não devem causar embaraços á celebração do casamento as pequenas irregularidades nos registos, certidões ou certificados, invocados ou apresentados, como sejam as relativas á differente graphia dos nomes, a eliminação, ou accrescentamento dum ou outro nome de familia e semelhantes, quando não importem uma duvida fundada sobre a identidade da pessoa a que se referem, e esta seja especificadamente reconhecida, apesar das irregularidades, não só pelas testemunhas no proprio registo mas tambem pelas pessoas ou entidades, que houvessem de prestar consentimento ou dispensa (art. 212.º do referido codigo)

Portanto, desde que as irregularidades não sejam de natureza a lançar no espirito do funcionario duvidas fundadas sobre a identidade das pessoas que pretendam casar, essas irregularidades não embaraçam o casamento.

Em seguida a apresentação das declarações, e estando estas conformes, deve o funcionario escolhido para o casamento, affixar um edital, extrahido da declaração especificada e dos documentos a que já nos referimos, em logar bem publico a porta da sua repartição, no qual annunciará a pretensão dos contrahentes e convidará as pessoas que souberem dalgum dos impedimentos legaes mencionados nos art. 4.º a 10.º do decreto de 25 de

dezembro de 1910, a virem declara-lo no prazo de dez dias por escripto autentico ou authenticado ou verbalmente perante o mesmo funcionario ou qualquer dos seus ajudantes ou empregados, lavrando-se neste ultimo caso um auto da occorrença com intervenção de duas testemunhas (art. 190.º do codigo de registo civil), o edital deve ser escripto em papel sellado, salvo o caso de indigência e deve estar affixado durante dez dias completos, nos quaes se comprehenderão necessariamente *dois Domingos*, prolongando-se a affixação até que passe o segundo domingo, se porventura os dez dias terminarem antes delle (art. 191.º do citado codigo)

Esta exigência do legislador para que no prazo da affixação dos editaes se incluam sempre dois domingos, explica-se talvez como reminiscência do que succedia no casamento catholico.

Cumpre verificar a hypothese, que o legislador tambem teve em vista, de o funcionario escolhido para a celebração do casamento não ser o do domicilio de ambos os contrahentes, exigindo-se neste caso (art. 192.º do codigo) que esse funcionario envie copias do edital para cada uma das repartições ou postos do registo civil dos domicilios dos conjuges, ou para os das suas naturalidades, quando não puder determinar-se o domicilio, devedo estes editaes ser affixados á porta da respectiva repartição ou posto nos mesmos termos e pelo mesmo prazo indicados nos artigos 190.º e 191.º, a que já fizemos referencia.

Decorridos os prazos dos editaes, o respectivo funcionario, se não fôr o do casamento, officiará a este no dia immediato, certificando que se cumpriram as formalidades legaes e não appareceu pessoa alguma a declarar qualquer impedimento, ou enviando os documentos de que constem os que tiverem apparecido, podendo elle proprio declarar qualquer impedimento, se d'elle pessoalmente souber (art. 193.º e 194.º do citado codigo). Mas se o logar em que

tenha de affixar-se o edital estiver situado em paiz estrangeiro, a affixação, nos termos do art. 195.º, só será necessaria se o conjuge respectivo ali tiver residido nos ultimos doze mezes e, além d'isso, houver, na localidade ou respectiva circumscripção, um funcionario diplomatico ou consular portuguez, o qual intervirá como official do registo civil, para os effectos dos artigos anteriormente mencionados; em caso contrario bastará a affixação no logar do ultimo domicilio que o respectivo conjuge tenha tido no territorio da Republica. Se durante o praso da affixação dos editaes, ou até á celebração do casamento, se declarar ao funcionario escolhido a existencia de qualquer impedimento, ou se este fór conhecido do proprio funcionario, deve elle recusar-se á celebração do casamento enquanto o impedimento não tenha cessado ou tenha sido julgado improcedente pelo respectivo juiz de direito (art. 196.º do codigo).

Quando as declarações de impedimento sejam julgadas falsas, o declarante fica obrigado a perdas e danos, alem das penas em que incorre se tiver procedido dolosamente: é o que dispõe o art. 198 do codigo citado.

O acto solemne do casamento

Formalidades a observar.

Relativamente ao logar onde deve celebrar-se o casamento exige o codigo do registo civil, no art. 214.º, que deve realizar-se, publicamente, na respectiva repartição,

salvos os casos especificados no art. 199.º 201.º e 208.º — a que faremos referencia quando expusermos a doutrina relativa ao registo provisorio, ao casamento *in articulo mortis* e em imipueancia de parto — e ainda aquelles casos em que qualquer dos conjuges se encontrar impossibilitado, ou por doença atestada pelo medico, ou por outra causa attendivel, certificada pelo respectivo regedor ou por funcionario que o substituir, de comparecer pessoalmente na repartição, porque nesses casos o casamento terá logar dentro da habitação do contrahente impedido e só é valida se as portas da casa onde se realizar estiverem franqueadas ao publico e se intervierem sete testemunhas (art. 214.º e 215.º do codigo do registo civil). Como resulta d'estes artigos a lei exige requisitos especiaes para a celebração do casamento, quando realisado fóra da repartição do registo civil. Os requisitos geraes, são cumulativamente a presença pessoal:

- 1.º — dos contrahentes ou de seus procuradores com poderes especiaes, nos termos do art. 25.º do decreto de 23 de dezembro de 1916;
- 2.º — do funcionario do registo civil salvas as hypothses dos art. 201.º e 208.º, a que fazemos referencia;
- 3.º — das pessoas cujo consentimento é necessario na hypothese de o não terem dado por escripto,
- 4.º — quatro testemunhas de maior idade, escolhidas indifferentemente entre as pessoas mencionadas no art. 139.º, podendo tambem figurar como testemunhas os proprios paes dos contrahentes (art. 216.º do codigo do registo civil).

Conclue-se do n.º 4.º do art. 216.º que pessoas que, pelo art. 2192.º com referencia ao art. 1966.º do codigo

civil não podiam ser testemunhas instrumentarias — d'entre ellas os estrangeiros que entendam a lingua portugueza e as mulheres podem exercer estas funcções pelo codigo do registo civil.

As testemunhas tambem podem, querendo, ser mencionadas como padrinhos ou paronymphos, e, no caso de figurarem só como testemunhas, podem simultaneamente ser procuradoras dos padrinhos ou paronymphos ausentes (art. 217.º do cit. cod.).

Podem assignar o assento do casamento, alem das pessoas mencionadas nos art. 216.º e 217.º, as demais de qualquer idade, que tiverem assistido a todo o acto e assim o desejarem, de accordo com os interessados, mas não serão mencionadas no texto do assento; nesta caso apper-se-ha no duplicado mais um sello de 50 réis por cada um dos signatarios nestas condições (art. 218.º e 219.º do cit. cod.).

Pelo que respeita propriamente ao acto solemne da celebração do casamento, deve proceder-se pela forma indicada no art. 220.º do codigo do registo civil, isto é, o funcionario lerá a declaração e os documentos apresentados, omitindo sempre as filiações, e bem assim os conhecimentos ou legitimações de filhos, permitindo, porém, a lei que qualquer dos contrahentes ou a testemunha, por ella indicada para tal fim, leia para si os documentos e o registo, para verificar se este contém exactamente as menções cuja leitura em voz alta é prohibida.

O legislador achou conveniente que os contrahentes conhecessem a acção legal de casamento; e por isso determinou no n.º 2.º do referido art. 220.º, que o funcionario leia, aos contrahentes os art. 1.º e 3.º do decreto. E de notas, porém, que este requisito devia dispensar-se, porque o facto de os contrahentes estarem na presença do official do registo para a realisação do casamento, indica que elles conheciam o preceito de que só era valido o casamento feito perante o funcionario do registo civil, ou que pelo menos o observam.

Tambem o funcionario deve ler o art. 38.º do decreto, onde se determinam as obrigações mutuas dos conjuges, e bem assim o art. 39.º, nos termos do qual a sociedade conjugal se baseia na liberdade e na egualdade, incumbido ao marido, principalmente, a defesa da pessoa e bens da mulher e dos filhos, e á mulher o governo domestico e uma assistencia moral tendente a fortalecer a unidade familiar. Quer, pois, o legislador que o funcionario do registo dê conhecimento aos conjuges das bases em que assenta a sociedade familiar, bases essas que elle se propôs alterar, o que, como a seu tempo veremos, é duvidoso se conseguiu. Em seguida á leitura dos alludidos artigos, o funcionario interpellará todas as pessoas presentes para declarem se conhecem algum impedimento que obste ao casamento; e, no caso negativo, perguntará a cada um dos futuros esposos, primeiro á mulher, e depois ao varão, se aceita o outro por consorte. Cada um dos interpellados responderá: *é de minha livre vontade realisar o casamento com F. . .* (indicando o nome completo do seu futuro marido ou mulher). O funcionario, depois de obtidas estas respostas, dirá em voz alta, de modo que o ouçam todos os presentes: *em nome da lei e da Republica Portuguesa, declaro que F. . .* (nome completo do marido) e *F. . .* (nome completo da mulher) *unidos pelo casamento.*

E' de estranhar o facto de o legislador, no caso de, no momento da interpellação ás pessoas presentes, qualquer d'estes referir algum impedimento, não haver estabelecido sancção para essa hypothese, como havia na regulamentação religiosa.

Estabelece a lei formalidades espeziaes para o casamento dos surdos-mudos e dos que não conhecem a lingua portugueza. Assim é que só pode considerar-se validamente prestado o consentimento d'um surdo-mudo se elle sabendo ler e escrever, exprimir esse consentimento por escripto em resposta á pergunta, tambem feita por escripto pelo funcionario respectivo em papel sellado e do-

cumulo este que tem de ser archivado); no caso do surdo-mudo não saber escrever, elle prestará o consentimento por meio d'um interprete que sob sua honra declare perante testemunhas que traduzirá fielmente a vontade do surdo-mudo, devendo de tudo lavrar-se um auto especial, que ficará archivado (art. 180.º do código do registo civil). Em relação aos que não souberem falar o portuguez, determina o art. 181.º que o funcionario nomeará um interprete nos termos anteriormente referidos.

A exigencia de formalidades solennes e especiais para aquelles que estão em circumstancias anormaes, tem a sua justificação na obediencia da lei áquelle principio dominante em materia de contractos: assegurar a livre manifestação da vontade.

O assento do casamento.

Casos especiais em que é autorizado o registo provisório.

Os casamentos in « articulo mortis » ou na imminência de parto.

Ratificação do casamento — conversão do registo provisório em definitivo.

A seguir á celebração solenne do casamento, procedese, nos termos do art. 221.º do código do registo civil, á redacção, leitura e assignatura do respectivo assento, observando-se o disposto no capitulo 5.º do mesmo co-

digo, em que se trata dos serviços do registo em geral. E assim, conforme preceitua o art. 103.º, o registo, antes de assignado, será lido na presença de todas as pessoas que uelle intervieram, fazendo-se expressa menção d'essa leitura, não se podendo, porém, ler as filiações dos nubentes, nem a sua qualidade de filhos legitimos ou illegitimos.

Depois da leitura, feita nos termos expostos procede-se á assignatura do assento nos dois exemplares dos respectivos livros, (pois segundo o art. 55.º os livros de registo serão em duplicado), assignando primeiro as partes e testemunhas e depois o funcionario, cuja assignatura encerrará o assento (art. 104.º). Regula o art. 107.º o caso de alguma das partes não saber ou não puder escrever, determinando que essa parte o declara ao funcionario do registo intervindo então mais uma testemunha, qualquer que seja o numero das partes que não saibam ou não possam escrever. Se for alguma das testemunhas que não saiba ou não possa escrever, o casamento não fica nullo, desde que uma das testemunhas, pelo menos, ou alguma das partes escreva o nome dessa testemunha que não sabe escrever (art. 108.º) Caso se verifique a hypothese, pouco provavel, de nenhuma das partes e das testemunhas saber escrever, o funcionario fará intervir mais duas testemunhas, incluindo a que se exige normalmente no art. 107.º quando alguma das partes não saiba escrever, e fará de tudo menção expressa no assento: é o que dispõe o art. 109.º Tambem o legislador preveniu a hypothese de qualquer das partes ou das testemunhas, ou o proprio funcionario, se impossibilitar por qualquer motivo de assignar depois da leitura, ou de se ausentar, ou de não querer assignar o assento, determinando no art. 105.º que este ficará sem effeito e terá de repetir-se, mas não poderá ser retirado o consentimento dado para o casamento.

Occorrendo qualquer d'estes factos sem culpa do funcionario, este terá de mencionar o occorrido, indicando a

razão por que o acto ficou incompleto, podendo qualquer dos interessados fazer revalidar o acto incompleto por meio de sentença judicial nos termos do art. 90.º, e portanto mediante reclamação formulada ao juiz de direito respectivo (art. 106.º) (1).

Quaes são as indicações que, em geral, devem constar do assento de casamento? São as determinadas no art. 222.º do código de registo civil, nos termos do qual em todo o assento de casamento se devem especificar as seguintes circumstancias:

- 1.ª — A hora, dia, mez e anno do casamento;
- 2.ª — Se é celebrado em edificio publico ou particular, designando-se este e a causa do facto;
- 3.ª — O nome do funcionario que intervem no registo e o assigna nos termos do art. 100.º
- 4.ª — Os nomes proprios e de familia, edades, profissões, naturalidades, domicilios e residencias dos dois contrahentes e dos seus procuradores, no caso de os haver;
- 5.ª — Se são solteiros, viuvos, ou divorciados;
- 6.ª — Se são filhos legitimos ou illegitimos;
- 7.ª — Os nomes completos, profissões, naturalidades, domicilios dos paes, se forem conhecidos e houverem de ser declarados;
- 8.ª — Os nomes completos, profissões e domicilios das testemunhas, com a indicação do seu parentesco com cada um dos nubentes, e de que são padrinhos

(1) Indicamos estas disposições que estão consignadas no capítulo 5.º do código do registo civil, e que, sendo geraes, se applicam a qualquer assento do registo do estado civil, e portanto ao assento de casamento.

Para melhor elucidação do assumpto, é conveniente attentar no modello de um registo de casamento, anexo ao código de registo civil.

ou paranyphos ou os representam, quando for caso disso;

- 9.ª — A declaração feita pelos contrahentes de que realisam o casamento de sua livre vontade;
- 10.ª — O regimen de bens adoptados pelos contrahentes, com a menção do documento comprovativo, se o houver;
- 11.ª — A leitura feita perante as partes e testemunhas das peças produzidas, dos arts. 1.º, 3.º, 28.º e 30.º do decreto n.º 1 de 25-12-910, e da proprio acto do registo, com as omissões impostas pelos arts. 103.º e 220.º n.º 1.º;
- 12.ª — A menção das pessoas que vão assignar, especificando aquellas que o não fazem por não saberem ou não poderem.

São estas as circumstancias que sempre devem mencionar-se em todo o assento de casamento, bem como as indicadas nos arts. 100.º e seguintes, que são communs a qualquer registo do estado civil.

Mas ha casos especiaes, em que se tem de fazer, juntamente com as menções das circumstancias alludidas, indicações especiaes tambem, que veem especificadas no art. 222.º, e que aqui consideramos como reproduzidas.

Analysando o art. 222.º, alguns reparos elle nos suscita. Era sem duvida desnecessaria a especificação da circumstancia 3.ª do mesmo artigo, isto é, o nome do funcionario que intervem no registo e o assigna, pois essa indicação já era exigida pelo art. 100.º A expressão — filhos legitimos — a que se refere a circumstancia 6.ª do dito art. 222.º, é tomada pelo legislador em accepção differente da tradicional. Essa formula abrange tambem os filhos legitimados, que o legislador considerou como legitimos pelo art. 5.º do decreto n.º 2 de 25 de Dezembro de 1910. Mas a expressão — filhas legitimos — tem

a sua significação technica considerando-se como taes os nascidos ou concebidos na constancia do matrimonio.

O legislador, em relação ás testemunhas não exige a indicação da sua naturalidade, porque, nos termos do art. 216.º, podem intervir como testemunhas os estrangeiros que saibam a língua portugueza.

Exigindo o legislador a declaração do regimen de bens adoptado pelos contrahentes e a menção do documento comprovativo (escriptura ante-nupcial), devemos notar que caso o casamento seja feito com comunhão de bens, basta mencionar este regimen, não sendo preciso para comprova-lo juntar documento algum.

Quando occorram casos especiaes de urgencia, que colloquem os conjuges em estado de necessidade, o legislador permite que o casamento se realise mais rapidamente para evitar que elle se não chegue a celebrar. São as hypothèses previstas nos artt. 199.º e 200.º do código de registo civil; nos termos dos quaes o Delegado do Procurador da Republica em cuja circunscripção estiver a repartição do registo civil em que deve celebrar-se o casamento, pode dispensar, quando haja causas graves, a publicação previa e o prazo a que se referem os artigos anteriores, auctorisando o registo provisório do casamento. A publicação refere-se aos editaes, e o prazo é de dez dias, nos quaes se comprehenderão sempre dois domingos.

Entre as causas graves que podem justificar o registo provisório de casamento comprehendem-se, necessariamente, o risco de morte proxima de qualquer dos nubentes, comprovado por attestado medico ou verificado pessoalmente pelo Delegado, nomeadamente quando haja prole a legítimar, e a probabilidade de parto immediato, demonstrado por attestado de medico ou de parteira.

Nestes dois casos — risco de morte proxima e immi-nencia de parto — pôde ate o casamento realisar-se de forma que dispense o mais possivel as formalidades (art. 204.º). Pôde dispensar-se a prévia dispensa de publicação

e prazo, pôde até mesmo celebrar-se validamente o casamento sem a intervenção do funcionario do registo civil, desde que o acto seja acompanhado das cautelas que o legislador determinou no mesmo art. 201.º e que são as seguintes:

Publicação ou proclamação em voz alta, feita á porta da casa em que se encontram os nubentes pelo funcionario do registo, ou na falta dello, por qualquer das pessoas assistentes, de que o casamento vaa celebrar-se nas condições especiaes do mesmo art. 201.º

Declaração expressa e inequivoca do consentimento de cada um dos nubentes para o casamento perante, pelo menos, três pessoas de maior idade, de qualquer sexo, que não tenham o menor interesse nos bens dos nubentes contando-se nesse numero o funcionario do registo, se estiver presente, só se considerada valida o casamento assim celebrado, se opportunamente for ratificado nos termos do art. 202.º, ainda que a morte sobrevenha immediatamente.

Não basta, porém, esta ratificação. É necessario que o acto de casamento, realiado nas condições expostas, seja reduzido a escripto, em acto continuo, sem formalidades especiaes, quer nos livros competentes, se o funcionario ali estiver, quer em qualquer papel avulso, assignando-o os que o souberem fazer, e mencionando-se os nomes de todos que assistiram. E, como condição essencial para a validade do acto, exige a lei a conversão immediata, ou no prazo maximo de 24 horas, do escripto a que nos referimos, num registo provisório, senão tiver sido logo feito, devendo esse escripto ficar archivado na repartição do

registro civil, e devendo intervir no registro, no caso de conversão, quatro testemunhas, duas das quaes, pelo menos, devem ser das oito pessoas perante quem for feita a declaração expressa do consentimento dos nubentes para o casamento. Portanto, se não houver no prazo improrogavel de 24 horas, a conversão num registro provisório, o casamento fica insanavelmente nullo.

A pessoa que reduzir a escripto o acto de casamento entregará um breve resumo desse escripto, sob a forma de boletim, a qualquer dos contraentes, para que estes possam celebrar o casamento religioso; mas se já estiver presente o ministro de qualquer religião, a cerimonia religiosa poderá ter lugar, independentemente do boletim, logo que se começa a redigir o escripto (art. 202.º).

Já vimos que, para o casamento *in articulo mortis* ou *in imminencia de parto*, feita nos termos indicados se considerar valido, é necessaria a sua ratificação, e dissemos que ela seria feita nos termos do art. 203.º, que se applica tambem a qualquer outro caso em que os nubentes se encontram em estado de necessidade. Preceitua este artigo que os casamentos realizados nas condições dos arts. 199.º e 201.º, ficam nulos de pleno direito, se não forem ratificados, mediante auctorisacão do Delegado do Procurador da Republica, dentro do prazo de trinta dias, devendo intervir no requerimento ao Delegado, nas publicações e na redacção do registro definitivo, ou os proprios nubentes, se ambos sobreviveram; ou só um d'elles, se o outro tiver fallecido; e na falta de ambos, os herdeiros de qualquer d'elles. E o Delegado deve negar a auctorisacão quando verifique que não foram observadas as formalidades que enunciamos (art. 203.º), ou quando houver duvida fundada de falsidade ou simulação.

Cumpre considerar o caso de não apparecer herdeiro successivel; o legislador assim o fez, porque o Estado pode ter interesse na ratificação do casamento, na sua qualidade de herdeiro successivel (art. 9.º de decreto de

31 de outubro de 1910), preceituando no art. 204.º do codigo de registro civil que, o Delegado, dentro de novo prazo de trinta dias, promoverá a ratificação do casamento, sollicitando officiosamente a auctorisacão, neste caso especial, dado pelo Juiz de Direito. O consentimento prestado para o casamento feito em estado de necessidade nunca pode ser retirado (art. 206.º).

Se algum dos nubentes fallecer antes da ratificação do casamento, considerar-se-ha este como realisado com absoluta separação de bens, na falta de escriptura antenupcial, sem prejuizo das regras legais relativas ao alimento e apanagios do cônjuge vivo (art. 207.º do codigo de registro civil).

Os casamentos *in articulo mortis*, ou *in imminencia de parto* podem ser celebrados em campanha, em viagens por mar, em lazareto ou noutros estabelecimentos analogos.

São competentes para realizar os casamentos em campanha os individuos para isso especialmente designados pelos regulamentos militares, em viagens por mar, os commissarios de marinha ou os escriptaes de bordo nos navios de Estado portuguezes, e os capitães mestres ou patrões, nas embarcações particulares portuguezas, e nos lazaretos e outros estabelecimentos analogos, os chefes d'esses estabelecimentos, podendo estes individuos dispensar quaesquer formalidades, e até o casamento se pode realizar sem a proclamação a que se refere o art. 204.º n.º 1.º O prazo para a ratificação e conversão do registro provisório em definitivo conta-se somente desde o termo da campanha, da viagem ou da incomunicabilidade (art. 206.º).

O boletim de registo

Sua necessidade para a celebração do casamento religioso.

Os registos do estado civil não são publicos, mas o seu conteúdo pode provar-se, no todo ou em parte, por meio de certidões de teor, de narrativa ou ainda por meio de boletins.

Realizado o casamento, o funcionario celebrante deve entregar ao contratante marido um boletim, passado gratuitamente, em papel branco e sem sello, contendo o resumo do acto do casamento, e fôrará nota do facto do casamento ao lado dos registos de nascimento dos dois conjuges, ou enviará os competentes boletins para a repartição ou repartições respectivas (art. 223.º do código do registo civil). Estes boletins podiam ser passados por qualquer empregado, mas não sempre consignados pelo funcionario do registo civil e até os poderão passar ulteriormente á celebração do casamento, quando sejam pedidos, mediante o respectivo emolumento e em papel selado, salvo o caso de indigência (art. 314.º e 310.º do citado código).

A importancia d'este boletim resulta do facto do legislador não permitir que se celebre algum casamento religioso, sem que os nubentes apresentem esse mesmo boletim, como prova da realisação do casamento civil. São dispensados da apresentação d'este boletim os individuos que realizem o casamento *in articulo mortis*, ou na iminencia de partô. Esta exigencia do boletim é extensiva

não só aos portuguezes originarios, ou naturalizados, mas tambem aos portuguezes que se naturalisem estrangeiros (art. 312.º do referido código).

Attribuindo o legislador effeitos juridicos apenas ao casamento civil, parece que lhe devia ser indifferente que a cerimonia religiosa fosse anterior ou posterior ao casamento civil.

Estabelece a lei penalidades não só para o caso da não apresentação do boletim, o que constitue presumpção da não celebração do casamento civil mas tambem para o caso de se verificar que o casamento civil se não realizou.

Assim determina, no art. 313.º, que quem cooperar conscientemente na realisação d'um acto de matrimonio religioso, em que seja parte principal um cidadão portuguez, nacional ou nacionalizado, ou ainda um portuguez naturalizado estrangeiro, sem que seja apresentada a certidão ou boletim comprovativo de se haver effectuado previamente o competente registo civil, incorrerá na perda de todas as vantagens materiaes que estiver recebendo, ou puder vir a receber do Estado, e além d'isso na multa de 10\$000 a 100\$000 reis, que será applicada em processo criminal e revertirá para a obra de assistencia aos menores. No caso de reincidencia, a multa poderá elevar-se ao dobro e com ella se accumulará a pena de demissão de quaesquer funções publicas do Estado (art. 314.º).

Quando se verifique que não tem lugar a celebração do casamento civil, estabelece penas mais graves, determinando, no art. 315.º, que além das penas comminadas no art. 313.º accrescerá para o celebrante do acto religioso e para os interessados responsaveis a pena corporal de prisão correccional de 1 até 2 annos, logo pela primeira infracção.

Do casamento de portugueses no estrangeiro ou de estrangeiros em Portugal

Pelo que respeita ao casamento de portugueses em país estrangeiro, e do estrangeiro em Portugal, limitar-nos-hemos a pequenas observações, pois que este assumpto respeita á cadeira de Direito Internacional Privado.

Quanto ao casamento de portugueses no estrangeiro temos de considerar duas hypoteses, reguladas por disposições diferentes :

- 1.º — Só um dos contraentes é português.
- 2.º — Ambos os contraentes são portugueses.

No 1.º caso, o casamento poderá ser feito pela forma usada no país onde fôr celebrado (art. 58.º § 1.º do decreto de 1910).

No 2.º caso, os contraentes poderão casar pela forma da lei nacional, perante o agente diplomatico ou consular de Portugal, ou pela forma que legalmente fôr exigida no país onde fôr celebrado, se não contrariar os principios de direito publico portuguez (cit. art. § 2.º).

Desde que os portuguezes celebrem o casamento em país estrangeiro perante os agentes diplomaticos ou consulares portuguezes, pela forma estabelecida na lei nacional, observar-se-hão todos os requisitos exigidos pela lei portugueza que pelo que respeita as condições em que pode validamente ser celebrado o casamento, quer ás formalidades dessa celebração.

O agente diplomatico ou consular devolvera o conhecimento dos impedimentos que porventura surjam perante elle ao official do registo civil da naturalidade do nubente, não podendo effectuar-se o casamento enquanto esses impedimentos não estiverem sovidos (art. 59.º).

Estes casamentos de portuguezes, celebrados perante os agentes diplomaticos ou consulares portuguezes devem ser registados em Portugal, dentro de diez mezes depois de celebrados ou dentro de trinta dias contados pelo regresso de ambos ou, pelo menos, de um dos conjuges ao país, sob pena de não produzirem effeitos alguns em Portugal (art. 60.º do citado decreto e 242.º do codigo de registo civil). Portanto quando um casamento realisado no estrangeiro não seja devidamente registado em Portugal, esse casamento é insanavelmente nullo, pois ha falta da observancia de uma formalidade.

No caso do casamento ser realisado perante autoridades estrangeiras, estas devem ser idoneas e o casamento necessita tambem de ser registado em Portugal.

E' até, em relação a este caso, que o legislador expressamente determina que a falta desse registo envolve a nulidade absoluta, não podendo portanto o casamento produzir effeitos alguns em Portugal (art. 241.º do codigo de registo civil).

Embora não haja essa declaração expressa para os casamentos realzados perante os agentes consulares ou diplomaticos portuguezes, não se pode deixar de applicar a mesma doutrina porque, exigindo o art. 60.º que esses casamentos sejam registados em Portugal, haveria não so um dever sem sancção, mas tambem não se cumpriram as formalidades legais, que, por força do art. 3.º do citado decreto tornavam esse casamento insanavelmente nullo.

Permittidos os casamentos de estrangeiros em Portugal, que formalidades se deverão observar ? Esses casamentos serão realisados pela forma estabelecida na lei civil portugueza, subsistindo, assim, para elles os mesmos impe-

dimentos e observando-se as mesmas formalidades em paridade com os nacionaes (art. 62.º do decreto).

Como resulta d'este artigo o principio geral é a applicação da lei territorial, applicar-se-ha, porem, o estatuto pessoal aos estrangeiros pertencentes a qualquer dos paizes para os quaes já entrou ou vier a entrar em vigor a Convenção Internacional de Haya, de 12 de junho de 1902, destinada a regular os conflictos de leis em materia de casamento, comtanto que os nubentes provem que se encontram de harmonia com as leis nacionaes de cada um d'elles *quanto á capacidade para o acto*. Essa prova faz-se mediante certificados dos agentes diplomaticos ou consulares das nacionalidades dos nubentes, ou mediante justificação avulsa perante o juiz de direito da respectiva circumscripção. Se só um dos nubentes for estrangeiro, a justificação será necessaria em relação a elle (art. 245.º do codigo do registo civil).

Resulta pois d'este artigo que os individuos pertencentes aos paizes signatarios da Convenção Internacional de Haya se teem de conformar com essa Convenção quanto á capacidade, que é, afinal, a estabelecida na lei nacional.

Direitos e obrigações geraes dos conjuges

O principio do art. 39.º do Decreto de 1910.

Restricções que lhe são feitas nos artigos subsequentes.

Quanto aos direitos e obrigações geraes dos conjuges teremos de considerar em primeiro logar a doutrina sancionada no art. 38.º do decreto de 1910.

Neste artigo, que como vimos, deve ser lido pelo funcionario do registo civil aos nubentes no momento da celebração do casamento, declara-se que os conjuges teem obrigação:

- 1.º — de guardar mutuamente fidelidade conjugal.
- 2.º — de viver juntos.
- 3.º — de soccorrer-se e ajudar-se reciprocamente.

Para manter a unidade na sociedade conjugal o codigo civil attribua ao marido o poder de chefe, dava-lhe um complexo de direitos e encargos que formavam o poder marital, determinando que a elle incumbia a obrigação de proteger e defender a pessoa e os bens da mulher, e, a esta, a de prestar obediencia ao marido (art. 1185.º).

Assim collocava-se, pelo menos aparentemente, a mulher numa condição de dependencia em relação ao

marido, esta situação de dependencia, e o emprego da palavra obediencia, no já citado art 1185.º, originaram vivos ataques e censuras aos moldes em que se vasava a sociedade familiar

O legislador de 1910, quiz romper com estes principios basilares da orgamsação do aggregado familiar dando satisfação a essas reclamações Assim, estabeleceu no art. 39.º o principio de que a sociedade conjugal se baseia na liberdade e na igualdade

Estes principios, porem, não tem effectivação real porque o legislador, como que receoso da situação de egualdade attribuida a mulher, e passando do campo das affirmações theoreticas para o campo da realidade pratica, determinou no proprio art. 39.º, parte final, que ao marido *incumbia especialmente, a obrigação de defender a pessoa e os bens da mulher e dos filhos e a mulher, principalmente, o governo domestico e uma assistencia moral tendente a fortalecer e a aperfeçoar a unidade familiar.*

Coherente com os principios em que assentara a orgamsação familiar, o codigo civil impunha a mulher a obrigação de acompanhar o marido excepto para paiz estrangeiro (art 1186.º), o legislador de 1910, mantendo repugnancia por esta obrigação determina, no art. 40.º, que a mulher deve adoptar a residencia do marido, excepto se este quizer mudar-se para as colonias ou para o estrangeiro, sem accôrdo d'ella, pois neste caso, decidirá o juiz, depois de ouvidos os conjugues, na presença de dois homens bons E' para notar esta maneira de dizer do art. 40.º; enquanto que no codigo civil se determinava que a mulher tinha *obrigação* de acompanhar o marido, no citado decreto (art. 40.º) o legislador substituiu esta expressão por est'outra: a mulher *deve* adoptar a residencia do marido.

Ora em direito a palavra *deve* é equivalente á expressão *tem obrigação de*, envolvem, ambas o mesmo conceito, tem o mesmo significado: uma obrigação juridica.

Mas poderemos nós considerar como uma obrigação rigorosamente juridica este dever imposto á mulher de adoptar a residencia do marido? Não, porque, a respondermos affirmativamente, deveria o marido ter meios de obrigar a mulher a acompanhá-lo, no caso de esta, a isso se recusar Dest'arte o legislador, expressamente determina no art 41.º, que em nenhuma circumstancia poderá o marido requerer que lhe seja judicialmente entregue a mulher, havendo assim um dever destituido de sancção; pelo contrario, podera a mulher requerer que o marido a receba em casa, quando a tenha abandonado, seguindo se o disposto nos §§ 1.º e 2.º do art. 665.º e no art. 666.º e § unico do codigo do processo civil que, como é obvio, estabelecem as formalidades a seguir nessa acção.

A verdade é que o legislador com a preocupação de libertar a mulher, egualando-a juridicamente ao marido, veiu, afinal, estabelecer uma desigualdade, concedendo a mulher uma acção que nega ao marido, o qual, como vimos, não tem meios de judicialmente a obrigar a viver comsigo quando ella abandone o domicilio conjugal.

Pela obrigação de viverem juntos deve a mulher adoptar a residencia do marido, excepto se este quizer mudar-se, sem accôrdo d'ella, para as colonias ou para paiz estrangeiro, equivalendo isto a uma expatriação forçada, a que só pode condemna-la uma sentença judicial e não o arbitrio ou capricho do marido.

Pelo projecto primitivo do codigo — diz o sabio commentador Dr. Dias Ferreira (1) — nem para fora do reimo, nem para logar em que pudesse correi manifesto perigo de vida, a mulher tinha obrigação de seguir o marido.

A comissão revisora, sob proposta de Alexandre Herculano, modificou a disposição do projecto, dispensando

(1) *Codigo Civil Anotado*, 2.ª edição, pag 416 e 417

apenas a mulher de seguir o marido para fora do reino, ou para as ilhas adjacentes, ou para fora das provincias ultramarinas, quando os conjuges alli residissem, e assim appareceu o artigo nas edições de 1863 e de 1864.

Era menos acceptavel que a do projecto esta doutrina, mas em todo o caso não obrigava a mulher a acompanhar o marido para as provincias ultramarinas. Porém, na ultima revisão, propriamente de redacção, ficou a mulher obrigada a acompanhar o marido para as ilhas adjacentes e ate para as provincias ultramarinas.

No entanto, apesar da falta de sancção para o dever que a propria lei impõe a mulher de viver com o marido, encontramos superioridade no decreto em relação ao codigo civil, porque emquanto que neste se obrigava a mulher a acompanhar o marido, *excepto para paiz estrangeiro*, naquella declara-se que ella não é obrigada tambem a acompanhá-lo *para as colomas*.

Confronto entre o regimen do codigo civil e do decreto de 1910.

A auctorisação marital, seu supprimento e revogação.

O legislador como dissemos, permitia sómente á mulher o recurso aos tribunaes para que o marido a receba em casa, o marido não pode oppor-se a essa acção, a não ser que tenha sido decretada a separação ou proferido o divorcio, pois nestes casos o juiz deve indeferir o requerimento da mulher.

Em harmonia com o principio da subordinação da mulher ao marido, o codigo civil estabelecia no art 1188.º que a mulher gosava de todas as honras do marido que

não fossem meramente inherentes ao cargo que elle exercia, prohibia no art. 1187.º a mulher auctora de publicar os seus escriptos sem o consentimento do marido, e logicamente, impedia-a de se obrigar ou estar em juizo sem auctorisação do marido (art. 1192.º e 1193.º), com as excepções no mesmo codigo indicadas.

No decreto de 1910 a situação da mulher modificou-se sensivelmente, pois permite-se á mulher auctora publicar os seus escriptos sem o consentimento do marido (art. 42.º), e estar em juizo sem outorga do marido nos mesmos casos e termos em que este o pode fazer sem outorga da mulher (art. 44.º). Esses casos são os de posse e propriedade de bens imobiliarios.

O art. 43.º e a reprodução aproximada do art. 1188.º do codigo civil, devendo salientar-se a faculdade pelo art. 43.º concedida á mulher de usar do nome do marido.

E' de observar, porem, que ainda hoje, em face da nova legislação familiar, a mulher precisa da auctorisação do marido para validamente poder obrigar-se, visto no decreto de 1910 não haver disposição que revogue o art. 1193.º do codigo civil, tanto mais que o legislador não adoptou nesse decreto a formula consagrada — fica revogada a legislação em contrario — mas indicou expressamente no art. 72.º os artigos do codigo civil que ficavam substituidos e revogados, não se referindo ao art. 1193.º.

Cumpré determinar a situação da mulher quando a auctorisação para ella se obrigar seja injustamente recusada pelo marido. Verificaremos se ella fica privada de contrahir a obrigação, ou se pode usar de quaesquer meios para supprir o consentimento do marido. Nesse caso applica-se o § unico do art. 1193.º do codigo civil, que concede a mulher, no caso de o marido indevidamente recusar a auctorisação, o requerer supprimento ao juiz de direito, o qual, ouvida o marido, a concedera ou negara como parecer de justiça.

Os artt. 1194.º, 1195.º e 1196.º determinam a forma como a auctorisação deve ser prestada.

D'este modo, o art. 1194.º não permite a auctorisação generica devendo, pelo contrario, ser especial para cada um dos actos que a mulher pretenda praticar, excepto sendo para commerciar pois neste caso o legislador, attendendo ás necessidades mercantis, admite a auctorisação geral.

As formalidades a observar para essa auctorisação são differentes conforme o acto que se pretende realisar.

Assim a auctorisação para commerciar, para hypothecar ou alienar bens immoveis, ou para propor acções em juizo, só pode ser outhorgada por escripto authentico ou authenticado (art. 1196.º).

Quando se trate de auctorisação especial para outro qualquer acto que a mulher queira realisar, essa auctorisação pode ser dada *expressamente* — de palavras, ou por escripto — ou *tacitamente*, isto é por factos de que ella necessariamente se deduza (art. 1195.º). Este artigo refere-se apenas a auctorisação para um certo e determinado acto, apesar da forma como esta redigido, parecendo á simples leitura, que é geral e o que resulta do art. 1196.º, onde se determina a forma como deve ser prestado o consentimento para a mulher commerciar, para hypothecar ou alienar immoveis e para propor acções em juizo.

Esta materia tem dado logar a duvidas que respeitam sobretudo a determinação dos casos em que o supprimento pode ter logar, isto é, se pode supprir-se a auctorisação especial para um certo e determinado acto e a auctorisação geral para o commercio.

Dias Ferreira entende que só a primeira pode ser supprida, não o podendo ser a recusa de auctorisação para a mulher exercer commercio, porque nem no código commercial nem no código civil ha texto que o permita, e seria necessario texto especial de lei para conceder a mulher, contra a vontade formal do marido, um direito

que envolveria em responsabilidade os bens *communis* mobiliarios e os proprios da mulher, e prejudicaria assim o marido, a quem pertence a administração de todos os bens da mulher, e quinhão nos bens *communis*.

Baseia-se ainda Dias Ferreira em que o art. 1193.º e seu § so comprehendem a hypothese da auctorisação especial para um certo e determinado acto, e não a auctorisação geral para commerciar. Discordamos, porém, da opinião do abalizado comentador porque, em nosso entender, tanto pode ser supprida judicialmente a auctorisação para um determinado acto, como a auctorisação geral para commerciar.

Com effeito, a opinião de Dias Ferreira envolve uma petição de principio, pois o que se afirma é precisamente o que se pretende demonstrar. Alem disso o art. 1193.º estabelece uma regra geral relativa á incapacidade da mulher casada, como se deprehende da epigrafe da secção em que este artigo esta comprehendido. Dos direitos e obrigações *geraes* dos conjuges. O § do art. 1193.º completa-o, determinando que a auctorisação marital pode ser supprida. Sendo geral o corpo do artigo, geral deve ser o seu paragrapho.

Não tem maior força o argumento de que nos artigos 1194.º e 1196.º se fala da auctorisação para commerciar, e não se diz que essa auctorisação pode ser supprida. E nem tinham esses artigos de o dizer, pois o preceito geral já estava formulado no art. 1193.º e seu §

Nestes artigos apenas se determina a forma como deve ser prestado o consentimento do marido

Nem se diga que so se justifica e comprehende a possibilidade de supprir o consentimento para certo acto, argumentando-se com o facto de só em relação a um acto determinado, ser possível prever as consequencias que d'elle derivam, pois que, quando isto fosse exacto, o argumento so teria valor *de jure constituendo* e não de *jure constituto*.

Diz-se ainda que, se não são factos de prever as consequências resultantes da pratica de um determinado acto de commercio, tambem não o são as relativas ao exercicio profissional actividade mercantil; neste ultimo caso seria de presumir o arbitrio do tribunal, visto que o marido é o unico competente para conhecer da capacidade e aptidão da mulher para commerciar.

O § unico do art. 1193.º manda, porem, que o juiz a quem fôr pedido o supprimento da auctorisação, ouça o marido, podendo assim determinar-se se as rasões da recusa são ou não justas, e mesmo se a lei não desse recurso algum á mulher casada, no caso de uma injusta recusa de auctorisação para commerciar, tornar-se-hia verdadeiramente gravoso e despótico o poder marital.

Deduzem ainda dos art. 484.º a 486.º do codigo de processo civil que só pode supprir-se a auctorização para um determinado acto e não a auctorisação para commerciar, porque o art. 484.º refere-se ao consentimento para certo acto, podendo até certo modo considerar-se esses artigos como interpretação authentica das disposições citadas do codigo civil

Estes artigos, porém, não excluem a auctorisação geral para o exercicio do commercio. O facto de se referir apenas ao supprimento para certo acto só nos pode levar á conclusão, em virtude do principio de que os processos especiaes não podem empregar-se nos casos em que a lei os não admite, de que o supprimento da auctorisação para o exercicio do commercio tem da segur-os-ter-mos do processo ordinario.

Portanto em nossa opinião, o supprimento e estabelecido tanto para certos e determinados actos que a mulher queira praticar, como para o exercicio do commercio.

O legislador não podia deixar de attribuir ao marido, desde que elle verifique que as suas previsões eram erradas, a faculdade de revogar a auctorisação concedida á mulher. Assim, determinou que o marido pode revogar

a auctorisação, em quanto o acto para que foi concedida não está começado; mas, se este tiver tido começo de execução, só a poderá revogar reparando qualquer prejuizo de terceiro que resulte da revogação (art. 1197.º).

Relativamente a este artigo, ainda elle se refere expressamente ao consentimento para um certo acto, e nunca d'ahi ninguem pretendeu deduzir a doutrina extravagante que só podia revogar-se o consentimento para um determinado acto, pois isso levaria á conclusão absurda de que era irrevogavel a auctorisação para commerciar.

Cumpre-nos agora determinar as consequências que derivam dos actos praticados pela mulher sem auctorisação do marido.

As obrigações assim contrahidas pela mulher não são inexistentes: apenas dão logar a uma nullidade relativa, que só pode ser pedida pela pessoa a favor de quem e estabelecida e dentro de certos prazos e, não o sendo, fica sanada essa nullidade.

D'este modo preceitua o art. 1200.º que a nullidade, procedida da falta de auctorisação, só pode ser allegada pelo marido, ou por seus herdeiros e representantes, e fica sanada:

- 1.º — pela confirmação do marido, posteriormente ao acto realisado pela mulher sem a necessaria auctorisação, e essa confirmação só pode dar-se não se achando proposta em juizo, por terceiro, acção nenhuma a este respeito.
- 2.º — se não fôr arguida dentro do prazo de 1 anno, contado desde a dissolução do matrimonio.
- 3.º — se o acto houver prescripto conforme as regras geraes (art. 1201.º).

A administração dos bens do casal.

Ainda hoje vigora a este respeito o código civil que, pelo art. 1189.º (que o decreto de 1910 não revogou), dá a administração de todos os bens do casal ao marido, o qual nunca pode ser privado d'ella, nem mesmo por escriptura ante nupcial. A mulher só tem a administração dos bens do casal, nos precisos termos do referido art. 1189.º, na falta ou impedimento do marido. Entretanto, ainda neste caso se revela a capacidade limitada da mulher, pois, quando ella seja administradora, não pode alienar bens immobiliarios sem auctorisação do conselho de familia, com audiencia do Ministerio Publico, e, quando o valor d'esses bens seja superior a cem mil reis, exige o código para a alienação formalidades especiaes, que são as estabelecidas nos arts 268.º e seguintes (art. 1189.º).

Bem diversa é a situação do marido como administrador dos bens do casal. As restricções a heridade do marido são de duas especies, umas respeitantes a alienação de bens immobiliarios e as acções sobre propriedade ou posse de bens immobiliarios, e outras aos filhos, de que nos occuparemos.

Com effeito, nos termos do art. 1191.º, não e heito ao marido alienar bens immobiliarios ou estar em juizo por causa de questões de propriedade ou posse de bens immobiliarios, sem outhorga da mulher, a qual pode ser supprida judicialmente quando a mulher injustamente a denegue ou quando esteja impossibilitada para a dar.

Quando o conjuge varão, sem outhorga da mulher, pratica actos para que a lei exige essa outhorga, esses actos não se consideram inexistentes, apenas dão logar a uma nullidade relativa.

Cumprê considerar a hypothese do marido alienar, sem

auctorisação da mulher; bens proprios, e a de, tambem sem essa auctorisação, alienar bens communs. No primeiro caso, a nullidade só pode ser declarada a pedido da mulher ou de seus herdeiros, desde que nisso tenham interesse, isto e, desde que o marido se ache constituido em responsabilidade para com a mulher ou para com os herdeiros d'ella e não tenha outros bens pelos quaes cumpre a obrigação (§ 2.º do art. 1191.º). Na segunda hypothese, isto é, se o marido alienou bens communs, a annullação pode ser pedida pela mulher, ou seus herdeiros, ou pelos herdeiros legitimarios, do marido, e em qualquer caso (art. 1191.º § 3.º)

Embora os paragraphos d'este artigo apenas se refiram ás alienações dos bens proprios e communs, devem applicar-se os preceitos referidos quando o marido, sem outhorga da mulher, onera bens immobiliarios, pois na expressão — *alienação* — comprehendem-se os actos pelos quaes se obrigam os bens, como seja a constituição d'uma hypotheca, para a qual é necessaria a outhorga da mulher. E' esta a interpretação que tem sido dada ao art. 1191.º.

Da prova do casamento

O principio geral para a prova do casamento acha-se sancionado no art. 45.º do decreto, segundo o qual o acto do casamento se prova por certidão extrahida do respectivo registo, excepto se se demonstrar a perda d'este, porque nesse caso é admissivel qualquer outra especie de prova. Mas, como antes do decreto havia o casamento parochial, e não parochial, determina o art. 46.º que os casamentos contrahidos antes da vigencia do codigo do registo civil, podem provar-se por certidão extrahida dos livros do registo civil e parochial onde foram lavrados os assentos, e que, semelhantemente aos casamentos celebrados depois da obrigatoriedade do registo civil, na falta do respectivo registo, e admissivel qualquer meio de prova.

Quanto ás pessoas fallecidas na posse do estado de casadas, preceitua o art. 47.º que ninguem pode contestar o casamento d'essas pessoas, em prejuizo dos seus filhos, a não ser que prove, por certidão extrahida do registo civil ou do parochial, que alguma d'ellas era casada com outra pessoa. Declarando o referido artigo não poder contestar-se o casamento de pessoas fallecidas, na posse d'esse estado, *em prejuizo dos filhos*, parece licito deduzir-se que a contestação pode ter logar desde que essas pessoas não tenham filhos, deixando assim o legislador entrever a ideia de que o art. 47.º se inspira na protecção aos legitimos interesses dos filhos; logo, desde que não haja interesses dos filhos a salvaguardar, cessando a razão que determinou o preceito legal, deve cessar o principio que inibe a contestação do casamento de pessoas falecidas na posse estado.

Devemos referir ainda a disposição do art. 48.º do decreto, onde o legislador prevê a hypothese, difficil de se realisar, de, sendo contestada a existencia do casamento, serem contraditorias e equivalentes as provas exhibidas de parte a parte, neste caso determina que a duvida seja resolvida em favor do mesmo casamento, se os conjuges contestados tiverem vivido ou viverem na posse d'esse estado.

Quando o acto do casamento deixar de ser inscripto no respectivo livro do registo, por culpa ou fraude do funcionario respectivo, os conjuges podem provar o casamento pelos meios subsidiarios admitidos para supprir a falta do registo dos actos do estado civil (art. 49.º do decreto). Se, porém, a prova da celebração legal do casamento resultar d'um processo judicial, a inscripção do julgado no respectivo registo produzira, quer a respeito dos conjuges, quer dos filhos, todos os effeitos civis desde a data da celebração do casamento, isto é, os effeitos do julgado retrotrahem-se até ao momento da celebração do casamento (art. 50.º)

Resta nos verificar como deve fazer-se a prova do casamento de portuguezes em paiz estrangeiro.

Como vimos anteriormente, temos de considerar o caso de um só dos contrahentes ser portuguez, ou de serem ambos portuguezes, applicando se respectivamente os §§ 1.º e 2.º do art. 58.º.

Se o casamento fór celebrado no estrangeiro, quer perante os agentes diplomaticos e consulares de Portugal, quer perante as competentes autoridades estrangeiras, devem ser os respectivos assentos transcriptos em Portugal, por força do disposto no art. 60.º do decreto e no art. 242.º do codigo do registo civil.

Em virtude do preceituado no art. 61.º do decreto, parece á primeira vista que, podendo provar-se os casamentos feitos em paiz estrangeiro por qualquer dos meios legaes admitidos nesse paiz, essa prova é inadmissivel

(pela referência que esse artigo faz a todo o § 2.º do art. 58.º), não só quando o casamento seja feito perante as autoridades portuguezas, como também quando os dois contrahentes sejam portuguezes e casem perante a competente autoridade estrangeira, pois nestes casos a prova seria feita pela certidão do registo em Portugal, exigido pelo art. 60.º Mas, uma analyse cuidada do art. 61.º, convence-nos facilmente da falsidade d'esta asserção.

Com effeito, a excepção que o art. 61.º estabelece ao principio geral de que os casamentos realizados no estrangeiro podem provar-se pelos meios legaes admitidos nesse paiz, manifestamente só abrange a primeira hypothese do § 2.º do art. 58.º (de ambos os contrahentes serem portuguezes e casarem perante os agentes diplomaticos ou consulares portuguezes), o que se deprehende da referencia que o mesmo art. 61.º faz aos arts. 59.º e 60.º, que, como nelles vem expresso, só regulam o casamento feito no estrangeiro *perante autoridades portuguezas*.

Parece portanto, em face do decreto de 1910, com a interpretação que, no nosso modo de ver, se deve dar ao art. 61.º, que ao casamento feito perante as autoridades estrangeiras se applica o principio geral sancionado na primeira parte do art. 61.º a prova faz-se pelos meios legaes admitidos no paiz em que o casamento foi celebrado.

Esta doutrina, deve porem, considerar-se excluida pela redacção do art. 242.º do codigo de registo civil, onde se preceitua que, se os registos de casamentos de portuguezes, celebrados no estrangeiro perante autoridades estrangeiras, não forem transcriptos em Portugal dentro dos prazos assignados no mesmo artigo, taes registos não produzem effeitos alguns em Portugal. Ora o preceito do art. 242.º do codigo do registo civil, como especial que é, ha-de prevalecer sobre o principio geral sancionado na primeira parte do art. 61.º do decreto, o qual só se applica ao casamento em que só um dos contrahentes seja

portuguez, feito pela forma usada no paiz estrangeiro onde foi celebrado.

E' esta a forma de conciliar o decreto de 1910 com as disposições posteriores doCodigo de Registo Civil.

Portanto, a prova do casamento em que só um dos conjugues seja portuguez, e feito pela forma estabelecida no paiz onde esse casamento se realizou, faz-se pelos meios legaes admitidos nesse paiz. O casamento de dois portuguezes, que seja feito perante os agentes diplomaticos ou consulares portuguezes, por força da excepção do art. 61.º prova-se pela certidão do registo transcripto em Portugal. Quando o casamento de dois portuguezes seja feito perante a competente autoridade estrangeira, a prova faz-se também em virtude do art. 242.º doCodigo de Registo Civil, pela certidão do registo transcripto em Portugal.

Annulação do casamento.

Effeitos da annulação do casamento nullo e do annullavel.

Na determinação dos effeitos que derivam da annulação do casamento, quer elle seja inexistente, quer simplesmente annullavel, cumpre distinguir o caso de os conjugues estarem de boa ou de má fé, isto é, se ambos os conjugues ou qualquer d'elles tinham conhecimento da nulidade absoluta ou relativa (1).

Se bem que, em rigor, o casamento que não se realise de harmonia com a lei, não deve produzir effeito al-

(1) A boa fé consiste na ignorancia do vicio que determinava a inexistencia ou a annullabilidade do casamento

gum, o legislador, por circunstancias especiaes, attribuiu alguns effectos tanto ao casamento nullo como ao simplesmente annullavel. E' assim que sancionou no art. 30.º do Decreto o principio de que, quando o casamento tiver sido contrahido de boa fe, embora seja nulo ou annullavel, produza os seus effectos civis em relação aos conjuges, e que, se um so d'estes estiver de boa fe, o casamento só produzirá effecto em relação a elle. Mas, quer o casamento nulo ou annullavel tenha sido contrahido de boa, quer de má fé, os filhos d'esse casamento são sempre considerados como legitimos, ainda que havidos antes do matrimonio (art. 34.º), excepto os filhos de parentes por consanguinidade ou affindade na linha recta, e os filhos de irmãos germanos, uternos ou consanguineos, isto é, os incestuosos, pois que estes, como preceitua o § unico do mesmo art. 31.º, só tem o direito de exigir de seus paes os alimentos necessarios nos termos do art. 52.º do decreto n.º 2 de 25 de dezembro de 1910, sendo em tudo o mais havidos por inteiramente estranhos aos paes e a familia d'estes.

Segundo o codigo civil o casamento, quando fosse annullado, considerava-se como dissolvido. era o que dispunha o art. 1095.º. E' diverso, porem, o alcance da annullação ao decreto de 1910, o que, quando mais não seja, resulta do facto de o legislador ter revogado expressamente pelo ultimo artigo do decreto o citado art. 1095.º do codigo civil.

No regimen do decreto de 1910 a annullação considera-se como inexistencia, o casamento nulo e o annullavel consideram-se como nunca tendo existido. e o que resulta do decreto, onde o legislador de certo modo vem equiparar a annullação do casamento a sua dissolução por divorcio (art. 32.º) e a dissolução por morte no art. 69.º, que e a reproducção do art. 1095.º do codigo civil. Este principio, porém, soffre restricções.

O casamento considera-se, e certo, como não tendo sido realisado, mas o legislador attribuiu certos effectos a

situação de facto, attendendo principalmente á boa fé dos conjuges e aos interesses dos filhos (art. 30.º e 31.º, já citados).

Annulado o casamento, cada um dos conjuges recolhe os bens com que entrou para o casal, ficando sem effecto, as doações ou deixa estipuladas no contracto ante-nupcial, como determina o art. 1168.º do codigo civil, que resalva entretanto a disposição, já revogada, do art. 1091.º. Não obstante essa revogação, a referencia do art. 1168.º ao art. 1091.º não pode deixar de considerar-se como subsistente, visto esse art. 1168.º não estar revogado, e doutrina identica a do art. 1091.º ter sido estabelecida pelo Decreto de 1910, nos artt. 30.º e 31.º.

Para que haja a boa fe, a qual, segundo os principios geraes de direito, deve presumir-se em ambos os conjuges, é necessario que o erro de facto ou de direito exista no momento da celebração do casamento, pois se o vicio fosse conhecido antes, evidentemente que não haveria boa fé. E' certo que, a ninguem aproveitando a ignorancia da lei, parece que, havendo erro de direito, não devia haver boa fe. Mas a verdade é que os conjuges podiam estar convencidos de que não existia um determinado impedimento que na realidade a lei taxativamente enumerava. E, nestas condições, temos de considerar tal casamento como realisado de boa fé: assim devemos considerar como contrahido de boa fé um casamento de parentes no terceiro grau da linha collateral sem a obtenção da necessaria dispensa, que os conjuges ignoravam ser exigida pela lei; de boa fé consideraremos tambem que casa uma pessoa em segundas nupcias, por julgar que o seu primeiro consorte tinha morrido.

Estando ambos os conjuges de má fé, isto é, terem conhecimento do vicio e celebrarem o casamento, este não produz effectos civis entre elles, mas produ-los em relação aos filhos, como resulta do art. 34.º do decreto, que considera legitimos os filhos de casamento nulo ou annullavel,

ainda que esses filhos fossem havidos antes do casamento, e ainda que este não fosse contrahido de boa fé. Idêntica doutrina está sancionada no art 69 ° do código civil hespanhol e era estabelecida pelo código civil no art 1091.º.

As disposições referidas baseiam-se na protecção devida ao conjugue que está de boa fé, pela attribuição de effeitos civis ao casamento em relação a esse cônjuge, (art 30 °), e também na protecção aos filhos que, em qualquer hypothese, se consideram como legítimos

Com effeito attribuindo-se esta qualidade no art 31.º aos filhos nascidos de matrimonio nullo ou anulavel, quando ambos ou qualquer dos conjuges o contrahissem de má fé, por maioria de razão consideramos os filhos como legítimos, quando o casamento seja celebrado de boa-fé.

Quando um dos conjuges estiver de má fé, não pode reclamar os direitos que derivam do casamento, mas parece que se lhe deve attribuir a qualidade de herdeiro necessario dos filhos, pois estes são considerados pelo art. 31 ° como legítimos. Já na vigencia do código civil a doutrina se fixara nesta mesma interpretação, não obstante a opinião contraria de Dias Ferreira

Aproveitando pois, o casamento aos filhos, ipso facto aproveita aos paes.

Estando só um dos conjuges de boa fé, pelo que respeita as vantagens patrimoniaes, estabelece logicamente o decreto. no art 33.º, que o casamento, quando fôr declarado nullo por culpa de um dos conjuges (1), este perderá todas as vantagens havidas do outro e ficará, não obstante, obrigado a cumprir as promessas que lhe houver feito no respectivo contracto ante-nupcial.

(1) A expressão por culpa refere-se ao conjugue que está de má-fé

E' certamente ás doações e deixas a favor do outro conjugue que este artigo se refere, pois como veremos, podem fazer-se essas doações ou deixas nas convenções ante-nupciaes

No código civil (art. 1168 °) determina-se que as doações ou deixas estipuladas no contracto ante-nupcial ficam sem effeito, não se verificando o matrimonio ou sendo annullado salvo o caso do casamento ter sido contrahido em boa fé por ambos os conjuges

Emquanto que, como acabamos de vêr, no código civil essas doações ou deixas só eram validas no caso de o casamento ter sido contrahido de boa fé por ambos os conjuges, pelo decreto também ellas terão de ser cumpridas estando ambos de boa fé, e ainda estando só um dos conjuges de boa fé. Neste ultimo caso, porém, só é obrigado ao cumprimento do estipulado na convenção ante-nupcial, aquelle conjugue *por culpa do qual foi annullado o casamento, isto é, o que estava de má fé.*

E' de notar que alguns juriconsultos, dentre os quaes destacamos Clovis Bevilacqua, pretendem dar um alcance demasiadamente amplo ao art. 79.º da lei brazileira (correspondente ao art 33.º do decreto de 25 de dezembro de 1910). Assim Bevilacqua opina que na falta de convenção ante-nupcial, e annullando-se o casamento, o conjugue innocente tem o direito de fazer prevalecer a communhão pelo que respeita a partilhas, isto é tem direito á meação independentemente do contracto ante-nupcial, baseando-se em que o intuito do legislador foi proteger a boa fé do conjugue innocente e estabelecer uma penalidade ao conjugue que estava de má fé. Entendemos, pelo contrario, que as vantagens a que se refere o art. 33 ° são só as estipuladas no contracto ante-nupcial, e parece-nos que estas vantagens são unicamente as doações ou deixas

Confrontando o art 33 ° do decreto citado com o art. 1168.º do código civil, este refere-se a boa fé de ambos os conjuges e aquelle unicamente a boa fé de um so.

E' o proprio art. 33.º que, na parte final, esclarece bem o ambito d'essas vantagens, referindo-se apenas ás estipuladas no contracto antenuupcial.

O que se pode sustentar em face da letra do artigo, mas o que parece ser excluido pelo seu espirito é que o conjuge de boa-fe terá direito á meação quando o regimen da communhão resulte de convenção expressa entre os conjuges

Qual será a sorte dos filhos, declarado nuló ou annullado o casamento?

Diz o art. 34.º que, quando o casamento fôr declarado nulo ou annullado sem culpa de qualquer dos contrahentes, — isto é, quando estejam ambos de boa fé, e havendo filhos communs, a mãe terá direito á posse das filhas, emquanto menores, e á dos filhos ate completarem a idade de seis annos. Se, porem, a annullação resultar de facto ou omissão de um dos contrahentes, só ao outro competirá a posse dos filhos, salvo se a annullação fôr devida á mãe, que ainda neste caso terá direito a conservar os com-sigo ate á idade de tres annos, sem distincção de sexo (art. 35.º do citado decreto)

Manifestamente o art. 35.º, fallando em facto ou omissão, apenas se refere á annullação do casamento por vicios de consentimento, pois só nestes casos é que ha annullação sem ser por quebra de impedimentos, mas por a vontade ter sido viciada no momento em que se manifestou.

Exemplicando: é fundamento para a annullação do casamento por omissão de um dos contrahentes o facto de o varão, sendo impotente, não cumprir a obrigação de dar a conhecer á mulher a bem triste situação em que se encontrava. Nos artigos anteriores e que o legislador se refere á annullação por quebra de impedimentos.

Prevenindo a hypothese de haver manifesta inconveniencia em serem os filhos entregues e confiados a guarda de qualquer dos conjuges exige o legislador que sejam todos ou alguns confiados a terceira pessoa, preferindo-se

para esse fim os mais proximos parentes da linha materna ou paterna (art. 36.º).

E' sempre permitido aos paes concordarem particularmente sobre a posse dos filhos, como lhes parecer melhor, em beneficio d'estes (art. 37.º)

O casamento sob o ponto de vista patrimonial

Os regimens de bens no matrimonio — As convenções ante-nupciaes.

Principio geral

Determinadas as relações de ordem pessoal entre os conjugues, tendo estudado as condições em que pode validamente celebrar-se o matrimonio, as formalidades d essa celebração, os effeitos da annullação do casamento, restanos tratar das relações de ordens patrimoniaes entre os conjugues, resultantes, como e obvio, do casamento.

Parecia logico que nos occupassemos desde ja da dissolução e interrupção da sociedade conjugal, porem, no estudo d'este assumpto, teíamos de nos referir as disposições que prendem com as relações de character patrimonial entre os conjugues, visto que a interrupção e dissolução do matrimonio produzem effeitos quanto ás pessoas e bens

O conjuncto de principios que regulam as relações patrimoniaes entre os conjugues constitue o regimen de bens no matrimonio

O codigo civil estabeleceu nos artt. 1096.º e seguintes algumas disposições geraes, applicaveis ás convenções dos esposos quanto aos seus bens

D'entre estas disposições destacamos duas que são fundamentaes. a liberdade de estipulação antes da celebração do casamento dentro dos limites da lei (art. 1096) e

a imutabilidade d'essas estipulações depois da celebração do casamento (art. 1105.º).

Esta imutabilidade é uma consequencia necessaria da anterioridade da convenção. Prohibir, como o codigo prohibe no art. 1105.º, que marido e mulher possam alterar ou revogar, por nova convenção, a convenção feita antes do seu casamento, era uma necessidade tão imperiosa e uma providencia tão util, que todas as legislações civis a teem sancionado.

O principio opposto, isto e, as reformas ou derogações dos pactos ante-nupciaes, traria uma enorme confusão e incerteza na administração dos bens do casal, e daria logar ás mais desastrosas consequencias — para a familia, interessada em que certos bens estejam por assim dizer vinculados á satisfação das suas necessidades —, para os proprios conjugues e para os credores d estes.

Com effeito, não e difficil prever que, a não haver a imutabilidade das convenções ante-nupciaes, podiam transformar-se em communs e alienaveis bens que, em attenção aos interesses da familia, se estipulou que fossem proprios e inalienaveis. Inversamente a mudança de bens alienaveis para inalienaveis prejudicaria os crédores, que contando com a inalienabilidade d'esses bens, so na convicção que existiam bens no casal que garantissem o seu credito, tinham confiado nos conjugues

A prohibição da mudança posterior do regimen matrimonial convencionado, presuppõe a doutrina de que os esposos não podem no pacto ante-nupcial, reservar-se a faculdade de alterar as estipulações accordadas neste. Não o diz em termos expressos o art. 1105.º, podendo assim duvidar-se se as modificações podiam ser feitas em cumprimento de estipulação da convenção anti-nupcial.

Illicita e illegal seria, porem, essa estipulação porque importaria uma pratica expressamente prohibida pelo art. 1103.º, violando-se, dest arte, o principio da immutabilidade da convenção.

De facto a modificação só se podia dar por nova convenção e o art. 1105.º prohibe que as convenções ante-nupciaes sejam revogadas ou alteradas por nova convenção depois da celebração do casamento

Alem d'isso o art. 1096.º, apenas permite que as estipulações se façam dentro dos limites da lei e antes da celebração do casamento, se o art. 1105.º não nos fornecesse elementos para destruir a errônea opinião de que os esposos podiam no pacto ante-nupcial reservar-se a faculdade de alterar as estipulações feitas nesse pacto, bastar-lho hia o art. 1096.º que, como vimos de dizer, exige que as estipulações, relativamente aos bens, sejam anteriores ao casamento.

Quando uma disposição preceptiva ou prohibitiva e tão formal como a da inalterabilidade dos pactos ante nupciaes, não pode tolerar se que ella seja abertamente contrariada, ou subrepticamente illudida.

Alguns juriconsultos, baseando-se no facto da communhão de bens ser o regimen normal, adoptado no código civil, sustentam que e possível a alteração das convenções ante-nupciaes depois do casamento, desde que essas alterações se façam para passar do regimen excepcional para o regimen geral da communhão de bens

Para fundamentar esta opinião argumentam, em primeiro lugar, que o privilegio cede ao direito commum, o particular ao geral, a excepção a regra, pois os regimens excepcionaes não podem deixar de considerar-se impostos pela lei com *menos força* do que o da communhão geral

Em segundo lugar dizem que o art. 1105.º apenas prohibe a alteração por nova convenção, mas se a communhão de bens existe independentemente de qualquer pacto, e concludente que a alteração para a communhão não importa alteração pela convenção, que e o que a lei inlibe expressamente de fazer

Finalmente, sendo licito ao marido e mulher fazer en-

tre si doações na constancia do matrimonio, deve concluir-se que á mulher e permitido renunciar ao regimen dotal pois isso e equivalente a uma doação feita ao outro conjuge Logo, sendo verdadeiros estes argumentos, o regimen dotal pode alterar-se para outro regimen, e se pode prescindir-se do privilegio dotal, tambem pode modificar-se o regimen estabelecido em proveito da communhão.

Discordamos, porem, d'esta opinião porque em nosso entender não podem as convenções ante nupciaes ser alteradas depois do casamento, ainda mesmo que essas alterações se façam em proveito da communhão geral de bens.

Relativamente á primeira razão aduzida, pode ella invocar-se *de jure constituendo* e não de *jure constituto*. Procederia, certamente, o argumento de que o particular cede ao geral, etc. se o legislador tivesse attribuido mais importancia ao regimen da communhão geral de bens do que a qualquer outro

De facto o regimen da communhão geral de bens e o mais conforme com a natureza do matrimonio, mas deduzir-se que a communhão se impõe com mais força do que qualquer outro regimen, não é legitimo, porquanto parece envolver o desconhecimento do caracter das normas suppletivas.

Com effeito, adoptando a communhão como regra o legislador não a quiz impôr a qualquer outro regimen, visto que estabeleceu a ampla liberdade de convenção, limitando-se a determinar o regimen que deve seguir-se na falta de estipulação das partes

O art. 1105.º é, demais d'isso, absoluto em mandar observar o regimen excepcional estipulado.

O segundo argumento baseia-se numa má interpretação da situação de facto.

Quando a communhão não seja originariamente o regimen de bens no casamento, quer por convenção expressa,

quer por falta de convenção, ella só podia vir a ser o regimen de bens por convenção entre as partes. Desde que se faça uma estipulação para o regimen de bens no matrimonio a communhão só pode vir a ser o regimen de bens por nova convenção.

Portanto a modificação em favor da communhão é tão illicita como qualquer outra em favor de outro regimen

Finalmente, o argumento de que, sendo licito aos esposos fazer doações entre si, podia a mulher renunciar ao dote por meio d'um facto que, para estes criticados juriscultos, envolve uma doação, não nos parece procedente porque assenta numa petição de principio. Na realidade o que competia demonstrar era que a mulher podia renunciar ao dote por ser possível modificar o estipulado regimen de bens no matrimonio, e que essa renuncia ao dote equivalia a uma doação. Ora a mulher não é licito renunciar ao dote que é mahenavel (art. 1149.º), mas, quando o legislador permitisse a alienação do dote, não podia d'ahi concluir-se que o regimen de bens podia modificar-se em favor da communhão, porque isso constituiria uma disposição excepcional, praticavel nos seus restrictos termos, e que, não se podendo generalisar, não representava uma faculdade de alteração da convenção ante nupcial. Cumpre observar, que a immutabilidade das convenções não é uma immutabilidade objectiva, isto é, não há a impossibilidade de em caso algum se modificar a convenção: e por assim dizer, uma immutabilidade subjectiva, no sentido de que as partes não podem por si alterar a convenção, podendo esta, no entanto ser alterada por expressa disposição da lei na constancia do matrimonio.

Assim, no caso do regresso dum conjugue casado ausente, este não restabelecerá com o conjugue presente a communhão de bens, se esta existiu, se não em nova convenção e por escriptura publica (art. 89.º).

Porque esta restricção a inalterabilidade se dá com o conjugue que esteve ausente por mais de 20 annos, ou completou nessas circumstancias 95 annos de idade, commenta o Sr. Dias Ferren a que o legislador não quiz que houvesse communhão de bens numa sociedade onde não houvera a communhão de vida e de trabalho.

Parece ser este o pensamento da lei; porem, se assim é traduz uma deploravel injustiça ja para o conjugue ausente, já para o presente, conforme os casos, para aquelle, que, bem podendo ter ido a longes terras com o fim de enriquecer pelo trabalho e, por voltar pobre, perde o direito, sem culpa sua, a communhão dos bens mais avultados do conjugue presente, para este, que, ficando no paiz, pobre e assim persistindo apezar dos seus esforços, não lhe é licito communicar na fortuna que o ausente amontou noutras regiões. Nestas circumstancias é muito para temer que a primeira consequencia d'esta doutrina seja a a desharmonia na vida conjugal. A disposição do art. 89.º, representando um castigo — a quebra da communhão — só era justa para o caso da ausencia derivar de procedimento irregular ou de intenções estranhas ao interesse da familia. Mas ainda assim era preferivel tirar ao ausente indigno, que regressou, apenas a administração dos bens do conjugue presente. Em todo o caso a lei é expressa: *du a lex sed lex*.

Devemos observar que, nos termos do art. 1105.º, a inalterabilidade das convenções ante nupciaes só existe depois da celebração do casamento.

E' permitido, pois, que entre o contracto ante-nupcial o a celebração do matrimonio se alterem ou revoguem as estipulações insertas naquelle, por isso as novas convenções, feitas naquelle intervallo, quer sejam explicativas ou interpretativas, quer venham ampliar ou restringir a primeira escriptura ante-nupcial, formam ainda parte integrante e complementar do contracto originario. A convenção ante-nupcial, fica pois constituida pelo complexo de

umas e outras estipulações. Cumpre, porem, notar que as modificações ou accrescentamentos ao contracto primitivo hão-de constar, como este de escriptura publica.

Limites da liberdade de estipulação

O legislador, permitindo que as partes estipulem antes do casamento tudo o que lhes aprouver relativamente a seus bens, estabeleceu, no entanto algumas restricções a esta liberdade de estipulação, exigindo, no art 1096.º que as convenções sejam feitas *dentro dos limites da lei*. E o fundamento d'estas restricções está em que o interesse particular dos esposos não pode prevalecer sobre o interesse colectivo para cuja salvaguarda a lei, baseada em razões de ordem superior, estatuiu preceitos de ordem publica. O codigo civil dizendo — dentro dos limites da lei — exprime-se d'um modo generico, e por isso não se refere somente a lei civil, attinge tambem a penal, a fiscal, a administrativa, a commercial etc, pois que em todas ellas ha regras de interesse commum que não convêm preterir.

As restricções dos artt. 1103.º e 1104.º do Cod. Civil

Havendo a restricção geral do art. 1096.º, ha ainda outras restricções á liberdade de estipulação a que o legislador especialmente se referiu. Dentre estas restricções especiaes as mais importantes são as dos artt 1103.º e 1104.º do Cod. Civil

Pelo art. 1103.º ter-se-ha por não escripta qualquer convenção, que altere a ordem legal da successão dos her

deiros legitimarios, ou os direitos e obrigações paternaes e conjugaes, consagrados por lei », e pelo art. 1104.º « a mulher não pode privar o marido, por convenção antenupcial, da administração dos bens do casal, mas pode reservar para si o direito de receber, a título de alfinetes, uma parte dos rendimentos de seus bens, e dispor d'ella livremente, contanto que não exceda a terça parte dos dictos rendimentos líquidos ».

Se bem que estas disposições fossem escusadas, pois sendo de interesse e ordem publica, ja estavam prohibidas, d'uma forma generica, pelo art. 1096.º, no entanto o legislador, attendendo á sua importancia e a que a inobservancia d'ellas iria affectar a constituição da familia, a ellas se referiu expressamente

Se em contravenção da lei fôr estipulada alguma clausula attentatoria dos preceitos exarados no art. 1103.º esse facto não importa a annullação de todo o contracto antenupcial. Di-lo o proprio art. 1103.º na expressão — « ter-se-ha por não escripta qualquer convenção », melhor seria que dissesse — ter-se-ha por não escripta qualquer clausula — pois a convenção abraça todo o contracto. E' de relacionar a disposição do art. 1103.º com o art. 2042.º que prohibe a qualquer renunciar, ainda em contracto antenupcial, á successão de pessoa viva, ou alienar ou obligar os direitos que eventualmente possa ter á sua herança

Esta disposição destina-se a impedir as praticas, toleradas pela legislação anterior ao Cod. Civil, chamadas *pactos successorios renunciativos*.

De facto, pela antiga legislação civil das Ordenações era permitido aos filhos segundos, a troco d'um dote, renunciar ás heranças em favor dos filhos mais velhos, para que estes conservassem intactas as casas morgadias e as fortunas avoengas.

Clausulas que alterem a ordem legal da successão dos herdeiros legitimarios são por exemplo, aquellas em que

os esposos estipulam que os bens de um e outro passem por sua morte, não para os filhos havidos, mas directamente para os netos, ou em que convencionam que sejam excluidos da successão os filhos do sexo masculino, por facilmente poderem adquirir meios de subsistencia

Clausulas que alteram os direitos paternaes e conjugaes, são por exemplo aquellas que retiram a qualquer dos conjugues a faculdade de educar os filhos menores, de lhes nomear tutor em testamento ou em que qualquer dos conjugues se prive do exercicio do patrio poder.

Não ha sancção estabelecida na lei para o caso de se estipular que o marido fica privado da administração dos bens do casal, parecendo que a falta de sancção importa a nullidade da convenção. Não e admissivel, porem, esta doutrina por a lei o não declarar expressamente. O vicio apenas se refere á estipulação pela qual a mulher priva o marido da administração dos bens do casal. O que devemos concluir e que o marido não fica privado da administração d'esses bens, o que equivale a declarar que se considera como não escripta a estipulação. E isto pela propria forma do art. 1104.º e pela disposição generica do art. 10.º. Este principio ja se achava consignado no Digesto e deve sustentar-se em face das nossas leis, pois não é contrario ao systema do código, segundo o qual não se admite que todo o contracto seja viciado pela estipulação de clausula que a lei prohibe: *utile per inutile non vitiatur* (1)

No caso de se fazerem novas convenções contra o disposto no art. 1105.º ellas, sendo nullas, não vão affectar a primitiva convenção

Toullier, baseado no art. 1395.º do código civil Francez, correspondente ao art. 1105.º do nosso código civil,

(1) Ver os arts. 823.º e 2111.º § 2.º que corroboram e confirmam a opinião acima expendida

ainda sustentou que podia alterar-se a convenção antenupcial depois do casamento, fundando-se principalmente em não constar expressamente d'aquelle artigo a pena de nullidade.

Mas este escriptor viu se isolado na sua singularissima opinião; e d'esta arte, para nós fica assente que as convenções antenupciaes não podem ser derogadas, depois do casamento celebrado, por novos pactos.

As doações e deixas feitas nas convenções antenupciaes

Nas convenções antenupciaes, destinadas principalmente a regular as relações patrimoniaes entre os conjuges, podem os esposados fazer doações ou deixas, a favor de um d'estes ou de ambos, ou podem vir terceiros fazer doações a favor dos futuros esposos ou de algum d'elles, de parte dos seus bens ou de todos, em vida ou por morte (art 1166.º e 1175.º) Estas doações ou deixas estão sujeitas ao mesmo principio da immutabilidade que a convenção.

Porem, quanto ás doações, essa immutabilidade não deve entender-se que vae destruir os principios do codigo civil sobre revogação de doações; por exemplo: uma doação que tenha de ser reduzida por inofficiosidade.

D'este modo, as modificações que podem dar-se nas doações feitas nas convenções antenupciaes resultam da propria lei, o que está de harmonia com o art 1096.º, que determina que as convenções antenupciaes se tem de fazer dentro dos limites da lei.

Dizendo o art. 1166.º que é licito aos esposos estipular, no seu contracto antenupcial, a favor de um d'elles, ou de ambos, as doações ou deixas que bem lhes parecer, e reservando as disposições dos artigos seguintes, logo o art. 1167.º determina «que, se o marido ou a mulher tiverem, ao tempo do casamento, ascendentes ou descendentes, com direito a legitima e algum d'estes fór vivo ao tempo da dissolução do matrimonio, não poderá a dita

doação ou deixa exceder a importância da terça dos bens que então possuir».

O fundamento do art. 1167.º é que a quota de que o individuo podia livremente dispôr era de um terço. Porém pelo decreto de 31 de outubro de 1910 a quota disponível é de metade dos bens do auctor da herança.

Deve portanto modificar-se a disposição do art. 1167.º, de harmonia com o referido decreto de 31 de outubro de 1910, produzindo effeito as doações ou deixas a que esse artigo se refere até metade dos bens que o conjuge possuir.

Sendo as convenções destinadas a estabelecer as regras a que ficam sujeitos os bens, e sendo o matrimonio que dá origem a realisação das doações ou deixas feitas nessas convenções, a efficacia das clausulas d'estas fica, pois, dependente da celebração do matrimonio. Portanto todas as doações ou deixas, ou quaesquer clausulas da convenção, ficam sem efficacia quando o casamento se não realise. E o principio do art. 1168.º, que tem o seu fundamento em que o auctor da liberalidade subordinou os effeitos d'essa liberalidade a constituição do matrimonio.

D'este modo as doações ou deixas estipuladas no contracto ante-nupcial consideram-se como realisadas sob condição suspensiva.

Em relação aos bens que o conjuge communica pelo casamento não ha limitação alguma. Apenas cumpre referir as restricções relativas as segundas nupcias, e ao casamento celebrado com quebra dos impedimentos dirimentes de prohibição relativa e dos impedientes. As primeiras são as mencionadas no art. 1235.º e no art. 1109.º do codigo civil, onde se determinam os bens exceptuados da communhão, pois os bens de que falla o art. 1109.º são aquelles a que se refere o art. 1235.º. Preceitua este artigo que o varão ou a mulher que contrahir segundas nupcias tendo filhos ou outros descendentes successivos, de anterior matrimonio, não poderá communicar com o outro conjuge, nem por nenhum titulo

doar-lhe, mais do que a terça parte dos bens que tiver ao tempo do casamento ou que venha a adquirir por doação ou herança de seus ascendentes ou de outros parentes. Era fundamento d'este artigo que a quota disponível não excedesse um terço. Como já vimos, esta disposição foi modificada pelo decreto de 31 de outubro de 1910, o qual determina que a quota disponível seja a metade dos bens.

Pelo art. 1235.º é precisamente a metade dos bens que o individuo tem na epocha do casamento, que se communica nesse casamento (1).

Quanto ao casamento celebrado com quebra dos impedimentos dirimentes de prohibição relativa e dos impedimentos impedientes, não ha communhão, visto o casamento considerar-se como realisado com separação de bens, o que, como ja dissemos, e penalidade commum a todos os casos em que haja quebra d'esses impedimentos.

(1) Podia parecer que a disposição do art. 1235.º hoje era inutil, mas esta expressão do art. 1235.º — *não poderá communicar* — tem outro alcance. O que o legislador quiz dizer é que o conjuge não pode levar á communhão mais de metade dos bens, e não o que á primeira vista parecia, isto é, que não podia dar ao outro conjuge como meação mais do que metade dos bens. Exemplo. Maria, com a fortuna de cem contos de reis, quer contrahir segundas nupcias, tendo filhos do anterior matrimonio. Ella só pode levar para communhão cincoenta contos de réis, e portanto o outro conjuge pela meação apenas tem direito a vinte e cinco contos de réis.

Forma das convenções ante-nupciaes

A validade e efficacia das convenções ante-nupciaes depende ainda de formalidades especiaes que o legislador estabeleceu.

Assim, no art. 1097.º se determina que « as convenções só serão validas se forem celebradas em escriptura publica », o que importa uma restricção relativa, não ás proprias estipulações, mas ao modo ou forma externa do pacto.

As razões porqua a lei fixa para estas convenções a formalidade da escriptura publica, são a segurança da integridade do pacto matrimonial e a garantia para evitar a sua destruição ou modificação pelos conjuges, depois da contração do casamento.

Já anteriormente dissemos que os menores de 18 annos, do sexo masculino, e de 16, do sexo feminino, necessitavam de auctorisação de seus paes ou representantes para contrahirem validamente matrimonio. Concedida, pois, essa auctorisação que os capacita para celebrarem o matrimonio, *ipso facto* adquirirem capacidade para realisarem convenções ante-nupciaes.

Realisada a convenção ante-nupcial em escriptura publica, podem os interessados alterar ou introduzir modificações nessa convenção, antes da celebração do casamento, contanto que o façam em nova escriptura publica.

Não declara o nosso codigo se o contracto ante-nupcial pode ser redigido em lingua estrangeira, porque, sendo elle feito em escriptura e esta lavrada por official publico ou

com sua intervenção, não é licito a este official redigir aquelle documento senão no idioma do paiz. E' todavia certo que as convenções ante-nupciaes, não escriptas em portuguez podem ter valor e effectos civis em Portugal.

Assim, no art. 1106.º se determina que as convenções ante-nupciaes, estipuladas em paiz estrangeiro, entre subditos portuguezes, são reguladas pelas disposições do codigo civil, podendo, todavia, as ditas convenções ser redigidas ou pela forma *authentica*, estabelecida nesse paiz, ou perante os agentes consulares do governo portuguez, que ahí existirem.

O que se torna sempre necessario é que essas convenções constem de documento *authentico*.

Se o casamento fôr contrahido em paiz estrangeiro entre portuguez e estrangeira, ou entre estrangeiro e portugueza, e nada declararem nem estipularem os contraentes relativamente a seus bens, entender-se ha que casaram conforme o direito *commum* do paiz do conjuge varão, sem prejuizo do que se acha disposto no codigo civil relativamente aos bens *immovels* (art. 1107.º).

Os regimens de bens estabelecidos no Código Civil

Suas características fundamentaes

Para facilitar a estipulação do regimen de bens no matrimonio, o legislador admittiu quatro regimens, que podem ser modificados por iniciativa das partes dentro dos limites da lei, tanto para introduzir num regimen principios d'outro, como para lhe dar uma certa originalidade

Os typos de regimens de bens admittidos pelo código civil são: a communhão geral, separação de bens, simples communhão de adquiridos e regimen dotal.

Quando se declara no contracto ante-nupcial que o futuro regimen de bens no matrimonio sera o determinado nessa convenção, observar se-hão as respectivas disposições legais independentemente de qualquer desenvolvimento feito pelos estipulantes das disposições que caracterizam o regimen escolhido.

E' nos artt. 1108.º a 1124.º que se encontra caracterizado e regulado o regimen da communhão geral de bens (art. 1099.º). Se os esposos declararem simplesmente que querem casar-se com simples communhão de adquiridos, observar-se-hão as disposições dos artt. 1130.º a 1133.º; se escolherem o regimen da separação de bens atter-se-ha ás disposições dos artt. 1125.º a 1129.º e finalmente se escolhido for o regimen dotal será este regulado pela doutrina condensada nos artt. 1134.º a 1165.º

Determinados os regimens de bens admittidos pelo co-

digo civil e as disposições que os regulam, resta-nos apresentar os seus caracteres fundamentaes e differenciaes.

Assim, a communhão geral de bens caracteriza-se pela communhão, entre os conjuges, de todos os bens presentes e futuros, não exceptuados na lei.

A simples communhão de adquiridos caracteriza-se pela communhão entre os conjuges dos rendimentos dos bens com que entram para o casal, e ainda pela communhão dos bens que, na constancia do matrimonio, advenham a qualquer dos conjuges por titulo oneroso

O regimen da separação absoluta caracteriza-se por haver bens proprios exclusivamente pertencentes a cada um dos conjuges.

O regimen dotal caracteriza-se por haver bens da mulher especialmente garantidos.

Esta garantia consiste na inalienabilidade dos bens immobiliarios, podendo tambem estipular-se a inalienabilidade dos mobiliarios, e na hypotheca legal.

Ha sobre este assumpto, graves divergencias na nossa jurisprudencia quanto a determinação de cada um d'estes regimens

O que expuzemos, porem, julgamos ser a resultante da doutrina sancionada no código civil.

A communhão geral de bens

Communhão legal.

Communhão convencional.

O principio do art. 1098.º do Código Civil.

Excepções a esta regra.

O regimen da communhão foi, na nossa antiga legislação, o unico admittido e sancionado.

Antes da Ordenação Manuelina a communhão ora numas partes provinha *ipso facto* do casamento, ora n'outras carecia de ser convencional. Era isto o que inculcavam as palavras *carta de ametade*, significativas de convenção expressa, e as palavras *segundo o costume do reino* que traduziam o direito costumeiro. Aquella Ordenação estatuiu que houvesse na falta de convenção, a communhão legal e esta disposição passam para a Ordenação Philippina e finalmente para o Código Civil.

A communhão geral pode ser legal ou convencional. E' legal quando os esposos celebram o casamento sem estipularem o regimen que deve seguir-se no *matrimonio*, convencional quando resulta de convenção expressa feita pelos esposos *antes do casamento*.

No art. 1098.º do Cod. Civil estabelece se de uma forma geral que na falta de qualquer accordo ou convenção se seguirá o regimen da communhão geral de bens, excepto se o casamento fosse contrahido com quebra das disposições do art. 1058.º n.º 1 e 2. Porém, não obstante o

art. 1098.º mencionar apenas os n.º 1 e 2 do art. 1058.º, e certo que ainda nos casos dos n.º 3 e 4 do mesmo art a communhão legal deixa de existir.

E' o que se deduz dos artt. 1063.º § unico e 1064.º, que castigam o tutor e descendentes e as pessoas mencionadas nos referidos n.ºs 3 e 4 com a separação de bens. Resultava da leitura d'estes artigos um flagrante contradicção.

Pois se, segundo o art. 1098.º a communhão de adquiridos se entende nos casamentos contrahidos com quebra das determinações do art. 1058.º n.ºs 1 e 2, como e que nos artt. 1060.º § 3.º e 1063.º se ordena que os casamentos referentes ás pessoas mencionadas nos dois primeiros n.ºs do art. 1058.º, se considerem sempre como contrahidos com separação de bens? O sr Dias Ferreira entendia que deviam prevalecer os artt. 1060.º § 3.º e 1063.º sobre o art. 1098.º por tratarem aquelles do assumpto especialmente, e não incidentalmente como este ultimo. O sr. dr. Guilherme Moreira resolvia habilmente a *difficuldade*, entendendo que a expressão *separação de bens* dos artt. 1060.º § 3.º e 1063.º significam o mesmo que *simples communhão de adquiridos*, considerando synonymas neste caso as duas expressões, porque quando os esposos estipulam o regimen de separação, sem expressa exclusão dos adquiridos, entende-se que ha a communhão nos adquiridos (art. 1125.º).

Estas disposições estão revogadas pelo Decreto n.º 1 de 25 de dezembro de 1910.

Por este decreto desapareceram as difficuldades, porque para o casamento realisado com quebra de impedimentos ha sô as penalidades nelle cominadas.

Tanto a communhão legal como a convencional se regulam pelas mesmas disposições, a não ser que haja communhão convencional tendo as partes estabelecido modificações.

A communhão legal é que é exclusiva, isto é, não co-

existe com outras formas de regimen; mas a communhão resultante de pacto ante-nupcial pode, dentro dos limites da lei, combinar-se com esta, e constituir um regimen mixto.

Quando os esposos determinadamente escolhem qual-quer dos quatro systemas de sociedade conjugal, o codigo declarou, a proposito de cada um d'elles, quaes as disposições respectivas; não se conclue d'ahi todavia, que intubisse os esposos de, na escriptura ante nupcial, adoptarem em parte um dos systemas ou em parte outro ou outros.

Essa faculdade de estabelecerem um regimen mixto vem-lhes da ampla liberdade de convenção expressa no art. 1096.º O que a lei não permite é a escolha de regimens successivos e substitutivos com toda a amplitude; sendo seu intuito, em regra, que o systema convencionado, quando puro, permaneça um e identico e, quando mixto, seja sempre um e identico na parte ou partes adoptadas.

Excepcionalmente, porem, creou o legislador um systema mixto de communhão legal, isto é, fora do pacto ante-nupcial. É o caso do art. 1109.º n.º 2, segundo o qual os bens doados ou legados com a clausula de incomunicabilidade ou os subrogados em lugar d'elles são exceptuados da communhão, isto é, ficam sendo proprios do conjuge a quem foram doados ou legados.

Bens que se communicam e bens que são exceptuados da communhão (artt 1108.º e 1109.º)

1) Os prazos de vidas

A communhão geral de bens consiste na communhão, entre os conjuges, de todos os seus bens presentes e futuros não exceptuados na lei (art. 1108.º).

Bens presentes são aquelles que os esposos possuem ou a que tem direito e com que entram para o casal no acto da celebração do casamento, bens futuros são os que por qualquer titulo lhes advenham posteriormente.

Nem todos os bens, porem, entram na communhão, o que ja se deduzia claramente do proprio art. 1108.º Escapam tão somente a communhão aquelles bens que o legislador expressamente exceptuou e que são apenas os indicados no art. 1109.º.

Estas excepções tem a sua origem e fundamento ja na natureza desses bens, ja nas clausulas com que foram doados ou legados, ja na qualidade ou situação das pessoas por quem foram doados ou deixados.

A incomunicabilidade dos bens mencionados no art. 1109.º respecta apenas á propriedade d'esses bens, não abrangendo os seus fructos e rendimentos (art. 1109.º § III.º . (1)

(1) A lei considera estes valores — fructos e rendimentos — como recebidos a titulo lucrativo, e, porque são destinados a satisfazer os encargos do matrimonio, que constituem a obrigação de ambos os conjuges reputa-os communs, ainda que elles provenham de bens ou capitaes de um dos conjuges *Revista de Legislação* v. XI pag 21.

Estes fructos e rendimentos são só os produzidos na constancia do matrimonio, porque as importancias provenientes d'estes fructos e rendimentos produzidos antes do matrimonio, podem capitalisar-se para entrar no casal como valores proprios e incommunicaveis do conjuge a quem pertencem, e da mesma maneira, os vencidos desde a morte de um dos conjuges pertencem desde essa data aos seus herdeiros exclusivamente. Sômente são, em regra, communs os vencidos na constancia do matrimonio, ainda que sejam juros e quinhões.

Devemos observar que no nosso Código Civil a palavra *fructos* é tomada na accepção generica, comprehendendo o producto de quaesquer bens. Os fructos são alem de *industriaes, naturaes e civis*. *Naturaes* — os que a cousa produz espontaneamente — *civis* as rendas ou interesses provenientes da mesma cousa (1)

Os fructos *civis* vencem-se e entram na communhão dia por dia e os *naturaes* adquirem-se para ella pela percepção; de modo que, quanto a estes, uma communhão de dias ou de mezes pode dar direito a productos de muitos annos. Sirva de exemplo a extracção da cortiça.

Relativamente aos *civis* se se tracta, por exemplo, de juros, como estes se vencem dia a dia, não se communicam os vencidos até ao momento da realisação do casamento, apenas se communicando os juros vencidos posteriormente ao mesmo casamento.

O § unico do art. 1109.º ainda exceptua da incommunicabilidade dos bens mencionados neste art., o *valor das bemfeitorias*, isto é o augmento de valor que tenham soffido esses bens. Nem todas as bemfeitorias são bens communs, mas somente as importantes, que augmentem bas-

(1) Vid. Sr. Dr. Guilherme Moreira. *Instituição de Direito Civil* — v. I pag. 356 e 357

tante o valor do predio, taes como as casas e outras edificações.

Finalmente o mesmo § unico do cit. art. ainda menciona — como communicavel — o *preço de praso* comprado na constancia do matrimonio.

Os bens exceptuados da communhão, por virtude da sua natureza juridica, são: (art. 1109.º n.º 1 e 5).

a) Os prazos de livre nomeação, enquanto não tomarem a natureza de *fateusins hereditarios*.

b) Os vestidos e roupas do uso pessoal dos esposos, e as joias esponsalicias dadas pelo esposo antes do casamento.

Para comprehender o n.º 1 do art. 1109.º é preciso ter presente a doutrina do direito antigo sobre a *emphiteuse* que se dividia, quanto ao tempo, em *perpetua* ou *fateusim* e *temporaria* ou de *vidas*.

A *perpetua* consistia na concessão do dominio util para sempre; a *temporaria* na concessão do mesmo dominio a certo numero de pessoas ou vidas, findas as quaes se devolvia ao senhorio.

A *emphiteuse temporaria* era ainda de *livre nomeação* ou de *nomeação restricta*

Na primeira, ou por faculdade expressa ou pela não prohibição, podia cada um dos *emphiteutas* nomear o successor, sem restricção. Na segunda, a nomeação de successor dependia das clausulas insertas na investitura. Os prazos *fateusins* eram reputados bens patrimoniaes do *emphiteuta*, e os de *vidas* considerados como beneficio do senhorio directo.

D'ahi a differença de regimen a que estavam sujeitos.

Os *fateusins* eram transmissiveis como os *allogiaes* seguindo a ordem legal da successão, os de *vidas* não seguiam a ordem legal da successão, transmitiam-se ao individuo nomeado pelo *emphiteuta*, não entrando portanto

na partilha com os bens da herança e constituindo uma especie de morgados

O codigo civil estabeleceu que os emprazamentos de fateusins de preterito existentes ao tempo da sua promulgação, se transformem em hereditarios puros, isto é, sujeitos a successão legal dos herdeiros directos do emphyteuta, como os bens allodiaes (art. 1696.º).

Relativamente aos prazos de vidas, quer fossem de nomeação livre, quer restricta, determinou o codigo que revestissem a natureza de fateusins hereditarios puros em poder dos emphyteutas, que o fossem ao tempo da promulgação do codigo (art. 1697.º)

O mesmo codigo prevê, art. 1698.º, a hypothese de os prazos, ao tempo da promulgação do codigo, se acharem nomeados ou transferidos irrevogavelmente, e por instrumento authenticico, mas com reserva do usufructo em favor do nomeante, determinando que esses prazos so tomarão a natureza de fateusins hereditarios, quando vierem ao poder dos nomeados, ou d'aquelles para quem o prazo tiver sido transferido, isto é, quando em poder do nomeado se considerasse a propriedade e o usufructo.

No antigo direito os prazos de dividas eram incommunicaveis.

Os prazos de livre nomeação, constituam uma especie de morgado, e por isso o codigo civil, cujo intuito era tornar hereditarios puros os bens de successão singular, não os podia respeitar em absoluto.

Attendendo contudo ás difficuldades emergentes da passagem brusca e repentina de um para outro regimen, o codigo civil, para as dirimir ou attenuar estabeleceu varias disposições transitorias.

Quanto á communhão de bens, estatuiu numa dessas disposições que os prazos de livre nomeação não sejam communicaveis, emquanto não tomassem a natureza de fateusins hereditarios (art. 1409.º n.º 1). Esta excepção a regra geral da communhão carece todavia de se completar

com outros preceitos legaes, taes os constantes dos arts. 1697.º e 1698.º.

Vê-se, pois, que a moderna lei civil contemporison, para os effectos da communhão, com a doutrina anterior reguladora dos prazos de vidas.

Estes eram incommunicaveis por natureza entre os conjuges, excepto quanto ao preço ou valor das bemfeitorias, se fossem comprados ou bemfeitorizados na constancia do matrimonio, porque então representavam bens adquiridos.

O Codigo, attendendo a direitos preexistentes, tornou incommunicaveis os prazos a que se refere o art. 1698.º, mas transitivamente, isto é ate se converterem em fateusins hereditarios (art. 1700.º), depois dessa conversão é que se communicam e se tornam hereditarios e partiveis.

Ainda por transigencia com as disposições sobre a emphyteuse do antigo regimen, o codigo declarou na parte final do § unico do art. 1409.º que a incommunicabilidade dos bens mencionados nesse artigo não abrange o preço de prazo comprado na constancia do matrimonio.

Embora o citado § falle do prazo em geral, é manifesto que o legislador apenas se quiz referir aos prazos mencionados no n.º 1 do art. 1409.º.

Dizendo o art. 1409.º n.º 1 que a incommunicabilidade dos prazos de livre nomeação cessa quando esses prazos se transformem em fateusins hereditarios, cumpre determinar qual o momento em que revestem essa natureza. Leva-nos isto a interpretar as disposições dos arts. 1697.º e 1698.º.

Relativamente ao art. 1697.º, tem havido algumas divergencias na nossa jurisprudencia. Tem-se entendido que, determinando o art. 1697.º que os prazos de vidas se transformarão em fateusins hereditarios puros em poder dos emphyteutas, que o forem ao tempo da promulgação do codigo, essa transformação se dá no momento da morte do emphyteuta, para que entrem então na ordem legal da

successão, porque o artigo não determina o momento, e portanto só quando não pode deixar de ser é que se dá a transformação. É inadmissível esta opinião.

Prescrevendo o código no art. 1109.º n.º 1, que os prazos de livre nomeação se communicam entre os conjuges, quando tomem a natureza de *fideiussus hereditarios*, evidentemente essa transformação em *fideiussus*, que importa a transformação de incommunicavel ou communicavel, não pode dar-se no momento em que a communhão, que só pode existir entre marido e mulher e que devia dar-se na vida de ambos, era impossivel por morte dum dos conjuges. O momento da transformação será, pois, aquelle em que entrou em vigor o código civil.

Poderá, porem, parecer inexplicavel a expressão do n.º 1 do art. 1109.º — *emquanto não tomarem a natureza de fideiussus hereditarios* —, mas o art. 1698.º figura a hypothese de haver uma demora na transformação, que é quando o *emphyteuta* reserva para si o usufructo, pois neste caso o prazo só tomara a natureza de *fideiussus hereditario* quando fôr ao poder do nomeado. Portanto o caso do art. 1109.º n.º 1 verifica-se quando se der a hypothese do art. 1698.º

Os *emphyteutas*, servindo se da disposição do art. 1698.º, reservavam para si o usufructo para que a transformação se desse so por morte do nomeado.

E ainda hoje se encontram, se bem que raros, prazos que não tomaram a natureza de *fideiussus hereditarios*.

Nem outra interpretação se pode dar ao art. 1697.º, pois que, se o momento da transformação fosse o da morte do *emphyteuta*, seria descabido o preceito do art. 1698.º. Este artigo, regulando o caso excepcional em que a conversão e addida para o momento da morte do *emphyteuta*, mostra bem que, nos termos do art. 1697.º, o principio só podia ser que a conversão se dava no momento da promulgação do código civil.

Relativamente ao caso do prazo ter sido comprado na

constancia do matrimonio já depois da promulgação do código, ali já não havia um prazo de vidas, pois estes já se tinham transformado em *fideiussus hereditarios puros*. Portanto o § unico do art. 1109.º e uma disposição de natureza transitoria, como consequencia da materia ali regulada, pois só se refere a casamentos celebrados antes da entrada em vigor do código civil.

O n.º 1 do art. 1109.º é que se refere aos casamentos já celebrados depois da vigencia do código civil

Para complemento deste assumpto, ainda temos de analysar o art. 1698.º

Prevê, este artigo, como já dissemos, a hypothese dos prazos, ao tempo da promulgação do código, se acharem nomeados ou transferidos irrevogavelmente, e por instrumento authentico, mas com reserva de usufructo em favor do nomeante.

Tem-se discutido na nossa jurisprudencia o significado da expressão deste artigo — *mas com reserva de usufructo*.

A *Revista de Legislação e Jurisprudencia* (1) entende que esta reserva e só em favor do nomeante, e não em favor de outra pessoa, ao passo que Dias Ferreira (2) entende que comprehende tanto a hypothese do nomeante reservar para si o usufructo, como reserva lo em favor de um terceiro.

Não é indifferente seguir uma ou outra opinião. Adoptada a da *Revista*, os prazos de vida tomam a natureza de *fideiussus hereditarios puros* quando cessar a reserva por obito do nomeante, e nunca isso succede por ter fallecido o terceiro para quem o nomeante reservasse o prazo, terceiro que será um usufructuario por deixa ou doação, e não um reservatorio propriamente.

Se se dá tal reserva para terceiro, esta impede a jun-

(1) Vide vol v, pg 340

(2) *Código Civil Annotado* v III p 69 e v IV p 135.

ção do usufructo com a propriedade, mas tal caso e regulado, não pelo art. 1698.º, mas pelo art. 1697.º.

Se seguirmos a opinião de Dias Ferreira, o prazo de vidas, quando seja deixado em usufructo a um terceiro, só se torna *fateusim* hereditario puro e comunicavel no momento da morte d'esse terceiro e não na data da vigencia doCodigo. Argumenta-se em favor da opinião de Dias Ferreira com os termos do art. 1698.º, e que o intuito do legislador era só converter o prazo de vidas no momento em que se junlasse o usufructo com a propriedade.

Mas a opinião da *Revista* impõe se desde que se atenda á função que desempenha o art. 1698.º.

«A disposição d'este art. é transitoria, e evidentemente estabelecida para salvaguardar direitos adquiridos, limitando assim a disposição do art. 1697.º, que transformava em *fateusims* heriditarios puros todos os prazos de vidas, ou de nomeação, quer livre, quer restricta, ou de pacto e providencia, em poder dos *emphyteutas*, que o fossem ao tempo da promulgação do codigo.

E' por isso que o art. 1698.º determina que estes prazos, estando nomeados irrevogavelmente, mas com reserva de usufructo, antes da promulgação do codigo, só tomam a natureza de *fateusims*, quando venham a poder dos nomeados: e para complemento deste artigo, declara o art. 1700.º que taes prazos continuam a ser regidos pela legislação anterior ao codigo, emquanto não tomem a natureza de *fateusim*.

Portanto se o nomeado por este modo em um prazo de vidas sobreviver ao nomeante, que reservou o usufructo, tal hypothese está claramente comprehendida no artigo que analisamos, e por isso não pode duvidar-se de que aquelle prazo conservou a sua natureza até passar a poder do nomeado por morte do nomeante

Poderá parecer a primeira vista que na hypothese figurada tal disposição era inutil; porquanto, embora o prazo revestisse a natureza de *fateusim*, o nomeante não per-

deria o usufructo, reservado conforme a condição da nomeação ou transferencia, e o nomeado não perderia a propriedade, que irrevogavelmente lhe fôra transferida, e de que poderia dispôr como lhe aprouvesse.

Porém tal disposição não era inutil, antes indispensavel, como passamos a mostrar.

Segundo o direito anterior ao codigo, os prazos de vidas, quando o nomeante os não tinha adquirido por titulo oneroso, e os nomeava a algum filho, reservando para si o usufructo, passavam precipuos ao nomeado por morte do nomeante; e se tinham sido comprados ou *bemfeitorisados*, aquelle apenas dava a seus irmãos a estimação do preço e *bemfeitorias*, o que muitas vezes importava ainda grande beneficio para o nomeado, emquanto que os prazos *fateusims*, que os paes tivessem doado a algum filho, eram sujeitos á collação pelo seu valor total, como bens *alodiaes*, Ora, em vista dos referidos art. 1698.º e 1700.º, na hypothese acima figurada, um nomeado gosa de todas estas vantagens, pois, conservando o prazo a sua natureza de vidas ate vir por morte do nomeante ao poder do nomeado, é claro que este não pode ser obrigado por seus irmãos a conferi-los em partilhas como *fateusim*, vendo que revestiu essa natureza só quando se abriu a successão do nomeante, e os irmãos do nomeado só teem os direitos necessarios que adquiriam ao momento da morte do nomeante seu pae, tempo em que o prazo ainda não revestira a natureza de *fateusim*, a qual tomou só no momento em que passou para o poder do nomeado. Se não existisse a disposição do art. 1698.º, poderia pelo menos questionar-se entre o nomeado e seus irmãos se o prazo deveria ser conferido como *fateusim*, visto que pela disposição do art. 1697.º teria esta natureza já em vida do nomeante, e seria portanto partivel por estimação á morte d'este. Parece-nos pois evidente que a disposição do art. 1698.º foi estabelecida pelo legislador, especialmente para resalvar estes importantissimos direitos, evitando questões

que necessariamente se suscitavam entre o nomeado e seus irmãos, quando só existisse a disposição do art. 1697.º.

Conhecido assum o fim que, em nosso entender, o legislador teve em vista com a disposição contida no art. 1698.º, vamos examinar primeiramente, se as palavras — *reserva do usufructo*, que se lêem no art. citado, podem comprehender o caso, em que o nomeante diz, que *reserva o usufructo para outra pessoa depois da sua morte*; ou se estas palavras da lei se devem entender só do usufructo que o nomeante *reserva para si* enquanto vivo.

‘Nós entendemos que as palavras — *reserva do usufructo*, empregadas no citado art. 1698.º, só podem applicar-se ao caso, em que o nomeante não transfere em sua vida o usufructo, mas o reserva para si.

Na jurisprudencia que vogava no tempo, em que foi promulgado o Código civil, a palavra — *reserva*, em nomeação de prazos, significava só a feita para o nomeante e não qualquer deixa do usufructo a beneficio de terceiro.

E, embora ás vezes alguém em seu testamento dissesse que reservava o usufructo de um prazo para outra pessoa, esta expressão era claramente impropria, e devia entender-se como equivalente a esta — que *deixa ou doa o usufructo de seu prazo a outrem*.

Em conformidade com estas ideias, os praxistas antigos negavam ao nomeante o direito de dispor do usufructo para depois da sua morte a favor de terceiro, diverso do nomeado, limitando esta regra so em algumas hypothèses, e os modernos, comquanto considerassem esse acto como licito, sendo deste numero Correia Telles, todavia não reputavam tal disposição *reserva do usufructo*, como realmente não é, porque quem da ou deixa o usufructo não o reserva.

Em vista do exposto é claro que o legislador não podia tomar a expressão — *reserva do usufructo* do art. 1698.º senão no sentido que lhe damos — de *reserva para o nomeante*, e não — *doação ou deixa de usufructo em*

favor de terceira pessoa; e portanto quem applicasse a disposição do citado artigo a esta ultima hypothese iria contra o espirito da lei e fins do legislador.

Demonstrado, como nos parece estar, que o art. 1698.º se refere só á reserva do usufructo para o nomeante, é claro que a expressão do mesmo artigo — *quando viessem a poder dos nomeados* — se refere ao caso de cessar a reserva por ter fallecido o nomeante, e nunca por ter fallecido um terceiro, a quem foi deixado o usufructo; o que impediu temporariamente que se tivesse remido o usufructo á propriedade do nomeado.

D’aqui concluímos que, se o nomeante de um prazo deixou o usufructo d’elle a sua mulher ou terceiro qualquer, embora diga (impropriamente) que *para ella reserva o usufructo*, este caso não é regulado pela disposição do art. 1698.º, que d’elle não cogitou, mas sim pela regra geral do art. 1697.º, que determina que taes prazos revistam a natureza de fideiussus hereditarios puros em poder dos emphyteutas, que o fôrem ao tempo da promulgação do código. Nem o legislador podia ter em vista aquella hypothese, quando estabeleceu a disposição do art. 1698.º, porque não tinha a salvaguardar alguns direitos adquiridos, o que foi o seu fim principal neste artigo, como acima demonstramos (1). D’este modo demonstrado fica, á saciedade, que, dos proprios termos do art. 1698.º, e do seu significado tecnico e usual, é impropriedade a opinião de Dias Ferreira e Silva Carvalho.

(1) Cit *Revista*, vol v, pag 340 e 341.

2) Os bens indicados no n.º 5 do art. 1109.º

Entre os bens exceptuados da communhão, pela sua natureza especial, temos ainda a considerar os indicados no n.º 5 do art. 1109.º, que são « os vestidos e roupas do uso pessoal dos esposos, e as joias esponsalicias dadas pelo esposo antes do casamento ».

São obvias as razões que justificam estas excepções ao principio da communicabilidade.

A incommunicabilidade dos vestidos e roupas do uso pessoal dos esposos, é devida a necessidade destes objectos e á sua pouca importancia, e a das joias esponsalicias é justificada pela renuncia a ellas que deve presumir se existir no animo do esposo quando presentera a sua prometida.

Além disso, as joias doadas antes do casamento devem considerar-se bens proprios do esposo que as recebeu, por argumento do art. 1183.º do Código Civil, segundo o qual os bens doados tomam a natureza de bens proprios do donatario, seja qual fôr o contracto ante-nupcial.

E' verdade que aquelle artigo se refere ás doações entre casados, mas, onde a mesma razão, a mesma disposição.

Deve notar-se que as joias esponsalicias podem representar a quota mais importante dos bens dos conjuges, sendo que o legislador não limitou o valor dessas joias, ao contrario do que succedia no direito antigo.

3) Os bens doados ou deixados com a clausula da incommunicabilidade.

Egualmente são exceptuados da communhão os bens mencionados no art. 1109.º n.º 2, que são « os bens doados ou ligados com a condição de incommunicabilidade, ou os subrogados em lugar d'elles (1).

Esta excepção fundamenta-se no natural respeito pela vontade do auctor da liberalidade, pois que sendo intenção do doador beneficiar um dos conjuges, com a clausula da não communhão conjugal dos bens transmitidos gratuitamente, devia respeitar-se a sua intenção beneficiadora.

A excepção, a que acabamos de nos referir, não menciona os bens doados por terceiro, nos termos dos artt. 1175.º e segs, e todavia é certo que a doação de bens ou a estipulação de regimen ante nupcial com sujeição a clausula reversiva em favôr do doador ou em favôr de herdeiros dos desposados, não havendo filhos, não produz em regra, a communicabilidade (2). A omissão explica-se porque essas doações são sempre expressas ou na convenção ante-nupcial ou em escriptura publica, celebradas antes do casamento; não tinha, pois, o legislador que se referir a ellas, na parte da lei que se occupa do regimen na falta da estipulação. A reversão, como é sempre expressamente consignada antes do casamento, não esta nos

(1) Em vez de *condição* devia o legislador empregar a expressão *clausula* porquanto a palavra *condição* tem um significado tecnico. Vid. — Sr. Dr. Alves Moreira — *Instituições do Direito Civil*, v. 1 pag. 469.

(2) Vid. artt. 1473.º e seguintes.

casos dos bens transmitidos posteriormente com a condição da incommunicabilidade

A declaração da incommunicabilidade só se tornava necessária para os bens que fossem doados ou deixados posteriormente ao casamento

Estes bens e que careciam duma disposição legal que os excluísse da communhão, já operada ao tempo da successão pelos meros effectos do vinculo conjugal

Como se vê do enunciado da excepção, a incommunicabilidade por condição affecta, não só os bens originariamente doados ou legados, mas também os subrogados ou substituídos em seu lugar

A incommunicabilidade, portanto, não diz respeito só aos bens doados ou legados em especie, e inherente ao valor desses bens.

O artigo citado emprega a expressão — *bens doados e legados* — quando esta palavra tem um significado proprio que se contrapõe a herança.

Entendemos, com o Commentador, que as palavras *bens legados* se devem reputar synonymas de *bens deixados*, cuja extensão juridica abrange o legado e a herança:

4) A metade dos bens do viuvo com descendentes successiveis de matrimonio anterior.

Fundamenta se esta excepção ao principio da communicabilidade de bens no matrimonio, na qual parte das pessoas por quem são doados ou deixados esses bens

O art. 1109.º n.º 4 — onde especialmente o legislador se referia a esta incommunicabilidade — dizendo que « são exceptuadas da communhão as duas terças partes dos bens, que possuir o conyuge, que passar a segundas nupcias, ou

dos que herdar de seus parentes, tendo, de anterior matrimonio, filhos ou outros descendentes » tem de ser completado pelo art. 1235.º onde o legislador determina que « o varão ou a mulher que contrahir segundas nupcias tendo filhos ou outros descendentes successiveis de anterior matrimonio, não podera communicar com o outro conyuge, nem por nenhum titulo doar-lhe, mais do que a terça parte dos bens que tiver ao tempo do casamento ou que tenha a adquirir por doação ou herança de seus ascendentes ou de outros parentes ».

Resulta destes artigos, como já resultava do systema do Codice Civil, que a quota disponivel era apenas um terço dos bens, o decreto de 31 de outubro de 1910 veio, porem, modificar estes principios determinando que a quota disponivel seja a metade dos bens. Devem ser, portanto, modificados estes citados artigos de harmonia com o tambem citado decreto, intendendo-se que apenas e exceptuada da communhão a metade dos bens que possuir o conyuge, que passar a segundas nupcias, tendo filhos ou outros descendentes de anterior matrimonio.

5) Os bens herdados, pelo pae ou mãe viuvos, de filho de matrimonio anterior.

Combinação dos preceitos dos artigos 1109.º n.º 3 e 1236.º do Codice Civil.

Outra excepção ao principio da communicabilidade, fundada na qualidade das pessoas por quem são deixados os bens, é a do n.º 3 do art. 1109.º, que isenta da communhão « os bens herdados pelo pae ou mãe viuvos por morte de filho doutró matrimonio, existindo irmãos germanos do filho fallecido ». Este preceito, para não induzir em erro, carece de ser completado com o do art. 1226.º que deter-

mãa que « se ao varão ou mulher que contrahir segundas nupcias, ficarem, de alguns dos filhos de qualquer dos matrimonios, bens que este filho houvesse herdado de seu fallecido pae ou mãe, e existirem irmãos germanos d'aquelle filho fallecido, a estes pertencera a propriedade dos mesmos bens e o pae ou a mãe só terá o usufructo.

Esta disposição destina-se a evitar que os bens do *conjuje pre-defuncto* venham a passar a filhos do novo *conjuje do sobrevivente*.

E' preciso notar que, por força do art. 1236.º, não são todos os bens que ficam á morte dum filho de anterior matrimonio, aquelles que pertencem em propriedade aos seus irmãos germanos, pertencem-lhes sómente os que elle herdou do pae ou mãe pre-defuncto, e por consequencia, estão isentos da letra do citado artigo, os bens adquiridos pelo finado filho de outra proveniencia, os quaes pertencem logo ao pae ou mãe em propriedade perfeita.

Mas, se apenas os bens herdados directamente do pae ou mãe, em que o binubo só tem usufructo, passam em propriedade para os irmãos germanos do filho fallecido, serão ainda assim incomunicaveis tanto esses bens como aquelles que o finado filho houveira de outra proveniencia que não do pae pre-defuncto e pertencem de pleno dominio ao binubo? Parece dever sustentar-se que o n.º 3 do art. 1109.º só abrange os bens a cuja propriedade os irmãos germanos tem direito, isto e, os bens herdados pelo binubo do filho, e que este herdara do pae pre-defuncto, ou sejam os bens indicados no art. 1236.º São só estes bens que o legislador sujeita a um regimen especial, pois foi seu intuito evitar que os bens do pae pre-defuncto vão pertencer aos filhos de outro leito.

Dada outra interpretação, seriam inúteis, ou pelo menos inexplicaveis, as palavras do n.º 3 do art. 1109.º — *existindo irmãos germanos do filho fallecido* Isto prova que a disposição so se applica quando haja irmãos germanos do filho fallecido.

Excluidos do n.º 3 do art. 1109.º os bens que o filho fallecido herdara de outra proveniencia que não o pae ou mãe pre-defuncto, resta-nos determinar a que regimen ficam sujeitos esses bens

Acceptavel é o parecer do Sr. Dr. Julio de Vilhena opinando que taes bens, pelo que diz respeito á incomunicabilidade, estão sujeitos, por virem de um *parente* do binubo á providencia do art. 1235.º, isto é, são incomunicaveis, mas só por metade. Portanto os bens do art. 1109.º n.º 3 são incomunicaveis em absoluto, emquanto que aquelles a que acabamos de nos referir o são só por metade.

Com esta interpretação restringe-se o n.º 3 do art. 1109.º, que, de uma maneira geral, se refere aos bens herdados pelo pae ou mãe viuvos por morte de filho de anterior matrimonio, sem distinguir a sua proveniencia. Mas, como acabamos de ver, pelo art. 1236.º só os bens herdados de pae ou mãe pre-defuncto estão sujeitos a um regimen especial. No entanto ha graves divergencias na nossa jurisprudencia, entendendo alguns juriconsultos que o n.º 3 do art. 1109.º se refere a todos os bens herdados pelo pae ou mãe viuvos, por morte de filhos de outro matrimonio, seja qual fôr a sua proveniencia.

Quando o bisneto ou trineto volte ao estado de viuvez e nesse estado herda bens d'um filho de anterior matrimonio, esses bens ficam-lhe pertencendo em plena propriedade, ainda que existam irmãos germanos d'esse filho e ainda que o binubo ou trinubo venha a contrahir novo casamento.

E' esta a hypothese que o art. 1109.º n.º 3 prevê.

A disposição do art. 1236.º applica-se ao caso de o binubo, na constancia do novo matrimonio, herdar bens de filhos de anterior matrimonio, pertencendo a este binubo apenas o usufructo d'esses bens, e a propriedade d'elles aos irmãos germanos do filho fallecido. Estes dois artigos tem por fim obstar ao mesmo. a communicação dos bens herdados.

Pelo art. 1236 ° são esses bens incommunicaveis porque apenas pertence ao conjuge binubo o usufructo d'esses bens, que é um direito pessoal, e a propriedade d'elles aos irmãos germanos do filho fallecido.

No caso do art. 1109 ° n.º 3 a incommunicabilidade resulta de que, se esses bens fossem communicaveis, seriam prejudicados os irmãos germanos do filho fallecido, porque entrariam tambem na partilha os filhos de novo matrimonio

Como dizemos o art. 1109 ° n.º 3 applica-se, quando o binubo ou trinubo volte ao estado de viuvez e nesse estado herda bens d'um filho de anterior matrimonio, pertencendo-lhe esses bens em propriedade plena, ainda que existam irmãos germanos d'esse fallecido filho; e esses bens, cuja propriedade se radicou no binubo, ficam-lhe pertencendo em propriedade plena mesmo que case ulteriormente.

Para se negar a propriedade plena ao viuvo, que herda no estado de viuvez, seria necessario que elle nunca tivesse tido essa propriedade, e qual seria o fundamento d'esta asserção? A possibilidade de voltar a casar

O principio fundamental, quanto a nós, nesta melindrosa materia, é que se deve attender ao estado em que o individuo se encontra no momento da abertura da herança. Neste momento adquireu-se a propriedade plena e, se o viuvo posteriormente contrahir novo casamento, não é licito dar-lhe o usufructo dos bens de que elle já adquirira a propriedade, pois que o facto de novo casamento não pode modificar uma situação subjectiva anteriormente concretisada

O que succede, no caso de o viuvo tornar a casar, e que esses bens não se communicam porque estão comprehendidos no caso do art. 1109.º n.º 3 que claramente diz: os bens herdados pelo *pae ou mãe viuvos*

Já se tem pretendido deduzir doutrina contraria á exposta, argumentando-se que o art. 1236 ° se applica tanto

aos bens adquiridos pelo binubo na constancia do segundo matrimonio, como aos havidos por elle de filho do primeiro matrimonio, durante a viuvez, tendo depois contrahido segundo consorcio, porque, esse artigo empregando as palavras — *ficarem bens* — comprehende, pela realisação de condição resolutive, os bens adquiridos pelo binubo antes de casar segunda vez. Este argumento, porém, em nada destroe a nossa opinião

O legislador emprega a expressão — *ficarem bens* — apenas para formular uma hypotese, aliaz possivel e viavel, não havendo nestas palavras condição alguma resolutive, (1) que apenas pode derivar da vontade dos estipulantes.

Deve notar-se que, se o pae ou mãe herda bens do filho de anterior matrimonio, mas já na constancia de novo matrimonio, se voltar ao estado de viuvez não lhe fica pertencendo a propriedade plena desses bens. Explica-se isto porque, no momento da abertura da herança, nos irmãos germanos do filho fallecido, segundo o art. 1236 °, já se tinha radicado a propriedade desses bens, pertencendo apenas ao conjuge sobrevivente o usufructo desses mesmos bens, e tambem pela razão já adduzida que se tinha concretisado uma situação subjectiva.

Tendo relacionado o art. 1109 ° n.º 3 com o art.º 1236 ° não queremos dizer, como ja se tem pretendido, que aquelle se fundamente n este, do exposto claramente resulta que estes artigos preveem hypoteses diversas, applicando se a momentos differentes.

(1) Este argument. envolve até o desconhecimento do conceito da condição resolutive

E' esta uma declaração da vontade pela qual os effectos do negocio juridico produzem se como se elle não fôra condicional, mas esses effectos ficam dependentes da realisação dum facto futuro e incerto, e deixam de produzi-se, considerando-se não effectuado o negocio juridico, no momento em que esse facto se verifica

Vid. Sr. Dr. Guilherme Moreira. *Instituições do Direito Civil* v. I, pag. 176

~~Resumida~~: o art. 1109.º n.º 3 applica-se no caso de o indivíduo herdar bens, no estado de viuvez, de filho de anterior matrimonio, e depois contrahir novo casamento; o art. 1236.º refere-se ao caso de o individuo herdar bens, de filho de matrimonio anterior, já na constancia de ulterior consorcio.

Se um avô passar a segundas nupcias tendo apenas netos e um d'estes fallecen, deixando ao tempo do seu obito irmãos germanos, esse avô succede, não no usufructo, mas na propriedade plena dos bens do neto fallecido, pois o art. 1236.º apenas se refere á hypothese dos bens serem herdados de filhos de anterior matrimonio, e não a hypothese de serem herdados dos netos

O Sr. Dr. Julio de Vilhena sustenta a opinião opposta, entendendo que o art. 1236.º, pela referencia que faz ao art. 1235.º nas palavras — *outros descendentes successores* — comprehende os avós que pela segunda vez se casam.

Parece-nos que o art. 1236.º, porque allude expressamente só a *filhos fallecidos* e a *irmãos germanos*, sem indicar quaesquer palavras que mostrem relação com *netos fallecidos ou irmãos germanos d'elles*, não poderia ter em attenção os netos, bisnetos ou tetranelos, mas sómente os descendentes directos em primeiro grau. Alem d'isso o art. 1236.º apenas se refere ao art. 1235.º pelo que respeita ao varão ou mulher que contrahia segundas nupcias.

Escusado será notar que não obstante o art. 1235.º se referir só ás segundas nupcias, o art. 1236.º comprehende as segundas, terceiras ou quartas nupcias. Esta interpretação é evidentemente permitida pelas palavras do art. 1236.º — *de qualquer dos matrimonios* —, o que vem confirmar ainda que o art. 1236.º só se refere a hypothese do pae ou mãe herdar do filho e não de neto

Determinados os bens que pe'o art. 1109.º são exceptuados da communhão, vamos occupar-nos das dividas do casal para precisarmos os termos em que os bens do casal respondem pelo cumprimento dessas dividas

Dividas dos conjuges

— dividas communicaveis

— dividas incommunicaveis

A doutrina da communhão ficaria imperfeita no Código Civil se, tratando-a dos elementos que compõem o seu activo, esquecesse que era indispensavel attender tambem ao seu passivo.

O legislador considerou as dividas dos conjuges umas, como *incommunicaveis*, isto é, pesando o encargo do seu cumprimento apenas sobre o conjuge que as contrahiu outras como *communicaveis*; isto é, da responsabilidade comum dos conjuges.

Regulando esta materia da communicabilidade e incommunicabilidade das dividas dos conjuges, o legislador attendeu ao momento em que essas dividas foram contrahidas, estabelecendo doutrina diversa conforme a epocha da contrahição, e anterior ao casamento ou já na constancia do matrimonio.

O fim do legislador foi evitar que o patrimonio de um dos conjuges possa ser desfalcado como consequencia de actos só imputaveis ao outro conjuge, e com os quaes o primeiro nada beneficiou, obstando assim a uma possível desharmonia na vida conjugal.

Dividas anteriores ao matrimonio

Estabeleceu o legislador o principio de que as dividas dos esposos, contrahidas anteriormente ao matrimonio, são incommunicaveis (art 1110.º). « A razão justificativa desta disposição é bem clara. As dividas dos esposos anteriores ao matrimonio, não podiam deixar de figurar entre as constitutivas do grupo das incommunicaveis; e já isso succedia no direito anterior, porque seria injustissimo e inqualificavel que os bens de um conyuge fossem consumidos por dividas, que o outro contrahira e de que elle não auferia lucros. O legislador, receoso de que se sofismasse o principio estabelecido no art. 1110.º, e com o fim de obviar ás duvidas que porventura surgissem da literal interpretação das palavras — *anteriores ao matrimonio* — determinou que entre as dividas de essa especie se comprehendiam as resultantes de qualquer factò anterior dos consortes, ainda que a obrigação de pagar só viesse a effectuar-se na constancia do matrimonio (art 1111.º).

Attendeu, portanto, o legislador ao momento em que se realisa o negocio juridico de que a divida é consequencia, e não ao momento em que ella se torna exigivel, porque a obrigação e responsabilidade do devedor derivam da contractão da divida e não do seu vencimento.

É este o fundamento da incommunicabilidade das dividas contrahidas antes do casamento. Sofre este principio, porém, algumas restricções; e assim não são incommunicaveis as dividas anteriores ao matrimonio, quando:

1.º — o outro consorte estiver pessoalmente obrigado ou quizer obrigar-se ao pagamento d'ellas;

2.º — quando tiverem sido applicadas em proveito comum dos conyuges.

No primeiro caso não ha injustiça, porquanto foi *sponte sua* que o outro consorte se obrigou.

No segundo, querendo o legislador evitar que um dos conyuges seja prejudicado por actos de que não beneficiou, cessa, para este caso, esta razão porque essas dividas foram contrahidas em proveito comum dos conyuges, como na hypotese de os nubentes terem adquirido os objectos necessarios para a sua vida em comum.

Querendo um crêdor, na constancia do matrimonio, exigir o pagamento d'uma divida contrahida antes do matrimonio, mas incommunicavel, deve demandar o conyuge devedor e executar somente os bens que este levou para o casal e, neste caso, o pagamento pode effectuar-se no proprio momento em que a divida se vence. Se, porém, não chegarem taes bens para o pagamento integral da divida, está será paga pelos bens que no regime da communhão ainda pertencem ao conyuge devedor, isto é, responde a meação do devedor nos bens communs.

Neste caso, porém, o pagamento já não poderá ser effectuado no momento em que a divida se torna exigivel, não tendo o credor direito a liquidar aquella meação, quer por arrolamento, quer por inventario ou outro meio judicial e pagar-se por ella do seu debito senão depois da dissolução do matrimonio ou havendo separação conjugal (art 1112.º).

A palavra — *separação* — referida no citado art 1112.º, tanto comprehende a separação de bens como a separação de pessoas e bens, visto que o codigo não distingue

Se o conyuge devedor não tiver levado bens para o casal — hypotese alias bem frequente — e houver somente bens adquiridos communs, o credor tem de provar que não existem bens trazidos para o casal pelo conyuge devedor.

e esperar pela dissolução do matrimonio ou pela separação (1).

O simples facto de o conjuge não ter levado bens para o casal não pode antecipar a execução dos bens comuns, a qual ha-de sujeitar-se, a moratoria forçada estabelecida para os credores no art. 1112.º.

Attendendo aos inconvenientes que advinhão ao casal pela antecipada execução da partilha dos bens e que o legislador determinou que a partilha so se podera effectuar apoz a separação de pessoas, e bens, ou so de bens, ou apoz a dissolução do matrimonio.

Dias Ferreira entende, no commentario aos artt. 1110.º-1112.º, que pelo pagamento das dividas contraídas antes do casamento respondem integralmente, na falta ou insufficiencia de bens que o conjuge devedor tenha trazido para o casal, os bens que na constancia do matrimonio advierem ao conjuge devedor por doação, por disposição de ultima vontade, ou por qualquer outro titulo.

Esta doutrina, porem, e insustentavel, pois viola os artt. 1110.º e 1112.º, porque, embora advenham ao casal por intermeçho do conjuge devedor, nem por isso deixam de ser bens comuns, como adquiridos na constancia do matrimonio nos termos do art. 1108.º, e portanto sujeitos, só por metade, ao pagamento das dividas do conjuge devedor.

So quando os bens que na constancia do matrimonio advenham ao conjuge devedor forem dos mencionados no art. 1109.º como exceptuados da communhão, e que taes bens respondem integralmente, porque estão fora da communhão; mas a responsabilidade a que estão sujeitos não lhes provem do art. 1112.º, mas do art. 2360.º, segundo

(1) Relativamente a esta hypothese há ainda uma excepção importante estabelecida no Código Commercial, art. 10.º, a que nos referenciamos.

o qual os bens de qualquer pessoa respondem pelas dividas por ella contraídas

Tambem não se nos afigura defensavel a opinião, seguida por alguns juriconsultos, como Silva Carvalho, de que os bens que adveem ao conjuge devedor na constancia do matrimonio por titulo gratuito, devem responder logo depois de esgotados os trazidos para o casal, pois que, para elles, a expressão — *bens adquiridos* — que se lê no art. 1112.º, tem em direito uma significação restricta abrange apenas os bens adquiridos por titulo oneroso.

Segundo estes escriptores, ha pois, tres categorias de bens que respondem successivamente

- 1.º — os trazidos para o casal pelo conjuge devedor.
- 2.º — os adquiridos na constancia do matrimonio por titulo gratuito
- 3.º — os adquiridos por titulo oneroso na constancia do matrimonio.

Se era condemnavel e destituida de base legal, como observamos, a opinião de Dias Ferreira, esta que ora analysamos tambem o é, pois estabelece tres ordens de bens que respondem successivamente sem haver disposição legal que a tal auctorise, interpretando assim arbitrariamente a expressão — *bens adquiridos* — do art. 1112.º.

O que é certo é que o legislador apenas admite duas ordens de bens que respondem successivamente.

~~1.º — os trazidos para o casal, ou sejam os bens presentes~~

~~2.º — os adquiridos, ou sejam os bens futuros, e estes em regra são communs tambem, não distinguindo o legislador entre os adquiridos a titulo gratuito e a titulo oneroso e, ubi lex non distinguit, nec nos distinguere debemus~~

Para corroborar este nosso modo de ver é particular

mente elucidativo o confronto do art. 1142.º com o art. 1108.º do cod. civil, que nos mostra serem os bens presentes os trazidos para o casal, e os adquiridos na constancia do matrimonio (sem distincção do titulo acquisitivo) os bens futuros. Nada nos auctorisa pois, a admitir uma nova ordem de bens que respondam integralmente pelo cumprimento das dividas contrahidas antes do casamento. Esta doutrina está de harmonia com o art. 1220.º do cod. civil, onde se faz distincção entre bens que o conjuge tiver trazido para o casal, e bens que depois lhe hajam advido.

Sendo incommunicaveis as dividas anteriores ao matrimonio, o seu pagamento deve fazer-se pela forma indicada no art. 1142.º, com a interpretação que lhe acabamos de dar.

Dividas posteriores ao matrimonio.

Acabamos de ver que as dividas anteriores à celebração do matrimonio são, em regra, incommunicaveis podendo, no entanto, em casos excepçionaes, ser communicaveis.

Assim, as dividas que vamos analysar, tambem podem ser communicaveis ou incommunicaveis, attendendo à sua natureza e circumstancias em que foram contrahidas.

D'este modo o legislador começou por considerar communicaveis aquellas dividas que foram contrahidas na constancia do matrimonio, por acto ou contracto de ambos os conjuges, ou pelo marido, com outorga da mulher, ou pela mulher, com autorisação do marido, ou pela mulher só quando o marido esteja ausente ou impedido, se o fim para que a divida foi contrahida não permite que se espere pelo seu regresso, ou pela cessação do impedimento. (artt. 1143.º e 1146.º).

Podem, na constancia do matrimonio, contrahir-se dividas só por um dos conjuges sem outorga do outro; e

sendo diversa a situação juridica do marido e da mulher, no casal, diversas ser tambem as consequencias das dividas assumidas pelo marido ou mulher, conforme a falta de autorisação provem de um ou outro.

D'este modo temos de considerar separadamente a hypothese de a divida ser contrahida pela mulher sem outorga do marido, ou pelo marido sem outorga da mulher.

Não podendo esta obrigar-se sem autorisação do marido — salvo nos casos do cit. art. 1146.º, as dividas que ella contrahir fóra d'esses casos são necessariamente nullas. Porém, se assumidas forem quaesquer obrigações na ausencia ou impedimento do marido, — casos excepçionaes previstos do art. 1116.º — se o fim para que as dividas forem contrahidas não permitir que se espere pelo seu regresso ou pela cessação do impedimento considerar-se-hão como contrahidas com autorisação do marido; porque, dadas essas circumstancias cumulativamente, entende-se que a divida aproveitaria ao marido, e este a ella se obrigaria se materialmente o podesse fazer. A nullidade, proveniente das obrigações assumidas pela mulher sem autorisação do marido não é absoluta, antes relativa sendo que só póde ser invocada por certas pessoas e sanada em certos casos (1).

Temos, pois, que o legislador considerou como communicaveis as dividas a que se referem os artt. 1143.º e 1146.º.

(1) Vid. art. 1200.º e 1201.º, que se applicam à hypothese que tratamos. Assim, por estes artigos, a nullidade só póde ser allegada pelo marido ou por seus herdeiros e representantes e sanada:

1.º — Pela confirmação do marido, não se achando proposta em juizo por terceiro, acção nenhuma a este respeito

2.º — Se não for arguida dentro de um anno, contado desde a dissolução do matrimonio

3.º — Se o acto houver prescripto conforme as regras gerais.

Cumpra agora considerai a hypothese particular de a mullier ser commerciante.

Para exercer os actos relativos ao commercio necessita, como já acentuamos, a autorisação marital, que é geral, e em virtude d'ella pode a mulher praticar validamente todos os actos relativos ao seu trato mercantil, não necessitando de autorisação especial para cada acto no exercicio do seu commercio, (art. 1194.º) e ate podendo, nos termos do art. 16.º do Código Commercial, sem autorisação especial do marido, estar em juizo, empentiar bens mobiliarios e hypotecar os seus bens proprios, não dotaes, contanto que seja por causa do seu trabo.

São, pois, validas as dividas contrahidas pela mulher commerciante, sem autorisação do marido, pois esta está implicita na autorisação geral para commerciar.

Quanto ao marido, sendo diversa a sua situação no casal, não precisando em regra da outorga da mulher para se obrigar, diversas são tambem as consequencias das dividas por ele assumidas sem consentimento da mulher. O facto destas dividas serem communicaveis ou incommunicaveis reside na sua natureza ou circumstancias em que foram contrahidas.

Apenas em casos exceptionaes se exige a outorga da mulher, e as dividas contrahidas pelo marido sem essa outorga não são nulas, mas como se trata de actos praticados sem autorisação da mulher, por taes dividas respondeu, em primeiro lugar, os bens proprios do marido (art. 1114.º) e são communicaveis quando tiverem sido contrahidas em proveito comum dos conjuges. (art. 1114.º § 2.º).

O principio fundamental, que o legislador nesta materia tem em vista é que actos praticados só por um dos conjuges, e que só a elle aproveitam, não devem responder os bens do outro. E' obvio que desaparece esta razão quando a divida seja contrahida em proveito comum.

São communicaveis tambem aquéllas dividas contrahidas pelo marido, na ausencia ou no impedimento da mulher,

quando o fim para que foram contrahidas não permitta que se espere pelo seu regresso, ou pela cessação do impedimento (art. 1114.º § 2.º) semelhante ás dividas contrahidas pela mulher na ausencia ou impedimento do marido.

Consideramos tambem em especial a hypothese do marido ser commerciante, pois esse facto tem importancia na determinação dos bens que hão-de responder pelas dividas.

Assim, segundo o preceituado no art. 15.º do Código Commercial, as dividas provenientes de actos commerciaes contrahidas só pelo marido commerciante, sem outorga da mulher, presumem-se hão applicadas em proveito comum dos conjuges. Vimos já que, quando as dividas contrahidas pelo marido sem outorga da mulher tenham sido applicadas em proveito de ambos os conjuges, são communicaveis, ficando os bens comuns obrigados ao pagamento d'ellas; e declarando o art. 15.º do código commercial que as dividas commerciaes contrahidas pelo marido sem outorga da mulher, se presumem applicadas em proveito de ambos os conjuges, é manifesto que taes dividas são communicaveis.

A mulher pode, porem, evitar que os bens comuns sofram diminuição pelo facto de responderem por dividas pelo marido contrahidas sem sua autorisação: é provar que essas dividas não foram contrahidas em proveito comum, pois o que o art. 15.º do Código Commercial estabelece, é a presunção de que essas dividas são applicadas em proveito de ambos os conjuges, não querendo isso dizer que elas serão sempre pagas pelos bens comuns.

Ainda relativamente as dividas a que se refere o corpo do art. 1114.º do Código Civil, isto é, ás contrahidas pelo marido sem outorga da mulher, pode dar se o caso de os bens proprios, que em primeiro lugar por elas respondem serem insufficientes para o integral pagamento da divida, nessa hypothese, dispõe o § 1.º do mesmo art. 1114.º que, na falta de bens proprios do marido, (e necessariamente

quando esses bens se esgotem), serão as mesmas dívidas pagas pela meação d'elle nos bens comuns, mas só podendo neste caso effectuar-se o pagamento depois de dissolvido o matrimonio ou da separação de bens entre os conjuges (1). E' evidente que, nos termos d'esta disposição, o credor não pode, logo que a dívida se vence, executar a meação do conjuge devedor nos bens comuns, tendo de esperar pela dissolução do matrimonio ou pela separação.

Devemos referir, porem, a excepção que ao § 1.º do art 1114.º do Código Civil é estabelecida no art. 10.º do Código Commercial, o qual da aos credores, quando se tratar de dívidas commerciaes do marido, que tenham de ser pagas pela meação d'elle nos bens comuns, o direito de pagarem por essa meação, antes da dissolução do matrimonio ou da separação; mas nesse caso a mulher tem de ser citada para, querendo, requerer separação judicial de bens no decurso posterior á penhora (2).

Uma grave incoherencia se nota, porem, neste assumpto. Ao passo que as dívidas commerciaes do marido se tornam exigíveis no seu vencimento, podendo executar-se a meação dos bens comuns, independentemente de dissolução do matrimonio ou de haver separação, em virtude do preceito consignado no art. 10.º do Código Commercial, as dívidas commerciaes da mulher que houverem de ser pagas pela sua meação nos comuns, só o podem ser depois da dissolução do matrimonio ou da separação, porque

(1) No systema do código o matrimonio só se dissolvia por morte de um dos conjuges ou pela anulação do casamento. Hoje porém, pelo decreto de 3 de novembro de 1910, o casamento dissolve-se tambem pelo divorcia, que pode ser litigioso e por mutuo consentimento.

(2) Ainda que o devedor não seja commerciante, a natureza commercial da dívida tem influencia sobre a epocha em que ella pode ser exigida, sendo que a dívida pode ser commercial, embora o marido não seja commerciante.

a excepção que o art. 10.º do Código Commercial faz ao § 1.º do art. 1114.º do Código Civil só se refere as dívidas commercias do marido. O Sr. Dr. Guimarães Pedrosa quiz salvar o código d'esta incoherencia, propondo na comissão de legislação commercial da camara dos deputados que «visto ter sido acente a doutrina do art. 11.º e seu parágrafo, a doutrina se tornasse extensiva ás obrigações commerciaes da mulher casada contrahidas antes do casamento». Mas a comissão regeitou esta proposta, continuando, pois, em vigor, relativamente a mulher, a moratoria do art. 1112.º.

Tambem a presumpção do art. 15.º do código commercial so é estabelecida em relação as dívidas contrahidas pelo marido e não em relação as dívidas da mulher. Mas, porque não havia circumstancia identica à do art. 10.º do código commercial, isto é, porque não houve proposta regeitada, já tem pretendido sustentar-se a opinião de que a presumpção do art. 15.º se applica tambem ás dívidas commerciaes da mulher.

Para isso allega-se a identidade de razão, o principio *ubi commodum ibi incommodum*, e ainda as necessidades do credito commercial da mulher, que se poderia vêr embaraçada com a falta de capitães.

Mas a solução negativa impõe-se. Nós entendemos que o art. 15.º do código commercial não se applica ás dívidas commerciaes da mulher, não só pela sua propria letra, que se refere só ás dívidas do marido commerciante, como tambem pela circumstancia do art. 10.º do mesmo código commercial, vir sancionar a desigualdade em relação ao marido e á mulher, permitindo *somente* aos credores do marido commerciante, que se paguem pela meação d'elle nos bens comuns, ainda antes da separação judicial entre os conjuges ou da dissolução do matrimonio.

E nem havia necessidade de estabelecer, para a mulher commerciante, a presumpção de que são em proveito comum as dívidas por ella contrahidas. Só se justifica

que a lei estabeleça essa presumpção quanto ás dividas do marido comerciante, pela situação diversa que no caso occupam marido e mulher. Com effeito, necessitando a mulher de auctorisação geral do marido para commerciar, não precisando de auctorisação especial para qualquer acto emergente do seu tracto mercantil, entende-se evidentemente, e isso independentemente de qualquer declaração do legislador que as dividas commerciaes contrahidas pela mulher, são em proveito comum do casal.

E, porque o marido não necessita de auctorisação da mulher para exercer commercio, é que era necessario a presumpção legal de que as dividas commerciaes por elle contrahidas, o eram em proveito comum.

Já notámos anteriormente que, nos termos do art. 1114.º e § 1.º do código civil, quando as dividas sejam contrahidas na constancia do matrimonio, pelo marido sem outorga da mulher, respondem por essas dividas os bens proprios do marido, e na falta ou insufficiencia de bens proprios, responde a meação d'elle nos bens comuns.

Vimos tambem que, caso o marido seja commerciante, e estabelecendo o art. 15.º do código commercial a presumpção de que as dividas por elle contrahidas o foram em proveito comum, era necessario que a mulher viesse illudida essa presumpção, para serem poupados os seus bens communs; que, mesmo não sendo o marido commerciante, mas havendo revertido a divida em beneficio comum do casal, ou ainda no caso de a mulher estar ausente ou impedida, não permitindo o fim para que foram contrahidas as dividas que se espere pelo seu regresso ou pela cessação do impedimento, respondem pelo pagamento os bens communs.

Mas no primeiro caso, ou quando a mulher illida a presumpção, poderão responder tambem todos os bens mobiliarios do casal?

Eis uma questão que a nossa jurisprudencia ainda não conseguiu liquidar.

Uma pleiade de escriptores illustres tem sustentado a

opinião de que os referidos bens mobiliarios respondem integralmente pelas dividas contrahidas pelo marido sem outorga da mulher, argumentando com a faculdade que o art. 1118.º dá ao marido de dispôr livremente dos bens mobiliarios do casal, e assim, dizem, se o marido pode alienar esses bens, deve igualmente poder obriga-los (pois quem pode o mais pode o menos), respondendo portanto integralmente esses bens pelas dividas contrahidas sem outorga da mulher. Invocam ainda o art. 2360.º do código civil, segundo o qual quem contrahe uma divida, ipso facto sujeita ao seu pagamento os bens de que pode dispôr (1).

Mas a doutrina oposta tem sido confirmada pela pratica dos tribunaes, e e defendida pelo illustre comentador do cod. civil.

Nós perfilhamos a doutrina intermedia defendida pelo sr. dr. Eduardo Saldanha, segundo o qual em ambas as opiniões ha alguma coisa que desprezar e alguma coisa que aproveitar. Considera o sr. dr. Saldanha duas hypotheseas. A primeira e a de o marido obligar directamente ao pagamento da divida todos os bens mobiliarios do casal, ou só parte dellas, hypothese em que esses bens ficam sujeitos ao pagamento da divida assim contrahida, não podendo a mulher oppôr-se á sua execução, como não poderia obstar a venda que o marido delles quizesse fazer.

A segunda hypothese é a de o marido não ter usado daquellas faculdades (que lhe eram dadas pelo art. 1118.º), e nesse caso nós so temos de ver nos mobiliarios bens communs, visto que o art. 1114.º não faz a distincção entre bens mobiliarios e bens communs, podendo portanto a mulher oppôr-se á execução sobre metade dos bens mobiliarios do casal.

(1) Revista de Legislação, vol 14 pag 253 e 254. Direito, anno 3.º, pag 116 e anno 4.º, pag 97.

Debalde se invocará em abono da doutrina oposta a disposição do art. 2360.º do código civil, pois que, como observa o sr. dr. Saldanha, se a mulher pudesse provar que o marido, ao contrahir uma obrigação qualquer, obriga ao seu cumprimento todos os bens de que pode dispôr, igualmente concluiríamos que ninguem pode praticar actos de disposição depois de se ter obrigado, visto que com elles iria frustrar as bem fundadas esperanças do credor. Inutilmente — acrescenta o sr. dr. Saldanha — se apelaria para a coherencia do legislador; estamos no estudo d'uma doutrina em que a sua incoherencia e volubildade são manifestas.

Para evitar estas duvidas e que, no seio da comissão de legislação da camara dos pares, o Sr. Dr. Fernandes Vaz propunha que ás palavras do art. 10.º do código commercial — *pela meação d'elle nos bens comuns* —, se acrescentasse o qualitativo — *immobiliarios* —, ou então se dissesse — *pela meação d'elle em quaesquer bens comuns*.

Mas a verdade é que nem o additamento nem a substituição foram accetees.

Affigura-se-nos bem estabelecida a distincção de hypotheses do dr. Eduardo Saldanha, no meio das dividas da jurisprudencia patria sobre a expressão — *bens comuns* — do art. 1114.º, § 1.º do código civil, expressão que, no nosso entender, comprehende tanto os bens immobiliarios como os mobiliarios.

Podendo a mulher recorrer ao poder judicial quando o marido lherecuse a autorisação para ella se obrigar, cumpre determinar ainda a natureza das dividas que a mulher contrahe, no caso de supprimento judicial da auctorisação marital. Taes dividas são, em principio incommunicaveis, só devendo considerar se como communicaveis quando contrahidas em proveito comum dos conjuges: é o que se infere do art. 1199 do código Civil, onde se diz que, no caso de supprimento de auctorisação, o marido só res-

ponde pelos actos da mulher que procederem de obrigações comuns ou reverterem em beneficio comum.

A auctorisação judicial não tem, pois, a força de sujeitar o marido ás dividas para as quaes terminantemente recusara o seu consentimento; por ellas respondem apenas os bens proprios da mulher.

São também incommunicaveis, tanto em relação ao marido, como em relação á mulher, as dividas provenientes de crimes (como multas e castas) ou de factos illicitos (como as dividas de jogo), praticados por alguns dos conjuges (art. 1115.º n.º 1.º), e isto porque são pessoas e não devem prejudicar o innocente.

Umae as outras dividas obrigam os bens proprios do conjuge criminoso ou culpado, assim como a sua meação nos bens comuns nos termos do § 4.º do art. 1114.º do código civil.

Finalmente são incommunicaveis ainda, nos termos do referido art. 1115.º n.º 2.º, as dividas que onerarem bens incommunicaveis, pois se assim não fosse seria indevidamente prejudicado o consorte do conjuge devedor, o qual soffreria encargos alheios sem a compensação de lucro na massa que esses encargos affectam. Mas esta incommunicabilidade é só referente ao capital das dividas e ainda aos juros vencidos antes do casamento, visto que nem aquelle nem estes o aproveitaram ao consorte do devedor.

Assim o n.º 2.º do mencionado art. 1115.º diz que são incommunicaveis as dividas que onerem bens incommunicaveis, não sendo juros, fóros, censos ou quinhões, vencidos depois da adquisição d'esses bens, pois as dividas de juros etc, são pagas pelos rendimentos comuns. São dividas incommunicaveis nos termos do n.º 2.º do art. 1115.º, por exemplo, as que affectarem os bens do doados com a clausula da incommunicabilidade.

O pagamento de taes dividas faz-se nos termos do art. 1114.º § 1.º, isto é, são pagas pelos bens proprios do conjuge devedor, e na falta d'elles, pela sua meação nos bens

comuns, tendo, porém, neste caso, de se esperar pela dissolução do matrimonio ou pela separação entre os conjuges.

Meio por que o conjuje se pode oppor á execução nos bens comuns

Fazendo-se o pagamento de divida contractualida só por um dos conjuges e pela meação só depois da dissolução do matrimonio ou da separação — e isto em relação ás dividas anteriores, quer as posteriores a celebração do matrimonio — o que normalmente succede, desde que os credôres, antes d'essa dissolução ou separação, venham exigir o seu credito, executando os bens comuns, o conjuje não devedor ficaria gravemente prejudicado, se não se lhe reconhecesse o direito de se oppor a que essa execução se-guisse os seus termos

O meio que tem para obstar a execução judicial na meação dos bens comuns, é o processo de embargos de terceiro, os quaes nos termos do Código de Processo Civil (art. 922.º e seg.), devem ser deduzidos antes da adjudicação definitiva ou da arrematação

Sendo comuns os rendimentos dos bens comuns e dos bens proprios (art. 1109.º § unico), a mulher pode vir com embargos de terceiro oppor-se á execução nos rendimentos dos bens do casal, quer sejam comuns quer proprios.

Os bens mobilarios, por serem communs, só respondem até metade pelas dividas do marido, contractadas sem outorga da mulher, ora os rendimentos dos bens do casal, são por natureza, mobilarios

Relativamente a execução dos rendimentos dos bens do casal e a faculdade de a mulher se oppor a essa execução, contem o art. 1230.º um preceito especial. Nesse artigo se declara que ainda que não haja separação judicial de bens, a mulher terá sempre o direito de embargar de terceiro, sem necessidade de autorisação do marido, qualquer execução feita sobre os rendimentos dos seus bens dotaes ou proprios administrados pelo marido, se por essa execução fôr privada dos necessarios alimentos.

Tem-se discutido se este artigo se applica só á execução que se faça nos bens da mulher para pagamento de dividas contractadas pelo marido sem outorga d'ella, se tambem ás contractadas por ambos os conjuges ou por ella sómente.

Estas duvidas derivam do confronto entre os artt. 1230.º e 1129.º, torna, este artigo, responsaveis todos os bens proprios da mulher pelas obrigações que ella contractou autorizada pelo marido. Ha uma flagrante contradicção entre o art. 1230.º e o art. 1129.º. Ao passo que aquelle artigo permite á mulher o embargo da execução pendente sob o rendimento dos bens proprios, este não lhe concede o direito de embargar a execução no casco dos seus bens proprios, e dava se a circumstancia extranhavel de que os rendimentos não eram penhoraveis, sendo o os bens donde elles provinham.

O confronto d'estas disposições não nos autorisa a restringir o art. 1230.º á hypothese de dividas contractadas pelo marido sem outorga da mulher, porque o art. 1230.º é expresso em referir-se aos rendimentos em geral dos bens dotaes ou proprios e usa da expressão — *terá sempre*, — e, referindo-se d'uma forma geral a *qualquer execução*, tanto abrange as dividas contractadas sem autorisação da mulher como ás contractadas com sua autorisação; e deve notar-se com Dias Ferreira, que a mulher pode embargar, sem a prova de que a execução lhe prejudica os alimentos, aquella

acção que fôr intentada por causa de dividas que só o marido contrahiu.»

E não havia portanto a necessidade do preceito do art. 1230.º para esta hypotese.

Dominio e posse dos bens communs

Direitos do marido relativamente aos bens mobiliarios do Casal.

Analyse do art 1118.º do Codigo Civil.

Restricções ao principio ahí formulado — art. 1480.º e 1471.º do Codigo Civil.

Nos termos do art 1117.º, a ambos os conjuges pertence o dominio e posse dos bens comuns e todos os direitos comprehendidos no direito de propriedade e, como tal tem o direito de fruição, que se decompõe em outros direitos, um dos quaes o de roter, possuir, e a faculdade de os aplicar á conservação da sua existencia e ao melhoramento da sua condição, pertencendo-lhe por igual taes direitos emquanto subsistir o regimen da comunhão

Contudo a administração dos bens do casal pertence ao marido, sem excepção dos proprios da mulher, sendo elle o administrador legal de taes bens. E nem pode a mulher privar-o d'essa administração, por convenção antenupcial.

O principal direito comprehendido no dominio e posse e o de alienação, para o estudar-mos, de harmonia com o Codigo Civil, carecemos de recorrer á usual classificação dos bens em mobiliarios e immobiliarios, pois diversas são as normas reguladoras segundo se trata de uns ou d'outros

1) Mobilarios

O marido pode dispor livremente dos bens mobiliarios do casal (art. 1118.º), e em virtude d'isso, alienar por qualquer titulo esta especie de bens, mas, se, sem consentimento da mulher, os alhear ou obrigar por contractos gratuitos, será a importancia dos bens assim alheados, levada em conta na sua meação. (Citado art 1118.º). Esta disposição diz respeito aos mobiliarios comuns, como resulta do art. 1128.º.

Notaremos que a alienação de bens mobiliarios pelo marido, pode fazer-se a titulo oneroso ou gratuito. Neste ultimo caso, a exemplo da legislação anterior, o Codigo Civil, não annullando a disposição dos bens mobiliarios comuns, feita pelo marido a titulo gratuito, sem consentimento da mulher, estabelece contudo como consequencia que a importancia dos bens assim alheados seja levada em conta na sua meação

E seria injusto que assim não fosse, porquanto o marido, alheando esses bens, podia desfalcár o patrimonio da mulher, praticando um acto de que resultou prejuizo para o casal. Quanto ás alienações a titulo oneroso, não são ellas levadas em conta na meação do marido, porque este ao realisar a alienação, natural era que tivesse em vista fins lucrativos, e a saluda dos bens do casal é compensada pelo seu preço ou pelos subrogados em lugar d'elles, e a mulher participa d'elles porque são communicaveis

Este principio do art. 1118.º da validade da disposição dos mobiliarios comuns, sobre o caso das alienações a titulo gratuito, tem duas excepções: uma, que é a constante do art 1480.º, que restringe ao marido a faculdade que lhe attribue o art. 1118.º de dispor validamente por

título gratuito de taes bens, outra que é a exarada no art 1471º que modifica a consequencia, que do art. 1418º deriva, dos actos gratuitos, praticados pelo marido, sem outorga da mulher.

Na realidade, o art 1480º, determina que «são nullas as doações feitas por homem casado á sua concubina.» (1)

Esta nullidade, porém, é apenas relativa, e so pode ser pedida pela mulher ou pelos herdeiros legitimarios d'ella, não podendo todavia a respectiva acção ser intentada senão dentro de dois annos depois de dissolvido o matrimonio. Não significa isto que a nullidade não possa ser pedida antes da dissolução do matrimonio, o que o legislador quiz declarar e que, depois d'essa dissolução, so poderia ser invocada dentro de dois annos.

Esta prohibição de doar as suas barregãs, imposta aos homens casados, era já do antigo direito.

O jurisconsulto *Dias Ferreira*, não obstante a clareza de redacção do art. 1480º, julga irrevocavel a doação feita á concubina por um homem casado com autorisação da mulher, baseando se em que se presume nesta o perdão da affronta recebida pelas relações illicitas do marido, e em todo o caso, importa a renuncia da mulher ao seu direito.

Não obstante a opinião autorizada do Comentador, affigurasse nos inadmissivel a sua doutrina, em virtude do preceito generico do art. 1480º, que fulmina de nullidade todas as doações do homem casado a sua concubina, sem distinguir se ellas foram ou não autorizadas pela mulher.

Ora não é a autorisação da mulher — que até podia ser dada inconscientemente — que pode validar a acção nula do marido em taes doações, destruindo o principio do art. 1480º. O que se pode sustentar é que a mulher pode

(1) Claramente se vé que esta disposição é uma restrição ao art 1418º, visto que ha pessoas a quem o marido não póde fazer doações de bens mobilarios

renunciár ao seu direito de rescindir a doação, mas nunca que esta é irrevocavel. Renunciando, porém, a mulher a intentar a acção de rescisão da doação, podem fazerlo os seus herdeiros legitimarios, não tendo ate para isso de esperar pela morte da mulher, visto que a acção anulatoria é facultada, como ja o era no antigo direito, simultaneamente e não successivamente, como se depreende da disjunctiva, — *ou dos herdeiros legitimarios dela* — empregada pelo art 1480º.

Portanto, quando a mulher autorise a doação, fica impedida de pedir a rescisão, não o ficando porém, os seus herdeiros legitimarios. A disposição do art 1480º, encerra evidentemente um principio de moralisação social, que, como diz Silva Carvalho, para muito acima da ingenuidade asquerosa da mulher a qual, alem de esquecer uma affronta á sua dignidade, o que é muito, ainda condescende em locupletar a amante do marido, o que e demais.

A segunda restricção ao principio do art. 1418º é a do art 1471º, pelo qual não são levadas em conta na meação do marido as doações de moveis ou dinheiro, feitas por ele sem consentimento da mulher, quando são apenas remuneratorias ou de pouca importancia.

Esta disposição, que faltava no projecto primitivo doCodigo, foi introduzida pela Comissão Revisora, e justifica-se pela necessidade de não privar o marido de certas liberalidades, que são obrigatorias ao administrador d'um casal, e muitas vezes proveitosas a este pela retribuição que occasionam. No caso de se levantarem duvidas sobre se as doações são de pequeno valor, quem determina o limite d'essas doações é o prudente arbitrio do Juiz. Na doação de maior valor, só é imputavel ao marido o excedente da importancia autorizada pelo art 1471, sendo ainda o Juiz quem, em face das circumstancias deve fixar esse excesso,

Já vimos que a mulher, quanto á alienação de bens, não tem os mesmos direitos que o marido, porque não pode dispor de quaesquer bens sem autorisação do marido.

titulo gratuito de taes bens, outra que é a exarada no art 1471°. que modifica a consequencia, que do art. 1118° deriva, dos actos gratuitos, praticados pelo marido, sem outorga da mulher.

Na realidade, o art 1480°, determina que «são nullas as doações feitas por homem casado a sua concubina.» (1)

Esta nullidade, porém, e apenas relativa, e so pode ser pedida pela mulher ou pelos herdeiros legitimarios d'ella, não podendo todavia a respectiva acção ser intentada senão dentro de dois annos depois de dissolvido o matrimonio. Não significa isto que a nullidade não possa ser pedida antes da dissolução do matrimonio, o que o legislador quiz declarar e que, depois d'essa dissolução, so poderia ser invocada dentro de dois annos.

Esta prohibição de doar as suas bariégãs, imposta aos homens casados, era já do antigo direito.

O jurisconsulto *Dias Ferreira*, não obstante a clareza de redacção do art. 1480°, julga rescindivel a doação feita á concubina por um homem casado com autorisação da mulher, baseando-se em que se presume nesta o perdão da affronta recebida pelas relações illicitas do marido, e em todo o caso, importa a renuncia da mulher ao seu direito.

Não obstante a opinião autorizada do Comentador, affigurasse nos inadmissivel a sua doutrina, em virtude do preceito generico do art. 1480°, que fulmina de nullidade todas as doações do homem casado a sua concubina, sem distinguir se ellas foram ou não autorizadas pela mulher.

Ora não é a autorisação da mulher — que até podia ser dada inconscientemente — que pode validar a acção nula do marido em taes doações, deslindando o principio do art. 1480°. O que se pode sustentar é que a mulher pode

(1) Claramente se vê que esta disposição é uma restrição ao art 1118°, visto que ha pessoas a quem o marido não pôde fazer doações de bens mobiliarios

renunciár ao seu direito de rescindir a doação, mas nunca que esta e rescindivel. Renunciando, porém, a mulher á intentar a acção de rescisão da doação, podem faze-lo os seus herdeiros legitimarios, não tendo ate para isso de esperar pela morte da mulher, visto que a acção anulatoria é facultada, como já o era no antigo direito, simultaneamente e não sucessivamente, como se depreende da disjunctiva, — *ou dos herdeiros legitimarios dela* — empregada pelo art 1480°.

Portanto, quando a mulher autorise a doação, fica impedida de pedir a rescisão, não o ficando porém, os seus herdeiros legitimarios. A disposição do art 1480°, encerra evidentemente um principio de moralisação social, que, como diz Silva Carvalho, para muito acima da indulgencia asquerosa da mulher a qual, alem de esquecer uma afronta á sua dignidade, o que é muito, ainda condescende em locupletar a amante do marido, o que é demais.

A segunda restricção ao principio do art. 1118° e a do art 1471°, pelo qual não são levadas em conta na meação do marido as doações de moveis ou dinheiro, feitas por ele sem consentimento da mulher, quando são apenas remuneratorias ou de pouca importancia.

Esta disposição, que faltava no projecto primitivo doCodigo, foi introduzida pela Comissão Revisora, e justifica-se pela necessidade de não privar o marido de certas liberalidades, que são obrigatorias ao administrador d'um casal, e muitas vezes proveitosas a este pela retribuição que occasionam. No caso de se levantarem daviidas sobre se as doações são de pequeno valor, quem determina o limite d'essas doações e o prudente arbitrio do Juiz. Na doação de maior valor, só é imputavel ao marido o excedente da importancia autorizada pelo art. 1471, sendo ainda o Juiz quem, em face das circumstancias, deve fixar esse excesso.

Ja vimos que a mulher, quanto a alienação de bens, não tem os mesmos direitos que o marido, porque não pode dispor de quaesquer bens sem autorisação do marido.

Não só esta proibição é expressa, — art. 1193 ° — (1), como também se deduz do art. 1128.º, que invoca a faculdade concedida do marido no art. 1118 ° para o caso de haver bens mobiliarios separados da comunhão. A nulidade resultante das alienações feitas pela mulher sem autorização do marido, é relativa, e só pode ser alegada pelo marido, seus herdeiros ou representantes (art. 1200 °) Só emquanto se mantem a sociedade conjugal e que dura a comunhão, durante a qual não podem os conjuges fazer partilha dos bens.

Mas, pela separação dos conjuges, a disposição dos bens mobiliarios, que a cada um pertenceram, é lhes permitida livremente (art. 1215.º).

Para os actos de disposição que os conjuges separados façam dos bens mobiliarios, só ha os limites que derivam dos direitos dos filhos, e assim taes actos estão sujeitos á revogação por infidelidade

2) Imobiliarios

Alienação dos bens imobiliarios do casal. Art. 1119.º e 1191 do Código Civil.

Quanto aos bens immobiliarios, os conjuges não tem os mesmos direitos que em relação aos mobiliarios, no regimen da comunhão, porque, no sistema do Código, a alienação dos immobiliarios, é cercada de garantias especiaes

Assim «os bens immobiliarios, quer sejam proprios de

(1) Este artigo applica-se a todos os regimens de bens

algum dos conjuges, que sejam comuns, não podem ser alheados, ou obrigados por qualquer forma, sem consentimento e acordo comum.» (art. 1119)

Resulta desta disposição que o marido não pode só por si, sem autorização da mulher, alienar ou obrigar os bens immobiliarios do casal, porem, se a mulher indevidamente recusar o seu consentimento, essa falta pode ser suprida judicialmente (art. 1119 § unico) Cumpre fazer referencia ao art. 1191.º, que se applica a qualquer regimen matrimonial, onde se estabelece doutrina identica á do art. 1119.º, prevendo, no entantoo legislador a hipotese especial da mulher estar impossibilitada para dar a sua outorga. Vê-se, pois, que o suprimento judicial tem logar, não só quando a mulher recuse a autorização, como também quando esteja impossibilitada para a dar Refere-se o art. 1119.º aos bens proprios e comuns. São diversos, porem, os efeitos que derivam da alheação ou obrigação (1) feitas pelo marido, sem autorização da mulher, conforme os bens são comuns ou proprios

As alienações ou obrigações de bens proprios ou comuns, importam nulidade, que é também relativa; divergem, porem, quanto ás pessoas e condições em que pode pedir-se a anulação

Assum, nos termos do art. 1191 ° § 2.º «as alienações de bens proprios, feitas pelo marido, sem outorga da mulher, só podem ser anuladas a requerimento desta ou de seus herdeiros, quando se verificarem cumulativamente a circumstancia de o marido estar constituído em responsabilidade para com ela ou para com eles, e de não ter outros bens pelos quaes responda.

(1) Dissemos obrigação, posto o art. 1191 ° trate apenas da alienação, não sómente porque, quem não pode alienar não pode hipotecar, art. 894.º, mas ainda porque o art. 1191.º, applicavel a qualquer regimen, é o complemento do art. 1119.º, o qual diz respeito a aquellos dois actos.

Tratando se de alienações de bens comuns, a mulher, ou os seus herdeiros, ou os herdeiros legitimarios do marido, poderão em todo o caso, requerer que sejam anuladas (art. 1191.º § 3.º), não se exigindo, deste modo, as circumstancias do § 2.º do art. 1191.º. Este §, referindo se a hipotese da alienação de bens imobiliarios proprios, refere-se apenas á alienação de bens proprios do marido, como se deduz das condições que no mesmo § se exigem para que a mulher ou seus herdeiros possam pedir a anulação, e ainda dos trabalhos da comissão revisora (1) Nem outra interpretação se lhe podia dar porque, a alienação dos bens proprios da mulher, feita sem acordo dela, seria juridicamente inexistente, pois ninguém pode dispor do que lhe não pertence

Como consequencia do dominio e posse pertencer a ambos os conjuges, o art. 1766.º determina que os casados segundo o regimen da communhão geral de bens não podem dispor, por morte, de determinados bens do casal, quer mobiliarios, quer imobiliarios, sujeitos a communhão, salvo se esses bens lhe tocarem em partilha,

(1) Na sessão da Comissão Revisora de 20 de janeiro de 1862, presidida pelo sr. Vicente Férrei, discutiu-se o § unico do art. 1201.º, resolvendo se que ele formasse o § 2.º do art. 1237.º, que era o correspondente ao art. 1191.º do Código Civil e declarando se que ficasse limitado aos bens proprios do marido,

A alienação dos bens imobiliarios, quando haja separação judicial dos conjuges.

Art. 1216.º do Código Civil

Quando haja separação judicial entre os conjuges, cada um destes não tem os mesmos direitos relativamente aos bens mobiliarios e imobiliarios que ficam pertencendo a cada um dos conjuges depois da separação

Assim, os conjuges separados judicialmente podem dispor livremente dos bens mobiliarios que depois da separação pertencerem a cada um deles, salvo o direito dos filhos (art. 1215.º) Para que o conjuge casado, segundo o regimen da communhão, ou segundo outro regimen, mas judicialmente separado, possa dispor entre vivos, dos bens imobiliarios que pela separação lhe pertenceram, é preciso o consentimento do outro conjuge ou o suprimento judicial desse consentimento por justo motivo (art. 1216.º).

Referindo se este artigo a bens que ficam pertencendo a cada um dos conjuges, parece dever entender-se que a restricção se não applica aos bens que, depois da separação qualquer dos conjuges venha a adquirir, isto é, a disposição dos imobiliarios comprados por um dos conjuges depois de decretada a separação, pode ser feita independentemente do consentimento do outro e do suprimento judicial. Aquele preceito prohibitivo da disposição dos imobiliarios, que é o do art. 1216.º, tinha uma excepção importante: na hipotese do art. 1210.º § unico, a mulher adúltera não gosava do direito a separação de bens e apenas tinha direito a alimentos. Hoje, porém, em face da moderna legislação sobre a separação e familia, o § unico do art. 1210.º está expressamente revogado pelo art. 30.º do Decreto de 3 de novembro de 1910 (Lei do divórcio).

Actualmente ha duas especies de separação. a simples separação judicial de bens e a separação de pessoas e bens, porque da separação de pessoas deriva necessariamente a de bens (art. 1210.º)

A simples separação judicial de bens, dá á mulher a livre administração dos seus bens (art. 1223.º), a separação de pessoas e bens produz uma interrupção mais profunda na sociedade conjugal, dando origem a uma especie de dissolução, mas não quebra todos os vinculos entre os conjuges. Segundo o art. 1211.º, em todos os casos em que se dê a separação de bens, proceder-se ha a inventario e partilha, como se o casamento estivesse dissolvido.

Embora esta disposição seja comum ás duas especies de separação, a separação de pessoas e bens, no entanto, produz, como dissemos, uma interrupção mais profunda na sociedade conjugal, pois torna incommunicaveis os prejuizos que soffia qualquer dos conjuges e o augmento dos seus patrimonios, visto entender-se que os conjuges renunciavam á communhão desde a apresentação em juizo do requerimento para a separação, se esta vier a realisar-se (art. 1222.º)

Basta recordar que, para demonstrar que a separação de pessoas e bens não quebra por completo os vinculos entre os conjuges, o art. 1216.º, a que já nos referimos, exige para a disposição *inter vivos* dos bens imobiliarios, que os conjuges procedam como se não estivessem separados, isto é, necessitam do recipro consentimento ou do seu supprimento judicial por justo motivo.

O contrario ja tem pretendido sustentar-se, argumentando-se que, os art. 1564.º e 1594.º, relativamente a venda e á troca, permitem que os conjuges estando judicialmente separados de pessoas e bens, disponham sem consentimento um do outro, de bens imobiliarios. É infundamentada esta doutrina, pois o art. 1564.º diz que « não podem comprar nem vender *reciprocamente* os casados, excepto achando se judicialmente separados de pessoas e bens,

restringindo assim o preceito aos conjuges, deste modo, claro é que aquella faculdade e apenas attribuida aos proprios conjuges separados e não, como erradamente se pretende deluzir, a venda feitas pelos conjuges a terceiros.

Comprehende-se que a alienação por compra e venda ou por troca, admitida nos dois supra — citados artigos, só é dispensada do consentimento quando se dê entre os conjuges, e assim desaparece qualquer difficuldade na combinação do art. 1216.º com os referidos artigos, visto que um conjuge comprando ao consorte, autorisa *ipso facto* a venda que lhe fez o outro.

Sendo esta a explicação da excepção do art. 1564.º, no entanto, pode duvidar se se, tratando se de outro acto que não compra e venda ou troca, celebrado reciprocamente entre os conjuges, e que envolva disposição de bens imobiliarios, a circumstancia de o acto ser celebrado com o outro conjuge envolve implicitamente a autorisação. Affigura-se-nos impôr-se a solução affirmativa, pois que as palavras, — *disposição entre vivos* — do art. 1216.º, se referem não só ás doações com immediata transferencia do dominio, mas tambem a qualquer forma, gratuita ou onerosa, translativa de dominio em vida, equivalendo a palavra — *disposição* — á expressão generica — *alienação*.

A demais o art. 1216.º, exigindo a autorisação do outro conjuge, não declara a forma como ella deve ser prestada, intendendo-se assim, segundo os principios geraes de direito, que essa autorisação tanto pode ser dada expressamente, isto é, por palavras ou por escripto, como tacitamente, isto é, por factos donde necessariamente se deduzza.

Como o art. 1216.º não se refere á aquisição de bens, qualquer dos conjuges separados pode validamente adquirir bens, e os bens assim comprados, ou seja por um dos conjuges ao outro, ou seja a terceiro, não se communicam, nem mesmo no regimen da communhão, pois foram adquiridos depois da separação.

Já dissemos que a mulher casada não pode, sem autorisação do marido, adquirir ou alienar bens, nem contrair obrigações, (art. 1193.º e 1216.º).

Mas, se, não obstante o preceito do art. 1216.º, a mulher separada judicialmente de pessoas e bens, vender ou obrigar, sem autorisação do marido, bens imobiliários que lhe tocaram, não lhe é lícito requerer a rescisão da venda por falta d'essa autorisação, porque a nulidade proveniente desta falta, sendo relativa, só pode ser alegada, para que a mulher não colha proveito da própria culpa, pelo marido ou por seus herdeiros e representantes (art. 695.º e 1200.º). (1)

Dias Ferreira, porém, entende que aquelle que negociou com a mulher tem direito a reclamar do casal aquillo com que este se tenha locupletado

Se o acto da mulher for anulado a requerimento do marido, ou de seus herdeiros ou representantes, a opinião do illustre jurisconsulto não oferece duvida; mas, quando o marido ou herdeiros não tenham pedido a anulação, como ha-de esse individuo que negociou com a mulher casada, sem que esta tivesse autorisação marital, poder reclamar, sendo lhe prohibido pedir a nulidade do acto ou contrato, por força dos art. 695.º e 1200.º?

Se hem que o art. 698.º assegure ao individuo que negociou com a mulher a restituição dos valores locupletados, o codigo quando trata da rescisão dos contratos em geral, invoca no art. 701.º, a proposito dos feitos por um conjuge, sem consentimento do outro, as disposições dos art. 1189.º e seg., nas quaes está comprehendido o art. 1200.º.

(1) Este artigo applica se a todo e qualquer regimen de casamento, e portanto tambem ao caso de separação, como se depreende da epigraphe da secção. *Dos direitos e obrigações geraes dos conjugues*

Neste caso terão de observar-se as providencias especiaes. Portanto, a reclamação dos valores com que o casal se locupletou sera inepta sem acção de rescisão, e esta sem a arguição de nulidade do contrato, e so depois de desfeito este a requerimento de pessoa legitima, e que poderá o que contratou com a mulher, reclamar do casal a restituição do que elle conserva ou lhe tem servido de proveito. Se as consequencias destes principios são prejudiciaes para o que negociar com a mulher nestas condições, todos os prejuizos que lhe advenham se devem imputar a sua falta de diligencia.

Consigna a lei, todavia, os meios de sanar a nulidade por falta de autorisação, e são elles, (art. 1201.º):

a) a confirmação do marido, ou expressa ou tacita, não havendo um terceiro proposto em juizo acção alguma a este respeito, porque de outra forma negar se-hia a este o direito, ja adquirido, de discutir a nulidade,

b) a prescripção do direito de argui-la, que se realisa depois de um anno, contado da dissolução do matrimonio; mas esta dissolução, visto tratar-se de alienação praticada por um conjuge, quer vivendo com o outro quer separado judicialmente, e so a que resulta da morte, do divoreio ou da anulação do casamento;

c) a prescripção propria do acto que foi praticado sem autorisação, tal é a dos art. 526.º a 529.º, quanto aos moveis e direitos immobiliarios.

Acceptação e repúdio da herança

Art. 1120.º e 2024.º do cod. civil

Se o marido, sem outorga da mulher, renunciar á herança, essa renuncia não é valida (art. 1120.º), e, portanto, o casal não fica privado da herança.

Relativamente á acceptação, diferente doutrina esta sancionada: assim, se o marido, sem outorga da mulher, aceitar pura e simplesmente a herança, isto é, sem ser a beneficio de inventario, a responsabilidade dessa acceptação so pesará sobre os bens proprios do marido ou sobre a sua meação nos bens communs (cit. art. 1120.º), não sendo, portanto, nula essa acceptação. E bem se comprehende que e justa esta doutrina, se se atender a que o legislador, se não determinasse os effectos que, neste regimen da communhão geral de bens, derivam da acceptação ou repúdio da herança, sem outorga da mulher, podia esta ser effectuada na sua meação, porque todos os actos do marido que importem augmento ou diminuição nos bens do casal, *ipso facto* importam augmento ou diminuição no patrimonio da mulher.

E a lei, evidentemente, não deveria queier que ao marido fosse licito, por um acto seu, prejudicar os interesses da consorte. Esse prejuizo adviria a esta de dois factos — ou do repúdio, que importa uma alienação feita pelo marido de bens supervenientes do casal, — ou da simples acceptação, que poderia acarretar encargos aos bens de um e outro.

O repúdio, pois, sem acquiescencia da mulher ou su-

primento judicial, e nulo, a acceptação pura, sem outorga da mulher é valida, mas a sua responsabilidade apenas affecta os bens do marido, ou sejam os proprios, ou seja a meação nos communs. Esta é a doutrina que resulta do art. 1120.º; mas, este artigo collocou-se em manifesta contradicção com o art. 2024.º, o qual não permite que o marido aceite validamente herança alguma sem consentimento da mulher ou suprimento judicial. Como resolver esta contradicção?

Dizem alguns jurisconsultos que «sendo o art. 1120.º o que mais *ex professo* regula a materia, a conciliação dos dois preceitos antagonicos se não poderá fazer sem dar ao art. 1120.º a dev. da preponderancia sobre o art. 2024.º»

Não julgamos, porem, procedente esta opinião porque, alem do criterio seguido ser arbitrario, não se pode afirmar que uma disposição regula mais *ex professo* um assumpto do que outra, não se admitindo gradação.

Parece-nos que no art. 1120.º ha um preceito *especial para a communhão geral de bens*, restricto a este regimen, e que vem abrir uma excepção ao principio geral sancionado no art. 2024.º, excepção apenas quanto a acceptação. E' o principio do art. 2024.º que se applica aos outros regimens de bens, na falta de disposições especiaes. Analysando esta materia, notaremos que, a responsabilidade comminada ao marido pela acceptação pura e simples, responsabilidade com que o art. 1120.º vem acantelar os interesses da mulher, é inexistente, porque e aniquilada por outras disposições do codigo civil. Assim o art. 1792.º, determinando que «o herdeiro responde por todas as dividas e legados do autor da herança, ate por seus proprios bens, salvo se aceitar a herança a beneficio de inventario», bem se comprehendia o art. 1120.º, pois as dividas e legados podiam ser superiores as forças da herança. O rigor deste art. 1792.º é, porem, simplesmente aparente, porque a sua força é reduzida pelo preceito do art. 2019.º segundo o qual «o herdeiro não e obrigado a encargos alem das fu-

ças da herança.» Portanto o herdeiro, ainda que não aceite a herança a beneficio de inventario, não sujeita os seus bens a responsabilidade dos encargos da herança. O que compete a esse herdeiro, quando aceita a herança pura e simplesmente, é provar que na herança não havia bens suficientes para satisfação dos encargos excedentes ao seu valor, e, se a herança foi aceite a beneficio de inventario, nem essa prova incumbe ao aceitante. Mas aos credores e que compete provar que na herança ha outros bens alem dos inventariados (art. 2019.º § unico). Na aceitação pura e simples, eventualmente por determinadas situações de facto, e que o patrimonio do aceitante pode ser prejudicado, quando ele não queira ou não possa fazer a prova de que a herança não consta de bens suficientes para pagamento dos encargos.

Quanto á mulher casada, não pode aceitar validamente ou repudiar a herança sem autorização do marido ou suprimento judicial, quer aquela aceitação seja pura quer a beneficio de inventario, e, se tal aceitação fizer, não responsabilisa nem os proprios bens nem os do casal.

A aceitação ou repudio feito pela mulher sem outorga do marido, é regulado pelo art. 2024.º, ainda que o casamento seja segundo a comunhão geral de bens, e não pelo art. 1120.º que, como vimos, encerra um principio especial derogando, quanto ao regimen de comunhão, o principio geral sancionado no art. 2024.º, applicando-se apenas ao marido.

Administração dos bens do casal

Quando tratamos do dominio e posse dos bens comuns no regimen da comunhão, dissemos então que «esse dominio e posse pertence a ambos os conjuges, enquanto subsiste o matrimonio»

Apesar do dominio e posse dos bens ser comum, contudo, o legislador reserva para o marido a administração dos bens do casal não excluindo, sequer, dessa administração, os proprios da mulher (art. 1117.º). E tão poderosos foram os motivos que levaram o legislador a attribuir só ao marido a administração de todos os bens do casal, que até prohibe á mulher de o privar dessa administração na convenção ante-nupcial (art. 1104.º. Mas a regra geral da administração dos bens do casal pelo marido, sofre as seguintes excepções, expressamente formuladas na lei:

1.º) por consentimento do marido

2.º) por impedimento

3.º) por ausencia

4.º) por haver bens doados ou deixados á mulher com a clausula de que o marido não pode ser o administrador

1) — De facto, a mulher pode vir a ser administradora dos bens do casal, por acto da vontade do marido, mas

practicado depois da celebração do casamento. A lei, prohibindo que na convenção ante-nupcial, a mulher clause para si a administração dos bens do casal, não pode deixar de tolerar que ella por vezes assuma a administração, já porque circumstancias excepçionaes pôdem dar-se que o exijam, já porque seria impossivel manter de facto a exclusiva administração pelo marido, quando elle quer o contrario, ou a isso se vê obrigado pela sua menor energia ou aptidão. Não dizendo o art. 1117.º, § unico, como deve ser prestado o consentimento do marido, deve concluir-se que pode ser dado tacita ou expressamente; e deste modo a mulher pode ser a administradora, sem acto expresso, unicamente pelo facto de o marido a isso se não opôr.

2) e 3) — Trataremos destas excepções, no capitulo seguinte.

4) — Pode o marido ser excluido da administração dos bens doados ou deixados á mulher, por acto de terceiro.

Esta clausula e valida, pois o que a lei prohibe é que a mulher, por acto seu, prive da administração o marido, como já dissemos quando tratamos das restricções á liberdade de estipulação nas convenções ante nupciais

A mulher administradora na ausencia ou impedimento do marido

Para se determinarem os casos em que a mulher pode ser administradora, é necessario ainda atender ao art. 1189.º, segundo o qual, « a administração dos bens do casal pertence ao marido, e só pertence á mulher na *falta* ou no *impedimento* dele ». Enquanto o art. 1117.º § unico, se refere ao impedimento ou *ausencia* do marido, o art. 1189.º menciona, como já dissemos, a falta ou impedimento.

Aª palavra — *falta* — deve ligar-se a ideia de *ausencia*, tendo apparecido neste artigo do codigo por descuido da Commissão Revisora, como nota Dias Ferreira

Resulta esta interpretação, não só da combinação do art. 1189.º com o art. 1117.º § unico, como tambem do confronto daquele art. com o art. 1190.º, que regula a alienação de bens imobiliarios, feita pela mulher administradora.

Portanto o art. 1189.º quer referir-se á ausencia e não a qualquer outro caso, designadamente a morte.

O codigo civil não ligou neste artigo a palavra — *impedimento* — o mesmo sentido que á palavra — *ausencia*, porque o impedimento coexiste com a presença do marido, *verbi gratia* quando ele está impossibilitado fisicamente ou interdito de exercer os seus direitos e deveres maritales

Tem-se suscitado duvidas sobre o significado da palavra *ausencia*, invocada como um dos casos de excepção a administração do marido.

Considerar-se-ha neste caso a ausencia em sentido amplo, isto é, a não presença do marido no lugar do seu domicilio ou residencia, embora se saiba onde elle está, ou em sentido tecnico, juridico, isto é, a sua não presença por se achar em parte incerta?

A *Revista de Legislação e Jurisprudencia* sustenta que — *ausente* — e aquelle que desapareceu do lugar do seu domicilio ou residencia e do qual se não sabe parte, não tendo deixado procurador, fundando-se na letra dos artt. 55.º, 64.º e 78.º, n.º 2.º doCodigo Civil. Não é porem, esta a opinião de Dias Ferreira. Este comentador entende que o *ausente* no caso de que se trata é mais aquelle, cuja parte se sabe e do qual ha noticias, do que aquelle cuja parte se ignora e cuja situação da lugar a curadoria.

Para fundamentar esta doutrina invoca o comentador, muito razoavelmente e com vantagem as palavras do art. 1116.º — *pelo seu regresso* —, as quaes revelam que o ausente esta num lugar sabido, a melhor administração da mulher interessada, em comparação com a dum extranho e, finalmente, como argumento de mais valor, invoca o facto de, nos artt. 551.º, n.º 4.º e 1536.º, n.º 3.º, se empregar a palavra *ausencia* para significar a não presença do individuo, ~~sem a exigencia de não haver noticias dele~~.

Parece-nos ser esta a doutrina verdadeira, deste modo, a mulher fica com a administração, tanto havendo noticias como não havendo, pois a lei não faz distincção alguma.

O comentador ainda admite, mas incoerentemente, que, na hypothese do ausente casado haver deixado procurador legalmente constituido para administrar os seus bens, a mulher apenas tem a administração desses bens, quando cessem as noticias desse ausente.

Dizemos incoerentemente, pois parece que, se, para motivar a administração da mulher, e bastante estar o marido não presente, embora se saibam noticias dele, não se comprehende que, quando haja procurador, seja necessaria

a ausencia em parte incerta para a mulher ter a administração.

O que cumpre determinar é se o marido pode nomear procurador para administrar os seus bens na sua ausencia. Alguns jurisconsultos sustentam a negativa, fundando-se em que, pertencendo a administração por direito á mulher, esta não pode ser esbulhada dela pelo marido.

Afigura-se nos que, tanto na opinião de estes jurisconsultos como na de Dias Ferreira, ha um fundo de verdade mas tambem um pouco de exagero. A questão tem sido posta pouco rigorosamente.

A este respeito e particularmente elucidativo o recurso ás disposições da *ausencia*, sobre a curadoria definitiva.

Determina o art. 64.º que a curadoria definitiva do ausente solteiro, se deve instalar decorridos 4 anos depois do dia em que desapareceu, sem dele haver noticias, ou da data das ultimas noticias que dele houve, excepto quando o ausente tiver deixado procurador, pois neste caso só poderá ser requerida a dita curadoria, passados 10 anos desde o dia em que desapareceu o dito ausente, ou houver as ultimas noticias dele. Se, porem, o ausente fôr casado, o legislador, considerando a hypothese de não haver filhos, o que para o caso é indifferente, manda observar, (art. 82.º) o capitulo anterior, onde está incluído o art. 64.º. Temos, pois, que em relação ao ausente casado, se deve tambem fazer a distincção entre o que deixou procurador e o que o não deixou. O que se conclue é que o legislador mostra manifestamente que o ausente casado pode deixar procurador para administrar os seus bens. E esta solução era a que já resultava dos principios geraes, porque não se podia concluir o contrario em face do art. 1332.º, pelo qual pode qualquer mandar fazer por outrem todos os actos juridicos que por si pode praticar, e que não forem meramente pessoas.

E, se a faculdade attribuída á mulher de administrar os bens do casal, na ausencia ou impedimento do marido,

exclusse a possibilidade de ele deixar procurador, daí resultariam consequências absurdas (1).

Parte-se, pois, dum ponto de vista erroneo, porque não são incompatíveis os direitos do procurador com os da mulher, isto é, não excluem os poderes do procurador a faculdade concedida á mulher de administrar os bens do casal na ausencia ou impedimento do marido. A mulher fica com a superintendencia sobre a administração dos bens, a qual pertencia ao marido ainda depois da procuração; e deve até intender-se que ella pode revogar a propria procuração, por ser representante do marido.

Cumpre precisar os direitos da mulher como administradora. A sua substituição ao marido, não lhe pode dar capacidade que ella não tinha, em relação a certos actos

A inferioridade da mulher como administradora está consagrada pelo código civil, porque só pode praticar *actos de mera administração*, tais como alugar casas, arrendar predios rusticos, sementear terras, colher fructos, fazer cortes de madeira, etc., mas não alienar, transigir, hipotecar, etc.

Porem, talvez porque a mulher é administradora em substituição do marido por direito proprio, e não por mandato, a lei consente que ella possa alienar bens immobiliarios, havendo auctorisação do conselho de familia e assistencia do Ministerio Publico; e, se o valor dos ditos bens exceder cem mil reis, a alienação só poderá fazer-se pela forma estabelecida nos arts 268.º e seguintes, rela-

(1) — Um exemplo. Suponhamos que o marido, vivendo em Lisboa e possuindo propriedades no Douro, tinha aqui um procurador para administrar os seus bens. Se o marido adoecece, como pelos arts 1117.º § unico e 1189.º, a mulher é administradora na ausencia ou impedimento do marido, e dando-se aqui um impedimento, por esse facto verificava-se a cassação da procuração, o que é manifestamente absurdo.

tivos ao arrendamento e venda dos bens dos menores (art. 1190.º).

Por este artigo ainda se revela a capacidade limitada da mulher.

Jurisconsultos ha que sustentam a opinião de que, apesar do art. 1190.º se referir só á alienação, a mulher pode tambem hipotecar os bens immobiliarios com auctorisação do conselho de familia. Afigura-se nos aceitavel esta opinião, porque, sendo a alienação um acto de maior importancia que a hipoteca, para esta tambem é formalidade sufficiente a auctorisação do conselho de familia.

A auctorisação do conselho de familia, exigida pelo art. 1190.º, é só necessaria quando haja filhos ou herdeiros que possam ser sujeitos á jurisdicção orfanologica, pois que, sem elles, não se comprehende a intervenção do conselho de familia, que é uma entidade componente da tutela (art. 187.º).

Nem a lei mostra querer referir-se a um conselho de familia que deva organisar-se duma maneira especial, pois se assim fosse, tê-lo-ia dito expressamente, como no caso do art. 1093.º. Parece-nos não ser arriscado avançar que, faltando os filhos ou os herdeiros sujeitos a jurisdicção orfanologica, a auctorisação é dada pelo juiz com assistencia do Ministerio Publico.

O legislador não podia deixar de conceder algumas garantias á mulher, contra a má administração do marido.

Essas garantias são: a separação de bens e a interdição por prodigalidade.

Assim o art. 340.º declara « que as pessoas maiores ou emancipadas, que por sua habitual prodigalidade, se mostrarem incapazes de administrar seus bens, poderão ser interditas da administração dos ditos bens, sendo casadas, ou existindo ascendentes ou descendentes legitimos.

O art. 1219.º faculta á mulher casada, quer sem communhão de bens, quer com ella, requerer separação de bens, quando se achar em perigo manifesto de perder o que

fôr seu, pela má administração do marido. Por ter intima conexão com este assunto, tinhamos ainda que fazer referencia a administração temporaria da mulher no caso de dissolução matrimonial por morte do marido. Trataremos, porem, desta materia, quando nos referirmos á cessação da comunhão

Cessação da comunhão de bens

Causas

Exposta a natureza e os efeitos da comunhão de bens, necessario se torna, para completar o assunto, apresentar os factos que determinam a sua extinção, e a forma como se dividem os bens.

E' no art. 1121.º que se indicam as causas pelas quaes termina a comunhão. Essas causas são: a dissolução do matrimonio e a separação. (1).

A separação pode revestir duas formas: simples separação judicial de bens, e separação de pessoas e bens.

Deve ainda incluir-se a ausencia entre os factos que motivam a dissolução da comunhão, apesar do art. 1121.º ser omisso a tal respeito. Justificada, nos termos da lei,

(1) Pelo sistema do Código, o matrimonio só se dissolvia pela morte de um dos conjuges ou pela anulação do casamento. Não são só estas hoje, manifestamente, as causas da cessação porque, pelo Decreto de 3 de novembro de 1910, o legislador incluiu na dissolução do matrimonio, o *divorcio*

a ausencia do individuo casado, terá de proceder-se, ou á separação de bens, ou, no caso de comunhão, a inventario e partilha. Depois de feito este inventario e partilha, o conjuge presente, pode dispor livremente dos bens da sua meação (art. 82.º e 84.º)

Se o conjuge ausente regressar dentro de vinte anos, contados desde o tempo do seu desaparecimento ou das ultimas noticias havidas a seu respeito, ou antes que perfaça noventa e cinco annos de idade, a sociedade conjugal continua nos termos da sua constituição, e, portanto, havendo comunhão geral de bens, esta não termina (art. 86.º). Se, porem, regressou passado esse prazo, e o conjuge presente fôr ainda vivo, a sociedade conjugal considera-se não interrompida, mas não fica restabelecida a comunhão, salvo se for de novo entre os conjuges convenciona da por escritura publica (art. 89.º).

E' claro que, do exposto, não podemos deixar de considerar a ausencia como um facto extintivo da comunhão. E ate a ausencia de um dos conjuges, produz consequencias mais graves que a propria separação, visto o legislador consentir que o conjuge presente disponha dos seus bens de qualquer natureza, quer mobiliarios quer imobiliarios, depois do inventario e da partilha, na separação os conjuges só podem dispor livremente dos bens mobiliarios, que depois da separação pertencem a cada um deles, salvo o direito dos filhos (art. 1215.º), e em relação aos imobiliarios, a disposição depende do consentimento de ambos (art. 1216.º)

Ainda ha mais. Ao passo que na separação, no caso de os conjuges se reconciliarem, essa reconciliação posterior não tolera o restabelecimento de um regimen diverso do que existia anteriormente (art. 1218.º), a volta do ausente, dentro do prazo indicado, não autorisa, sem nova estipulação, o restabelecimento da comunhão anterior. E' certo, pois, que a ausencia pode, *pelo menos*, colocar se no mesmo plano que a separação. Se o ausente deixou filhos,

faz-se também inventário e partilha dos bens comuns, subdividindo-se pelos filhos a meação do ausente; estes tem também a livre disposição dos bens, embora só possam fazê-lo passados dez anos, a contar do desaparecimento do ausente ou da data das últimas notícias que dele houver (art. 91 °). Os herdeiros do ausente que não sejam filhos, só depois de terminada a curadoria definitiva é que devem subdividir os bens que ele deixou, ficando aliviados da cação que houverem prestado, e podendo aliená-los (art. 79.º). Os juristas consultos francezes também incluem a ausencia entre as causas da cessação da comunhão

Princípios geraes sobre a partilha dos bens

Artt. 1123.º e 1124.º do Cod. Civil.

Desfeita a sociedade conjugal, quer no caso de dissolução do matrimonio, quer de separação ou de ausencia segue-se logicamente proceder á divisão dos bens.

Assim, nos termos do art. 1123.º, «os bens da comunhão serão repartidos entre os conjuges ou seus herdeiros, com a devida egualdade, conferindo cada um o que dever á massa comum.» E' obvio que a divisão far-se-ha, no caso de dissolução por morte, entre o conjuge sobrevivente e os herdeiros, e no caso de dissolução por divorcio, anulação ou separação, entre os proprios conjuges. Nem naquella nem nestas hypotheseas, a lei obriga a dividir os bens por meio de inventario (art. 2013 °), salvo se, na dissolução por morte, qualquer dos herdeiros do conjuge pre-morto for menor, interdito, ausente ou desconhecido, pois que, em

regra, a partilha da comunhão, está sujeita ás mesmas formulas que a partilha da successão (art. 2064 °).

Na dissolução da comunhão, porém, devemos ainda considerar o passivo, já aquelle que a massa dos bens do casal deve a terceiros, já o que algum dos conjuges deva a essa massa. Do passivo da primeira especie, ou dividas passivas do casal, já tratámos noutra parte. Do da segunda especie, ou colações dos conjuges, occupa-se o art. 1123.º, parte final, quando regula a responsabilidade dos conjuges para com o monte constituído pelos bens do casal, determinando que cada conjuge confira a massa comum o que lhe dever — e isto para que a divisão se faça com a egualdade exigida pelo proprio art. 1123 °, sendo que as colações são uma consequencia dessa egualdade (1).

Separados previamente os bens proprios, havendo os, de qualquer dos conjuges, e entradas as conferencias de cada um deles, ou — o que vale o mesmo —, retiradas as somas devidas ao conjuge credor, e que se encontra o acervo partilhavel. Assim, suponhamos que o marido contraia uma divida de 40, sem outorga da mulher; pagou 20 com os seus bens proprios, e os 20 restantes tirou-os da massa comum. Como a divida era da responsabilidade exclusiva do marido, ficou ele devendo 20 á massa comum, e antes da partilha tem de restituir ao acervo comum esses 20 pelos seus bens proprios, ou então, o que equivale ao mesmo, dar 40 a mulher dos seus proprios bens. Caso o marido não tenha bens proprios, retram-se os 20 do monte comum em favor da mulher. Quando se verifi-

(1) Em relação ás dividas contrahidas pelo marido sem outorga da mulher, ou ás indicadas no art. 1115 °, se em vez do marido solver essas dividas pelos seus bens proprios, e indevidamente recorrer aos bens comuns, no caso de cessação da comunhão, é necessario que o marido entre para a massa comum com a importancia que a essa massa devia

que a hipotese de ambos os conjuges deverem á massa comum, a lei não permite nesse caso compensações, força-os a ambos a conferir as importancias respectivamente devidas.

Relativamente á ordem da partilha, é necessario ter em consideração o art. 1124.º, pelo qual a mulher será paga de seus creditos primeiro que o marido, e se os bens comuns não chegarem para a sua inteira indemnisação, terá ella direito de regresso contra os proprios do marido, salvo se a divida não fór imputavel a este. O marido, porem, não gosa de egual regresso contra os proprios da mulher.

Esta desigualdade entre marido e mulher deriva da responsabilidade dele pela administração dos bens do casal e do consequente gozo dos direitos anexos. Desta forma o art. 1124.º completa o art. 1113.º § 2.º

Vamos apresentar um exemplo para mostrar a falta de direito de regresso do marido contra os proprios da mulher. Suponhamos que havia uma divida comum de 100, tendo sido pagos 50 pelos comuns, e os 50 restantes pelos proprios do marido. E' claro que este fica com um credito de 50. Mas na massa comum ha apenas 20, o marido recebe esses 20 integralmente, sem que possa indemnisar-se dos 30 restantes pelos proprios da mulher.

E' preciso acentuar que a mulher, nos termos do art. 1124.º, só tem o direito de regresso contra os proprios do marido, quando a divida seja imputavel a este. Assim, suponhamos que os bens do casal eram dois predios rusticos no valor de dois contos de reis, e que esses dois predios eram proprios do marido, tendo a mulher bens proprios em dinheiro no valor de seiscentos mil reis. No momento da partilha havia no acervo comum um conto de reis em dinheiro. Da massa comum eram tirados seiscentos mil reis (os proprios da mulher), restando, portanto, dessa massa, quatrocentos mil reis em dinheiro, que seriam partilhados entre os conjuges.

Vejamos agora a hipotese contraria: o acervo comum

e de seiscentos mil reis, e a mulher entrara para o casal com bens proprios no valor de um conto de reis. Neste caso, a mulher tira em primeiro logar os seiscentos mil reis e vai buscar os outros quatrocentos mil reis aos proprios do marido,

Estes são os principios relativos a todos os casos de cessação da comunhão

Ha, porem, disposições especiais sobre cada uma das causas geradoras da cessação, que vamos analisar.

1) Dissolução por morte art. 1122.º

No caso de dissolução matrimonial por morte, procede-se a partilha nos termos do art. 1123.º, feitas as conferencias ali exigidas. Neste caso ha a disposição especial do art. 1122.º, que dá o direito a posse e administração dos bens do casal, pelo tempo que durarem as partilhas, e ate ao seu termo, ao conjuge sobrevivente. Esta disposição justifica-se pela necessidade de confiar ao conjuge sobrevivente, em regra mais conhecedor dos bens do casal, mais apto para os gerir, uma faculdade que não pode ser dividida por varias pessoas, principalmente no interregno em que se debatem os direitos e as encontradas conveniencias dos herdeiros

Mas este preceito generico do art. 1122.º não se refere a todos os bens do casal, sendo que ficam excluidos da administração transitoria do conjuge sobrevivente, os *bens incommunicaveis do falcido*

A esta exceção faz-se, porem, outra exceção, qual seja a de esses bens ficarem a filho menor, pois nesse caso

continuará o pai ou a mãe na administração (art. 1122.º n.º 1.º). Esta exceção á exceção justifica-se, porque é inherente ao patrio poder, em regra, o usufruto e a administração dos bens dos filhos menores.

Ainda o art. 1122.º excetua no n.º 2.º os casos em que possa haver direito de retenção por bemfeitorias ou comunicação de preço. É facil comprehender o alcance desta disposição. Já vimos (1) que o art. 1109.º indica os bens excetuados da comunhão e que a incomunicabilidade desses bens não abrange os seus fructos e rendimentos, nem o valor das bemfeitorias, nem o preço de praso comprado na constancia do matrimonio, donde se conclue que a importancia das bemfeitorias realizadas em bens incomunicaveis ou o preço de praso incomunicavel, se comunicam entre os conjuges.

Acrecentaremos que o conjuge sobrevivivo que bemfeitorizou bens incomunicaveis ou que comprou um praso, goza do direito de retenção sobre os bens incomunicaveis bemfeitorisados, ou sobre o praso, emquanto não for pago ou garantido do seu quinhão nas bemfeitorias ou no preço de daquisição do praso. A retenção no conjuge é inconciliavel com a administração dos bens existentes no poder de outra pessoa, pois a administração dos bens é incompativel com a posse dos mesmos bens por outra pessoa que não seja o detentor. Esta exceção consiste, afinal, em prolongar a posse e administração do conjuge sobrevivivo por praso maior que a duração das partilhas.

Manifestamente que, se ao tempo da dissolução por morte, a comunhão já tivesse cessado pela separação entre os conjuges, estas disposições não se applicariam, pois, ficando cada um dos conjuges, depois da separação, com a administração dos bens que lhe pertenceram em partilha, a disposição do art. 1122.º ficava prejudicada, porque an-

tes da dissolução já se tinham dado circumstancias que modificaram a situação dos conjuges. Analsamos o caso de haver bens comuns, no caso de dissolução por morte, que estavam na posse de determinados coherdeiros. Pode ter havido doações feitas por um dos conjuges a algum dos filhos, e neste caso, os bens doados não estão sujeitos ao preceito do artigo 1122.º, porque em relação a esses bens o coherdeiro é considerado como cabeça de casal, e nessa qualidade é ele o administrador. É esta a doutrina resultante da combinação do art. 2070.º com o art. 2082.º.

2). A dissolução por anulação do casamento

Quanto á cessação da comunhão, por dissolução do matrimonio baseada na anulação do casamento, o principio regulador é o sancionado no art. 69.º do Decreto n.º 1 de 25 de Dezembro de 1910. Este artigo, reproduzindo o art. 1095.º do código civil, equipara a anulação do casamento á sua dissolução por morte.

Deve portanto proceder-se á partilha dos bens, em conformidade com as normas reguladoras deste assunto no caso de dissolução por morte. Recordando a doutrina que expuzemos acerca da anulação do casamento, notamos a importancia de um dos conjuges estar de boa ou má-fé, pois que aquele por cuja culpa fór anulado o casamento, isto é, o que estava de má-fé, perde todas as vantagens havidas do outro e fica, não obstante, obrigado a cumprir as promessas que lhe houver feito no respectivo contrato ante-nupcial (art. 33.º)

(1) Pag 93

Considerámos ainda que o art. 30.º do citado decreto restringe os efeitos civis do casamento anulado ao conjuge de boa-fé, não podendo por este artigo o que estava de ma-fé, gosar dos direitos de esposo legitimo. Parece dever admitir-se que o preceito do art. 69.º do decreto, semelhantemente ao que sucedia ao art. 1095.º do código civil, só se applica rigorosamente quando os conjuges estejam ambos de boa-fé, pois, quando assim não succeda ha preceitos especiaes que restringem os efeitos desse artigo.

A referencia ao art. 30.º vem confirmar a interpretação que em tempo demos ao art. 33.º que, no nosso entender, se refere só as vantagens asseguradas por um dos conjuges ao outro na convenção ante-nupcial.

3) A dissolução por divorcio,

No caso de dissolução por motivo de divorcio, temos de atender ao art. 26.º do decreto de 3 de novembro de 1910, artigo que está comprehendido no Capitulo II da Secção III — *Dos bens*

E expresso e terminante este artigo que, estabelecendo como consequencia necessaria do divorcio, a separação absoluta de bens entre os conjuges, determina que cada um deles adquira a propriedade plena e livre administração dos que lhe ficarem pertencendo, podendo sobre eles transaccionar livremente e por todas as formas. Quanto a forma da partilha, atenderemos ao § unico do mesmo artigo, pelo qual se não impõe a obrigação da separação e da partilha se fazer judicialmente, podendo ser feita amigavelmente entre os conjuges, por meio de escritura publica

Não é este o unico preceito que nos cumpre ter em vista pelo que respeita ao divorcio. Determinando o art. 26.º, que do divorcio resulta sempre a separação entre os conjuges, e regulando o referido decreto no capitulo IV, a separação de pessoas e bens, a forma da divisão ou partilha dos bens, não deve fazer-se como se faz normalmente pela morte dum dos conjuges, antes se applicam as disposições do código civil sobre separação judicial

Temos de atender ainda ao art. 27.º do decreto de 3 de novembro de 1910, que estabelece penalidades para o conjuge que der causa ao divorcio, semelhantemente ao preceituado no art. 33.º do Decreto n.º 4 de 25 de Dezembro de 1910, para o conjuge por culpa do qual foi anulado o casamento. Assim, o conjuge que der causa ao divorcio, perderá todos os beneficios que haja recebido, ou haja de receber, do outro conjuge, quer lhe tenham sido estipulados em contracto ante-nupcial, quer assegurados posteriormente. Pelo contrario, o conjuge innocente conserva todos os beneficios que lhe tenham sido assegurados pelo conjuge culpado, ainda que taes beneficios fossem estipulados com a clausula de reciprocidade (1)

O legislador foi tão longe, no intuito de conservar ao innocente as vantagens que a este fossem asseguradas pelo conjuge culpado, que chega a antepôr-se á vontade do proprio auctor da liberalidade.

Prevendo a hipotese de que o conjuge innocente não quereria conservar os beneficios que lhe tenham sido assegurados pelo conjuge que deu causa ao divorcio, o legis-

(1) Esta disposição vem confirmar a interpretação que demos ao art. 33.º do decreto de 25 de dezembro de 1910, pois sendo as duas disposições semelhantes, facilmente se conclue que se trata só de vantagens asseguradas pelo contrato ante-nupcial, ou posteriormente por doação ou deixa feita em acto separado, e não de quaesquer vantagens que derivem da comunhão

lador concede-lhe a faculdade de renunciar a esse direito, limitando essa faculdade em atenção aos interesses dos filhos. E assim dispõe o art. 27.º § unico, que havendo filhos, a renuncia só pode fazer-se a favor destes, não sendo portanto permitida a renuncia em favor do auctor da liberalidade.

4) A cessação da comunhão por motivos de separação judicial dos conjugues.

A separação é outra das causas do termo da comunhão geral de bens.

Pertencendo por lei ao marido a administração dos bens do casal, cumpria ao legislador, para que esta administração se não tornasse arbitraria, dar á mulher garantias contra a má administração do marido

Essas garantias são :

- a interdição por prodigalidade (art. 341.º)
- a simples separação judicial de bens, (art. 1219.º).

Se a mulher foi casada segundo a comunhão geral de bens, a separação só poderá recair sobre os bens que tiver trazido para o casal ou que, depois, lhe houverem advindo, e na meação dos que tiver adquirido conjuntamente com o marido (art. 1220.º). Quando houver separação a partilha faz-se pois, por forma diferente da dissolução, por morte. Os bens comuns que a mulher trouxe para o casal e os que tenham advindo por intermedio dela, são postos de parte. Na separação das meações só entram os que ela tenham adquirido juntamente com o marido, e não os que

ela tenha trazido para o casal ou tenham advindo ao casal por intermedio só dela

Neste regimen da comunhão, os efeitos da separação que vier a decretar-se, contam-se desde que a mulher apresente em juizo o requerimento para a acção, e não desde a data da sentença que julga a separação, entendendo-se, pois, que a comunhão cessa no momento da apresentação desse requerimento (art. 1222.º). Esta disposição justifica-se pela natureza da separação de bens, sendo esta um meio que a mulher tem de reagir contra a má administração do marido, para não inutilisar essa garantia, que se podia tornar inutil.

Se á mulher pertencem, depois da instauração da acção, mas antes de proferida a sentença, alguns bens que na constancia do matrimonio se consideravam communicaveis, taes bens, assim como os que lhe advierem depois do julgamento da separação, serão considerados proprios dela, não podendo o marido invocar direito algum quanto a esses bens, pois, pelo art. 1222.º, a comunhão cessa no momento em que e apresentada em juizo o requerimento pedindo a separação. A separação judicial de bens pode existir, ou como acção unica, ou como consequencia da separação de pessoas. Esta, como não tem o caracter daquela, pode ser requerida por qualquer dos conjugues (art. 1205.º), procedendo-se a inventario e partilha como se o casamento estivesse dissolvido (art. 1211.º), porque esta separação fere mais fundo a sociedade conjugal do que a separação judicial de bens

Referindo o art. 1213.º, segundo o qual « o conjugue que der causa á separação, perdera tudo que houver recebido do outro conjugue ou que outrem, por consideração deste lhe houver dado ou prometido, » notaremos que esta disposição e semelhante ao art. 33.º do Decreto n.º 1 de 25 de Dezembro de 1910 e ao art. 27.º da Lei do Divorcio, pois, se impõe uma penalidade ao conjugue que deu causa a separação

Seja qual fôr o modo como a separação se faça, será sempre licito aos conjuges restabelecer a sociedade conjugal nos termos em que tinha sido constituida, contanto que o façam por acto de conciliação perante o respectivo juiz de paz (art. 1218.º).

E assim terminamos a materia relativa á comunhã geral de bens.

Regimen da simples comunhão de adquiridos

Constituirá ou não um regimen diferente da separação sem expressa exclusão da comunhão de adquiridos, nos termos dos artt. 1125.º e 1126.º do Código Civil?

Segue-se agora, naturalmente, estudar o regimen da simples comunhão de adquiridos. Como vimos, (1) quando indicámos os diversos tipos de regimens de bens no matrimonio, a simples comunhão de adquiridos caracteriza-se « pela comunicação entre os conjuges dos rendimentos dos bens com que entram para o casal, e ainda dos rendimentos dos que depois adquirem por titulo gratuito ou dos que lhes advenham por direito proprio anterior, e ainda pela comunicação dos bens que, na constancia do matrimonio, advenham a qualquer dos conjuges por titulo oneroso o legislador occupa-se deste regimen na sub-secção III da secção V, englobando as disposições referentes á simples comunhão de adquiridos é a separação de bens, como se vê da epigrafe da mesma sub-secção, diferentemente do que fizera quanto á comunhão geral de bens, de que se occupou na sub-secção II, e quanto ao regimen dotal, que tratou na sub-secção III.

Com razão tem sido criticado o defeito de não se destinarem sub-secções especiaes para aqueles dous sistemas —

(1) Vid. estas lições pag 89

a separação de bens e a simples comunhão de adquiridos, e na verdade essa falta, não só ocasiona um importante erro de método, que não era de prever atenta a especificação das quatro fórmulas feita nos artt. 1099.º a 1102.º, como também tem suscitado dúvidas principalmente quanto à discriminação dos preceitos legais privativos de cada um dos dois regimens.

Deve ainda extranhar-se a inexplicável correção do emprego da disjuntiva *ou* na epigrafe da subsecção III, o que parece significar que a lei equiparou os dois referidos sistemas, tratando-se de situações equivalentes e não de regimens diferentes. Antes de analisarmos as disposições que regulam a simples comunhão de adquiridos, cumpre resolver uma questão muito controvertida, qual seja a de determinar se a simples comunhão de adquiridos é o regimen que o art. 1125.º individualisa e identifica, isto é, se ha ou não diferença entre o regimen da separação de bens sem a expressa exclusão da comunhão dos adquiridos e o regimen da simples comunhão de adquiridos.

Dizendo o art. 1125.º, que « se os esposos declararem que querem casar-se com a separação de bens, não se haverá por excluída a comunhão nos adquiridos, sem expressa declaração, » e declarando o art. 1126.º que são applicaveis ao contracto a que se refere o art. 1125.º, as subsequentes disposições dos artt.ºs 1130.º, 1131.º e 1132.º, tem-se duvidado se este regimen da separação sem expressa exclusão da comunhão de adquiridos, sera equivalente ao da simples comunhão de adquiridos que o art. 1125.º refere.

Se porventura admitirmos que o regimen da separação sem expressa exclusão da comunhão de adquiridos, é diferente do regimen da simples comunhão de adquiridos, parece que devemos admitir mais um regimen além dos quatro que o legislador enumera. Mas os partidarios da interpretação de que são dois regimens diferentes, dizem que a separação sem expressa exclusão da comunhão de adqui-

ridos é apenas uma modalidade do regimen da separação, o qual pode ser com exclusão da comunhão de adquiridos ou sem essa exclusão.

Portanto, segundo uns, dizendo o art. 1126.º que o regimen da separação sem expressa exclusão da comunhão de adquiridos, é regulado pelas disposições dos artt.ºs 1130.º a 1132.º, não sendo applicaveis, pois, os artt.ºs 1127.º a 1129.º, este regimen é o da simples comunhão de adquiridos que o art. 1100.º diz que é regulado pelas disposições dos artt. 1130 a 1133.º.

Segundo outros, ha diferença fundamental entre a simples comunhão de adquiridos e a separação sem expressa exclusão da comunhão de adquiridos, porque os artt. 1127.º a 1129.º, respeitantes ao regimen da separação, não são applicaveis á simples comunhão de adquiridos regulada nos termos do art. 1100.º.

A questão, fundamentalmente, consiste em saber se os artt. 1127.º a 1129.º se devem aplicar ou não á separação sem expressa exclusão da comunhão de adquiridos, referida no art. 1126.º Os juriconsultos que sustentem a segunda doutrina contrapõem, pois, ao regimen da « simples comunhão de adquiridos » o « regimen da separação », podendo esta ser completa ou incompleta, isto é, aquella com expressa exclusão da comunhão de adquiridos, e esta sem essa expressa exclusão nos termos do art. 1125.º.

E as razões em que se baseiam são :

1.º — A circumstancia do legislador tratar na mesma subsecção dos dois regimens: separação de bens e simples comunhão de adquiridos; donde se conclue que os artt. 1127.º a 1129.º são os que se applicam quando os esposos declaram que querem casar seguindo a separação de bens, quer haja, quer não, comunhão nos adquiridos, conforme manda o art. 1101.º.

2.º — Se bem que nos dois regimens haja elementos comuns, (bens que são excluidos da comunhão e bens que se comunicam), a verdade é que num dos casamentos prepondera a comunhão, atenta a pouca importancia dos bens proprios, que aliás existem no regimen da comunhão geral sem o descaracterisar; no outro casamento essa preponderancia cabe á separação, sendo a comunhão meramente accessoria.

3.º — Não existe no codigo civil disposição alguma que aplique os artt. 1127.º a 1129.º sómente ao casamento por separação absoluta ou com exclusão expressa dos adquiridos. A verdade, porem, é que o art. 1130.º, um dos que regula separação incompleta, por força do art. 1126.º, manda que os bens que cada um dos conjuges tiver ao tempo do casamento, ou depois haja por concessão, ou por outro qualquer titulo gratuito, ou por direito proprio anterior, isto é, os bens separados da comunhão, sejam esses bens considerados e regidos como o são os bens proprios quando o casamento é feito segundo a comunhão geral de bens. Evidentemente que a applicação ordenada pelo art. 1126.º exclue a applicabilidade dos artt. 1127.º a 1129.º, pois que estes artt. regulam duma forma diversa os mesmos bens que o art. 1130.º regula. O que podemos concluir, pois, é que o art. 1130.º é incompativel com os artt. 1127.º a 1129.º Procura-se remover esta doutrina argumentando que as disposições dos artt. 1130.º a 1132.º não se applicam *in totum* naquilo que não esteja especialmente regulado para o regimen da separação sem expressa exclusão de adquiridos.

Resalta claramente qual o vicio fundamental desta asserção.

Só por um esforço é que se pode conceber a separação incompleta a par da simples comunhão de adquiridos. Nesta forma de conciliar as disposições dos artt. 1127.º a 1129.º com as do regimen da comunhão geral, applicaveis ao regimen da simples comunhão de adquiridos por força do art. 1130.º, parte-se ja do principio de que existem as duas especies de separação, e por isso se fez o esforço para arquitetar o regimen da separação incompleta, quando o que cumpriria demonstrar é que há necessidade de distinguir as duas especies de separação, o que se não demonstra, sendo certo, por outro lado, que toda a dificuldade desaparece considerando a separação sem expressa exclusão da comunhão de adquiridos como sendo o regimen da simples comunhão de adquiridos.

Só por uma violencia, e numa interpretação que a lei (art. 1126.º, não auctorisa, se podem conciliar pela forma referida o regimen dos artt. 1127.º a 1129.º e o regimen referido no art. 1130.º.

A unica circumstancia que pode dar lugar a embarços, é a do art. 1126.º não se referir ao art. 1133.º, que regula materia identica á do art. 1129.º, porque ambos esses artigos regulam as dividas. Alem de que esta circumstancia só por si não seria sufficiente para justificar a possibilidade de admitir a separação incompleta como regimen autonomo, possibilidade que antes é excluida pelas considerações já referidas, especialmente pela impossibilidade de conciliação dos artt. 1127.º a 1129.º com o regimen do art. 1130.º, essa omissão do art. 1126.º antes se pode explicar por o assumpto desse art. estar ja compreendido na referencia ao regimen dos bens proprios na comunhão geral, de que o mesmo art. não é mais do que uma consequencia necessaria.

E a nossa conclusão é que, quando haja separação sem expressa exclusão da comunhão de adquiridos, nos termos do art. 1126.º, não se applicam os artt. 1127.º a 1129.º; a separação nos termos do art. 1126.º não é mais do que a

simples comunhão de adquiridos, sendo as disposições dos arts. 1127.º a 1129.º privativas do regimen da separação absoluta.

O que se depreende é que a simples comunhão de adquiridos tanto se pode estabelecer, declarando os esposados que querem casar-se com simples comunhão de adquiridos, nos termos do art. 1100.º, como também quando declaram que casam com separação sem expressa exclusão da comunhão de adquiridos.

Bens que se comunicam e bens que são excluidos da comunhão. — Seu regimen juridico.

O que deve entender-se por bens adquiridos

Distinguimos neste regimen da simples comunhão de adquiridos bens que se comunicam e bens que não se comunicam, em virtude do art. 1130.º.

Declara este art. que são considerados *bens proprios* aqueles bens que cada um dos conjuges tiver ao tempo do casamento, ou na constancia do matrimonio lhe advêm por successão, ou por outro qualquer titulo gratuito, ou por direito proprio anterior, isto é, são estes os bens incommunicaveis.

Os bens communicaveis são apenas os que advêm, na constancia do matrimonio, a qualquer dos conjuges por titulo oneroso.

A incommunicabilidade dos bens proprios não abrange os frutos e rendimentos desses bens; apenas a propriedade deles, porque o § unico do art. 1109.º applica-se ao regimen da simples comunhão de adquiridos, porque o art. 1130.º ordena que os bens proprios de cada conjuge sejam considerados e regidos como o são os bens proprios, quando o casamento é celebrado de harmonia com a comunhão

geral de bens. Nada declarando o art. 1130.º sob o regimen juridico dos bens comuns, deve entender-se que se regem subsidiariamente, pelas disposições estatuidas sobre o assunto na comunhão geral de bens. Sendo os bens proprios e comuns regulados pelas mesmas disposições dos bens proprios e comuns na comunhão geral, a simples comunhão de adquiridos não se confunde com a comunhão geral de bens. Assim no regimen da comunhão, comunicam-se todos os bens presentes e os que advêm na constancia do matrimonio por qualquer titulo e apenas se excluem acidentalmente os expressamente indicados na lei. (art. 1109.º) No regimen da simples comunhão de adquiridos só se comunicam os adquiridos por titulo oneroso, e os rendimentos dos bens proprios.

Ha, pois, bens que na comunhão geral, são comuns e neste regimen da simples comunhão de adquiridos, são proprios como os que os conjuges possuem no momento do matrimonio, e os que depois lhe adquirem por titulo gratuito, ou lhe advem por direito proprio anterior. Deste modo justamente se diz que neste regimen só se comunicam os bens que são produto do trabalho e da economia dos conjuges.

Ha contudo bens que, embora a natureza onerosa do titulo acquisitivo, se devem considerar bens proprios, tais são: os comprados na constancia do matrimonio com o preço da venda de bens proprios, e os trocados por bens proprios. Esses bens representam, afinal, a conversão dos bens proprios noutros que tem a mesma qualidade juridica, e devem destinar-se a cobrir o desfalque feito nos bens proprios pela sua alienação e não devem considerar-se adquiridos, no sentido rigoroso desta palavra.

De facto, a expressão *bens adquiridos*, tem neste regimen uma significação especial, qual seja a de serem caracterizados, não só pela indole onerosa do titulo acquisitivo, mas também pela nova e maior valorisação que imprimem ao casal comum.

Sob esta ordem de ideias, tem-se entendido que nos casamentos com simples comunhão de adquiridos só devem considerar-se adquiridos, comuns e partiveis, os bens que sobraem do inteiramento dos bens próprios ou pessoas de cada conjugue, e que consequentemente os bens adquiridos com o preço da alienação de bens próprios ou pessoas devem pertencer exclusivamente ao conjugue a quem pertenciam, retomando o logar deles por uma especie de subrogação.

A este respeito, a *Revista de Legislação e Jurisprudencia* (1) entende que são próprios os bens havidos por troca de bens próprios, distinguindo todavia, no caso de compra, a circumstancia de se declarar ou não por ocasião desta, se os bens comprados ficam subrogados no logar dos vendidos. No primeiro caso, ou no de constar no titulo que o preço da aquisição derivou de bens próprios, os bens assim comprados ficam próprios do conjugue a quem aqueles pertenciam; no segundo caso esses bens não unham a natureza de próprios a não ser que se declarasse que o preço da aquisição era constituído pelo producto dos bens próprios, tendo o conjugue, por analogia do art. 1287.º, apenas direito de indemnisação pelo desfalque e não direito aos bens em especie por não ter feito a declaração (2). E ate, segundo a *Revista*, se deve recusar ao outro conjugue o direito de indemnisação pelo desfalque quando da venda dos bens próprios, não resulte proveito para o casal ou dessa venda derive uma applicação improductiva, como no caso de se dissipar o producto da venda dos bens próprios.

(1) V XIII pag 504.

(2) Ha duas modalidades da declaração, directa ou explicita, ou de que os bens ficam subrogados, e indirecta ou implicita, que é quando se declara que o preço da aquisição dos bens é constituído com o producto da venda dos próprios originarios

Entendemos que devem considerar-se como próprios os bens comprados com o producto da anterior venda dos bens próprios nos casos em que a *Revista* como taes os considera, devendo genericamente estabelecer-se o principio de que, quando na ocasião da dissolução ou separação, haja bens que acresçam aos próprios existentes, com esses bens há-de indemnisar-se ou substituir-se o valor dos bens próprios que hajam sido vendidos e dessa formam hajam engrossado a massa adquirida, e isto quer tenha havido, quer não, a declaração a que se refere a *Revista*.

Não menos grave é a questão conexas, se alienando-se bens próprios de um dos conjugues sem resultar beneficio ou applicação productiva para o casal, pode esse conjugue preencher ou garantir-se do seu desfalque, proveniente de semelhante alienação, do monte adquirido que houver. Ainda aqui se embatem as duas opiniões, pois, ao passo que a *Revista de Legislação e Jurisprudencia* segue a negativa, o *Direito*, segundo parece, defende a contraria, dizendo que, se o fundo com que cada conjugue entrou para o casal, e tem direito a levantar depois da dissolução matrimonial, se encontra diminuído com intervenção de ambos os conjugues, a responsabilidade é comum, salvos os privilegios do dote.

Parece-nos que esta duvida tem de resolver-se conforme as regras que presidem á doutrina legal das restituições ou colações conjugaes, que trataremos, pronunciando então a nossa opinião sobre este assunto.

Tambem se pode dar o facto de o pae de um dos conjugues, casados com simples comunhão de adquiridos, doar indistintamente a estes conjugues alguns bens, e de, a tal proposito, se levantarem duvidas sobre a natureza desses bens, isto é, sobre se a doação é feita só ao filho ou a ambos os conjugues, prendendo esta questão com os efeitos da communicabilidade dos bens doados.

Nós entendemos, com a já citada *Revista*, que, não expremundo o doador no contexto da doação, como lhe per-

mite o art. 2043.º, o intuito de doar só a um dos conjuges donatarios, essa doação se reputa em favor de ambos, na razão de metade a cada um, tendo portanto o filho do doador de conferir metade da doação ao outro conjuge.

Segue-se tratar, agora, de uma formalidade que apenas tem lugar no regimen da simples comunhão de adquiridos.

Inventariação dos bens proprios.

Art. 1131.º do Cod. Civil.

A obrigação de inventariação e imposta pelo art. 1131.º, segundo o qual « os esposos com simples comunhão de adquiridos devem, antes do seu casamento, inventariar ou no contrato ante nupcial, ou em outra escritura, ou auto publico, os bens que levam para o casal » Este preceito, impondo esta obrigação, estabelece a commação de que, na falta de inventariação os bens se considerarão como adquiridos, perdendo, desta forma, a primitiva natureza de proprios

Se porventura, na hipotese de adu em bens a qualquer dos conjuges, na constancia do matrimonio, por successão, ou por outro qualquer titulo gratuito, ou por direito proprio anterior, casos referidos no art. 1130.º, estão esses bens egualmente sujeitos a inventariação, sob pena de, no caso de não serem inventariados dentro do praso de 6 meses, depois que vieram ao poder do conjuge a quem pertencem, serem havidos como comuns (art. 1131.º § unico).

A inventariação ou especificação dos bens deve ser feita antes do casamento, se se trata de bens presentes ou levados para o casal, ou depois do casamento, se se trata de bens presentes mas liquidos e de supervenientes; em ambas as circunstancias, a inventariação, como já acima dis-

semos, deve fazer-se em escritura ou auto publico, nunca em documento particular, podendo quanto aos bens presentes, essa escritura ser a ante-nupcial ou qualquer outra, tendo se já julgado que bastava a especificação feita na Secretaria de Finanças em processo de liquidação de contribuição de registo. A exigencia da escritura ou auto publico para a inventariação bem se justifica pela necessidade de assegurar a descrição dos bens e como depois da dissolução do matrimonio a separação de bens deve ser feita em especie, a inventariação por meio de titulos ou documentos de aquella categoria, oferece uma base mais solida e autentica para aquella separação. Quando esses bens já se encontrem inventariados não é necessaria nova inventariação.

Pelo que se deixa dito ha, attendendo á epoca da sua aquisição, duas especies de bens, a que faz referencia o art. 1131.º.

- 1) *bens presentes*, podendo subdividir se em *liquidos e ulquidos*.
- 2) *supervenientes ou futuros*.

Os bens levados por um ou ambos os conjuges para o casal, formam o contendo dos bens presentes. São liquidos, os bens certos e determinados que um dos consortes tinha por qualquer titulo acquisitivo, por ex: uma casa que tenha comprado antes do casamento, um predio que tenha adquirido por prescrição positiva, uma casa doada, um certo numero de inseriões etc estes bens ou valores estão sujeitos á inventariação anterior ao casamento.

Os liquidos, são os bens a que um dos conjuges já tinha direito, não se achando, porem, determinados, por ex os bens que constituem uma herança *pro indivisa*, isto e. já aberta mas não partilhada: o direito do conjuge a bens dessa successão e presente, porque ja tem direito a eles desde a abertura da herança.

Estarão os bens líquidos sujeitos ao prazo de 6 mezes a que se refere o art. 1131.º § unico, isto é, deverão ser inventariados depois que a liquidação se termine?

No exemplo dado de bens presentes líquidos — herança ainda *pro indiviso* — a questão esta prejudicada, pois é evidentemente nula a formalidade da especificação, que deve ficar substituída pela partilha, onde a liquidação, e portanto a determinação dos bens do cônjuge, se realizou devidamente. Mas fora deste caso excepcional, tratando-se de bens presentes líquidos, terá de proceder-se à inventariação dentro de 6 mezes a contar do momento em que esses bens entraram na posse do cônjuge a quem pertencem? Rigorosamente o art. 1131.º só se refere aos bens presentes líquidos, e o seu § aos supervenientes, não se referindo, nem o parágrafo, nem o corpo do artigo, aos bens líquidos e não marcando prazo para a inventariação desses bens. Apesar disto entendemos que a inventariação dos bens líquidos está sujeita ao prazo de 6 mezes, por analogia com o § unico do art. 1131.º, que exige essa inventariação para os bens supervenientes. Se assim não fosse, isto é, se se entendesse que os esposos podiam inventariar quando lhes aprouvesse, iludia-se perpetuamente o preceito da inventariação, adiando-a indefinidamente, e causando até prejuizos aos proprios cônjuges e aos credores. Aqueles, porque evita a dissipação dos bens, e a estes, porque seriam prejudicados por essa provavel dissipação.

Não foi pensamento do legislador que esses bens se não inventariassem, antes pelo contrario e devendo, portanto ser feita a inventariação no prazo de 6 mezes, a contar do momento em que o cônjuge entrou na posse deles, obstando o legislador deste modo a delongas nessa inventariação.

Aos bens presentes contrapõem-se os bens futuros, ou supervenientes. Estes distinguem se dos presentes líquidos por ser já do cônjuge, á data do matrimonio, o direito a estes; enquanto que o direito aos bens futuros lhe ad-

vem posteriormente. Que sentido se deve ligar á expressão — *por direito proprio anterior* — mencionada no art. 1130.º?

A *Revista de Legislação e Jurisprudencia* considera como tais os que constituem a herança do filho, aberta antes do casamento, quando essa herança se achava *pro indiviso*.

Portanto, segundo a *Revista*, a superveniencia é apenas na posse, ao passo que a propriedade já pertencia ao cônjuge no momento da celebração do casamento.

Não podemos aceitar tal opinião por que isso levaria a confundir a categoria dos bens presentes líquidos com os bens supervenientes. O que deve entender-se pela expressão — *bens que adveem ao cônjuge por direito proprio anterior* — é que esses bens são aqueles a que se adquire direito na constancia do matrimonio, mas em virtude duma faculdade, dum direito potencial que lhe era attribuido antes do casamento, como, sirva de exemplo, os bens que constituem a herança paterna aberta já depois do casamento.

Parece-nos, pois, que á referida expressão, se deve ligar o sentido duma simples expectativa, e não dum direito verdadeiramente substativo.

A expressão *bens supervenientes*, se se referisse a bens a que o cônjuge já tinha um verdadeiro direito, seria imprópriamente empregada porque abrangia os bens presentes e não pode a superveniencia referir-se só ao facto da posse.

Se nos casamentos com *simplex communhão* de adquiridos se deixarem de especificar quaisquer bens ou direitos pertencentes a um dos cônjuges, quando pela morte de um deles ou da dissolução da *simplex communhão* de adquiridos, se encontra na massa comum do casal, não podem deixar de considerar-se como bens comuns, pois a expressa comminação da art. 1131.º, se bem que originariamente tivessem sido proprios. A mesma doutrina igualmente se deve sustentar quanto aos *mobiliarios*. O art. 1131.º e §

único, referem-se a bens sem distinguir entre moveis e imoveis.

Segundo o art. 1138.º, se o dote consistir em bens moveis será declarado o valor deles no contrato dotal, sob pena de serem havidos como comuns, e pelo art. 1140.º quando no dote fôr incluído dinheiro será este convertido dentro de tres meses, contados desde o casamento, em bens imoveis, inscrições de assentamento, ou ações de companhias, ou dado a juros por escritura publica, com hipoteca, sob pena de entrarem na comunhão; referem-se, pois, respectivamente estas disposições já aos bens moveis, já a quantias em dinheiro, e o art. 1137.º e seu § estabelecem a obrigação da inventariação tanto para os bens presentes como para os futuros. E podia dizer-se que, se o legislador a par da disposição do art. 1137.º quiz referir aos bens moveis e ás quantias em dinheiro era porque estes bens e essas quantias não estavam compreendidas nem nos bens presentes nem nos futuros, referidos no art. 1137.º.

E por isto já se tem entendido que os bens proprios quando constituidos por moveis, podem deixar de ser inventariados sem a cominação de serem havidos como comuns.

Não julgamos aceitavel esta opinião. Estas citadas disposições são privativas do regimen dotal e o facto de se providenciar para os moveis e para as quantias em dinheiro, a par da disposição do art. 1137.º, não nos pôde levar a conclusão que na disposição generica do art. 1131.º não estão comprehendidos os moveis e as quantias em dinheiro.

E ate no regimen da simples comunhão de adquiridos, na falta de disposições especiais, somos levados a incluir os moveis e o dinheiro na disposição generica do art. 1131.º. No regimen dotal, o mais privilegiado de todos, o legislador procura sempre, assegurar bem as garantias da mulher, e obviar á defraudação dos credores. E, porque há bens especialmente garantidos o legislador usou

de maior cuidado, de maior desenvolvimento de disposições, e por isso não é de estranhar que haja disposições especiais para os moveis e para as quantias em dinheiro. O art. 1131.º e seu § destina-se não só a evitar prejuizos aos credores, mas visa tambem a evitar pleitos que mais tarde, na falta de inventariação, seriam dificeis de resolver. Sustentar doutrina contraria seria alterar a letra do art. 1131.º que apenas contrapõe aos bens presentes os supervenientes, e em relação a nenhum deles faz distincção. Ainda relativamente a obrigação de inventariação vejamos se a lei permite que na convenção ante-nupcial se estabeleça a clausula de que os bens proprios que deixarem de ser inventariados nem por isso serão tidos como comuns, inutilizando assim o precepto do art. 1121.º. A questão nasce de, nas escrituras em que se estabelece o regimen dotal, se declarar frequentemente que no caso de se não fazer a especificação ou conversão dos bens dotais, nos termos dos artt. 1137.º e 1140.º, nem por isso esses bens serão considerados como comuns.

A *Revista de Legislação e Jurisprudencia*, em face destas disposições, sustenta a validade desta clausula, baseando-se em que é licito em qualquer regimen estabelecer clausulas que não destruam a economia do regimen, nem sejam contrarias á moral publica ou ás obrigações impostas por lei. Esta clausula não é illicita, pois, pelo sistema do Código Civil podem coexistir no regimen dotal bens com o caracter dotal e bens proprios não dotais. Em face destes argumentos cumprir-nos-ia sustentar a validade desta clausula no regimen da simples comunhão de adquiridos, porque longe de desvirtuar este regimen, antes o mantem puro porque vem assegurar a coexistência de bens proprios com os bens adquiridos o que é da essência do regimen da simples comunhão de adquiridos.

Porem é falás esta doutrina. De facto, para a regerlar basta recordarmos principios a que já nos referimos, quando estudamos a liberdade de estipulação das conven-

ções ante-nupciais. Dissemos então que o art. 1096.º subordina a liberdade de convenção aos limites da lei; ora a cláusula no regimen da simples comunhão de adquiridos seria a violação do preceito que impõe a obrigação de inventariação. Seria até inconcebível que o art. 1131.º prescrevesse a obrigação da inventariação de certos bens sob a comunação de que seriam havidos como comuns, castigando assim a omissão do preceito legal, e por outro lado permitisse que se inutilisasse aquele preceito, por meio da referida cláusula nas convenções ante-nupciais. Acresce ainda que a disposição do art. 1131.º e por sua natureza de interesse e ordem publica, o que não permite a sua violação por vontade das partes.

Advindio, a qualquer dos conjuges depois de separados judicialmente ou de pessoas e bens, ou só de bens, quaisquer bens por successão, por titulo gratuito ou por direito proprio anterior ocorre perguntar se esses bens, sendo proprios, estão sujeitos á inventariação.

Pode até verificar-se o caso de os bens advirem antes da separação, mas serem ilíquidos e só virem a determinar-se depois da separação, como na herança *pro indiviso* em que a partilha foi feita depois da separação, e igualmente neste caso cumpre determinar se é necessaria a inventariação.

Parece á primeira vista impôr-se a solução negativa. Atentando no fundamento da inventariação vê-se que esta serve para distinguir os bens proprios dos comuns adquiridos e desde o momento em que, pela separação, deixa de haver bens comuns, passando até estes a revestir a natureza de proprios pela partilha, cessa deste modo a necessidade de inventariação, perdendo esta a oportunidade, não havendo logar, portanto, para a sanção.

Restabelecendo se, depois da separação, a sociedade conjugal, nos termos dos artt. 1218.º e 1229.º, a inventariação então torna-se necessaria, pois a sociedade conjugal restabelecer-se ha nos termos em que tinha sido constituída.

Portanto, se o casamento era com a simples comunhão de adquiridos com esse regimen se restabelecerá a sociedade conjugal. Não julgamos procedentes estes argumentos. A inventariação é necessaria para os bens que advem depois da separação, porque ha sempre a possibilidade da sociedade conjugal se restabelecer nos termos em que tinha sido constituída, surgindo então com toda a força a obrigação de inventariação. Os juriconsultos que entendem que esta não é necessaria para os bens que advenham depois da separação dizem que restabelecida a sociedade conjugal ou anulados os efeitos da simples separação de bens, se deve preencher a formalidade da inventariação, contando-se então o prazo de 6 meses a partir do momento em que a reconciliação produz efeitos para com terceiros, nos termos dos artt. 483.º e 476.º § unico do Cod. de Proc. Civ. Mas em que preceito de lei se baseiam estes juriconsultos para afirmar que a inventariação de bens deve fazer-se dentro de 6 meses, contados desde o momento em que a reconciliação produz efeitos para com terceiros? Não existe preceito algum que autorise tal afirmação, alterando-se o § unico do art. 1131.º, que, referindo-se aos bens supervenientes, manda fazer a inventariação dentro do prazo de 6 meses depois que nixeram ao poder do conjuge a quem pertencam, e omite qualquer principio relativo ao restabelecimento da sociedade conjugal. E, pois, esta doutrina inteiramente falha de base legal.

Quando a inventariação se não faça nos termos da lei, não ha disposição alguma que diga como ela deve fazer-se.

O que nos parece, mais rigoroso, uma vez que ha a possibilidade do restabelecimento da sociedade conjugal, é que os conjuges separados procedam á inventariação, nos termos do art. 1131.º § unico. A sociedade conjugal, sendo restabelecida, não ha comunhão nesses bens porque foram inventariados; se não o foram, tomam a natureza de adquiridos e portanto comuns. Apesar da opinião em contrario de alguns juriconsultos, entendemos ser esta a

verdadeira doutrina, tendo em nosso abono, o que já não é pouco, o preceito de lei do art. 1131.º § unico. Para concluir-mos a materia relativa á simples comunhão de adquiridos, estudaremos agora as *dividas* e em seguida, para concluir, a materia relativa á cessação da simples comunhão de adquiridos.

Dividas dos conjugues nos casamentos com simples comunhão de adquiridos.

Relativamente ás dividas dos conjugues no regimen da simples comunhão de adquiridos, a sua comunicabilidade ou incommunicabilidade é regulada pelos mesmos principios que no regimen da comunhão geral de bens.

Por tanto, para se determinarem os casos em que a responsabilidade se divide por ambos os conjugues ou pesa só sobre um deles, temos de recorrer aos principios que regulam as dividas na comunhão geral de bens.

E' esta a doutrina que logicamente se deduz do art. 1130.º, que determina que os bens que cada um dos conjugues casados com simples comunhão de adquiridos, tiver ao tempo do casamento, ou depois houver por successão, ou por outro qualquer titulo gratuito, ou por direito proprio anterior, serão considerados e regidos como o são os bens proprios, quando o casamento é feito segundo a comunhão geral de bens. Conclue-se deste artigo que os bens proprios, neste regimen, só respondem pelas dividas, nos mesmos termos em que respondem os bens proprios na comunhão geral. Ainda esta conclusão é confirmada pelo art. 1198.º, applicavel a qualquer regimen de bens, e pelo qual o marido responde pelas obrigações que a mulher, casada segundo a comunhão geral de bens, ou com

simples comunhão de adquiridos, contraiu com autorisação sua, mas não pelas obrigações que a mulher, casada por outra forma, contraiu sobre bens ou interesses privativamente seus. E, finalmente, acresce ainda o facto de a comunhão ser o regimen que se deve observar na falta de estipulação.

Determina, porem, o art. 1133.º que as dividas dos conjugues socios nos adquiridos, sendo anteriores ao casamento, se forem pagas pelos adquiridos, serão levadas em conta na parte respectiva ao conjugue devedor, e este mesmo principio se applica as dividas posteriores ao matrimonio contraídas só por um dos conjugues — dividas proprias — por força das disposições que regulam este assunto na comunhão geral de bens.

E a propria circumstancia do legislador se ter absteido de regular este assunto, não seguindo o mesmo criterio na comunhão geral de bens, vem mostrar claramente que a responsabilidade pelas dividas contrahidas na constancia do matrimonio só por um dos conjugues, apenas recae sobre o conjugue que as contrairam. No regimen da simples comunhão de adquiridos o legislador limitou-se a consignar um principio especial para as dividas anteriores, porque neste regimen, não podia deixar-se a responsabilidade dessas dividas entregue aos principios do art. 1112.º, nos termos de qual as dividas anteriores são pagas em primeiro logar pelos bens trazidos para o casal pelo devedor e, não chegando estes, pela sua metade nos adquiridos. Este artigo era inapplicavel ao regimen que analisamos, porque, não sendo neste regimen os bens proprios apenas aqueles que os conjugues levam para o casal, mas tambem os adquiridos na constancia do matrimonio, por successão, ou por outro titulo gratuito, ou por direito proprio anterior, se o applicassemos as dividas anteriores neste regimen, tanto podiam responder por essas dividas logo em seguida aos bens trazidos para o casal, os adquiridos a titulo gratuito, como os adquiridos a titulo oneroso. Ora os bens comuns deverã

responder só depois de exgotados os próprios, ainda segundo o principio que informa o art. 1112.º; mas seria inexplicavel e inadmissivel que este art. se applicasse, porque da sua applicação resultava sujeitar bens dum conjuge por actos que ele não praticou.

E' por estas razões que o legislador consigna a disposição especial do art. 1133.º; porem, o legislador omitiu qualquer disposição relativa ás dividas posteriores, dando a entender que estas dividas são reguladas pelos principios que informam esta materia no regimen da comunhão geral de bens.

Quando as dividas tenham de ser pagas pelos adquiridos, por os próprios não chegarem ou não existirem, quando é que se pode á exigir esse pagamento?

Estará ele sujeito á moratoria forçada dos artt. 1112.º e 1114.º § unico, ou pode exigir-se a quando do vencimento da divida?

A resolução destas duvidas é applicavel tanto ás dividas anteriores como ás posteriores contrahidas só por um dos conjuges, sem autorisação do outro.

Entendemos que o pagamento dessas dividas está sujeito á moratoria forçada, isto é, só pode ser exigido depois de dissolvido o matrimonio, ou havendo separação de pessoas e bens ou só de bens. Esta afirmação que vimos de fazer, bem se justifica porque, quando o pagamento tenha de se fazer pelos bens comuns, só pode fazer-se nos mesmos termos em que se faz o pagamento pelos comuns no regimen da comunhão, pois, como vimos, a responsabilidade pelas dividas no regimen da simples comunhão de adquiridos é a mesma que no regimen da comunhão geral de bens

A moratoria forçada sofre no regimen que analisamos as mesmas exceções que na comunhão geral, e quando tratamos deste regimen, citando o art. 10.º doCodigo Commercial, dissemos que o pagamento das dividas commerciaes do marido, que tiver de ser feito pela meação dele nos bens

comuns, pode ser exigido antes de dissolvido o matrimonio ou de haver separação, sendo porem a mulher citada para, querendo, requerer separação judicial de bens no decendio posterior á penhora.

Administração dos bens do casal.

Domínio e posse.

Tambem neste regimen a administração pertence ao marido, como resulta do art.º 1189.º, applicavel a todos os regimens de bens, o que se depreende da epigrafe da secção: Dos direitos e obrigações geraes dos conjuges. Relativamente ao dominio e posse, applicam-se os principios expostos pelo legislador no regimen, que já estudamos (1) da comunhão geral de bens. Assim, o dominio e posse dos bens comuns é pertença de ambos os conjuges enquanto subsistir o matrimonio. Como então dissemos, carecemos de recorrer á usual classificação dos bens em mobiliarios e immobiliarios, pois são diversas as normas reguladoras segundo se trata de uns ou outros bens

Quanto aos mobiliarios, o art. 1118.º determina que o marido pode dispor livremente dos bens mobiliarios do casal, mas se, sem consentimento da mulher, os alugar ou obrigar por contratos gratuitos, será a importancia desses bens levada em conta na meação d'ele.

Quanto aos immobiliarios, quer sejam próprios de alguns dos conjuges, quer sejam comuns, não podem ser alheados, ou obrigados por qualquer forma sem consentimento e

(1) Vid estas lições pag 130 e seg

acordo comum, podendo o consentimento de um dos conjuges ser suprido judicialmente.

Cessaçào da comunhão de adquiridos.

Vejamos agora as condições para que se dê a cessaçào da comunhão de adquiridos. A este respeito determina o art. 1132.º que «a comunhão nos adquiridos acaba nos mesmos casos, em que termina a comunhão universal».

Por este artigo vem o legislador claramente enunciar o paralelismo existente entre a simples comunhão de adquiridos e o regime da comunhão geral de bens. E seria até desnecessario que o legislador expressamente o estabelecesse, pois que, sendo as mesmas nos dois regimens, as condições em que se verifica a comunhão, as mesmas devem ser as condições em que ella termina.

O preçetto do art. 1132.º até nos poderia induzir em erro, uma vez que o legislador julga necessario declarar, expressamente quando a comunhão cessa, podendo duvidar-se se o regimen a que estavam sujeitos os bens communs na simples comunhão de adquiridos seria o mesmo da comunhão geral; mas a este respeito não podemos ter duvidas, porque a comunhão geral é o regimen que se deve observar na falta de estipulaçào.

A disposiçào do art. 1132.º faz, portanto, invocar as causas ou factos determinantes da cessaçào da comunhão geral. Essas causas são, como já vimos (1): a *dissoluçào do matrimonio* — podendo esta ser motivada pela morte de um dos conjuges, pela annullaçào do casamento e pelo di-

(1) Vid estas Lições pag 152 e seg.

vorcio; a *separaçào* — simples separaçào judicial de bens e separaçào de pessoas e bens, e, finalmente a *ausencia*, nos termos dos artt 82.º, 84.º, 86.º e 89.º. Verificando-se qualquer destas hipoteses de cessaçào, deve proceder-se á divisiào dos *bens comuns*, nos termos do art. 1123.º seguindo o qual «os bens da comunhão serão repartidos entre os conjuges ou seus herdeiros, com a devida equaldade, conferindo cada um o que dever á massa comum.» E' necessario ainda observar o art. 1124.º pelo qual a mulher será paga de seus creditos primeiro que o marido, e se os bens comuns não chegarem para a sua inteira indemnizaçào, ter ella direito de regresso contra os proprios do marido, salvo se a divida não fór imputavel a este, representando pois esta doutrina uma garantia para a mulher, sendo certo que a reciproca se não verifica (1).

Por estes principios vê-se qual o modo de resolver a questào a que já nos referimos (2) de saber se, alienando-se bens proprios de um dos conjuges sem que daí resulte beneficio para o casal, pode esse conjugue garantir-se do seu desfalque, no monte adquirido que houver, isto é, esta questào tem de ser resolvida pelas colações dos conjuges.

(1) Suponhamos que se inventariaram bens proprios do marido no valor de 20 000 000 reis e foram inventariados como proprios da mulher 1 200 000 reis em dinheiro. Cessando a comunhão de adquiridos, e se encontrarem na massa comum 600 000 reis, o direito a elles é exclusivo da mulher e em virtude do direito de regresso dado pelo art 1124.º, ella pode indemnizar-se dos 600 000 reis restantes nos proprios do marido.

(2) Vid. Estas lições pag 173.

Regimen da separação absoluta de bens

Dividas dos conjuges anteriores e posteriores ao matrimonio.

Art. 1129.º do Código Civil.

Exposta a doutrina relativa á simples comunhão de adquiridos, segue-se agora logicamente tratar do regimen da separação absoluta de bens. Já dissemos que, quando os esposos declaram que querem casar segundo o regimen da separação mas não estipulem expressamente a exclusão da comunhão de adquiridos, existe o regimen da simples comunhão de adquiridos, e que para haver a separação absoluta de bens tornar-se-ha necessario que os esposos façam, de maneira expressa, a declaração da exclusão da comunhão de adquiridos.

Este regimen da separação absoluta de bens é regulado pelos arts. 1127.º, 1128.º e 1129.º e não rigorosamente pelos indicados no art. 1104.º porque os arts. 1125.º e 1126.º não são applicaveis a este regimen, visto estes artigos setem de carácter dispositivo.

Caraterisa-se este regimen pela circunstancia de nele pertencerem a cada um dos conjuges exclusivamente como proprios, tanto os bens com que entram para o casal, como os adquiridos na constancia do matrimonio quer por titulo gratuito, quer por titulo oneroso.

No art. 1127.º declara-se que « cada um dos conjuges conserva o dominio de tudo quanto lhe pertence, podendo

dispor dos respectivos bens livremente, salva a restrição do art. seguinte. Não havendo, neste regimen, bens comuns no sentido que usamos dar-lhe, pode haver, contudo, bens indivisos — bens a que os conjuges têm direito — que se poderiam chamar comuns mas que o não são rigorosamente porque os quinhões de cada um dos conjuges são independentes, podendo qualquer deles requerer a divisão desses bens, o que não podia fazer se nos bens comuns porquanto essa partilha, como vimos, só pode efetuar-se quando se dê a cessação da comunhão

Não ha neste regimen dividas comunicaveis ou incommunicaveis porque para que estas existam é necessario haver no casal bens comuns, bens que, como já dissemos, não existem no regimen da separação. E se alguns juristas dizem que neste regimen ha dividas comunicaveis e incommunicaveis é, porventura, devido a uma influencia nefasta da classificação feita nos outros regimens, e por entenderem que pode haver a separação com a comunhão nos adquiridos — separação incompleta. Não pode, pois, na separação falar-se em dividas comunicaveis ou incommunicaveis; o que ha é dividas que tem de ser pagas por ambos os conjuges, por ambos se obrigarem ao seu pagamento. Não ha, porem, neste caso propriamente uma divida comunicavel, mas antes uma obrigação conjunta, podendo a responsabilidade dos conjuges ser ordinaria ou solidaria. O legislador entendeu necessario regular a materia das dividas, se bem que se trate duma applicação de principios gerais, pela situação especial em que se encontram os obrigados e pelos efeitos que do casamento derivam, e em conformidade com isto estabeleceu o art. 1129.º Percorrendo este art. nota-se que o legislador no citado art. n.º 1.º se refere as dividas anteriores ao casamento determinando que serão pagas pelos bens do conjuge devedor». O principio, já por nós apresentado, quando estudámos a comunhão geral de bens, de que pelas dividas contraídas por um dos conjuges antes do casamento, e

que só a ele beneficiaram, não devia ser responsável o outro cônjuge, tem integral aplicação neste regimen; e nem assim podia deixar de ser porque neste regimen não ha outros bens que possam responder, senão os do cônjuge que contraíu a dívida, sendo que os bens proprios do outro não podiam ficar responsaveis.

No n.º 2 do mesmo artigo está formulado o principio de que «as dividas contraídas durante o matrimonio serão pagas por ambos os cônjuges se conjuntamente a isso se obrigaram.

Nos n.ºs 3.º e 4.º regulam-se as dividas contraídas na constancia do matrimonio mas só por acto de um dos cônjuges; assim o n.º 3.º diz que «se se tiver obrigado só o marido, ou só a mulher, com autorisação dele, respondem pelas obrigações contraídas todos os bens proprios do cônjuge que se obriga», e o n.º 4.º que «se a mulher se tiver obrigado sem autorisação do marido, só respondem pelas obrigações contraídas os bens proprios desta, cuja livre alienação lhe é permitida pelo art. 1128.º. Determinando o art. 1129.º n.º 2.º que as dividas contraídas durante o matrimonio serão pagas por ambos os cônjuges se a isso se obrigaram, occorre perguntar se não se pode estabelecer doutrina identica quanto ás dividas anteriores quando o outro consorte se tiver pessoalmente obrigado, ou quizer obrigar-se ao pagamento dessas dividas nos termos expressos do art. 1110.º, artigo applicavel á communhão universal. Impõe-se, em nossa opinião, a solução affirmativa.

E' manifesto que qualquer dos cônjuges pode obrigar os seus bens ao pagamento duma dívida do outro, quer essa dívida fosse anterior ou posterior ao casamento e bem assim, se antes do casamento já se tinha obrigado ao cumprimento duma dívida contraída pelo outro cônjuge, do que não estava impedido pois tinha a livre disposição dos seus bens como solteiro, e, neste caso, é evidente que tem de responder por essa dívida, ainda que posteriormente ve-

nia a contrair matrimonio com quem anteriormente se obrigára, nos termos em que foi constituída.

Fundamenta ainda esta doutrina a faculdade que cada um dos cônjuges tem neste regimen de separação de bens, de dispor livremente de quanto lhe pertence, (art. 1127.º).

Pouco importa que o n.º 1.º do art. 1129.º não esteja heileça para as dividas anteriores doutrina identica a que o n.º 2.º estabelece para as dividas posteriores; e nem tinha o legislador que estabelecer um preceito especial quanto a estas dividas, porquanto a doutrina que defendemos é verdadeira em face dos principios gerais, sendo que é licito a qualquer dos cônjuges obrigar-se por um acto de vontade.

Ocorre perguntar se, no caso de não haver responsabilidade conjunta de ambos, tendo a dívida sido applicada em proveito comum dos cônjuges, essa dívida deve ser paga pelos bens proprios de ambos os cônjuges ou só pelos bens proprios do cônjuge que a contraíu. Já se tem sustentado que é applicavel ao caso acima formulado, o art. 1110.º n.º 2.º, isto é, que essas dividas podem ser pagas pelos proprios de ambos os cônjuges. Entre os juriscônultos que apoiam esta opinião destacamos o insigne commentador Dias Ferreira. Discordamos desta opinião porque entendemos que nada autorisa a applicação do art. 1110.º n.º 2.º ao regimen da separação de bens.

Dizendo o artigo que são *incommunicaveis* as dividas dos esposos anteriores ao matrimonio, exceto se tiverem sido applicadas em proveito comum dos cônjuges, como ha de applicar-se esta disposição ao casamento com separação de bens, onde não havendo bens comuns, não ha dividas communicaveis nem incommunicaveis? E como se effectivaria a responsabilidade por estas dividas, não havendo bens comuns? Não podiam responder os bens proprios do cônjuge que se não obrigou porque a alienação destes só por um acto de vontade, clara e manifestamente expressa, se pode fazer.

E não havendo bens comuns, não pode o pagamento

dessas dividas pesar sobre os bens proprios do conjuge que se não obrigou. Nem se diga que é immoral e iniqua esta doutrina, que nega a possibilidade de responderem os bens de um dos conjugues por dividas de que ele aufferiu proveito, porque o conjuge que se obrigou devia saber que o seu consorte não responderia por essas dividas, e portanto deve imputar á sua negligencia a diminuição que os seus bens proprios sofram com o pagamento de essa divida, se o fez conscientemente, nada pode opór ao outro conjuge porque tinha conhecimento dos efeitos do acto que realison.

Estudadas as dividas anteriores ao casamento, resta-nos tratar das posteriores para complemento desta materia. Pelo art. 1129.º n.º 2.º regula-se a hypothese de as dividas serem contraídas por acto de ambos os conjugues, determinando que sejam pagas pelos bens de ambos os conjugues.

E' intuitiva a justificação deste principio, porquanto basta atender a que os conjugues se obrigaram conjuntamente. Nos n.ºs 3.º e 4.º do mesmo artigo é que o legislador prevê a hypothese de as dividas serem contraídas por acto só de um dos conjugues.

Assim pelo n.º 3.º, se se tiver obrigado só o marido, ou só a mulher, com autorisação dele, respondem pelas obrigações contraídas, todos os bens proprios do conjuge que se obrigou.

Da simples leitura deste n.º 3.º logo se depreende uma particularidade interessante da sua redacção — *só a mulher, com autorisação do marido* —, não considerando este n.º a hypothese do marido se obrigar com autorisação da mulher, donde parece resultar que só a mulher necessita da outorga do marido, não se verificando a hypothese contrária. Isto tem motivado uma grande controversia para determinar a responsabilidade pela divida do marido com outorga da mulher, caso que, como vivuos, o legislador omitiu. *Dias Ferreira* entende que, não precisando o ma-

rido, nos termos do n.º 3.º, da autorisação da mulher para a validade das dividas por ele contraídas, essa autorisação sujeita os bens proprios da mulher ao cumprimento da divida, porque a outorga da mulher significa que ella se quer obrigar juntamente com o marido, respondendo por essas dividas os bens proprios de ambos os conjugues. Portanto para o Comentador, a autorisação da mulher não é apenas formularia, isto é, não tem apenas o effeito de permitir a contração valida da divida, é uma autorisação que responsabilisa os bens proprios da mulher pelo pagamento dessa divida. A doutrina contraria é defendida por *Hilite Ribeiro* que entende que, neste regimen da separação a autorisação da mulher não tem valor juridico algum e não tem o effeito de responsabilisar os bens proprios della porque, nos termos do n.º 2.º do art. 1129.º, para que os seus bens proprios fiquem obrigados neste regimen torna-se necessario que ella se obrigue pessoal e juntamente com o marido, não bastando a simples outorga, que *Hilite Ribeiro* considera sempre como meramente formularia, sendo pois os bens proprios do marido que respondem pelas dividas por elle contraídas quer haja, quer não, autorisação da mulher. E' esta tambem a opinião do Sr. Dr. *Guilherme Alves Moreira*.

O que cumpre determinar, em nosso entender, é se a outorga dada pela mulher equivale ou não á vontade de se obrigar, nos termos do art. 1129.º n.º 2.º. Se bem que a outorga da mulher não seja necessaria para ficarem responsaveis os proprios do marido, não entendemos que essa outorga seja equivalente a uma declaração da vontade para se obrigar juntamente com o marido.

Trata-se dum argumento *á contrario sensu*, com todos os vicios, incerteza e perigos dos argumentos desta natureza. Já se formulou uma solução intermedia, que reputamos fundamentalmente verdadeira.

Segundo essa solução não se pode resolver a questão duma forma absoluta, cumprindo fazer distincções. Assim

se se trata de uma simples autorisação que é apenas comprovada pela prova testemunhal, que bem podia ter sido pedida a título de conselho, e como tal dada, essa autorisação não se pode considerar, como quer Dias Ferreira um ato de vontade da mulher, ficando só o marido obrigado à dívida; se, porém, se trata duma autorisação que consta de documento autentico ou autenticado, ou do proprio documento da dívida, dada em termos taes que signifiquem que o marido pedindo a e a mulher concedendo-a, tiveram em vista ficar esta obrigada ao cumprimento da dívida, então consideram estes juriconsultos aceitavel a opinião de Dias Ferreira, ficando responsaveis os bens proprios de ambos os conjuges. Cumpre ter em atenção, no nosso modo de ver, em cada caso concreto as circumstancias em que é feita a declaração, para ver se se podera depreender se a mulher tinha vontade de se obrigar.

O n.º 3 figura a hypothese da mulher se ter obrigado com autorisação do marido, o n.º 4, pelo contrario, prevê o caso de ella se ter obrigado sem essa autorisação e determina que « só respondem pelas obrigações contrahidas nessas condições, os bens proprios da mulher ». Justifica-se esta disposição pelo facto de haver no regimen que analisamos bens de que a mulher pode dispor livremente sem consentimento do marido.

Dominio e posse.

É expresso o art. 1127.º, preceituando que nos casamentos feitos com separação de bens, cada um dos conjuges conserva o dominio de tudo quanto lhe pertence, podendo dispor dos respectivos bens livremente, salva a restrição imposta no art. seguinte. Este art. (1128.º) declara que é

applicavel á mulher, quanto aos seus bens mobiliarios separados da cõmunhão, e á terça parte dos seus rendimentos, a disposição do art. 1118.º, relativamente ao marido, acerca dos seus bens mobiliarios comuns. Significa, pois, o art. 1128.º, pela referencia que faz ao art. 1118.º, que a mulher pode dispor livremente dos seus bens mobiliarios e da terça parte dos seus rendimentos.

Cumpre atender, porém, ao § unico do art. 1128.º que excetua os capitais postos a juros, aos quais, assim como ás outras duas terças partes dos rendimentos, e aos bens immobiliarios, é applicavel o disposto no art. 1119.º, isto é, a mulher não pôde alhear ou obrigar por qualquer forma esses bens, sem consentimento do marido.

O art. 1118.º, para o qual o art. 1128.º manda remeter, concede ao marido a livre disposição dos bens mobiliarios do casal, acrescentando, porém, que, se sem consentimento da mulher, os alhear ou obrigar por contratos gratuitos, será a importancia dos bens, assim alheados, levada em conta na meação dele.

Fundamentalmente este artigo apenas faculta ao marido a disposição dos bens mobiliarios por titulo oneroso. Mas uma duvida se levanta: tambem se applicará em relação á mulher, quando ella aliena bens mobiliarios a titulo gratuito, sem autorisação do marido, a restrição do art. 1118.º? Não nos parece sustentavel a solução affirmativa porque o art. 1118.º, dizendo que, se o marido dispuzer, sem consentimento da mulher, dos bens mobiliarios, por contratos gratuitos, será a importancia desses bens levada em conta na meação dele, e não existindo neste regimen da separação bens comuns, somos levados a concluir que não pode applicar-se a combinação do art. 1118.º, quando a mulher aliene bens mobiliarios por titulo gratuito sem autorisação do marido.

Pode-se pois concluir legitimamente que no regimen da separação a mulher pode dispor livremente dos seus bens mobiliarios, tanto a titulo gratuito, como oneroso, e que o

alcance da referencia do art. 1128.º ao art. 1118.º é tão sómente para attribuir á mulher a livre disposição dos seus bens mobiliarios.

Analisemos, agora os poderes que o marido goza, em relação aos bens mobiliarios e imobiliarios. Em relação áqueles, em face do preceito generico do art. 1127.º, que dá aos conjuges a livre disposição dos seus bens, é de concluir que, nos casamentos com separação, o marido pode dispor livremente dos mobiliarios seus proprios.

Mas poderá ele sem autorisação da mulher, alienar ou obrigar os seus bens imobiliarios? A este respeito, há duvidas na nossa jurisprudencia. Alguns jurisconsultos entendem que, em face do art. 1127.º, que permite a cada conjuge genericamente dispor livremente dos seus bens, sem distinguir entre mobiliarios e imobiliarios, e na falta de qualquer restricção para o marido, semelhante á que o art. 1128.º estabelece quanto á mulher, o marido pode dispor tambem dos bens imobiliarios sem outorga da mulher.

E' inadmissivel esta opinão, porque desconhece preceitos genericos applicaveis a qualquer regimen, e apenas se baseia na falta de restricção quanto ás alienações feitas pelo marido.

Com effeito, o art. 1191.º, colocado na secção que trata. *Das direitos e obrigações geraes dos conjuges*, determina que não é licito ao marido alienar bens imobiliarios sem outorga da mulher. De facto o art. 1127.º está limitado pelo art. 1191.º, e só dentro do ambito deste artigo é que existe a faculdade de livre disposição dada pelo art. 1127.º.

Se o marido alienar bens imobiliarios proprios sem autorisação da mulher, essa alienação só pode ser anulada a requerimento da mulher ou de seus herdeiros, achando-se o marido constituido em responsabilidade para com ella ou para com eles, e não tendo outros bens pelos quaes responda (art. 1191.º § 2.º).

E' este o preceito applicavel no regimen da separação, quando o marido alienar bens imobiliarios sem outorga da

mulher. O §. 3.º do mesmo art. 1191.º é applicavel neste regimen porque regula as alienações de bens communs, bens que não existem na separação. Mas poderá o marido, sem autorisação da mulher, dos mobiliarios proprios dela? Entendemos que não, apesar do art. 1148.º permitir ao marido a livre disposição dos mobiliarios de taes da mulher, salvo convenção em contrario, e responde pelo seu valor.

Mas este artigo é privativo do regimen dotal, e nem aqui podem invocar-se, mesmo por meta analogia, as regras excepcionais do regimen dotal, porque não falha a lei expressa, que como tal consideramos os artt. 1127.º e 1128.º, o primeiro dos quaes dá apenas o direito de livre disposição em relação aos proprios de cada conjuge. Nem pode argumentar-se com o facto do art. 1191.º proibir ao marido a alienação dos imobiliarios sem se referir á dos mobiliarios, pois alem de se tratar duma simples omissão que não poderá destruir a doutrina dos artt. 1127.º e 1128.º, haveria neste caso um argumento *a contrario sensu*.

Em nosso entender, portanto, só a mulher tem a faculdade exclusiva de alienar os seus proprios mobiliarios.

A administração de bens.

Neste regimen tambem a administração de todos os bens do casal, ainda a dos proprios da mulher, pertence ao marido, segundo o disposto no art. 1189.º, applicavel a qualquer regimen de bens.

Mas esta faculdade da administração dos bens do casal pelo marido abrange tambem os bens que a mulher pode livremente dispor neste regimen, isto é, os bens indicados no art. 1128.º? Evidentemente que se impõe a so-

lução afirmativa porque o art. 1128.º, concedendo á mulher a livre disposição dos seus bens mobiliarios e duma quota parte dos seus rendimentos, não lhe dá contudo a faculdade de os administrar. Mesmo o art. 1104.º, estabelecendo que a mulher não pode privar o marido por convenção ante nupcial, da administração dos bens do casal, mas permitindo-lhe reservar para si, a título de alfinetes, uma parte dos rendimentos de seus bens e dispor dela livremente, nem sequer em relação a estes bens que a mulher reserva para si, o legislador lhe concede a faculdade de administração.

Assim concluímos o estudo do regimen da separação absoluta de bens.

Regimen dotal

Forma de estipulação — art. 1134.º Cod. Civil.

Quando estudámos os quatro tipos de regimens de bens no matrimonio e os caracterisámos, dissemos então que o regimen dotal era aquele regimen em que havia bens da mulher especialmente garantidos, consistindo essa garantia na inalienabilidade, e imprescritibilidade dos bens immobiliarios, na hipoteca legal, fiança ou outra caução. (1)

De todos os regimens de bens, foi a este que o legislador mais especialmente favoreceu; e regulou mais minuciosamente.

Relativamente a forma de estipulação, depreende-se do art. 1134.º, segundo o qual, para os esposos se casarem conforme o regimen dotal, é preciso que *assim o declarem no respeito contrato*, que a estipulação deste regimen *deve ser feita* claramente, de forma que não resté a minima duvida ter sido este o regimen escolhido pela vontade das partes.

Na verdade este rigor explica-se e justifica-se por se tratar de uma regulamentação excepcional: já por que é este regimen uma excepção ao principio da comunhão geral de bens, já porque torna os bens immobiliarios inalienaveis, estabelecendo assim restrições aos direitos do proprietario, assim como á liberdade do commercio

(1) Vid estas Lições pag 89

A expressão — *dote* — não pode considerar-se como forma suficiente para se constituir este regimen, porque não pode estipular-se o regimen dotal quando se determina que a mulher se dota ou alguem a dota com certos e determinados bens.

E não pode esta maneira de dizer considerar-se como suficiente porque, se se diz que a mulher se dota ou que alguem a dota, pode querer-se apenas significar que a mulher leva para o casal certos bens como proprios. Convem, porem, não exagerar a necessidade de clareza para a adoção do regimen dotal; se do conteúdo da escritura ante-nupcial se depreender com segurança que o regimen escolhido é o que o Código denomina dotal, e este o regimen que deve considerar-se como estabelecido, pois o legislador não exige, nem podia exigir, fórmulas sacramentais. O que a lei quiz declarar é que o regimen fosse estabelecido por uma fórmula inequivoca, devendo as palavras ser tais, que não possam dar lugar a duvidas, e porventura, a especulações de má fé. O que é necessario atender é ás circumstancias e conjunto do contrato e ás disposições que ele encerra.

E se a formula referida, de que a mulher se dota ou alguem a dota, é insufficiente para constituir o regimen dotal, o mesmo se não dá com a expressão usada frequentemente, de que são *dotais* os bens que a mulher leva para o casal. Nesta declaração de que os bens que a mulher leva para o casal, são dotais, ha já a classificação desses bens, determinando se a sua natureza jurídica, a conclusão, pois, é que os esposos quiseram constituir o regimen dotal.

Tambem é sufficiente para que se considere estabelecido este regimen a declaração de que parte, ou a totalidade dos bens da mulher, ser a regida pelas disposições dos artt. 1134.º a 1165.º do Cod. Civil, disposições que regulam *ex professo* o regimen que analisamos.

Igualmente se deve julgar estipulado este regimen

quando os esposos no contrato ante-nupcial, sem se referirem expressamente ao regimen adotado, indiquem as qualidades jurídicas dos bens, e estas sejam perfeita e rigorosamente equivalentes ás que no regimen dotal se attribuem a esses bens. Assim, a declaração de que os bens serão incommunicaveis ou inalienaveis, e insufficiente para a estipulação do regimen dotal, visto não ser qualquer dessas a unica qualidade dos bens dotaes, não ficando portanto definido por qualquer dos referidos carateres o conceito juridico da instituição. Quando haja duvidas sobre se os esposos estipularam ou não o regimen dotal, pela redação ambigua do respectivo contrato, devemos considerar inexistente esse regimen, não só porque a lei exige uma declaração expressa para a adoção do regimen dotal (art. 1134.º), como tambem porque as disposições que regulam este regimen, que é de carater excepcional, são de interpretação restrita.

Quem pode ser dotado e quem pode dotar

O dote so pode ser constituido em favor da mulher, como se depreende do art. 1135.º, segundo o qual, a *mulher* pode dotar-se a si propria com os seus bens, ou ser dotada por seus paes, ou por outrem. Identica doutrina se depreende do preceituado no art. 1140.º que, prevenindo a hipotese do dote ser constituido pela mulher, por o marido ou por outrem, sendo incluído nesse dote dinheiro não vem modificar o art. 1135.º, onde só se fala do dote a favor da mulher.

Finalmente ainda se deduz esta doutrina do art. 1155.º

que assigna aos bens do marido, no regimen dotal, o caráter de proprios.

Se, porem, só a mulher pode ser dotada, a faculdade de dotar estende-se a todos que dela quizerem usar, incluindo o proprio marido; o que ja se depreendia do art. 1135.º, pelo qual não só a mulher pode dotar-se a si propria como tambem pode ser dotada por outra pessoa, mostrando claramente o art. 1140.º que ela pode ser dotada pelo marido. Opnaram alguns jurisconsultos que o pae devia ser obrigado a dotar a filha, o direito vigente, porém, entendeu que a constituição do dote era meramente facultativa, e por isso nem ao pae impôs o dever de dotar a filha (1).

Podendo qualquer pessoa dotar a mulher, o dote pode ser constituido por varios obrigados conjuntamente. Regulamentando um dos casos em que tal succede, o legislador prevê no art. 1146.º a ipotesi de o dote ser constituido por pae e mãe conjuntamente, e declara que, se se não declarar a parte com que cada um contribue, entender-se-hia que cada um deles se obrigou por metade.

Esta disposição afigurasse nos desnecessária e além

(1) E bem procedeu o legislador — escreve o Sr Dr Montenegro —, deixando ao criterio dos interessados, que podem apreciar com intena justeza as circunstancias occorrentes, a livre escolha do respectivo regimen, como abstendo se, em todos os casos, de compellir os paes a uma doação, cujo fim essencial podia ser preenchido pela obrigação alimentar, e que, provocando graves desordens no seio da familia, violando em juizo o segredo dos negocios, a fim de tornar conhecido o verdadeiro estado financeiro dos paes, ocasionando muitas vezes consentimentos forçados, e pondo até a inexperiencia da mulher ao serviço das especulações dum marido pouco escrupuloso, desconheceria ao mesmo tempo o affecto com que a natureza ligou os paes aos filhos, poderão, é certo, aqueles desconhecer algumas vezes a justiça devida a estes, mas taes factos serão méias excepções, serão um mal cuja tolerancia evitará outros bens maiores.

disso defeituosamente redigida, porque a partilha da responsabilidade do dote já se deduzia do principio generico da divisão das dividas e de varias disposições doCodigo Civil, entre ellas o art. 731.º segundo o qual «sendo varios os obrigados a prestar a mesma coisa, responderá cada um deles proporcionalmente», salvas as excções neste art. formuladas.

A inutilidade do art. 1146.º tambem resulta do art. 1113.º — que já analisámos quando tratámos da comunhão geral de bens —, e dos artt. 1129.º e 1130.º, que respectivamente dizem respeito á separação absoluta de bens e á simples comunhão de adquiridos, porque o dote é um crédito em favor da mullier.

Além de desnecessaria, a disposição que analisamos é tambem insufficiente porque, se o legislador julgou necessario resolver por disposição expressa a hypothese de se constituir um dote, sem os varios obrigados declararem a parte com que cada um contribuia, cumpria-lhe tambem regular o caso em que tal constituição tivesse logar intervindo quaesquer outras pessoas, que não o pae e a mãe da dotada. Ainda poderá observar-se que a disposição do art. 1146.º unicamente pretendeu determinar a responsabilidade dos dotadores, referindo-se á extensão dessa responsabilidade em *absoluto*, tomada por cada um dos condevedores, e nem sequer regulou as relações internas entre dotadores e dotada ou dos dotadores entre si.

A este respeito, diz o Sr Dr. Montenegro, (1) «quaesquer que sejam essas relações, é sempre necessario definir a obrigação propria de cada devedor, independente das responsabilidades que circunstancias especiaes lhe imponham, a fim de precisar o montante a que podem subir as exigencias do credor primitivo ou do condevedor

(1) Dr. Artur Montenegro — Do regimen dotal pag 70.

que pagou pelo outro: dessa definição encarregou-se, embora desnecessária e insuficientemente, o art. 1146.º. Escusado será notar que, quando o dote tenha sido constituído por varias pessoas conjuntamente, a solidariedade se não presume e, portanto, para que a dotada possa exigir a totalidade do dote de qualquer dos dotadores, seria necessario que expressamente se estipulasse essa solidariedade. Sendo o dote constituído pelo pae e mãe conjuntamente, trata-se de uma divida comum, por eles contraída para com a filha dotada, sendo a sua responsabilidade determinada segundo as regras ordinarias que nos diversos regimens matrimoniaes responsabilisam os bens dos conjuges por esta especie de dividas. Pelo art. 1146.º vê-se que o legislador quer estabelecer o principio de que, sendo o dote constituído por varias pessoas conjuntamente, não se declarando a parte com que cada um dos dotadores contribue, responderão estes proporcionalmente.

Sendo assim, e sempre possível aos paes, como a quaesquer outros dotadores, obrigarem se por quotas diferentes, entendendo-se, quando se não estipule a proporção em que se obrigam, que se obrigaram proporcionalmente.

E' que o dote representa, fundamentalmente, uma divida em que os dotadores se constituem para com a dotada, divida que pode ser comum ou propria, e, sendo comum, conjunta ou solidaria.

Determina o art. 1147.º, que, se os paes não declararem que dotam por suas terças, será o dote levado em conta na legitima da dotada, e só se deduzirá da terça dos paes aquilo em que o dito dote exceder a legitima. Bem se comprehende o fundamento deste art. Embora a lei olhe com muito favor a constituição do dote, o legislador quiz evitar que os paes favoreçam a filha dotada prejudicando a legitima dos outros filhos. Na legitima da dotada, escreve o Sr. Dr. Montenegro (1), reunida á terça dos dota-

(1) *Obra cit*, pag. 73.

dores está, porem, o limite que o dote não pode exceder, sob pena de redução por inoficiosidade (art. 1148.º, 1149.º § 4.º e 1789.º).

A disposição do art. 1147.º tem de ser modificada de harmonia com o decreto de 31 de outubro de 1940; isto é, terá de se substituir a terça por metade.

Quando os paes constituem um dote á filha sem mais declaração, julga se que quizeram fazer uma liberalidade, e portanto não pode entender se que esse dote e constituído pelos bens que ja preferiam a dotada e que a estipulação se reduza a uma garantia especial dada a esses bens.

Bens que podem constituir objeto do dote.

O dote pode comprehender bens mobiliarios ou imobiliarios, presentes ou futuros, é o que expressamente determina o art. 1136.º dizendo: « podem ser objeto de dote tanto os bens mobiliarios como os imobiliarios, e tanto os bens que a mulher ja possui, como os que de futuro venha a adquirir por testamento ou *ab intestato* »

Este artigo tem dado lugar a duvidas sobre a determinação dos bens que podem constituir objeto do dote, por que da sua leitura não se podem deduzir com claresa os termos da delimitação dos bens. Ocorre, em primeiro lugar, perguntar se o dote que não foi constituído pela mulher, poderá comprehender bens futuros, isto é, se podem constituir objeto do dote bens que de futuro advenham aos dotadores.

A primeira conclusão que poderíamos tirar da simples leitura do art. 1136.º era de que o dote não pode ser

constituído por bens futuros, quando a mulher se não dota a si própria, pois o legislador, referindo se de uma maneira geral aos bens mobiliarios e imobiliarios, só se occupa dos bens futuros em relação á mulher. Acresce ainda a razão de que as doações não podem abranger bens futuros, segundo o disposto no art. 1453.º, e isto parece confirmar a solução que á primeira vista se deduzia da interpretação rigorosamente literal do art. 1136.º. Mas, por um favor concedido ao casamento, a referida regra do art. 1453.º sofre excepções, pois os artt. 1171.º e 1175.º permitem que, tanto as doações entre esposados, como as feitas por terceiros aos esposados, compreendam bens futuros. Ora nestes termos, não repugnando duma maneira absoluta á natureza jurídica da doação que ela abraja bens futuros, sendo alem disso os bens futuros compatíveis com a natureza jurídica do dote (art. 1136.º), a coerencia leva o legislador á conclusão de admitir a possibilidade de se constituir o dote com bens futuros, por qualquer pessoa que não seja a mulher, visto que o legislador se achava vinculado pela sua vontade, em virtude do espirito que ditou os principios consignados nos artt. 1171.º, 1175.º e 1096.º. Alem disso, se se entendesse que a mulher não podia ser dotada por terceiros com bens futuros, podendo as doações feitas por terceiros aos esposados compreender bens presentes e futuros, e podendo, por outro lado, a mulher dotar-se a si própria, haveria o expediente, sempre facil, de esses terceiros fazerem uma doação á mulher de bens futuros nos termos sobreditos, e depois a mulher, no uso da faculdade expressa do art. 1136.º, constituir um dote em seu favor com esses bens.

Cumpre determinar rigorosamente o alcance das expressões — *bens presentes* e *bens futuros* referidas no cit. art. 1136.º.

Por *bens presentes* entendemos não só aqueles que a mulher já possue ao tempo da constituição do dote, mas tambem aqueles a que ella já tem direito nesse momento,

direito que pode ser efetivo, condicional ou a termo; *bens futuros*, aquellos que não se acham em poder do dotador ou a que este não tem direito ao tempo da constituição do dote (art. 1453.º § unico).

Assim, será um dote constituído por bens presentes, aquele em que entrem bens adquiridos por testamento feito com dependencia de condição suspensiva, embora a condição se verifique depois da constituição do dote, e ao tempo dessa constituição os bens não estivessem em poder da dotada, e isto porque os efeitos da condição suspensiva retrotraem-se ao momento da reanusação do negocio juridico (art. 678.º). Tambem quando a mulher, anteriormente á constituição do dote, tenha sido beneficiada por terceiro com uma doação de bens futuros para casamento, deve tal doação considerar-se incluída nos *bens presentes*, pois a este tempo ha já em seu favor um direito efectivo (art. 1457.º § unico). Mas não devemos considerar bens presentes, os doados por doação que so produza os seus efeitos por morte do doador, visto o donatario só poder alegar uma esperauça mais ou menos dependente da vontade de aquelle, (art. 1457.º e 1171.º). Em relação aos bens futuros, é necessario atender a que o art. 1136.º não abrange todos os bens futuros, tão somente se refere aos adquiridos por testamento ou *ab intestato*. Ocorre perguntar se o art. 1136.º exclue os bens adquiridos por doação. Parece á primeira vista, em face do artigo, que o dote não pode ser constituído por esses bens, tanto mais que o art. 1130.º, que se refere a simples comunhão de adquiridos, faz uma referencia generica, ao definir os bens proprios, aos havidos por qualquer titulo gratuito.

Este confronto vem reforçar a conclusão de que os bens adquiridos por doação não estão compreendidos do art. 1136.º, não podendo portanto constituir objecto ao dote. Esta conclusão é ainda confirmada pela historia do art. 1136.º.

De facto, achando-se o art. correspondente do projecto-

primitivo (art. 1180.º) redigido em termos substancialmente idénticos, foi conservado através de todos os projectos até ao Código, apesar de na Comissão Revisora ter sido proposta a compreensão no dote futuro *dos bens havidos por doação*. Todavia, a pratica tem seguido doutrina diferente, de certo levada pelo injustificável da dita posição.

Raro é o contrato dotal, escreve Dias Ferreira, (1) em que a noiva se não dota com todos os bens, que lhe advierem por título gratuito, ou seja testamento, ou doação entre vivos.

Nos bens futuros não podem contudo comprehender-se os bens havidos depois de dissolvido o casamento, pois a esse tempo já não ha razão para dote. Ainda quanto a estes bens, para que eles entrem no dote, é preciso que haja a declaração expressa nesse sentido. Se se disser em termos geraes que a mulher se dota *com todos os seus bens*, não pode entender-se que ella se dota com os bens futuros. Com razão diz Trophong, que a não compreensão dos bens futuros no dote, assenta na vontade presumida das partes. Também no dote podem entrar dividas activas, isto é, créditos do dotor; como resulta da disposição geral do art. 376.º, pelo qual se podem incluir entre os moveis os créditos do dotor, e do art. 4136.º, que se refere genericamente a bens. Se não fosse esta a conclusão, bastava o preceito especial do art. 1161.º fazer referencia a dividas activas como podendo ser objeto do dote. Portanto estas dividas podem entrar na constituição do dote como bens mobiliarios. E os bens hipotecados poderão fazer parte de um dote? Se este é constituido pelo devedor, nada ha que o impeça, visto que elle, pelo facto de os bens estarem hipotecados, não deixa de ser seu proprietario, devendo assim esses bens serem

(1) *Código Civil Anotado*, — V III nota aos artt 1135.º e 1136.º.

considerados como *presentes*, estando porem tanto o dote como a hipoteca sujeita a registo, e devendo neste caso observar-se a ordem da prioridade do registo, excluindo o encargo hipotecario, em caso de execução, o onus dotal (art. 1023.º).

E nem podia deixar de ser assim, visto que o credor hipotecario não tem direito ao imovel que constitue garantia do seu credito, tendo apenas o direito de se fazer pagar o seu credito pelo producto da alienação desse predio.

Se o dote é constituido pelo credor, não podem os bens hipotecados ser, por este titulo, objecto de dote, pois a hipoteca representa uma simples garantia de pagamento (art. 888.º e 903.º.)

Tratando-se de *creditos hipotecarios*, o credor pode constituir um dote com esses creditos, pois o que fica exposto em relação aos *bens hipotecados* não é applicavel aos *creditos*. Neste caso a garantia hipotecaria aproveita á dotada, importando pouco que o dever seja o proprio marido, pois, como diz o Sr. Dr. Montenegro (1) não só o regimen adotado é mais cabal prova da absoluta exclusão de communidade relativamente aos bens que o constituem, bens entre os quaes se conta, por disposição expressa, o credito hipotecario, mas até o facto do devedor, ao tempo da celebração do contrato, ser um extranho para o credor, mostra que deve assumir pessoal responsabilidade pelos encargos tomados.

(1) *Obr cit* pag 81

Conversão do dote constituído em dinheiro art. 1140.º
Codigo Civil.

Sendo necessario proteger os interesses da dotada e de terceiros assegurando a integridade do dote, o legislador consignou, neste sentido, algumas disposições.

Dentre ellas o art. 1140.º determina que, se no dote, que este seja constituído pela mulher, quer pelo marido, quer por outrem, fôr incluido dinheiro, sera este convertido, dentro de três meses, contados desde o casamento, em bens imoveis, inscrições de assentamento ou ações de companhias, ou então dado a juros, por escritura publica com hipoteca. Fundamenta este artigo o facto de o dote ser constituído em dinheiro e ser facil perderem-se esses valores pela sua dissipação, com prejuizo da mulher e de terceiros que entrem em relações economicas com os conjuges.

No mesmo art. 1140.º, parte final, o legislador estabeleceu a comminação de que, quando a conversão se não faça pela forma e no prazo indicado, os valores em dinheiro sejam considerados como bens comuns. Se a conversão se fizer em ações de companhias ou em inscrições de assentamento, o averbamento destas inscrições, bem como das ações, deve conter a declaração da natureza dotal.

Determinando o art. 1140.º que a conversão do dinheiro incluido no dote se fará no prazo de três meses, contados desde o casamento, pode haver circumstancias especiais em que a conversão tenha de fazer-se fora daquele prazo, por material impossibilidade de se fazer dentro dele.

Assim succederá quando o dinheiro estiver comprehendido em successão liquida aberta ao tempo do casamento, ou que depois advenha á mulher. Em casos destes, nem o dinheiro poderá ser convertido no prazo de três meses, contados do momento da celebração do casamento, porque um motivo de força maior o impede, nem deverá ficar inibido de constituir dote, sob pena de absurdo; nem ainda quando os bens se liquidem, pode deixar de considerar-se subsistente a obrigação da conversão, visto que os bens não perdem a natureza dotal, não se tendo efetuado a conversão por motivo de força maior.

Os motivos que levaram o legislador a impor a obrigação da conversão, são neste caso identicos aos que determinaram a disposição do art. 1140.º. O Sr. Dr. Montenegro entende que, sendo só por uma circumstancia de força maior que não foi observado o preceito legal, deve nos casos referidos, o prazo de três meses, para a conversão, contar-se da respectiva liquidação e especificação, por analogia do disposto no art. 1137.º e § unico.

Considerando o legislador os bens em dinheiro incompatíveis com o regimen dotal, estatuiu que, se aqueles bens não fossem convertidos na forma indicada, devia este regimen haver-se por excluido. E competindo-lhe em tal caso, indicar a que regulamentação juridica ficavam subordinadas as relações pecuniaras dos conjuges, escolheu naturalmente a comunhão, por traduzir a regra geral. A comminação do art. 1140.º tem de se entender segundo os principios do Codigo que limitam a comunhão geral entre os conjuges. Assim, segundo o art. 1235.º, «o varão ou a mulher que contrahir segundas nupcias, tendo filhos ou outros descendentes successivos de anterior matrimonio, não poderá comunicar com o outro conjuge, nem por nenhum titulo doar-lhe, mais da metade dos bens, que tiver ao tempo do casamento, ou que venha a adquirir depois por doação ou herança de seus ascendentes ou de outros parentes.»

Nestes termos, se a mulher que passar a segundas núpcias, tiver constituído um dote em dinheiro, sendo tais bens havidos ao tempo do casamento, ou quando sejam adquiridos, posteriormente, por doação ou herança de seus ascendentes ou outros parentes, desde que ela não faça a conversão, em harmonia com o art. 1140.º, dentro de três meses contados desde o casamento, este dote considerar-se-ha como não existente, mas por outro lado a comunhão só se dá em relação à quota de que, pelo art. 1235.º, se pode dispor.

Suponhamos, com efeito, que a mulher constituiu um dote em dinheiro, que era todo o seu patrimônio; se não fizesse a conversão, segundo o art. 1140.º, e os bens ficassem sendo comuns, aniquilar-se-ia a garantia do art. 1235.º.

Por isto sustentamos que a verdadeira cominação do art. 1140.º está sempre na perda da natureza dotal dos bens, quanto à cominação de que, pela não conversão, os bens tomam a natureza de comuns, tem ela de entender-se sem prejuízo das disposições que limitam as regras da comunhão.

Se assim não fosse, a cominação do art. 1140.º em vez de ser uma penalidade que o legislador quer estabelecer para o caso de se não fazer a conversão, seria até um meio facilitado de eludir a garantia do art. 1235.º, vindo assim o art. 1140.º a constituir um meio de assegurar um benefício ao outro cônjuge.

A mulher, se tanto fôr preciso, pode até chamar o marido aos tribunais para o compeli-la a fazer a conversão (1).

(1) «Entretanto — escreve o Sr. Dr. Montenegro — um tal expediente extremo ha-de encontrar relutancia, por parte da mulher, em ser usado, e, quando fôr, será a primeira fonte de discordias na sociedade conjugal. Porventura, teria o legislador procedido com maior prudencia, proibindo simplesmente os dotes em dinheiro, e obrigando, assim, os interessados a realisarem a conversão antes da constituição do dote.» Obr. cit. pag. 86

O art. 1140.º, como está redigido, parece referir-se só ao dinheiro recebido no momento da celebração do casamento, porque diz que a conversão do dote se fará dentro de três meses, *contados desde o casamento*. E poder-se-ia concluir, pela interpretação rigorosamente literal do art. 1140.º, que, quando se tratasse de dote em dinheiro, mas recebido já depois do casamento, não era necessário que se fizesse a conversão, não ficando deste modo suficientemente garantidos os interesses da mulher e de terceiros.

Deve porém, entender-se o art. 1140.º em termos gerais. Para os bens supervenientes que sejam quantias em dinheiro, a conversão deve fazer-se dentro de seis meses a contar do momento em que o cônjuge entrou na posse deles, por analogia do § unico do art. 1137.º.

Especificação e avaliação dos bens dotais — artt. 1137.º e 1138.º

Não é o art. 1140.º, como já tivemos ocasião de dizer, a única disposição pela qual o legislador quiz garantir a integridade do dote.

Assim, no art. 1137.º (1), determina ele que, constituído o dote em bens *presentes líquidos*, serão estes especificados no contrato do casamento ou em qualquer documento ou auto publico anterior ao mesmo casamento, quando, porém, forem líquidos, permite-se, a título provisório, que se faça no contrato uma simples menção da

(1) Esta disposição é semelhante ao art. 1131.º (aplicavel á simples comunhão de adquiridos) em que se impõe a especificação dos bens proprios.

proveniência do direito aos ditos bens, reservando se a especificação para quando se liquidarem

Abrangendo o dote bens *futuros*, podem ser especificados dentro de 6 mezes depois que vieram a poder da dotada. Se a especificação deixar de se fazer nos termos referidos, os bens serão considerados como comuns.

Relativamente aos bens moveis, o art. 1138.º estabelece a especialidade de substituir a especificação pela designação de valor, determinando que, se o dote consistir em bens moveis, será declarado o valor deles no contrato dotal, sob a cominação de que serão os bens havidos como comuns; e isto porque em regra o marido pode dispôr livremente dos bens mobiliarios (art. 1148.º), e ser preciso determinar antecipadamente o montante porque se responsabilisa. Pelo confronto do art. 1137.º com o art. 1138.º, vê-se que o primeiro apenas se refere aos imoveis, havendo que distinguir em relação a estes bens os presentes e os futuros, podendo os presentes ser liquidos ou ilíquidos, e o segundo exclusivamente regula os moveis.

Estando os bens ilíquidos e os futuros sujeitos á especificação, esta deve fazer-se em documento da mesma natureza que a dos bens liquidos, isto é, em documento autentico, sob pena de serem havidos como comuns.

A especificação dos ilíquidos não é necessaria quando a liquidação já importa a especificação, como no caso da liquidação feita em inventario.

A expressão — *depois que vieram a poder da dotada* — do § unico do art. 1137.º significa que o prazo de 6 mezes se conta depois que a dotada entrou na posse desses bens, e a especificação deles far-se ha da mesma forma que a dos bens presentes liquidos.

Relativamente aos bens moveis, o art. 1138.º não impõe a obrigação da especificação, apenas manda declarar o valor dos bens moveis no contrato dotal. Esta doutrina é consequencia da faculdade attribuida ao marido, pelo art. 1148.º, da livre disposição dos bens mobiliarios; e como

o marido e responsavel pelo seu valor, bem se compreende a exigencia do art. 1138.º para efetivar essa responsabilidade do marido. Não se exige a conservação dos bens em especie, o legislador apenas quer assegurar a conservação dos valores.

Sendo o art. 1138.º uma consequencia do art. 1148.º, cessa a razão de ser do art. 1138.º quando seja estipulada entre os conjuges a inalienabilidade dos mobiliarios.

Confrontando o art. 1138.º com o 1137.º, vê-se que aquele determina no § unico que a especificação dos bens futuros deve fazer-se no prazo de 6 mezes depois que eles vieram a poder da dotada, e que neste não ha disposição identica quanto aos moveis futuros

Esta diferenca compreende se desde que se note que no art. 1137.º se trata da especificação dos bens que, sendo futuros, não se pode fazer senão dentro de seis mezes depois que vieram ao poder da dotada, e que no art. 1138.º, não se trata da especificação dos bens moveis, antes se impõe a obrigação da determinação do seu valor.

Registo do dote e prestação de caução.

O dote foi considerado pelo legislador como um onus real (art. 949.º § 2.º n.º 3) e, estando os onus reaes sujeitos a registo (art. 949.º n.º 2) é necessario o registo do dote para que ele produza efeitos em relação a terceiros (1), embora em esta formalidade não seja exigida

(1) Vid — *Instituições de Direito Civil* do Sr. Dr. Alves Moreira pag. 527 e seg. sobre a natureza e necessidade do registo predial

nas relações entre as próprias partes, ficando perfeito o contrato entre elas celebrado, independentemente da sua observancia Para terceiros, porem, se o encargo não existe *publicamente*, considera-se como não existindo *de facto*, não acompanhando o predio em caso de execução por hipoteca ou transmissão, com registo posterior á data da constituição do dote, embora este fosse anterior á hipoteca ou á transmissão, e ficando os respectivos bens sujeitos ás preferencias que os credores possam adquirir. Mas neste caso é responsavel o marido pelos prejuizos que advenham á dotada, pois o legislador exigindo a publicidade do onus dotal, quiz evitar que terceiros que entrassem em relações juridicas com os conjuges, pudessem ser iludidos ácerca da natureza dos bens dotaes (1), (art. 949.º, 951.º, 1023.º e 1131.º de Cod. Civil, Cod. de Processo Civil, art. 936.º) Os prejuizos que advenham aos conjuges são consequencia do seu intuito de occultar a natureza dos bens, da sua má fé para que terceiros entrem mais facilmente com eles em relações economicas.

Quanto aos bens mobiliarios dotaes, a mulher tem hipoteca legal, asseguradora desses valores, nos bens do marido (art. 906.º n.º 5). Esta hipoteca fica sujeita ao competente registo, (art. 909.º e 949.º n.º 1).

Isto vem confirmar a natureza da obrigação da entrega do dote, que é fundamentalmente uma divida em que o dotador se constitue para com a dotada, ficando assim a entrega do dote sujeita ás condições geraes do pagamento de qualquer divida. São pessoas competentes para requerer o registo do dote ou da hipoteca legal (art. 1003.º do cod. civil e regulamento do registo predial (art. 86.º).

1.º — a propria dotada, sem dependencia da autorisação do marido, pois se ela estivesse dependente dessa

(1) *Dr. Montenegro* — obra cit pag 105.

autorisação para requerer o registo do encargo do tal, facil seria ao marido, recusando-a, evitar esse registo;

2.º — os paes da dotada;

3.º — irmãos,

4.º — filhos maiores;

5.º — quaesquer outros parentes, dotadores e ex-tutores.

Havendo hipoteca legal a favor da mulher nos bens do marido para garantir os bens mobiliarios dotaes, o art. 1139.º determina que « os esposos podem estipular na escritura dotal, quaes os bens do marido em que deve recair essa hipoteca, isto é, esses bens podem ser expressamente designados ».

Esta disposição está de harmonia com o preceito generico do art. 909.º, segundo o qual « as hipotecas legais podem ser registadas em relação a todos os bens do devedor, quando não forem especificados no titulo respectivo os moveis hipotecados ».

E' pois de harmonia com esta disposição que o art. 1139.º permite aos conjuges determinar na escritura dotal certos bens do marido que fiquem como garantia da conservação e restituição do dote, podendo ainda, pelo art. 1139.º, estipular fiança ou qualquer outra caução.

Sendo necessario o registo do onus dotal, pode fazer-se provisoriamente, e para isso basta a apresentação na conservatoria dos traslados ou certidões das escrituras em que se estabeleceu o regimen dotal. A razão é obvia, bastando atender a que na escritura ante-nupcial se estabelece o regimen que vigora na constancia do matrimonio, e os encargos que incidem sobre os bens, embora assumidos antes do casamento, estão dependentes da celebração deste. A conversão do registo provisório em definitivo faz se pelo averbamento da certidão do casamento (art. 967.º n.º 1.º e 971.º)

Se o registro provisório não for convertido em definitivo no prazo dum anno, contado desde a sua data, ou renovado como provisório, considera-se extinto (art. 979.º).

Entretanto o código, num espirito de manifesta proteção para com os menores, procurando evitar os prejuizos que lhes adviriam da falta do registro, determina que, tratando-se de casamento de menores por contrato dotal, seja obrigatório o registro provisório do dote ou hipoteca dotal, se a houver, não se passando alvará de consentimento sem que o requerimento vá acompanhado do certidão ou certificado que mostre estar feito o registro, ficando o escrivão que sem isso passar o dito alvará sujeito a graves penalidades, quais sejam a perda do officio e a responsabilidade por perdas e danos (art. 929.º e 968.º)

Além disto, não é neste caso permitido deferir o requerimento para a entrega dos bens, sem que aquelle registro se mostre averbado de definitivo, respondendo por eles o tutor, e analogamente, o pai que, sem despacho do juiz, fizerem a mencionada entrega de bens ou de rendimentos, como se tal entrega se não houvesse feito (art. 309.º e 930.º).

O registro do dote na respectiva conservatoria produz todos os efeitos ainda em materia commercial

Com effeito o § unico do art. 57.º do Código Commercial dispensa o registro privativo do commercio, feito na secretaria do tribunal respectivo, para os actos sujeitos e inscritos no registro predial

Epoca da constituição do dote. — art. 1141.º do Cód. Civil

Em obediencia ao principio da anterioridade e immutabilidade das convenções ante-nupcias (art. 1096.º e 1105.º), o legislador vem declarar no art. 1141.º que «durante o matrimonio não pode constituir-se dote, nem augmentar-se o constituido, salvo se for por effeito de accessões naturaes». Claramente se ve que o dote não pode constituir-se depois do matrimonio, nem tão pouco ser augmentado, salvo por accessão natural (1). A este respeito não tem que se distinguir entre as pessoas que constituiram o dote, pois o legislador estabeleceu o preceito sem distinguir os dotadores

Querendo assegurar-se que a escriptura ante-nupcial revele claramente a situação juridico-patrimonial dos conjuges, deve determinar-se a natureza dotal dos bens. E' isto uma garantia para os credores que contractam com os conjuges, sendo que lhes permite apreciar com segurança as condições do seu credito

Podendo o dote ser constituido por bens futuros, pode ser material e objectivamente constituido ou augmentado durante o matrimonio, no momento em que os bens futuros advem ao poder dos dotadores. Nem pode dizer-se que isto vem destruir o principio do art. 1141.º, pois o dote ficou definitivamente constituido quando se realizou a escriptura ante-nupcial. Os conjuges nesse momento já tinham

(1) Verifica-se a accessão natural, quando, com a coisa que é propriedade de alguém, se une e incorpora pela ação da natureza outra coisa que não lhe pertencia (art. 2289.º)

adquirido direito a tais bens, não se podendo dizer que o dote é aumentado depois do casamento, pois essa afirmação viria perverter o significado jurídico das palavras, para atender a uma mera situação de facto.

O art. 1141.º consigna uma excepção nas palavras — *salvo se for por efeito de accessões naturaes*. Esta excepção apenas se applica á hypothese de haver dote constituído, isto é, quando haja aumento nos bens dotaes, e isto em consequencia da propria natureza das coisas. Incidentalmente podemos notar, que o art. 1149.º n.º 6, permite a troca dos bens dotaes por outros de valor igual ou maior. Usando-se desta faculdade, é evidente que o dote fica augmentado pela propria vontade dos conjugues, mas, como manda o proprio n.º 6 do art. 1149.º, os bens ficam subrogados em logar dos alheados, não se podendo dizer rigorosamente que ha um aumento no dote.

Por outro lado o dote, que em regra, não deve ser diminuído, pois a conservação dos respectivos bens é sempre o fim do legislador, pode sel-o por factos naturaes, que em vez de determinarem accessões, produzam a diminuição do valor.

Resumindo: como doutrina geral, não só o pacto ha-de fazer-se antes do casamento, como tambem a quota dos bens que constituem o dote deve, em regra, permanecer constante, não havendo nem aumento nem diminuição na constancia do matrimonio.

Entrega do dote — art. 1144.º do Cod. Civil

Já vimos que quem estipula um dote constitue se em dívida para com a pessoa dotada.

Relativamente ao pagamento dessa dívida, estipula o

art. 1144.º que «o dote estipulado é devido com todos os seus rendimentos desde a celebração do casamento, se outra cousa não tiver sido convencionada», donde se conclue que o dote é exigivel a partir do momento da celebração do casamento, e se a entrega se não fizer nesse momento, ha-de abranger não só o capital constituído pelos bens dotaes, mas tambem os rendimentos produzidos por esses bens.

Esta disposição justifica-se, porque a intima ligação existente entre o dote e os encargos matrimoniaes leva naturalmente a considerar aquele devido, não a datar da celebração do contrato ante-nupcial, mas desde que estes começam a pesar sobre a nova familia; e a determinação legal do momento da entrega do dote, isto é, a circumstancia do legislador determinar o momento em que o dote fica pertencendo aos conjugues, em harmonia com a vontade presumida das partes e com a sua liberdade de acção, tem a vantagem de dispensar interpelações feitas por qualquer dos conjugues ao dotador, o que seria inconveniente e desagradavel por ter a intimação de ser feita a pessoas que fizeram uma liberalidade.

O Codigo estabelece expressamente que o dote é devido, *com todos os seus rendimentos*, sendo assim exigiveis desde o referido prazo, independentemente de qualquer formalidade, não só o casco dos bens, como tambem os juros, rendas ou frutos que os respectivos bens porventura produzam.

Mas o legislador, na parte final do art. 1144.º, reserva a hypothese do dotador ter estipulado ou de se ter convencionado entre dotadores e dotada, que a entrega se faça em momento posterior ao casamento, respeitando-se assim a vontade das partes. Neste caso, o dote só é devido á dotada a partir desse momento, findo o qual a dívida deve tambem ser considerada vencida, independentemente de interpelação previa (art. 732.º), embora o direito ao dote se adquirisse pelo casamento.

adquirido direito a tais bens, não se podendo dizer que o dote é aumentado depois do casamento, pois essa afirmação vnia perverter o significado juridico das palavras, para atender a uma mera situação de facto.

O art. 1141.º consigna uma excepção nas palavras — *salvo se for por efeito de accessões naturaes*. Esta excepção apenas se applica a hypothese de haver dote constituído, isto é, quando haja aumento nos bens dotaes, e isto em consequencia da propria natureza das coisas. Incidentalmente podemos notar, que o art. 1149.º n.º 6, permite a troca dos bens dotaes por outros de valor igual ou maior. Usando-se desta faculdade, e evidente que o dote fica augmentado pela propria vontade dos conjuges, mas, como manda o proprio n.º 6 do art. 1149.º, os bens ficam subrogados em lugar dos alheados, não se podendo dizer rigorosamente que ha um aumento no dote.

Por outro lado o dote, que em regra, não deve ser diminuido, pois a conservação dos respectivos bens é sempre o fim do legislador, pode ser-o por factos naturaes, que em vez de determinarem accessões, produzam a diminuição do valor.

Resumindo: como doutrina geral, não só o pacto ha-de fazer-se antes do casamento, como tambem a quota dos bens que constituem o dote deve, em regra, permanecer constante, não havendo nem aumento nem diminuição na constancia do matrimonio.

Entrega do dote — art. 1144.º do Cod. Civil

Já vimos que quem estipula um dote constitue-se em divida para com a pessoa dotada

Relativamente ao pagamento dessa divida, estipula o

art 1144.º que «o dote estipulado é devido com todos os seus rendimentos desde a celebração do casamento, se outra coisa não tiver sido convencionada», donde se conclue que o dote é exigivel a partir do momento da celebração do casamento, e se a entrega se não fizer nesse momento, ha-de abranger não só o capital constituído pelos bens dotaes, mas tambem os rendimentos produzidos por esses bens.

Esta disposição justifica-se, porque a intima ligação existente entre o dote e os encargos matrimoniaes leva naturalmente a considerar aquele devido, não a datar da celebração do contrato ante-nupcial, mas desde que estes começam a pesar sobre a nova familia; e a determinação legal do momento da entrega do dote, isto é, a circumstancia do legislador determinar o momento em que o dote fica pertencendo aos conjuges, em harmonia com a vontade presumida das partes e com a sua liberdade de acção, tem a vantagem de dispensar interpelações feitas por qualquer dos conjuges ao dotador, o que seria inconveniente e desagradavel por ter a intimação de ser feita a pessoas que fizeram uma liberalidade.

O Codigo estabelece expressamente que o dote é devido, *com todos os seus rendimentos*, sendo assim exigiveis desde o referido prazo, independentemente de qualquer formalidade, não só o casco dos bens, como tambem os juros, rendas ou frutos que os respectivos bens porventura produzam.

Mas o legislador, na parte final do art 1144.º, resalva a hypothese do dotador ter estipulado ou de se ter convencionado entre dotadores e dotada, que a entrega se faça em momento posterior ao casamento, respeitando-se assim a vontade das partes. Neste caso, o dote só é devido á dotada a partir desse momento, findo o qual a divida deve tambem ser considerada vencida, independentemente de interpelação previa (art 732.º), embora o direito ao dote se adquirisse pelo casamento.

Na hypothese de se estabelecer prazo só para a entrega dos bens dotaes sem referencia aos rendimentos desses bens, serão estes só devidos a partir do prazo fixado ou desde a realisação do casamento?

Entendemos que os rendimentos dos bens dotaes, que ainda não eram devidos, pertencem ao dotador até a entrega desses bens, visto que se usará da faculdade do art. 1144.º, a qual se refere aos bens e aos rendimentos. O facto de na fixação do prazo se não fazer referencia aos rendimentos, não é para notar em abono da opinião contraria, pois não sendo devidos os bens, também não o são os rendimentos, existindo naturalmente a favor da reserva destes os mesmos motivos que occasionaram a daqueles. Além disso, é essa a vontade presumida das partes, que naturalmente quizeram que o dotador disfrutasse os rendimentos dos bens até a entrega destes.

Cumpra, porém, observar a hypothese de a entrega dos bens dotaes ter tido lugar antes da celebração do casamento. Os rendimentos produzidos por esses bens, que os futuros conjuges receberem, pertencem-lhes a eles, e não ao dotador, pois que este, entregando o predio a dotada, de certo o fez para que ela o disfrutasse.

Estes rendimentos, pertencendo aos conjuges, não tem, todavia, a natureza de bens dotaes, porque o dote já está perfeitamente individualisado, e o art. 1144.º só auctorisa que se exijam os rendimentos depois da celebração do casamento, não indo estes rendimentos aumentar o montante dos bens dotaes.

Mas, no caso de se fazer a entrega dos bens dotaes antes do casamento e este não se realisar, devem revertir para o dotador o capital e os rendimentos, pois a transmissão desses bens estava naturalmente subordinada a constituição do matrimonio. Quando, porém, os bens que são objeto do dote estipulado, estejam em poder de terceiro, estranho a constituição do dote, a entrega só é devida depois do casamento, quando não vá prejudicar os

direitos desse terceiro, como na hypothese de ele ser o arrendatario.

O terceiro só é responsável pela entrega, bem como por perdas e danos, se estiver constituido em mora segundo os termos do seu contrato especial, ou em caso de omissão a este respeito, desde a respectiva interpelação.

Evicção — artt. 1142.º e 1143.º.

O legislador estabeleceu para os contratos onerosos a garantia da evicção, pela qual, se aquelle que adquiriu uma coisa por contrato oneroso foi privado dela por terceiro que a ella tinha direito, o alheador é obrigado a indemnizala (art. 1046.º). Em relação aos contratos gratuitos, estabeleceu um principio diverso no art. 1468.º e § unico Assim «o doador não responderá pela evicção da coisa doada, se a isso se não obrigar expressamente, ficando o donatario evicto unicamente subrogado em todos os direitos pertencentes ao doador».

Mas a este principio geral do art. 1468.º, pelo qual se não presume a evicção nos contratos gratuitos, o proprio artigo faz duas excepções, que são as dos artt. 1142.º e 1143.º, relativos ao regimen dotal.

O art. 1142.º considera a hypothese de dote ter sido constituido pelos paes ou pelos avós da dotada, determinando que, nesse caso, os dotadores fiquem responsáveis pela importancia dele, no caso de evicção.

Sendo o dote constituido por qualquer outra pessoa, esta só responderá pela evicção se houver procedido de má-fe ou, como também segundo o citado art. 1468.º, se a responsabilidade tiver sido estipulada (art. 1143.º).

O principio é que nas doações não ha obrigação de evic-

ção, porque ninguém deve, em regra, ser prejudicado pela sua liberalidade, mas antes a tal respeito tratado com favor, apenas se entende, verificando-se a evicção, que o donatário fica subrogado em todos os direitos que possam competir ao doador.

Para que exista a evicção nas doações, é necessário que ela seja expressamente estipulada. No caso de dote, é que ela existe nos termos dos artt. 1442.º e 1443.º.

Motiva a doutrina formulada nestas disposições, o facto do legislador querer manifestamente beneficiar o casamento ou antes, o regimen dotal, de entre todos o mais privilegiado, atendendo ainda a lei á intima relação que existe entre o dote e os encargos que o matrimonio origina.

**Bens propios e bens comuns no casamento segundo o regimen dotal.
Seu regimen juridico**

No regimen dotal não temos que considerar unicamente os bens dotaes, podendo haver tambem, a par dos dotaes, bens propios ou bens comuns ou, bens propios e bens comuns conjuntamente. Resulta isto do art. 1096.º, pelo qual os esposos só tem como limites á liberdade de estipulação nas convenções ante nupciaes, as disposições da lei. Se, nòs termos deste artigo, os esposos podem estipular o que lhes aprouver relativamente a seus bens, contanto que respeitem os preceitos de interesse e ordem publica, é manifesto que pode haver neste regimen bens propios e bens comuns. Resulta ainda a doutrina acima expuzda de preceitos expressos relativos ao regimen dotal, visto que pelo art. 1153.º, os bens que a mulher ca-

sada segundo o regimen dotal possuir ou adquirir depois, e que não forem havidos como dotaes, ficarão pertencendo exclusivamente á mulher como *propios*, e quanto aos rendimentos desses bens, é o mesmo artigo que os considera como comuns, só deixando de o ser, quando se tenha estipulado que sejam considerados como propios.

O proprio art. 1153.º vem confirmar esta doutrina, por quanto estatue que «os bens do marido casado segundo o regimen dotal são havidos como propios».

Terminadas estas considerações de ordem geral relativamente ao dote, e entrando agora no estudo das disposições que regulam os bens, começaremos por notar que o regimen dotal apenas se distingue da simples comunhão de adquiridos, pelas disposições especiais relativamente ao dote. Fundamentalmente, postas de parte estas disposições especiais, o que fica no regimen dotal e o regimen da simples comunhão de adquiridos.

O art. 1153.º parece considerar como propios, tanto os bens adquiridos a titulo oneroso como a titulo gratuito, e parece tambem que pelo art. 1155.º, terão a natureza de propios todos os bens que o marido já possuir ou adquirir, por titulo gratuito ou oneroso. Ainda o art. 1198.º, applicavel a qualquer regimen de bens, declara que o marido responde pelas obrigações que a mulher, casada segundo a comunhão geral ou com simples comunhão de adquiridos, contraiu com autorisação sua, mas não pelas obrigações que a mulher, casada por outra forma, contraiu sobre bens ou interesses privativamente seus.

Fazendo o legislador referencia á simples comunhão de adquiridos e a comunhão geral de bens, como equivalendo-se, se diz que o marido não responde pelas obrigações que a mulher, casada por outra forma, contraiu sobre bens ou interesses privativamente seus, parece estabelecer uma differença entre o regimen dotal e a simples comunhão de adquiridos. Por todos estes motivos, já se tem sustentado que o regimen dotal é um regimen onde ha absoluta inco-

municabilidade de bens entre os conjuges, não tendo, portanto, semelhança alguma com o regimen da simples comunhão de adquiridos

Esta doutrina é inaceitavel; e isto, não só pelas disposições dos art. 1137.º, 1138.º e 1140.º, que já conhecemos, onde se determina que, na falta de especificação dos moveis, na falta de declaração do valor dos moveis, ou na falta de conversão do dote em dinheiro, esses bens se considerem como comuns, mas ainda pelo art. 1153.º que determina que os rendimentos dos bens proprios serão comuns

Ainda a nossa opinião é reforçada pelo estatuido no art. 1162.º, que determina que «os frutos pendentes e os rendimentos de quaesquer bens dotaes, serão partilhados entre o marido e a mulher, ou seus herdeiros, em proporção do tempo que tiver durado o matrimonio no ultimo anno».

Por estas razões, nós não podemos deixar de concluir que neste regimen ha bens comuns, e portanto se não pode falar de absoluta incommunicabilidade. São comuns os bens adquiridos na constância do matrimonio por titulo oneroso porque, se pelos art. 1153.º e 1162.º, são comuns os rendimentos dos bens proprios e dos dotaes, os bens adquiridos com esses rendimentos devem tambem ter a natureza de comuns.

Por isso e que, não obstante o art. 1153.º dizer que são proprios os bens que a mulher casada segundo o regimen dotal possuir ou adquirir depois, e que não forem havidos como dotaes, sem distinguir os adquiridos a titulo gratuito ou a titulo oneroso, e que nos somos levados a concluir que só são proprios neste regimen os adquiridos a titulo gratuito

Por isto podemos sustentar a afirmação que fizemos, de que neste regimen, afóra as disposições especiaes relativas ao dote, existe fundamentalmente a simples comunhão de adquiridos e, sendo assim, é pelas disposições da comu-

nhão geral de bens, applicaveis a simples comunhão de adquiridos, que se determina a responsabilidade pelas dividas dos conjuges, e tambem os poderes do marido em relação aos bens proprios e comuns (art. 1130.º) (1)

Assim, os poderes do marido relativamente aos bens *mobiliarios*, são regulados pelo principio do art. 1118.º, isto e, o marido pode dispor livremente dos bens mobiliarios do casal relativamente aos imobiliarios, a sua faculdade de alienação está limitada pela outorga da mulher, (art. 1119.º e 1191.º)

A mulher não pode alhear bens sem outorga do marido, alheando-os, porem, tal alienação e de nulidade relativa, podendo esta apenas ser pedida pelo marido, herdeiros ou representantes, e ser sanada nos termos do art. 1201, ao qual bastas vezes temos feito referencia.

Feitas estas considerações de ordem geral, estudaremos agora as qualidades juridicas dos bens dotaes, analisando pimeiramente as garantias de conservação.

(1) Exemplo se se trata de uma divida contraída pelo marido sem outorga da mulher, respondem os bens proprios do marido e subsidiariamente a sua meação nos bens comuns, bens que são os adquiridos na constancia do matrimonio por titulo oneroso e os rendimentos dos bens dotaes e dos proprios, quando não haja estipulação em contrario em relação a estes, se se trata de uma divida contraída com outorga da mulher, essa divida é communicavel, applicando-se as regras da comunhão universal

Garantias de conservação dos bens dotaes.

a) Bens imobiliarios.

Sua inalienabilidade — art 1149.º do Cod. Civil.

Estas garantias são diferentes segundo se trata de bens mobiliarios ou imobiliarios, atendendo-se á natureza de esses bens. Consideraremos primeiro os imobiliarios, porque a doutrina relativa aos mobiliarios é de mais facil comprehensão depois de conhecer aquella.

Em primeiro logar, os bens imobiliarios dotaes, são inalienaveis, como estabelece o art. 1149.º Esta inalienabilidade é, sem duvida, o meio mais enérgico de que o legislador lançou mão para assegurar a conservação e restituição dos bens dotaes.

Seja a alienação feita pela mulher, com ou sem outorga do marido, por este, com ou sem outorga da mulher, ou por ambos conjuntamente, essa alienação é sempre um acto juridico inexistente, visto que o legislador considera os imobiliarios dotaes inalienaveis, faltando por tanto aos conjuges capacidade para realizar actos dessa natureza. Mas esta inalienabilidade deve entender se de uma forma absoluta, num sentido amplo, compreendendo nela todas as formas de alienação, e não só a compra e venda e hipoteca, como tambem a troca, o emprazamento, as doações *inter vivos*, mesmo revogaveis, (art 1181.º), o quinhão, o censo, etc, em regra todos os actos voluntarios que importem transmissão directa ou indirecta de propriedade ou de qualquer fração dela.

Entretanto o Codigo, no mesmo artigo em que estabelece o principio da inalienabilidade, consigna expressamente algumas excepções a esse principio, havendo casos especiaes em que não se podia deixar de o fazer.

Essas excepções são as taxativamente enumeradas nos diversos numeros do art 1149.º, e que passamos a enunciar.

Excepções ao principio da inalienabilidade — art 1149.º, n.ºs 1 a 7, art 1666.º do cod civil, art. 610.º § 3.º do cod. de proc. civil.

a) — A primeira excepção ao principio da inalienabilidade dos imobiliarios dotaes, e a formulada no n.º 1 do art. 1149.º, nos termos do qual é permitida a alienação dos imobiliarios dotaes para dotar e estabelecer os filhos comuns, sendo contudo necessario que a alienação se faça com consentimento de ambos os conjuges.

Ajustificação desta excepção encontra-se em que, sendo a inalienabilidade estabelecida para assegurar a conservação do dote, principalmente no interesse dos filhos, visto que é da existencia destes que derivam os principaes encargos do matrimonio, sendo esses encargos que o legislador tem em vista proteger, não havia razão para se manter o principio da inalienabilidade, quando a sua destruição redundasse em proveito dos filhos, o que succede quando a alienação é feita para assegurar os seus interesses.

Para a alienação nestas condições, não obstante o caracter de necessidade que a excepção reveste (1), não é necessario que os pais não tenham outros bens de natureza não dotal para fazerem a liberalidade a favor do filho,

(1) E' certo que as alienações dos imobiliarios dotaes tem mais ou menos um *character de necessidade*, são quasi sempre motivadas pela impossibilidade *de se prover doutro modo*, mas no caso presente o legislador não fez distincção — escreve o sr. A. Tur Montenegro na cit. obra, pag 116

visto que, não fazendo o legislador no n.º 1 do art. 1149.º, distincção alguma entre a hypothese de existirem ou não existirem outros bens além dos dotaes, não nos é licito, a nós, interpretes, faze-la também. Além disso, posto em confronto a disposição referida com outras onde se fazem restrições que veem limitar o alcance de outras excepções consagradas no mesmo artigo, encontramos a confirmação da nossa doutrina, isto é, de que a alienação dos imobiliaes dotaes para dotar ou estabelecer os filhos comuns, pode fazer-se ainda quando haja outros bens não dotaes.

Deve porem, concluir-se, que, na duvida sobre se os paes queriam dotar ou estabelecer um filho comum com os bens dotaes ou com os proprios, essa duvida deve ser resolvida no sentido de que o dote não foi constituído, nem foi feito o estabelecimento com os bens dotaes.

Permitindo o legislador a alienação dos imoveis dotaes, não só para dotar, como também para estabelecer filhos comuns, que sentido se deve ligar á expressão — *estabelecimento de filhos comuns*?

Não é facil determinar o seu significado, de modo a evitar, como diz o sr. dr. Montenegro, os abusos a que o vago do termo se presta, sendo certo que se trata fundamentalmente duma questão de facto. Pode entretanto sustentat-se que é legitimo o emprego do pro lucto da alienação dos imobiliaes dotaes, quando por meio dele se procura grangear para o filho comum uma posição na sociedade, correspondente á situação economica e social que já tem no seio da familia (1).

(1) De harmonia com este modo de ver, entende o sr. dr. Montenegro, que não será para *estabelecimento*, tudo o que fór dispendido em occupações de simples recreio ou curiosidade, bem como em especulações transitórias ou melhoramento de situação relativamente adequada.

Para que possa ter logar a alienação com o intuito de dotar e estabelecer filhos comuns, exigindo o código o *consentimento de ambos os conjuges*, querera o legislador significar que é preciso um acto conjuncto de ambos os conjuges, excluindo o suprimento judicial do consentimento dum deles? Embora a letra do n.º 1 do art. 1149.º parece-se dever levar-nos a solução afirmativa, a historia do proprio art. conduz-nos a doutrina de que o consentimento dum dos conjuges pode ser judicialmente suprido. Com effeito, no seio da comissão revisora, tendo o sr. Marreca formulado a proposta de que, para a alienabilidade do n.º 1 do art. 1195.º do projecto primitivo (correspondente ao n.º 1 do art. 1149.º), quando o marido recusar o seu consentimento, fosse ele suprido pela auctoridade judicial, tendo sido aprovada uma proposta do sr. José Julio, (que era a doutrina do § 4.º do art. 1149.º), bem como a do sr. Marreca, só por inadvertencia deixou esta ultima de ser incluída no código.

Do exposto conclue-se claramente que foi intuito do legislador estabelecer o suprimento judicial do consentimento, doutrina que ainda está de harmonia com a generalidade do art. 602.º do cod. de proc. civil, pelo qual « a mulher pode requerer a alienação dos bens dotaes, cumulando o *pedido do suprimento do consentimento do marido*, se este o recusar », não fazendo a este respeito o legislador distincção alguma.

Como o código se refere expressamente aos *filhos comuns*, segue-se que a liberalidade não pode ter logar em favor de filhos da mulher de facto anterior. Portanto, se os filhos do casamento contrahido segundo o regimen dotal, e que podem ser dotados ou estabelecidos pelo producto da alienação dos imobiliaes dotaes.

Cumpra nos ainda relacionar o n.º 1 do art. 1149.º com o § 4.º do mesmo art., que determina a proporção em que a alienação pode fazer-se, pois declara que ella não excederá a legitima do filho que se quizer dotar ou estabelecer,

acrescentando a essa legitima a terça de seus paes (1). E, para calcular praticamente a importancia dos bens alienados, o mesmo paragrafo manda que esse calculo se faça em relação á epoca em que a alienação houver de fazer-se, pelo modo por que o seria se, por morte dos paes, nesse tempo se dissolvesse o matrimonio

E nem podia ser outra a doutrina da lei. A alienação só deve fazer-se de modo a não prejudicar os outros filhos dos paes dotadores, aos quaes se tinham de assegurar as suas respectivas legitimas, devendo o calculo para esse fim ser feito como se tivesse de proceder-se á divisão, por morte de qualquer dos paes

Fazendo-se a alienação para o fim indicado no referido n.º 4.º do art. 1149.º, o marido fica exonerado duma parte da sua responsabilidade, correspondente á importancia dos bens alienados (§ 4.º do referido artigo).

Com o intuito de evitar fraudes em prejuizo da conservação do dote, para que o producto da alienação não seja desviado do seu fim principal, para que o dote dos filhos comuns não servisse para dissipar os bens ou para prejudicar os credores dos conjugues, e que o legislador exige que, sendo a alienação auctorizada para o dote, a parte do producto destinada para esse fim, seja empregada em bens immobiliarios ou fundos publicos de assentamento, sendo o dinheiro entregue aos vendedores destes bens só depois de estar registado ou averbado o onus dotal (§ unico do art. 608.º do cod. de proc.). E, sendo a alienação destinada para estabelecer algum filho, o legislador, ainda notado pelos mesmos principios, determina que este receba directamente, por termo no processo, a quantia arbitrada para esse fim (cit. art. 608.º).

(1) Esta disposição tem de ser modificada em harmonia com a nova legislação — decreto de 31 de outubro de 1910 — sobre a facultade de testar

b) — A outra excepção ao principio da inalienabilidade é a consignada no n.º 2 do mesmo art. 1149.º, pelo qual é permitida a alienação dos immobiliarios dotaes quando seja para a alimentos de familia, aos quaes se não possa prover de outro modo. E, por estas ultimas palavras da lei, nós vemos que só pode neste caso proceder-se á alienação quando os fins que se querem conseguir se não possam alcançar por outra forma, pois, em principio, são os rendimentos dos bens dotaes, e não o capital, que devem prover aos alimentos da familia. Mas, ainda neste caso, o dote, sendo alienado, satisfaz as suas funções.

Dizendo o n.º 2 do art. 1149.º, para alimentos de *familia*, usa duma formula imprecisa, que tem um significado demasiadamente amplo. A determinação, porem, da significação do termo *familia*, é elucidada pelo § 1.º do art. 603.º do codigo de proc. civil, segundo o qual a alienação dos bens dotaes « só poderá ser auctorizada para alimentos dos conjugues, ou dos seus descendentes ou ascendentes que residirem com eles, e que, pela sua idade ou doença, não poderem adquirir meios de subsistencia ».

Trata-se, pois, dum grupo restricto da familia, sendo ainda necessario que esses membros da familia não possam por si prover ás necessidades da sua alimentação.

Por outro lado, o legislador ainda determina que a necessidade da alienação do dote para prover á alimentação, só se considerará justificada, quando se derem e provarem cumulativamente, as seguintes circumstancias, indicadas no art. 603.º do codigo de proc. civil:

- 1.º — a falta absoluta de bens;
- 2.º — a impossibilidade absoluta de prover aos alimentos indispensaveis com a quantia que representar o rendimento do dote;
- 3.º — a impossibilidade de o marido adquirir os alimentos, em consequencia de idade avançada, ou de molestia que o miba de trabalhar, devendo nos

termos do § 2.º do mesmo artigo, ser provada por exame de facultativos nomeados pelo juiz.

Como se trata de uma alienação só permitida em circumstancias de particular necessidade, o legislador determina que só possa destinar-se aos alimentos, a quantia absolutamente indispensavel (§ 3.º do mesmo art. 603.º). Mas, tão instante julgou o legislador esta necessidade, que, para a satisfazer, permite excepcionalmente, a venda dos bens dotaes por preço inferior ao que lhe tiver sido assignado pela respectiva avaliação (cod. de proc. civ. art. 606.º § 2.º).

Dada a referida alienação, o marido fica exonerado de toda a responsabilidade pelo valor dela (art. 1149.º, § 1.º do cod. civil).

c) — O n.º 3.º do art. 1149.º ainda permite a alienação dos imobiliares dotaes, «para pagamento de dividas da mulher ou de quem a dotou, anteriores (1) ao casamento, se constarem de documento autentico ou autenticado, e não poderem ser pagas por outros bens».

Justifica-se esta disposição, porque ella é a consagração do principio moral de que deve satisfazer a divida aquele que a contrahiu. Alem disso, é vantajosa para os conjugues, emquanto permite o pagamento voluntario de quaesquer dividas, evitando os prejuizos, incomodos e despesas duma execução judicial.

Apesar da generalidade da redacção do n.º 3.º do art.

(1) Para as dividas se considerarem anteriores ao casamento, basta que resultem de qualquer facto anterior dos consortes, embora a obrigação de pagar só venha a tornar-se efectiva na constancia do matrimonio (art. 1111.º do cod. civil)

O Sr. Dr. Montenegro afirma que a anterioridade que o artigo 1149.º n.º 3 exige é referente, não á realisação do casamento, mas á realisação do contracto ante nupcial (obra cit., pag. 122)

1149.º, que admite a alienação dos imobiliares dotaes para pagamento das *dividas da mulher ou de quem a dotou*, entendemos que na mencionada disposição não se comprehendem todas e quaesquer dividas da mulher ou dos dotadores, antes só deverá ser auctorizada a referida alienação quando se trate de dividas em condições taes que o crédor possa fazer valer o seu direito sobre os bens dotaes. Se bem que um natural sentimento de gratidão pudesse levar a pessoa que recebeu uma liberalidade a pagar as dividas do auctor dessa liberalidade, o que é certo é que, como escreve o sr. dr. Montenegro, o espirito conservador do regimen dotal, que a disposição que analisamos, longe de contrariar, quiz favorecer, evitando os prejuizos certos das execuções, opõe-se terminantemente a estas generosidades.

Ainda o legislador exige, para que possa fazer-se o pagamento pelos imobiliares dotaes, certas condições. E' necessario, com effeito, que as dividas não possam ser pagas por outros bens, referindo-se, é claro, o legislador a outros bens dos conjugues, e não a bens que tenham os dotadores. Aquella impossibilidade deve ser provada pela mulher no respectivo processo para a alienação, revelando-se assim, mais uma vez, o caracter de *necessidade* que deve distinguir as alienações dos imobiliares dotaes.

A outra condição exigida pela lei é que a divida conste de documento autentico ou autenticado, a fim de se evitarem possiveis fraudes em prejuizo da conservação do dote e, conseqüentemente, dos interesses da familia

Estes documentos juntar-se-hão ao requerimento articulado em que se peça auctorisação judicial para a venda de bens dotaes (cod. de proc. civil, art. 604.º).

Para se aasegurar que os bens tenham o destino que justificou a alienação, e tambem para evitar fraudes que iludam as disposições da lei, e quo o art. 604.º § unico do cod. de proc. civil, exige que a parte do producto da alienação equivalente ás dividas, seja entregue directa

mente aos credores, que darão quitação por termo no processo.

Finalmente, ha tambem aqui mais um caso em que a alienação dos imobiliares dotaes, importa para o marido uma exoneração parcial da sua responsabilidade, exoneração correspondente ao valor das alienações (§ 1.º do art. 1149.º.)

d) — Uma nova alienação é permitida, «para a reparação indispensavel de outros bens dotaes» A alienação neste caso, permitida pelo n.º 4.º do art. 1149.º, e feita no proprio interesse do dote. Nem fica diminuido o montante deste, pois, se por um lado se procede á alienação dos bens dotaes, augmenta-se por outro lado o valor doutros bens tambem dotaes, sendo que a reparação pode evitar a perda destes, que possivelmente se achariam em circumstancias precarias.

A lei, porem, só considera licita a alienação quando se trate de reparação *indispensavel*, não podendo portanto fazer-se a alienação quando ela se destine a despezas simplesmente uteis, nem, por maioria de razão, a despezas voluptuarias — porque, como nota o Sr. Dr. Montenegro, «podendo essas despezas augmentar o valor dos bens, podem tambem representar um calculo falso, traduzindo em todo o caso um certo espirito de especulação que se acomoda mal ao regimen (1).

Mais uma vez, neste caso, se dá a exoneração da responsabilidade do marido, correspondente á importancia dos bens alienados (§ 1.º do art. 1149.º do cod. civil).

(1) A indispensabilidade e vantagem da reparação será apreciada por vistoria, como manda o art. 605.º do cod de proc civil. Dada a alienação para o fim sobredito, deve ter-se em consideração o art. 609.º do mesmo codigo.

e) — Ainda o n.º 5.º do art. 1149.º permite a alienação dos imobiliares dotaes, «ne caso de serem por sua natureza, inseparaveis de bens não dotaes.»

Ora os bens não dotaes podem ser alienados pelos conjuges, e, rigorosamente nos termos da referida disposição, só parecia aludir ella á hipotese de se dar a impossibilidade material da separação, proveniente da propria natureza dos bens. Mas, deve entender-se com Dias Ferreira, que a alienação é permitida quando, embora os bens possam materialmente separar-se, essa separação ou divisão só possa fazer-se com grande detrimento dos bens dotaes.

Com effeito, se neste caso se quizesse manter o principio da inalienabilidade, iria elle prejudicar os bens dotaes, destruindo assim a propria conservação do dote, a que visa todo o regimen dotal.

A disposição referida deve relacionar-se com o § 5.º do art. 1149.º, onde se determina que o producto dos bens alheados será applicado á aquisição doutros de igual valor, que ficarão subrogados no lugar dos alienados. Não se trata, pois, neste caso do n.º 5.º do art. 1149.º, duma perda dos bens dotaes, mas tão somente duma substituição desses bens, tendo naturalmente os subrogados a mesma natureza de dotaes, o que ainda vem em confirmação e abono da opinião de Dias Ferreira.

A inseparabilidade referida deve apreciar-se por vistoria (art. 605.º do cod. de proc civil).

f) — É permitida ainda a alienação dos imobiliares dotaes por troca de outros bens de valor igual ou maior, os quaes tambem devem ficar subrogados no lugar dos primeiros alheados (art. 1149.º n.º 6.º).

«Circumstancias diversas, escreve o Sr. Dr. Montenegro, podem aconselhar a troca como favoravel ao patrimonio dotal; tal succederá, por exemplo, quando os bens adquiridos forem de valor superior aos alheados, ou oferece-

rem maiores vantagens ao casal pela facilidade de administração». Por este modo pode augmentar-se o dote, mesmo depois de celebrado o matrimonio.

Tem-se já entendido que o legislador permite a venda dos imobiliarios dotaes para com o producto dela se comprarem outros bens que tambem ficam tendo a natureza de dotaes, comprehendendo-se assum na *troca* de que fala o n.º 6.º do art. 1149º, não só a troca directa, mas tambem a venda para compra. Perfilha esta opinião o Sr. Dr. Montenegro, com o fundamento de que, seguindo-se a doutrina contraria, seria quasi inutil a faculdade concedida pelo n.º 6.º do art. 1149º.

Contrariamente, nós entendemos que a *troca* a que esta disposição alude, é só a troca directa, a que define o art. 1592.º do cod. civil — porque os diversos numeros do art. 1149º, como excepções ao principio da inalienabilidade, são de interpretação restricta, como na sua accepção restricta e rigorosamente tecnica devem ser interpretadas quaesquer palavras empregadas nas referidas disposições excepçionaes, e conseguntemente, a palavra *troca*, deve ser considerada no seu significado tecnico.

Tambem o cod. de proc. civil (art. 603.º) exige visto para poder auctorisar-se esta alienação.

g) — Refere-se, finalmente, o n.º 7.º do art. 1149.º, á alienação «nos casos de expropriação por utilidade publica». Neste caso a alienação vérifica-se, é claro, independentemente da vontade dos esposos, pois a expropriação é forçada, devendo considerar-se legitima pelo interesse que a justifica.

E, ainda neste caso, o producto dos bens dotaes alheados, deve ser destinado a aquisição doutros de igual valor, que ficarão subrogados no lugar daqueles (§ 5.º do referido artigo 1149), em obediencia á necessidade da conservação do dote, podendo mesmo afirmar-se que todas as excepções ao principio da inalienabilidade, são proces-

sos por que o legislador quiz assegurar aquella conservação.

h) — Ainda nos cumpre referir o caso de aforamento. Nos termos do art. 1666º do codigo civil, pode fazer-se o aforamento dos bens dotaes, pois, determinando esse art. que ao emprasamento dos bens dotaes é applicavel o disposto nos §§ 2.º e 3.º do art. 1149.º, é de concluir evidentemente que, excepcionalmente, permite o legislador o aforamento dos bens dotaes.

E, em ultima analyse, anda esses bens podem ser expropriados por utilidade particular, nos termos do § 3.º do art. 610.º do cod. de proc. civil.

Passamos a occupar-nos das formalidades que a lei exige páru a alienação dos imobiliarios dotaes.

Formalidades especiaes a que está sujeita a alienação dos bens imobiliarios dotaes, quando permitida.

Quando excepcionalmente possa ter logar a alienação dos imobiliarios dotaes, exige o legislador formalidades especiaes que são afinal cautelas e garantias de que é cercada essa alienabilidade, e tendentes a assegurar ao producto dos bens alienados o destino que a lei lhe quiz dar, e para o qual permite a alienação.

Uma dessas formalidades, é a autorisação expressamente concedida pelo poder judicial (§ 2º do art. 1149.º), exigida para todos os casos de alienação referidas no art. 7

1149.º, excepto quando os bens sejam alheados para serem expropriados por utilidade publica, excepção esta que bem se comprehende

Mas, essa autorisação não representa propriamente um acto de graça, de favor, mas antes um acto de justiça, sendo que a auctorisação apenas se destina a verificar a realisação das condições que podem justificar a alienação excepcional dos immobiliarios dotaes, cumprindo, pois, ao juiz conceder-la quando se verificarem essas condições

E a autorisação tem de ser especial para cada acto, e em relação a cada caso concreto, hão-de apreciar-se as circumstancias que determinarão o julgador a conceder ou denegar a autorisação, a qual deve sempre preceder o acto para que é concedida: e o que resulta do art. 1149.º, § 2.º do cod. civil, e 601.º do cod. de proc. civil.

A outra formalidade é que, no caso de venda dos bens dotaes, esta deve fazer-se em ~~hastá~~ *hastá publica*, e os compradores depositarão o preço (§ 3.º do art. 1148.º, e cod. de proc. civil, art. 606.º); e o mesmo succede quando haja aforamento dos bens dotaes, por força do disposto no art. 1666.º do cod. civil, que manda aplicar o § 2.º e 3.º do art. 1149.º. Portanto, para o aforamento, é necessario, não só a autorisação judicial, mas que elle seja feito em *hastá publica*.

Para se obter a referida autorisação judicial, para se proceder á alienação dos bens dotaes, prescreve o legislador um processo especial, que está estabelecido no art. 601.º do cod. de proc. civil, nos termos do qual o pedido deve, em regra partir da mulher, na sua qualidade de proprietaria dos bens, competentemente autorisada pelo marido, e ser deduzido em requerimento articulado, especificando o fim da alienação e os motivos que a justificam. A mulher pode, porém, requerer a alienação, cumulando o pedido do suprimimento do consentimento do marido, se este o recusar, podendo o marido tambem requerer a alienação,

com fundamento no n.º 2 ou no n.º 4 do art. 1149.º do codigo civil, cumulando o pedido do suprimimento do consentimento da mulher (cod. de proc. art. 602.º).

Saneção do principio da inalienabilidade.

Uma vez que a alienação dos immobiliarios dotaes, só excepcionalmente pode ter lugar, natural era que o legislador, ao consignar o principio da inalienabilidade, lhe desse uma sancção.

Satisfaz a esse intuito o art. 1150.º do cod. civil, segundo o qual, se se alhearem os immobiliarios dotaes *indevidamente*, isto é, com quebra do disposto no art. 1149.º, podem elles ser reivindicados pela mulher, tanto na constancia do matrimonio como depois da sua dissolução, ou depois de haver separação. E essa faculdade de reivindicação pertence á mulher, ainda que ella tenha consentido na alienação, tal é o zelo com que o legislador assegura a conservação do dote. O direito de reivindicação passa aos herdeiros da mulher (§ 2.º do art. 1180.º).

O preceito referido é manifestamente destinado a assegurar conservação dos bens dotaes, como se evidencia claramente do facto de o legislador dar á mulher o direito de reivindicação, ainda que ella consentisse na alienação, concedendo-lhe assim a faculdade excepcional de annular um acto para que ella prestara o seu consentimento *livremente*.

E não é necessario, para que possa ter lugar a reivindicação, que os esposos tenham occultado a natureza dotal dos bens, ou que tenham usado de dolo, declarando que os bens não eram dotaes. Essas circumstancias são *indiferen-*

tes. Se se entendesse o contrario, seria sempre facil aos conjuges eludir a prohibição da alienação, e a situação de facto prevaleceria sobre a de direito.

Porque o fim do legislador, ao dictar o art. 1150.º, foi manifestamente promover a conservação do dote, e sob este ponto de vista que temos de nos orientar para resolver algumas difficuldades sobre a nulidade da alienação dos immobiliarios dotaes, e sobre as pessoas que podem pedi-la.

E assim, embora o art. 1150.º e § 2.º concedam o direito de reivindicação sómente á mulher e seus herdeiros, essa restrição quanto á mulher e herdeiros, não prejudica as nulidades que por outros motivos venham viciar a alienação dos immobiliarios dotaes, e portanto não prejudicará o direito de outras pessoas poderem pedir a annullação. Só quando a nulidade provenha da alienação ter sido feita com infracção do art. 1149.º, é que, na interpretação rigorosa do art. 1150.º, se deve attribuir á mulher e seus herdeiros, a faculdade de reivindicação. Mas, quando com a circumstancia a que se refere o art. 1150.º (de ser feita a alienação com quebra do art. 1149.º), concorrerem outras que determinem a nulidade da alienação, essa nulidade não pode deixar de poder ser pedido em certos casos por outras pessoas que não a mulher ou seus herdeiros

Assim, por exemplo, se o marido procede a alienação dos immobiliarios dotaes sem auctorisação da mulher, ou não se dando nenhuma das circumstancias do art. 1149.º essa alienação é illicita. Se a venda é feita pela mulher sem auctorisação do marido (art. 1193.º), enferma ainda do vicio da falta de autorisação, sendo annullavel nos termos do art. 1200.º do cod. civil, podendo a nulidade ser invocada por todos os que a podem invocar na falta de autorisação marital, isto e, pelo marido, ou por seus herdeiros e representantes.

E' este o alcance da afirmação que fazemos de que a circumstancia do art. 1150.º se referir só a mulher e her-

deiros para pedir a annullação, não prejudica outras disposições geraes pelas quaes o acto da alienação seja nullo, e portanto não prejudica o direito que a terceiros pertença de pedir em juizo a annullação do acto que se praticou indevidamente

Dada esta faculdade de reivindicar os immobiliarios alienados indevidamente, aquelle a quem fosse feita a alienação, isto é, o adquirente do imovel alienado indevidamente, não pode ficar privado de garantias que tutelem os seus interesses, no caso de reivindicação. Por isso, e em homenagem ao principio do não locupletamento a custa alheia, o marido alheador é responsavel pela evicção nos termos geraes de direito do art. 1046.º do cod. civil, segundo o qual, quando alguém que adquiriu uma coisa por contracto oneroso, for privado della por terceiro que a ella tinha direito, o alheador é obrigado a indemnisa-lo.

Portanto o marido, responsavel pelos bens da mulher, quando seja caso disso, é obrigado a indemnisar o terceiro de quem esses bens foram reivindicados.

Mas, quando a alienação fosse feita pela mulher, com auctorisação do marido, (termos em que pode ser valida quando esteja de harmonia com o art. 1149.º), deverá considerar se o marido como o alheador nos termos do art. 1046.º, isto é, para o efeito de ficar responsavel pela importancia do preço para com o comprador? Evidentemente que não. Nesta hypotese, quem efectua a alienação é a mulher, embora autorisada, e a auctorisação marital é apenas a condição necessaria para a legalidade do acto que a mulher praticou, alem de que o regimen dotal não se organisou para favorecer terceiro. Neste caso, como naqueles em que a mulher contrahar sem autorisação, temos de recorrer aos principios geraes, e portanto ao art. 698.º do codigo civil, segundo o qual «procedendo a nulidade do contracto da incapacidade de algum dos contraentes, não é esse contraente obrigado a restituir senão o que conserva em seu poder, ou lhe tem servido de proveito».

No caso sujeito, portanto, a mulher, apenas poderá ser obrigada a restituir o que conserva em seu poder ou lhe tiver servido de proveito, salva a execução desta dívida sobre os bens dotaes, visto este crédito não ter mais privilegios que qualquer outro, e ainda a responsabilidade especial expressa que ella tenha assumido sobre os seus bens proprios, a titulo de garantia.

Mas, ainda que a mulher tivesse consentido na alienação, a reivindicação só pode ter logar desde que o onus dotal tenha sido devidamente registado. Quando assim não succeda, o dote não produz effeitos em relação a terceiros, e consequentemente a mulher não pode invocar a faculdade que lhe é attribuida pelo art. 1150.º. E é em harmonia com esta doutrina, isto é, com a necessidade do registo do dote para se poder usar do direito de reivindicação, que deve interpretar-se o art. 1151.º, segundo o qual se o marido que alhear ou obrigar os bens dotaes, nos casos em que lhe não é permitido faze-lo, fica responsavel por todas as perdas e damnos, tanto para com a mulher como para com terceiros a quem não haja declarado a natureza dos bens alheados. E é precisamente por este preceito do art. 1151.º, que faz uma applicação do art. 1046.º relativamente á evicção, que o marido é sempre responsavel pelas perdas e damnos.

Mas o art. 1151.º commina expressamente a responsabilidade do marido, o que deve considerar-se sem duvida como uma consequencia de ser elle o administrador dos bens do casal.

Como no art. 1154.º se falla da responsabilidade do marido tanto para com a mulher como para com terceiros, e produzindo o dote effeito em relação a estes só depois de registado, é evidente que a responsabilidade do marido para com terceiros só pode tornar-se effectiva quando se mostre feito o registo do dote.

Vejamos agora o alcance da expressão final do art. 1151.º — a quem não haja declarado a natureza dos bens alheados. —

O que parece é que, ainda quando os terceiros adquirentes tenham conhecimento da qualidade dotal dos bens, desde que o marido não tenha declarado a natureza desses bens alheados, será obrigado a indemnisar os terceiros com quem contratara. Pode encontrar-se a justificação desta disposição no desfavor com que o legislador encara a alienação dos bens dotaes, fazendo pesar sobre o marido a responsabilidade. Ainda mesmo no caso em que, logicamente, equitativamente, não devia existir. Mas a doutrina legal é esta, como se evidencia dos termos da lei, e tambem da historia do referido art. 1151.º, sendo certo que a declaração da natureza dotal dos bens podia considerar-se dispensavel, pois o effeito do registo era dar publicidade ao onus dotal.

Para terminar o regimen juridico dos bens imobiliarios dotaes, resta nos fazer referencia á

Imprescriptibilidade dos bens imobiliarios dotaes art. 1152.º do cod. civil.

Esta imprescriptibilidade está consignada no art. 1152.º pelo qual os bens imoveis dotaes não podem ser prescriptos durante o matrimonio, conforme o disposto no art. 551.º.

O legislador, no seu empenho pela conservação do dote consignou a imprescriptibilidade dos imobiliarios, que uma garantia complementari da inalienabilidade, visto que se se fizesse a alienação indevidamente, podia ella tornar-se valida pela prescripção positiva.

Remete o art. 1152.º para o art. 551.º, onde já se faz uma determinação relativamente aos bens dotaes, pois enumerando no n.º 3.º causas da suspensão da prescrição, isto é, os casos em que a prescrição não pode começar nem correr entre a mulher casada e terceiros, refere-se aos bens dotaes, se a prescrição não tiver começado a correr antes do matrimonio, respeitando assim esse art. 551.º e o proprio art. 1152.º, a prescrição nos bens dotaes que começasse a correr antes do matrimonio. Dificilmente se justifica esta excepção á regra da imprescritibilidade, porque a prescrição, enquanto não decorre o prazo fixado na lei, não representa mais do que uma simples expectativa, uma mera esperança, que o legislador não tinha de respeitar.

Os termos genericos dos art. 551.º e 1152.º, claramente dão a entender que deve considerar-se comprehendida neles, não só a prescrição positiva, como tambem a negativa (1). E, pelo que respeita á primeira, tanto se trata do direito da propriedade no seu conjunto, como de qualquer das fracções em que se pode decompor esse direito, assim, não podera a mulher perder por prescrição um predio ou esse direito de servidão comprehendidos no seu dote, nem outrem adquirir, pelo mesmo titulo, uma servidão sobre o predio dotal.

(1) Prescrição positiva é aquella porque, pelo facto da posse nas condições e pelo lapso de tempo que a lei exige, se adquirrem coisas imobiliares ou moveis — Prescrição negativa — é aquella pela qual se extinguem obrigações, pelo facto de se não exigir o seu cumprimento no prazo fixado na lei. A prescrição positiva dá-se, pois, nos direitos reais, a negativa nos direitos de credito. Duma maneira geral, a prescrição é o facto pelo qual se consente numa situação de direito uma mera situação de facto. Vide Instituições do sr. dr. G. Moreira pg. 755 e seg.

Nos termos do art. 1152.º, a imprescritibilidade vigora durante o matrimonio, isto é, enquanto os respectivos bens conservarem o caracter dotal, embora tenha havido separação. Os bens só podem perder essa qualidade quando deixarem de ser dotaes.

b) Bens mobiliarios — art. 1148.º do cod. civil

Se bem que nas disposições relativas ao dote, tivesse o legislador em vista assegurar a conservação do dote e garantir a sua restituição, norteando se por estes principios ao determinar o regimen a que ficavam sujeitos os imobiliares, foi ele menos rigoroso pelo que respeita aos mobiliarios dotaes.

Com effeito, enquanto no art. 1149.º se estabelece o principio da inalienabilidade dos imobiliares, no art. 1149.º consigna-se o principio oposto, determinando-se que o marido pode dispor livremente dos bens mobiliarios do casal, ficando porem, responsavel pelo seu valor. Não ha, pois, quanto aos mobiliarios, a obrigação de os conservar em especie, ficando apenas o marido responsavel pelo seu valor. E impunha se esta disposição, pela propria natureza dos bens mobiliarios dotaes. Efectivamente, se se não concedesse ao marido a faculdade de os alienar, sendo eles por si improductivos, ficariam muitos condemnados a permanecer na mais absoluta inutilidade, e todos ficariam sujeitos a grandes depreciações ou perdas totaes, causando graves prejuizos á circulação da riqueza.

Mas, porque o legislador, ao garantir os interesses da

sociedade conjugal, não podia prejudicar a mulher, tornou o marido responsável, não só pelo valor dos bens de que directamente tiver disposto (art. 1148 °), mas também pelo valor daqueles de que dispôs indirectamente, isto é, dos que tiverem prescripto (art. 1152.º, *in fine*, e art. 1161.º). E, porque o marido responde pelo valor destes bens, para assegurar essa responsabilidade, é o que o legislador permite no art. 1139.º que os esposos estipulem na escriptura dotal, fiança ou qualquer outra caução, tendo a mulher hypotheca legal nos mobiliarios do marido para garantir dos seus mobiliarios dotaes, que fica constituída pelo simples facto de se fazer de escriptura dotal, por isso mesmo que é legal, e que recahe sobre todos os bens do marido quando na escriptura se não especificarem determinados bens, como sendo aqueles sobre que incide a hypotheca. Mas, num caso ou noutro, fica sempre respeitado o direito de rendição (cod. civil, art. 906 ° n.º 3.º, 925 °, 926 °, 927 ° e 1139 °) Quando a hypotheca seja registada sobre os bens expressamente designados na escriptura antinupcial fica sempre garantido á mulher ou aqueles que a dotaram o direito de requerer que seja reforçada, caso, se torne ineficaz (cod. civil, § 1.º do art. 926).

Cumpre ainda analisar, para vêr a energia com que a lei quiz impôr esta garantia, os art.ºs 908.º e 928.º, nos termos dos quaes, não só não é permitido renunciar á hypotheca dotal, como também não é permitido renunciar ao direito de registrar, ou a qualquer direito que do registo provenha, sendo nula essa renuncia feita pela mulher.

Mas pode, contudo, a hypotheca dotal ser substituída ou dispensada nos casos expressamente declarados na lei, conforme determina o art. 908.º, parte final.

Quando, porem, os seus mobiliarios alheados, tiverem alguma das applicações referidas nos n.ºs 1 a 4 do art. 1149.º, ficará o marido exonerado de toda a respon-

sabilidade pelos respectivos valores, como declara o § 1.º do art. 1149 ° (1).

Parece e assim o entendem alguns juriconsultos, que, sendo permitida a alienação dos mobiliarios dotaes, quando seja feita para algum dos fins do art. 1149.º, n.ºs 1 a 4, e ficando o marido isento de responsabilidade, também deve ser permitido fazer o cancelamento da hypotheca legal que garantia os mobiliarios dotaes, e que recaia sobre determinados bens do marido, para o effeito de vender os bens hipotecados e, com o producto dessa venda, se satisfizer qualquer dos fins dos n.ºs 1 a 4 do art. 1149 ° Com effeito, se a lei permite o mais (a alienação), deve permitir o menos (o cancelamento da hypotheca dotal), visto que, cessando a responsabilidade do marido, cessará a necessidade da hypotheca legal, que não é mais do que uma garantia dos mobiliarios dotaes. O legislador nunca podia ser mais rigoroso em relação á hypotheca do que em relação aos proprios dotaes (2)

(1) — Por erro se falla no § 1.º do art. 1149 ° em bens immobiliarios

Vide nota ao referido § no código civil. Claramente se ve que foi por simples lapsos que a parte primeira do § 1.º do art. 1149 ° se refere aos immobiliarios se attendermos a que só em relação aos mobiliarios era preciso determinar que cessava a applicabilidade do art. 1148 °

(2) — *Revista de Legislação*, vol. 17.º, pg. 50

Estipulação da inalienabilidade dos mobiliarios dotaes

O art. 1148.º, estabelecendo o principio da alienabilidade dos mobiliarios dotaes, permite, contudo, que se estipule a inalienabilidade. Mas esta ha-de entender-se, e claro, no mesmo sentido e extensão em que se entende a dos immobiliarios, devendo nos, portanto, entender a palavra *alienação*, quando nos referimos aos mobiliarios, no sentido amplo, semelhantemente a alienação dos immobiliarios. Nestes termos, não poderão os bens mobiliarios, em taes condições, ser dados em penhor (art. 856.º).

Entretanto o código, permitindo no art. 1143.º, a estipulação da inalienabilidade dos mobiliarios, não determina que essa inalienabilidade convencional esteja sujeita as mesmas restrições, ás mesmas excepções, que o art. 1149.º estabelece para a inalienabilidade legal dos immobiliarios. Não obstante isso, deve entender se que a inalienabilidade convencional dos mobiliarios dotaes sofre as mesmas excepções que a inalienabilidade legal dos immobiliarios, sendo, portanto, permitido, ainda quando se tenha expressamente estipulado a inalienabilidade dos mobiliarios, a sua alienação para qualquer dos fins indicados nos n.ºs 1 a 7 do art. 1149.º, ou antes duma maneira geral, quando se dê qualquer das circunstancias que o art. 1149.º menciona. Além de que, como observa, o Sr. Dr. Artur Montenegro, não podia admitir-se que o legislador quisesse ser mais rigoroso com os bens mobiliarios inalienaveis do que com os immobiliarios, como o demonstra a propria regra da alienabilidade.

Sanção da inalienabilidade dos mobiliarios dotaes (art. 1150.º, § 1.º)

A sanção da inalienabilidade dos mobiliarios dotaes, permitida pelo art. 1148.º, encontra-se no § 1.º do art. 1150.º, que diz: «Se os bens alheados forem mobiliarios, a reivindicação só será admitida dadas as seguintes circunstancias: 1.º — De não ter o marido bens com que responda pelo valor dos bens alheados; 2.º — De terem sido, tanto as alienações feitas pelo marido, como as subsequentes entre terceiros, por titulo gratuito ou com má fé».

Portanto só quando as alienações sejam feitas a titulo gratuito, quer de boa quer de má fé, ou a titulo oneroso, mas neste caso com má fé, e quando cumulativamente se dê a circumstancia do marido não ter outros bens pelos quaes responda, e que e permitida a reivindicação.

Não se pode deixar de entender que o art. 1150.º só é applicavel ao caso de se ter estipulado a inalienabilidade dos mobiliarios dotaes, como permite o art. 1148.º, pois, quando não houvesse sanção para essa estipulação, ficava a prohibição da alienação dos mobiliarios, quando estipulado, sem valor juridico algum. Se se podesse dar a reivindicação fora da hypothese em que os conjuges estipulassem que era prohibida a alienação dos mobiliarios dotaes, o marido não teria de facto a facultade de dispor desses bens, visto que ela era destruida e aniquilada pela facultade da reivindicação. Acresce ainda que o § 1.º do art. 1150.º diz a reivindicação de que trata este artigo. Ora o

corpo do art. 1150.º, a que o § está subordinado, refere-se manifestamente ás alienações prohibidas, como se vê das palavras *alheados com quebra do que fica disposto no artigo precedente*

E para nós fica pois, assente, que no § 1.º do art. 1150.º se trata exclusivamente da sancção da inalienabilidade convencional dos mobiliarios, applicando se nesse caso o preceito referido quando a alienação não for motivada por qualquer das circunstancias referidas no art. 1149.º

Devemos ainda referir a disposição do art. 1151.º, tambem applicavel a alienação dos mobiliarios dotaes, quando se tenha estipulado a sua inalienabilidade. Já analisamos este preceito quando tratamos dos immobiliarios.

Prescriptibilidade dos bens mobiliarios — art. 1152.º

Sendo os immobiliarios dotaes imprescriptiveis, os moveis são susceptiveis de prescripção. E' o que resulta do art. 1152.º, pelo qual os moveis dotaes podem ser prescriptos, mas responde por eles o marido. E' de relacionar com esta disposição o art. 551.º, n.º 3.º, que, interpretado isoladamente, nos levaria a estender aos bens moveis, a regra da imprescriptibilidade. Mas o art. 1152.º faz expressamente uma restricção ao art. 551.º, determinando que a imprescriptibilidade se refere apenas aos immobiliarios (1). A contradicção entre estes dois artigos já existia no projecto primitivo

(1) Sr. D. Guilherme Moreira, *Instituições de Direito Civil*, vol. 1, pag. 773

Administração dos bens e rendimento dos bens dotaes

Ainda neste regimen, é o marido o administrador dos bens do casal, incluindo os dotaes, como se vê pelo art. 1189.º, applicavel em qualquer regimen de bens (1). E, nessa qualidade e a ele que pertence receber os rendimentos dos bens dotaes, visto serem comuns (art. 1162.º), e cuja livre disposição lhe fica pertencendo, por força do art. 1118.º, que é privativo do regimen da comunhão, mas que tem de se applicar na falta de disposição expressa.

E', pois, como administrador que o marido pode dispor dos rendimentos dos bens dotaes, quer mobiliarios quer immobiliarios. E assim devia dizer, porque esses rendimentos são destinados a satisfazer os encargos da familia, sendo que é ao marido que cumpre essa satisfação e a direcção da sociedade familiar. Foi em attenção a isso que o legislador consignou todas as disposições que concretizam esses seus intentos.

(1) E, como já temos tido occasião de acentuar, nem sequer por convenção ante-nupcial, o marido pode ser privado da administração (art. 1104.º)

Dividas dos conjuges

Responsabilidade dos bens dotaes por dividas

Segue se agora tratar da responsabilidade dos bens do casal pelas dividas dos conjuges, devendo notar-se que no regimen dotal dificuldades graves surgem na soluçãõ juridica da questãõ, por nãõ se encontrar no cõdigo disposiçãõ alguma especial onde se consigne a responsabilidade dos conjuges pelas dividas contrahidas quer antes, quer depois do casamento, contrariamente ao que succede relativamente aos outros regimens de bens. Vimos, com effeito, que na comunhãõ geral, estãõ essa responsabilidade regulada nos art. 1110.º a 1112.º quanto às dividas anteriores, e nos art. 1113.º a 1116.º quanto as posteriores, que na separaçãõ encontramos a regulamentaçãõ da mesma responsabilidade no art. 1129.º, e na simples comunhãõ de adquiridos a determinaçãõ tambem estãõ feita duma forma nãõ menos expressa, ainda que indirectamente, visto o legislador no art. 1130.º mandar sujeitar os bens proprios ao regimen juridico dos bens proprios na comunhãõ geral. E é esta ausencia de disposições a origem da grande controversia que se tem levantado para determinar a responsabilidade dos bens do casal pelas dividas dos conjuges no regimen dotal.

Quando estudamos o regimen juridico a que estavam sujeitos os bens do casal, dissemos que o regimen dotal, postas de parte as disposições especiaes relativas ao dote,

põdia dizer-se que correspondia á simples comunhãõ de adquiridos, rejeitando assim a doutrina de que era um regimen de absoluta incomunicabilidade. Vimos entãõ, que, postos de parte os bens dotaes havia bens proprios, em vista do disposto nos art. 1133.º e 1135.º, e que dos art. 1137.º, 1138.º e 1140.º, 1153.º e 1162.º, se deprehendia tambem que ha bens comuns no regimen dotal, quaes sejam os rendimentos dos bens proprios e dos dotaes e os adquiridos na constancia do matrimonio a titulo oneroso.

Tratando agora especialmente do assumpto que nos serve de epigraphe, referiremos as doutrinas que tem sido formuladas sobre a responsabilidade dos bens do casal pelas dividas dos conjuges neste regimen.

Em primeiro logar entendem alguns juriconsultos, e designadamente Dias Ferreira (1), que, na falta de disposições especiaes, devem seguir-se e aplicar-se, as disposições dos art. 1113.º a 1116.º, relativas á comunhãõ geral, porque elas constituem a regra em materia de responsabilidade pelas dividas, o que estãõ de harmonia com o art. 11 do cod. civil.

Nãõ nos parece aceitavel este modo de ver. Se bem que a comunhãõ geral seja o regimen-tipo, o que se segue na falta de estipulaçãõ, os art. 1113.º a 1116.º nãõ podem considerar-se como disposições — regra, no sentido rigoroso que lhe attribue o art. 11.º. De facto, pondo em confronto esses artigos com o preceito do art. 1129.º, nada nos auctorisa a ver naqueles uma regra e neste uma excepçãõ, pois os primeiros sãõ applicaveis á comunhãõ geral e o art. 1129.º á separaçãõ, sendo que estãõ formulados duma forma identica. E ainda o legislador julgou necessario declarar no art. 1130.º que eram as disposi-

(1) Vide nota aos art. 1113.º, 1116.º do cod. civil e a *Revista de Legislaçãõ*, vol. 4 pg. 7

ções da comunhão geral que se applicavam aos bens separados da comunhão no regimen de simples comunhão de adquiridos, o que mostra que as disposições da comunhão geral não tem um caracter de regra que permita applicas so pela falta de disposições especiaes. E, finalmente, o art. 1098.º apenas dispõe que, na falta de qual quer acôrdo ou convenção, se entenda feito o casamento segundo a comunhão geral de bens, não dizendo, porem, que as disposições em que esse regimen se concretisa, sejam a regra no sentido juridico da expressão. O legislador não quer, pois, que, na falta de regras especiaes a alguns dos regimens, se recorra as da comunhão, cuja observancia, fora deste regimen, ele até podia achar em absoluto inconveniente.

O que nós podemos sustentar desde já e que se trata dum caso omisso que, como tal tem de resolver-se segundo o disposto no art. 16.

A par daquela opinião, sustentou Hintze Ribeiro que se deviam applicar as disposições do regimen da separação pois, tratando se dum caso omisso, o regimen que mais se assemelha ao dotal, é o da separação, o que é corroborado pelo art. 1198.º, que equiparando a comunhão geral á simples comunhão de adquiridos equiparava tambem os dois outros regimens (dotal e separação)

As considerações já formuladas habilitam-nos a criticar a doutrina de Hintze Ribeiro — pois o regimen dotal não se aproxima do da separação mas antes da simples comunhão de adquiridos, pois postas de parte as disposições especiaes referentes ao dote, o que existe fundamentalmente no regimen dotal, como exuberantemente já demonstramos, é a simples comunhão de adquiridos. E a verdade é que, escriptores que, como o sr. dr. Montenegro, como nós entendem que se trata dum caso omisso, querendo que a questão se resolva conforme o disposto no art. 16.º, entendem por outro lado, que, sendo o regimen dotal, em relação ao modo de ser dos respectivos bens, um regimen

de separação (doutrina que deduzem dos artigos 1153.º e 1153.º, do art. 1221 que, depois de ter mencionado o regimen dotal, se refere a *outra especie de separação de bens*, e do art. 1198.º), e applicavel á regulamentação da responsabilidade dos conjuges pelas dividas contrahidas no casamento segundo o regimen dotal, e por força da analogia, o art. 1129.º, referente á separação.

Mas, como vimos, é destituída de fundamento esta doutrina, pelos art. 1137.º, 1138.º, 1140.º, e ainda pelo art. 1162.º que dá a entender que os rendimentos dos bens dotaes são comuns para os mandar partilhar com a possivel egualdade entre os conjuges ou herdeiros, como succede com todos os seus comuns.

E de facto a regra, no regimen dotal, é existirem bens comuns, e são-o os rendimentos dos bens proprios e dotaes e os adquiridos a titulo oneroso, pois sendo comuns os rendimentos, comuns devem ser os bens com esses rendimentos adquiridos.

Nós entendemos que, em regra, se devem applicar as disposições da comunhão geral de bens, não por serem a regra, como sustenta Dias Ferreira, mas porque, existindo uma absoluta identidade entre o regimen dotal e a simples comunhão de adquiridos, reservando as disposições especiaes relativas ao dote, neste regimen da simples comunhão de adquiridos são as disposições da comunhão geral que se applicam. E dizemos em regra porque, em face das opiniões de Dias Ferreira e Hintze Ribeiro, alguns jurisconsultos como o sr. dr. Dias da Silva, entendem que deve seguir-se uma solução intermedia.

Estes jurisconsultos deduzem a sua doutrina do artigo 1198.º, segundo o qual o marido responde pelas obrigações que a mulher, casada segundo a comunhão geral de bens ou com simples comunhão de adquiridos, contrahiu com auctorisação sua, mas não pelas obrigações que a mulher, casada por outra forma, contraia sobre bens ou interesses privativamente seus.

Observava o Sr. Dr. Dias da Silva que o que competia determinar era em que condições podia dizer-se que « a mulher tinha bens ou interesses privativamente seus »; em seu entender ela só os tinha quando houvesse a estipulação da incomunicabilidade dos rendimentos dos bens próprios da mulher, o que é permitido pelo art. 1153.º, e só neste caso é que se dava a coincidência entre o regimen da separação e o dotal e se applicava portanto o art. 1129.º. Fôra destes casos applicar-se iam os principios da comunhão geral de bens.

Reputamos esta doutrina fundamentalmente exacta, por que naquele caso já se não pode dizer que o regimen dotal coincide com a simples comunhão de adquiridos porque os bens adquiridos com os rendimentos dos bens próprios, são próprios. E' certo que ainda no mesmo caso existem bens comuns, como são os rendimentos dos bens dotaes, os moveis, que nos termos do art. 1137.º, não forem especificados, os moveis cujo valor se não declare no contracto dotal (art. 1138.º), e as quantias em dinheiro que se não converterem nos termos do art. 1140.º.

Estes bens, porem, são absorvidos pelos encargos do casal e a verdade é que, embora não haja nunca identidade, correspondencia absoluta com o regimen da separação, ha pelo menos analogia na hypothese enunciada pelo Dr. Dias da Silva.

Dividas anteriores á constituição do matrimonio

a) dote constituído pela mulher

b) dote constituído por terceiro

A par da determinação generica da responsabilidade dos bens do casal pelas dividas dos conjuges, temos de determinar especialidades que derivam da natureza dotal dos bens.

E para isso temos de distinguir as dividas anteriores das posteriores ao matrimonio, e quanto ás primeiras temos ainda de fazer a distincção da hypothese de a mulher se dotar a si propria, ou de ser dotada por terceiro.

Não pode admitir-se a irresponsabilidade dos bens dotaes, na hypothese do dote ter sido constituído pela mulher, depois de contraídas as dividas no tempo da sua plena capacidade: a nova incapacidade que vem afetar as transacções da mulher, ha de, como tal, olhar necessariamente só o futuro.

E' certo que os bens immobiliarios dotaes são inalienaveis. Mas, por mais rigorosas que sejam as consequencias dessa inalienabilidade, tratando-se de dividas anteriores pelas quaes a mulher obrigou os seus bens, não pode admitir-se a irresponsabilidade desses bens por taes dividas, pois no caso contrario podia desassombradamente afirmar-se que nunca a mulher naquelas condições deixaria de casar segundo o regimen dotal.

Portanto a inalienabilidade dos immobiliarios que começa no momento do casamento, só pode admitir-se quanto ao futuro e não relativamente ás obrigações anteriores, pois

não podem deixar de se respeitar os direitos legitimamente adquiridos por terceiro.

Julgamos que os bens dotaes não podem considerar-se inalienáveis em relação aos credores anteriores. A responsabilidade não pode admitir-se em termos absolutos.

A execução nos bens dotaes deve ser em parte prejudicada pelos direitos do marido sobre esses bens, quando os credores não tenham já uma preferéncia em seu favor, e até certo ponto, o legislador deu satisfação a esta exigéncia, limitando a alienação ao caso da dívida não poder ser paga por outros bens, exigindo ainda que ela conste de documento autentico ou autenticado (art 1149.º, n.º 3.º).

Se bem que deva atender-se a que o marido procura evitar apenas prejuizo eventual, e não suceda isso em relação aos credores, cuja situação é mais desfavoravel que a do marido, nada nos autorisa a antepor o direito d'estes ao do marido, não so pelo n.º 3 do art 1149 como tambem porque isso brigaria com o principio da manutenção e conservação do dote.

Quando, porém, o dote é constituido por terceiros, como se não trata de seus bens que á mulher pertenciam antes do casamento e depois tomaram a natureza dotal, a solução é diversa. Neste caso o dote equivale a uma doação, para o que basta referir o art 1468, pelo qual o legislador, ao tratar das doações em geral, exceptua o dote, da não responsabilidade do doador, pela evicção da coisa doada. E, como o terceiro pratica para com os conjuges, uma verdadeira doação, está ella sujeita quanto ás dividas, ás prescripções do art 1470.

Nos termos deste art. temos de distinguir entre o dote constituido só por certos e determinados bens que pertenciam ao dotador, e entre o caso de ser constituido por todos os bens do dotador.

No primeiro caso, segundo o mesmo art 1470, o donatario não é responsavel pelas dividas do doador, pois

tendo este outros bens, são esses que devem responder. Apenas se exceptua a hypothese de haver hipoteca ou fraude, em prejuizo dos credores.

No segundo caso, o principio é de que o donatario é responsavel por todas as dividas do doador, contraídas anteriormente a doação, só deixando de existir essa responsabilidade havendo declaração em contrario. Num e noutro caso a responsabilidade so tem logar, por analogia do art 1469, quando a dívida conste de documento autentico ou autenticado.

Referindo o § 1.º do art 1470 a *fraude*, observando assim os principios que presidem aos negocios juridicos realísados em prejuizo de terceiro, manifestamente só se refere a fraude do donatario e não a do doador, pois a pena só podia ser estabelecida para o donatario, por isso que não é ao doador que a rescisão vae prejudicar.

E' claro que a doutrina exposta só tem applicação quando se não tenha estipulado expressamente, como permite o art. 1469, a responsabilidade pelas dividas do dotador, pois, salvos os direitos dos credores, e a vontade das partes a lei suprema reguladora do contrato.

Quando se alienem bens dotaes para pagamento de dividas anteriores, não se pode considerar necessaria a autorisação judicial, exigida pelo § 2.º do art. 1149.º

Neste § trata-se duma alienação voluntaria e so para estas a lei exige autorisação, a qual não pode julgar-se necessaria fora dos casos indicados no referido § 2.º (1)

(1) Vid Sr Dr. Montenegro Loc. cit pag 159-161

Dividas contraídas na constancia do matrimonio

Estudadas as dividas anteriores, logicamente nos cumpre agora analysar as dividas posteriores á celebração do matrimonio.

A inalienabilidade dotal impede a execução sobre os bens dotaes das dividas pela mulher contraídas ou consentidas na constancia do matrimonio, e, sem esta solução, o principio da inalienabilidade ficaria inteiramente inutilizado, visto que seria sempre facil aos conjuges encontrar um meio, ainda que indirecto, de dispor dos imobiliarios dotaes, qual era o de contrair obrigações a que vinculassem esses bens. E importa pouco, pois é inteiramente indifferente a epoca em que venha pedir-se o cumprimento da divida. A execução não pode ter logar ainda que os bens tenham perdido a natureza dotal; e isto por que, na contração da obrigação, existe o vicio originario, que afeta a sua validade, e que é o da incapacidade da mulher para esses actos de disposição. Se o legislador determina inalienabilidade dos imobiliarios e se, por essa razão, elles não podem responder por estas dividas, a circumstancia ulterior de os bens perderem a natureza dotal, não pode validar um acto ferido de vicio originario.

A solução oposta anulava as garantias de que o legislador quiz cercar o regimen dotal, pois os credores encontrariam sempre nos bens dotaes um penhor seguro do seu credito, embora dependente de prazo incerto. Identica solução deve adoptar-se caso os bens tenham passado para poder dos herdeiros ou legatarios da mulher. Em

poder destes, ainda não podem ser alienados para cumprimento de dividas contraídas na constancia do matrimonio e isto pela razão de que havia um vicio originario que affectava a validade de divida.

A mesma doutrina se applica, não apenas aos bens em si, mas tambem ao proprio preço da venda deles, preço que vem substitui-los, porque o dote representa para o legislador uma abstracção, é considerado no seu conjunto, como sendo uma série de bens diversos pela natureza e origem, mais ou menos numerosos e importantes, segundo a vontade das partes e as circumstancias occorrentes, mas considerados em relação a uma qualidade unica: d'aqui a subrogação na constancia do matrimonio.

Do facto do legislador considerar o dote como uma abstracção deriva o art. 1148°, que obriga o marido a responder pelo valor dos bens mobiliarios dotaes.

Quanto aos imobiliarios, como vimos pela analyse que fizemos aos diversos numeros do art. 1149°, em alguns casos dos ali referidos, a alienação so pode fazer-se por substituição de novos bens que ficam subrogados no logar dos alienados, havendo apenas uma substituição objectiva dos bens que constituem o dote.

Atendem particularmente o legislador ao montante do dote, como se vê do art. 1141°. E por estas razões é que as garantias estabelecidas aos bens dotaes, não respeitam só a certos bens objectivamente considerados, respeitam antes ao dote em geral, considerado no seu conjunto, no seu valor. Por isso dizemos que a acção dos credores não é mais eficaz em relação ao preço do que em relação aos bens em especie. Alem disso, quanto ao preço, havia o mesmo vicio fundamental, pois a illegitimidade da referida execução, a sua improcedencia, derivava tambem de não haver um titulo legal para ella, do facto da divida ter sido contraída na constancia do matrimonio, por quem não tinha capacidade para a alienação dos bens dotaes.

A solução contraria levar-nos ia ao extraordinario resultado de estabelecer uma inalienabilidade de facto, relativa aos bens que deixaram de ser dotaes, pois so este recurso protegeria a mulher e seus herdeiros contra a acção dos credores.

Mas, quando dizemos que a acção dos credores tambem não pode exercer-se quanto ao preço, subordinamos esta doutrina de que não seja divida a proveniencia do preço, sendo necessario que se demonstre claramente essa proveniencia, e que ela derive da alienação dos bens dotaes.

Quando por uma multiplicidade de atos de disposição, não puder estabelecer-se a proveniencia dos bens, o credor pode promover a execução. Entretanto esta falta de acção dos credores sobre os bens dotaes, cessa immediatamente quando cessa a incapacidade para a alienação desses bens.

Na hypothese, por exemplo, de ter sido a divida contrada para estabelecer filhos comuns (art. 1149º, n.º 1.º), como neste caso cessa o motivo da inalienabilidade, podem já os credores exigir essa divida. Pode, pois, estabelecer-se o principio de que é valida a divida, passando a acção dos credores a ser regulada pelo direito comum, quando a divida tenha sido applicada em harmonia com as excepções consignadas no art. 1149º.

Tambem os bens dotaes poderão ser executados, tratando-se da responsabilidade civil da mulher proveniente de qualquer damno.

Mas em atençaõ a essa espede de usufruto que pertence ao marido sobre os bens dotaes, e sendo estes destinados á conservação e encargos da sociedade conjugal, parece que a execução neste caso deve estar sujeita a uma moratoria, so devendo ter logar quando os bens tenham perdido a natureza dotal.

Quanto aos rendimentos dos bens dotaes e absolutamente applicavel a doutrina que fica exposta quanto aos

bens porque, como vimos, a condição jurídica d'aquelles era diferente da destes. Com efeito o rendimento dos bens dotaes pertence a ambos os conjuges, e não só á mulher, pois o intuito do legislador foi assegurar aos esposos os meios necessarios para satisfação dos encargos do matrimonio (art. 1164).

Como bens comuns, a sua situação quanto ás dividas contradas na constancia do matrimonio, resulta claramente do art. 1230 pelo qual « ainda que não haja separação judicial de bens, a mulher tera sempre o direito de embargos de terceiro, sem necessidade de autorisação do marido, qualquer execução feita sobre os rendimentos dos seus bens dotaes ou proprios administrados pelo marido, se por essa execução fór privada dos necessarios alimentos ».

Evidentemente que este artigo supõe que os rendimentos dos bens dotaes podem responder por dividas contradas pelos conjuges na constancia do matrimonio. E é por isso, por os rendimentos dos bens dotaes poderem ser executados pelos credores por dividas contradas durante o casamento, que o art. 1230º vem assegurar o interesse da familia, ou antes da mulher.

Ha algumas divergencias quanto á interpretação deste artigo, e por isso procuraremos agora determinar rigorosamente as dividas a que ele pode referir se 'Trata-se ali da responsabilidade dos bens comuns por dividas. E, por isso, para verificar as dividas a que respeita o art. 1230, não podemos pôr de parte os bens comuns.

Tratando se de rendimentos de bens dotaes eles estão sujeitos ás disposições reguladoras do assumpto no regimen da comunhão geral de bens, e por isso o marido so os pode obrigar por dividas nos termos dos artt. 1113 e 1114.

Nestas condições ente idemos que a disposição do art. 1230º só pode referir-se aos casos em que as referidas dividas obriguem os bens comuns.

Fora destes casos, se porventura se tratar duma eve-

A solução contraria levar-nos ia ao extraordinario resultado de estabelecer uma inalienabilidade de facto, relativa aos bens que deixaram de ser dotaes, pois só este recurso protegia a mulher e seus herdeiros contra a acção dos credores.

Mas, quando dizemos que a acção dos credores tambem não pode exercer-se quanto ao preço, subordinamos esta doutrina de que não seja duvidosa a proveniencia do preço, sendo necessario que se demonstre claramente essa proveniencia, e que ella derive da alienação dos bens dotaes.

Quando por uma multiplicidade de atos de disposição, não puder estabelecer-se a proveniencia dos bens, o credor pode promover a execução. Entretanto esta falta de acção dos credores sobre os bens dotaes, cessa immediatamente quando cessa a incapacidade para a alienação desses bens.

Na hypothese, por exemplo, de ter sido a divida contraída para estabelecer filhos comuns (art. 1149.º, n.º 1.º), como neste caso cessa o motivo da inalienabilidade, podem ja os credores exigir essa divida. Pode, pois, estabelecer-se o principio de que é valida a divida, passando a acção dos credores a ser regulada pelo direito comum, quando a divida tenha sido applicada em harmonia com as excepções consignadas no art. 1149.º.

Tambem os bens dotaes poderão ser executados, tratando-se da responsabilidade civil da mulher proveniente de qualquer damno.

Mas em atenção a essa especie de usufruto que pertence ao marido sobre os bens dotaes, e sendo estes destinados á conservação e encargos da sociedade conjugal, parece que a execução neste caso deve estar sujeita a uma moratoria, só devendo ter logar quando os bens tenham perdido a natureza dotal.

Quanto aos rendimentos dos bens dotaes é absolutamente applicavel a doutrina que fica exposta quanto aos

bens porque, como vimos, a condição juridica d'aquelles era diferente da destes. Com effeito o rendimento dos bens dotaes pertence a ambos os conjuges, e não só á mulher, pois o intuito do legislador foi assegurar aos esposos os meios necessarios para satisfação dos encargos do matrimonio (art. 1164).

Como bens comuns, a sua situação quanto ás dividas contraidas na constancia do matrimonio, resulta claramente do art. 1230 pelo qual « ainda que não haja separação judicial de bens, a mulher terá sempre o direito de embargos de terceiro, sem necessidade de autorisação do marido, qualquer execução feita sobre os rendimentos dos seus bens dotaes ou proprios administrados pelo marido, se por essa execução fôr privada dos necessarios alimentos ».

Evidentemente que este artigo supõe que os rendimentos dos bens dotaes podem responder por dividas contraidas pelos conjuges na constancia do matrimonio. E é por isso, por os rendimentos dos bens dotaes poderem ser executados pelos credores por dividas contraidas durante o casamento, que o art. 1230.º vem assegurar o interesse da familia, ou antes da mulher.

Ha algumas divergencias quanto á interpretação deste artigo, e por isso procuraremos agora determinar rigorosamente as dividas a que elle pode referir-se. Trata-se ali da responsabilidade dos bens comuns por dividas. E, por isso, para verificar as dividas a que respeita o art. 1230, não podemos pôr de parte os bens comuns.

Tratando-se de rendimentos de bens dotaes elles estão sujeitos ás disposições reguladoras do assumpto no regimen da communhão geral de bens, e por isso o marido só os pode obrigar por dividas nos termos dos artt. 1113 e 1114.

Nestas condições entendemos que a disposição do art. 1230.º só pode referir-se aos casos em que as referidas dividas oniguem os bens comuns.

Fora destes casos, se porventura se tratar duma eve-

cução sobre bens comuns, execução feita sem direito algum, é inapplicavel o art 1230.º, pois a execução pode ser impugnada pela mulher, sem ser necessario que ella fique privada dos necessarios alimentos. Portanto é necessario, para que ella possa embargar de terceiro, quando fique privada dos necessarios alimentos, que se trate de uma execução por dividas contraídas nos termos dos art. 1113.º e 1114.º (1).

Termo do regimen dotal Restituição do dote

Estudaremos agora as condições de cessação da natureza dotal dos bens e a restituição do dote que é consequencia dessa cessação.

Em primeiro lugar temos a considerar o art. 1156.º que determina que, dissolvido o matrimonio ou havendo separação, seja o dote restituído a mulher, ou a seus herdeiros com quaesquer outros bens que directamente lhe pertencerem

(1) Em complemento desta materia, entende o Sr. Dr. Montenegro que «a despeito da letra do art. 1130.º, e por analogia do disposto em relação ao dote, a execução deve respeitar, não somente os alimentos da mulher, mas também os da familia. Loc. cit. pag. 167

Portanto a restituição do dote, categoricamente ordenada pelo art. 1156.º, tem lugar quando haja :

- 1.º — *dissolução do matrimonio* — morte, divorcio e annullação do casamento,
- 2.º — *separação* — de bens ou de pessoas e bens.

Falando o artigo simplesmente em *restituição do dote*, vejamos quando é que essa restituição e consequencia da perda da natureza dotal dos bens.

Desde que desapareça a sociedade conjugal por dissolução do casamento, evidentemente que a restituição do dote acompanha e é consequencia dessa dissolução visto que os bens perdem a natureza dotal porque deixa de existir a condição para que exista ou subsista o dote.

Pelo contrario, verificada a separação, da-se apenas uma interrupção na sociedade conjugal, a qual ate pode ser restabelecida (art. 1218.º).

Cumprê, porém, distinguir a simples separação de bens da separação de pessoas e bens, porque quanto áquella estalua expressamente o art. 1224.º que «os bens dotais conservarão a mesma natureza». Não havendo disposição correspondente quanto á separação de pessoas e bens, graves duvidas se suscitam quanto aos seus efeitos.

Nestes termos deverão tais bens considerar-se comprehendidos nas disposições genericas dos art. 1215.º e 1216, na falta de disposições especiais relativas aos bens dotais, perdendo consequentemente o character dotal, em quanto a sociedade conjugal não fôr restabelecida (art. 1218)?

Se os bens mobiliarios e imobiliarios, nos termos dos referidos artigos, passam a ser alienaveis, ficando apenas essa alienação dependente quanto aos mobilios, do

consentimento do outro conjuge, podia parecer á primeira vista, que esses bens perdem a natureza dotal.

Mas apesar dos valiosos argumentos que podem ser invocados em favor d'esta opinião, entendemos que a separação de pessoas e bens, como a simples separação judicial de bens, não prejudica a natureza dotal dos bens, applicando-se portanto por analogia o disposto no art. 1224.º. Não haveria motivo para sustentar neste caso solução diversa da estabelecida para a simples separação judicial de bens. Além disso subsiste ainda para os conjuges o interesse da conservação dos bens dotaes, que o legislador tão cuidadoso se mostrou em tutelar.

De facto a sociedade conjugal está apenas interrompida, os conjuges continuam sobrecarregados com os encargos da familia, e podendo até a sociedade conjugal ser restabelecida nos termos do art. 1218.º. Podendo ser restabelecida a sociedade conjugal, tanto basta para que os bens não percam a natureza dotal. Se depois da separação, a conservação dos bens dotaes ficou satisfatoriamente assegurada pelo simples consentimento do marido para a disposição entre vivos dos imobiliaes, se esse consentimento fosse garantia sufficiente, não se comprehende como o não era na constancia do matrimonio, durante a qual o legislador determina expressamente a mahenabilidade dos imobiliaes.

Por outro lado, considerando-se na disposição especial do art. 1152.º, subsistentes os privilegios dotaes até á dissolução do casamento, o legislador declara imprescritiveis os imoveis dotaes *durante o matrimonio*, e não se comprehende que esses bens fossem imprescritiveis não sendo mahenaveis.

Da mesma doutrina parece fazer-se eco o Código Commercial, dizendo no art. 41 pelas obrigações mercantis que contrair o conjuge separado judicialmente de pessoas e bens, ou simplesmente de bens *respondem todos os seus bens não dotaes*

Não devemos ainda esquecer que o art. 1218, preceituando o restabelecimento da sociedade conjugal nos termos *em que fôra constituída*, em materia de dote o quantitativo da reserva esta intimamente ligado ao proprio regimen (art. 1141.º e 1149.º). Portanto, no caso de separação de pessoas e bens, ou só de bens, os bens dotaes não perdem essa natureza. Desta forma o regimen dotal só termina pela dissolução do matrimonio.

Quando haja separação, é o marido obrigado a restituir o dote, nos termos do art. 1156.º, com quaesquer outros bens que pertencerem a mulher ou a seus herdeiros. Esses bens são os proprios da mulher e a sua meação nos adquiridos, visto serem comuns neste regimen os adquiridos a titulo oneroso

Para se fazer a restituição dos proprios da mulher devem observar-se as mesmas regras que são applicaveis á restituição dos bens dotaes (art. 1165.º) Para a entrega da meação da mulher nos adquiridos, seguem-se as disposições relativas á comunhão geral de bens.

Entrando agora directamente na materia da restituição do dote, torna-se necessario saber os termos em que o marido é responsavel por essa restituição. (1)

(1) Vid. Sr. Dr. Montenegro, Loc. cit pag. 170-172

Responsabilidade do marido pela restituição do dote
Artt. 1145.º e 1157.º do Cod. Civ.

O marido é responsável pela restituição do dote. A este respeito dispõe o art. 1145.º: se o casamento durar dez anos, contados desde os vencimentos dos prazos assignados para o pagamento do dote, a mulher ou os seus herdeiros poderão exigir do marido a responsabilidade dele, no caso de dissolução do casamento ou de separação de bens, sem que sejam obrigados á prova de que o dote foi efectivamente pago, excepto se o marido provar que fez inúteis diligencias para o receber.

Nos termos deste artigo, o legislador estabelece a presunção de que, durando o matrimonio dez anos, contados desde os vencimentos dos prazos assignados para o pagamento do dote, foi este entregue pelo dotador ao marido, como seu administrador.

Destina-se esta disposição a criar um estímulo ao marido para exigir a entrega do dote, sendo simplesmente pela negligencia do marido que o art. 1145.º o responsabilisa. Fundamentalmente, quiz o legislador pôr a mulher a coberto dos prejuizos que lhe advenham da negligencia do marido em receber o dote, como resulta da expressão *diligencia*, correspondente á *diligence* do Codigo Civil Francês.

E por isso diz justamente *Marcadé*, « *desdemandes et demarches reiterees, quoique amiable, devaient étre ici suffisants, et telle est, en effect, la pensee du code, puis qu'il n'exige pas des poursuites, mais de simple diligences* ».

Entretanto, o artigo em questão refere-se apenas á presunção de pagamento em favor da mulher ou seus herdeiros, sem nada alterar os direitos do marido em relação ao dotador; e por isso, sendo o marido obrigado a responder pelo dote, não cessa o seu direito de exigir do dotador o pagamento do dote, ainda depois de passar o referido prazo de 10 anos, enquanto a obrigação não for extinta pela prescrição ordinaria. Ha assim uma especie de direito de regresso do marido contra o dotador. O prazo de 10 anos do art. 1145.º, apenas determina as condições em que se dá a responsabilidade do marido, mas não equivale a uma prescrição do direito que ele tem de reclamar do dotador o pagamento do dote.

Deverá, porém, observar-se o preceito do art. 1145.º, só na hypothese do dote ter sido constituído por terceiro, ou tambem quando fôr constituído pela propria mulher?

Entendemos que a applicação do art. 1145.º, neste caso, fica excluída, porque o contrario daria logar a absurdos e iniquidades. Com effeito, não perdendo o marido o direito de exigir o dote do dotador, neste caso portanto da propria mulher, tinhamos de um lado um credito e do outro lado uma divida, que vinham a compensar-se.

Na hypothese sujeita, a entrega do dote não podia ser pedida pela propria natureza das cousas, porque a mulher já exigir um dote de que ainda tinha posse. Mas, ainda que se considerasse o prazo do art. 1145.º como importando prescrição, e portanto a perda do direito do marido em exigir o dote, ficaria prejudicado o n.º 1 do art. 551.º, pelo qual a prescrição não pode começar nem correr entre casados; alem de que o legislador ia permitir á mulher lucrar com a propria fraude, vindo ella, que não tinha cumprido o dever de pagar ao marido, pedir a restituição do que não pagou. E por isso escreve com razão *Marcadé*

que «é justo que a negligencia do marido não faça perder a mulher o dote que um terceiro lhe dera e que um marido diligente alcançara, mas seria iniquo que a mulher pudesse exigir do marido um dote que ela propria devia entregar e não entregou».

Podendo ter-se estipulado que os bens que constituem o dote serão entregues em varias prestações, em momentos successivos, e claro que o prazo de 10 anos do art. 1145.º, contar-se-ha, para cada uma, a partir do respectivo vencimento; é o que se conclue do proprio artigo que diz: contados desde os vencimentos dos *prazos* (no plural) assinados para o pagamento do dote.

A presunção de pagamento é concedida pela lei, não a favor de terceiros, mas a favor da mulher ou seus herdeiros; quanto a estes, para o caso da dissolução do matrimonio por morte da mulher.

Ainda neste estudo da responsabilidade do marido pela restituição do dote, é fundamental o art. 1157.º, que determina que «o marido ou os seus herdeiros não serão responsáveis pela restituição do dote, quando os bens dotaes se tenham perdido por acidente que lhe não seja imputavel».

Ainda este artigo confirma que a responsabilidade do marido deriva da sua negligencia, pois se a perda dos bens dotaes não é devida a culpa sua, não incorre em responsabilidade alguma.

Na mesma ordem de ideias o art. 1161.º, relativo ao dote constituido por dividas ativas, determina que é o marido obrigado a entregar a importancia das quantias já recebidas, e que fica tambem responsavel pela importancia daquelas que por sua culpa ou negligencia se perderem ou acharem prescriptas.

Quanto ás demais, isto é, quanto ás que estiverem por receber, satisfará entregando os titulos que tiver em seu poder.

Ambas as disposições d'estes artigos fazem applicação ao principio *rest perit domino*.

Admitida a responsabilidade do marido pela restituição do dote, vejamos em que termos se deve fazer essa restituição.

Forma por que se faz a restituição do dote

Trataremos agora da forma como se torna efectiva a responsabilidade do marido pela restituição do dote.

E' regulado este assunto pelos artt. 1158.º a 1160.º, em face dos quais temos de fazer uma distincção fundamental — a do dote ser constituido por bens mobiliarios ou imobiliarios.

Neste caso, o marido tem obrigação de os entregar logo que lhe forem pedidos, fazendo-se a entrega, como geralmente succede, pela entrega dos respectivos titulos. Se o dote fôr constituido por bens imobiliarios, o marido só é obrigado a entrega-los, passado um ano depois da dissolução do matrimonio ou depois de legalmente se efectuar a separação, mas deixa de existir esta moratoria, nos termos do § unico do art. 1158.º, em relação aos moveis que o marido conserva em seu poder e tambem em relação aos censos, fôros, usufrutos, ou titulos, os quaes devem tambem, como succede com os bens imobiliarios, ser entregues á mulher ou seus herdeiros logo que forem pedidos.

A moratoria dada ao marido destina-se a dar-lhe tempo para poder fazer a entrega, podendo liquidar os seus negocios e habilitar se ao pagamento devido.

É o prazo tornava-se necessario quanto aos moveis, porque o marido, podendo aliena-los, fica comtudo responsavel pelo seu valor, como manda o art 1148.º.

Como consequencia da moratoria do § unico do art. 1158.º, e para que não fiquem prejudicados os direitos da mulher e de seus herdeiros, determina o art. 1159.º que estes podem exigir os juros legaes das somas demoradas, independentemente de qualquer interpelação. (1)

Fructos e rendimentos. Benefitorias.

Quanto á partilha dos fructos pendentes, e duma maneira geral, quanto aos rendimentos dos bens dotaes, o legislador, attendendo mais uma vez á intima relação existente entre o dote e os encargos matrimoniaes, estatuiu que esses fructos e rendimentos, serão partilhados entre o marido e a mulher ou seus herdeiros, em proporção do

(1) Vid Sr. Dr Montenegro, Loc. cit, pag 174.

Em complemento desta materia, diz o Sr. Dr Montenegro julgo que no caso especial e excepcionalmente grave de falencia, deve considerar-se a divida vencida immediatamente Cod. Commercial, art. 710º — Ibidem

tempo que tiver durado o matrimonio no ultimo ano (art. 1162.º) (1).

Da historia do artigo deve depreender se que o ano a que ele se refere não é o civil, que vae de 1 de janeiro a 31 de dezembro, é o ano de 365 dias, a contar do momento da celebração do casamento.

Efetivamente o artigo 1208.º do projecto primitivo, as palavras que se encontram no art. 1162.º do Codigo Civil acrescentava, *a contar do dia da sua celebração.*

Logo nos trabalhos da primeira revisão propôs o sr. Ferreira Lima «que se eliminassem as palavras, a *contar etc...*», mas a Comissão Revisora aprovou o artigo do Projecto, e as palavras referidas foram conservadas no projecto de 1863 e no de 1864, desaparecendo só, sem nova deliberação, no art. 1162º do projecto de 1865.

Duma maneira indudivel se conclue, portanto, que a vontade do legislador foi que o prazo se começasse a contar do dia da celebração do matrimonio.

Esse facto tem influencia decisiva para determinar a quantidade dos rendimentos dotaes que pertencem ao marido, e indirectamente vae tambem interessar a mulher, pois ella recebe tanto menos quanto mais o marido receber (2).

No caso de os fructos se vancarem em periodos mais largos, como no de terem logar colheitas seródias ou tem-

(1) Já este mesmo artigo nos serviu para mostrar a natureza comum dos bens dotaes, visto que o legislador os manda partilhas com a possivel egualdade entre os conjuges, como succede com os bens comuns

(2) Exemplificando: suponhamos que um casamento se realisa em 1 de março de 1900 e que se dissolve em 1 de abril do mesmo ano. A metade dos rendimentos a que tem direito o marido, é só de um mês, — tempo que medeou entre a celebração e a dissolução do matrimonio

Se, porem, a contagem se fizesse de ano a ano, elle teria direito aos rendimentos vencidos em quatro meses — desde 1 de janeiro a 1 de abril.

porã, julgamos que deve de o mesmo modo partilhar-se entre os conjuges o producto respectivo, guardada a proporcionalidade referida, não só pelo argumento que fornece a analogia, mas ainda pelo espirito que ditou a disposição. Não haveria com effeito razão alguma para privar o marido dos fructos dos bens dotaes, só por a colheita se fazer mais tarde.

Deve portanto neste caso, a partilha fazer-se ainda nos termos do art. 1162.º, que se destina a distribuir equitativamente pelo marido e mulher os frutos e rendimentos.

Quanto à indemnisação de vida pelas bemfeitorias realizadas pelo marido nos bens dotaes, não pode este, nos termos do art. 1164.º, exigir da mulher ou seus herdeiros, quaesquer quantias a título de indemnisação das despesas feitas com os encargos dos bens dotaes, porque as despesas e os encargos ordinarios dos bens dotaes se reputam compensados com os rendimentos dos mesmos bens.

Mas tem direito o marido ou seus herdeiros de serem pagos pela mulher ou pelos seus herdeiros, das bemfeitorias necessarias e uteis, mas só na importancia do valor acrescido ao tempo da restituição (art. 1163.º), e, conformando-se o legislador com os principios geraes, determina, no mesmo artigo, que as bemfeitorias voluptuarias só podem ser levantadas pelo marido ou por seus herdeiros, nos termos do art. 500.º, que é a regra geral relativa ao assunto. O fim do legislador ao ditar estas disposições, foi evitar que a mulher ou seus herdeiros possam locupletar-se á custa de quem como o marido, e simples administrador, evitando assim o locupletamento á custa alheia. OCodigo equipara, pois, o marido, ao possuidor de boa-fe.

Quando o augmento do valor dos bens dotaes seja inferior ao custo das bemfeitorias, a mulher e herdeiros não respondem pela importancia correspondente a esse augmento. E porque o marido é equiparado ao possuidor de boa-fe, é que lhe pertence o direito de retenção, emquanto

não fôr pago das bemfeitorias necessarias e uteis, como garantia da divida representada pelo preço dessas bemfeitorias. E tão legitima e esta doutrina, que a história do artigo a confirma.

De facto, achando-se o art. 1209.º do Projecto primitivo redigido em termos equivalentes aos do art. 1163.º doCodigo, propoz o Sr. Seabra, na sessão de 11 de janeiro de 1862.º que se declarasse « que o marido gosa do direito de retenção, pelas despesas necessarias e uteis ». A Commissão regeitou esta proposta, por entender que era desnecessaria a declaração, por estar comprehendida nas regras geraes.

Com effeito, o marido como administrador dos bens, é possuidor de boa-fe, e portanto ja tinha o direito de retenção

Esta interpretação é autorizada pelo art. 1163.º, que remete para o art. 500.º.

Devemos atender ainda que os administradores dos bens dotaes e os usufrutuarios vitalicios ou fideicomissarios podem arrendar pelo tempo que quizerem, mas se o arrendamento ainda durar quando findar a administração do dote, o usufruto ou o fideicomisso (1), findará com eles (art. 1601.º). (2)

(1) Encontra-se no art 1866.º a definição legal de fideicomisso

Diz assim o art a disposição testamentaria, pela qual algum herdeiro ou legatario é encarregado de conservar e transmitir por sua morte a um terceiro a herança ou o legado, diz-se substituição fideicomissaria ou fideicomisso

E' pois, necessario, para que uma disposição seja havida por fideicomissaria

a) que seja feita em testamento,

b) que o herdeiro ou legatario seja encarregado de conservar por sua vida os bens herdados,

c) e de os transmitir, por morte, a terceira pessoa

(1) herdeiro ou legatario chama-se *fiduciario*, aquelle para quem os bens são, por sua morte, transmittidos, *fideicomissario*

(2) St. Dr Montenegro, Loc cit, pag 178 182

porã, julgamos que deve de o mesmo modo partilhar-se entre os conjuges o producto respectivo, guardada a proporcionalidade referida, não só pelo argumento que fornece a analogia, mas ainda pelo espirito que dita a disposição. Não haveria com efeito razão alguma para privar o marido dos fructos dos bens dotaes, só por a colheita se fazer mais tarde.

Deve portanto neste caso, a partilha fazer-se ainda nos termos do art. 1162.º, que se destina a distribuir equitativamente pelo marido e mulher os frutos e rendimentos.

Quanto á indemnisação de vida pelas bemfeitorias realizadas pelo marido nos bens dotaes, não pode este, nos termos do art. 1164.º, exigir da mulher ou seus herdeiros, quaesquer quantias a titulo de indemnisação das despezas feitas com os encargos dos bens dotaes, porque as despezas e os encargos ordinarios dos bens dotaes se reputam compensados com os rendimentos dos mesmos bens

Mas tem direito o marido ou seus herdeiros de serem pagos pela mulher ou pelos seus herdeiros, das bemfeitorias necessarias e uteis, mas só na importancia do valor acrescido ao tempo da restituição (art. 1163.º), e, conformando-se o legislador com os principios geraes, determina, no mesmo artigo, que as bemfeitorias voluptuarias só podem ser levantadas pelo marido ou por seus herdeiros, nos termos do art. 500.º, que é a regra geral relativa ao assunto. O fim do legislador ao ditar estas disposições, foi evitar que a mulher ou seus herdeiros possam locupletar-se á custa de quem como o marido, e simples administrador, evitando assim o locupletamento á custa alheia. OCodigo equipara, pois, o marido, ao possuidor de boa-fé.

Quando o augmento do valor dos bens dotaes seja inferior ao custo das bemfeitorias, a mulher e herdeiros não respondem pela importancia correspondente a esse augmento. E porque o marido é equiparado ao possuidor de boa-fé, é que lhe pertence o direito de retenção, emquanto

não fôr pago das bemfeitorias necessarias e uteis, como garantia da divida representada pelo preço dessas bemfeitorias. E tão legitima é esta doutrina, que a história do artigo a confirma

De facto, achando-se o art. 1209.º do Projecto primitivo redigido em termos equivalentes aos do art. 1163.º doCodigo, propoz o Sr. Seabra, na sessão de 11 de janeiro de 1862.º que se declarasse « que o marido goza do direito de retenção, pelas despezas necessarias e uteis ». A *Comissão* regeitou esta proposta, por entender que era desnecessaria a declaração, por estar comprehendida nas regras geraes.

Com effeito, o marido como administrador dos bens, é possuidor de boa-fé, e portanto ja tinha o direito de retenção

Esta interpretação é autorizada pelo art. 1163.º, que remete para o art. 500.º

Devemos atender ainda que os administradores dos bens dotaes e os usufrutuarios vitalicios ou fideicomissarios podem arrendar pelo tempo que quizerem, mas se o arrendamento ainda durar quando findar a administração do dote, o usufruto ou o fideicomisso (1), findará com eles (art. 1601.º). (2)

(1) Encontra-se no art. 1866.º a definição legal de fideicomisso

Diz assim o art. . a disposição testamentaria, pela qual algum herdeiro ou legatario é encarregado de conservar e transmitir por sua morte a um terceiro a herança ou o legado, diz-se substituição fideicomissaria ou fideicomisso

E' pois, necessario, para que uma disposição seja havida por fideicomissaria

a) que seja feita em *testamento*,

b) que o herdeiro ou legatario seja encarregado de *conservar* por sua vida os bens herdados,

c) e de os *transmitir, por morte*, a terceira pessoa

O herdeiro ou legatario chama-se *fiduciario*, aquelle para quem os bens são, por sua morte, transmitidos, *fideicomissario*

(2) St. Dr. Montenegro, *Loc. cit.*, pag. 178 182

Doações para casamento

1) Doações entre esposados

Disposições geraes

Objecto

Causas de anulação

Capacidade

Tendo tratado do casamento nos seus efeitos patrimoniaes, teremos logicamente, para completar e terminar este assumpto, de estudar as doações para casamento, que podem ser entre esposados, ou feitas por terceiros aos esposados, e as doações entre casados.

Quando estudamos as convenções ante-nupciaes, dissemos então que ellas serviam não só para estabelecer o regimen de bens no matrimonio, como tambem, por vezes, para fazer liberalidades a favor dos futuros esposos ja por terceiros, em vida ou por morte, já por um d'elles ao outro, podendo tambem neste caso dar-se a transferencia immediata dos bens — doações, ou dar-se essa transferencia só por successão, depois da morte do autor da liberalidade — deixas.

Esta materia merece um estudo especial, porque, embora se trate de doações, o legislador, sujeita-as a um regime especial pelo favor com que viu a sociedade conjugal.

Consideraremos em primeiro logar, segundo a ordem doCodigo, as doações entre esposados que o legislador trata na subsecção V, começando por enunciar no art.

1166.º o principio de que « é licito aos esposados estipular, no seu contracto ante-nupcial, a favor de um d'elles ou de ambos, as doações ou deixas que bem lhes parecer, salvas as restrições dos artt. seguintes ».

Os bens que o marido transferiu para a mulher, ou esta para o marido, por doação, ficam sendo proprios daquello para quem foram transferidos, ainda que o regimen de bens seja o da comunhão.

Egualmente pode um esposado estabelecer que o usufructo de parte ou da totalidade de seus bens pertence ao outro. Pode dizer-se que estas doações estão de certo modo sujeitas ao principio da inoficiosidade porque pelo art. 1167.º, vê-se que estas doações não podem vir a prejudicar a legitima dos herdeiros; e dizemos de certo modo porque, por outro lado, parece que não estão sujeitas a revogação ou redução por inoficiosidade.

Em regra as doações podem ser revogadas, alem dos casos em que o pode ser qualquer outro contracto :

- 1.º — por superveniencia de filhos legitimos, sendo o doador casado ao tempo da doação ;
- 2.º — por ingratição do donatario ;
- 3.º — por inoficiosidade (art. 1482.º).

Por inoficiosidade ha revogação quando é necessario respeitar a legitima dos herdeiros legitimarios do doador, sendo que este os não pode prejudicar com liberalidades ; mas se o prejuizo da legitima não abranger o valor total da doação, será esta reduzida em tanto quanto for necessario, para que a dita legitima seja preenchida (art. 1492.º § 1.º)

E' por isto que sustentamos, em face do art. 1167.º, que parece que estas doações estão sujeitas ao principio da inoficiosidade, pois esse artigo manda, até certo modo,

respeitar os direitos dos herdeiros legitimarios, não admitindo que a doação ou deixa exceda a quota disponível do autor da liberalidade. Na verdade o citado art. 1167.º ordena que « se o marido ou a mulher tiverem, ao tempo do casamento, ascendentes ou descendentes com direito a legitima, e alguns destes fôr vivo ao tempo da dissolução do matrimonio, não poderá a dita doação ou deixa exceder a dita importancia da terça dos bens que então possuíam » (1).

Dizemos *que parece* que estas doações estão sujeitas ao principio da inoficiosidade porque, se o art. 1167.º não deixa duvidas a este respeito, encontramos na parte do Codigo referente as doações em geral, com referencia directa ás doações para casamento e portanto numa disposição tão expressa como a do art. 1167.º, disposições donde parece deduzir-se doutrina contraria.

Na verdade o art.º 1501.º, conduz-nos á conclusão que estas doações não podem ser revogadas nem reduzidas por inoficiosidade, porquanto determina que « e applicavel á revogação ou redução por inoficiosidade o disposto nos art.º 1483.º n.º 2.º e 1484.º »; no art.º 1483.º n.º 2.º, estabelece-se a irrevogabilidade destas doações por superveniencia de filhos.

Portanto, se em face do art. 1167.º, parece estarem respeitados os principios da inoficiosidade, o preceito terminante do art. 1501.º exclue, por outro lado, a revogação ou redução por inoficiosidade.

O que podemos desde já concluir é que as doações entre esposados estão sujeitas ao principio da inoficiosidade duma maneira particular.

(1) Este artigo tem de ser modificado em harmonia com o decreto de 31 de outubro de 1910, que elevou normalmente a quota disponível do testador a metade dos bens da herança, elevando-a a duas terças partes quando o mesmo testador tenha outros ascendentes que não sejam pae ou mãe

Definitivamente estudaremos este assun'õ quando tratar-mos das causas de redução ou revogação

Qual sera o alcance da expressão do art. 1167.º, *não poderá a dita doação ou deixa exceder a dita importancia da terça dos bens (metade) que então possuiu*? Que terça será essa? Como deve calcular-se? A forma como se exprime o citado art. não é correcta

Da simples leitura das palavras empregadas no artigo parecia que o legislador queria significar que a doação ou deixa não podia exceder a terça parte dos bens que o doador possuía como seus proprios a data da dissolução do matrimonio, e no entanto não poderia ter sido de modo algum essa a intenção do legislador ao formular aquelle preceito.

O alcance do art. 1167.º, quando diz que a doação ou deixa não pode exceder a importancia da terça dos bens que *então* possuiu, e determinar que a validade da doação, pelo que respeita ao seu quantitativo, isto é, á sua importancia, deve ser medido pelo patrimonio do autor da doação ao tempo da dissolução do matrimonio, contando-se comtudo os proprios bens de que ele faz doação, isto é, computando-se esse patrimonio como se a doação não estivesse feita, como se não tivesse produzido os seus efeitos.

Se nós interpretassemos á letra as palavras do art. 1167.º, estabeleceríamos uma doutrina extravagante, chegando-se a consequencias inteiramente inaceitaveis. (1)

(1) Suponhamos, por exemplo, que o doador com uma fortuna de 90 000\$000 réis no momento do casamento, fez á sua noiva no contrato ante nupcial uma doação de 60 000\$000 réis, ficando por tanto o seu patrimonio ao tempo da dissolução de 30 000\$000

Se interpretarmos á letra o art 1167.º a doação só pode attingir 15 000\$000 réis

Portanto a doação ha de ser reduzida de 60 000\$000 réis a 15 000\$000 réis e não a 30 000\$000 réis, como podia parecer de preender se da interpretação literal do art 1167.º

Estas doações estão sujeitas a um regimen especial pelo motivo de que o legislador quis favorecer a constituição de novas familias, atenuando para isso a rigidez dos principios reguladores das doações em geral, com o fim de facilitar o mais possivel as liberalidades tendentes a assegurar os meios pecuniaros indispensaveis á formação e vida futura de taes familias (1).

De facto este regimen é de particular protecção dispensada ás doações para casamento, pois o legislador manifestou se com decidida simpatia por estas doações, como reflexo da simpatia pelo casamento

Este regimen especial respeita ao objecto destas doações e as causas de anulação. Deve sempre entender-se de harmonia com o art. 1174.º, que são applicaveis ás doações entre esposados, as regras geraes estabelecidas no capitulo das doações, em tudo o que não fôr contrario ao disposto na secção que trata desta especie de doações.

O preceito especial a que estas doações entre esposados estão sujeitas, quanto ao objecto, é a possibilidade de comprehenderem bens futuros, o que não succede nas doações em geral (art. 1153.º). Contra esta disposição, admite se a possibilidade das doações entre esposados poderem ter por objecto tanto bens presentes e determinados, e nisto não fazem excepção a quaisquer liberalidades em geral, mas tambem bens futuros

Esta doutrina resulta do art. 1170.º, onde o legislador faz referencia a bens presentes, dando a entender que e possivel a doação de bens futuros, e do art. 1174.º, onde se declara que a doação pode comprehender parte ou totalidade da herança. Deve atender se, para evitar confusões,

(1) Sr. Dr. Abianches Ferrão, *Das Doações*, v. II p. 57

que a doação de parte da herança, que só a titulo universal podera ser feita, como a de toda a herança, não significa o mesmo que a doação de certos e determinados bens, individualmente designados, pois, para que a doação se a de parte da herança é necessario que haja a indeterminação dos bens, o que resulta do conceito juridico da herança, que é um complexo de cousas e de valores, positivos ou negativos, que pertence exclusivamente a uma pessoa e que depois da sua morte fica a representa-la nas suas relações com os successores e com terceiros. Sendo assim, uma parte da herança deve ser indeterminada tambem, pois essa doação não é mais do que uma doação da parte da universalidade de direitos e obrigações que constituem a herança que so existe depois da morte do seu auctor. Portanto, a doação de parte ou da totalidade da herança é de bens futuros

Quando se dão certos e determinados bens que devam existir no patrimonio do doador no momento da sua morte, essa doação é de bens presentes, que sendo revogavel, é nula, como resulta do art. 1120.º. O alcance deste artigo e que, no momento da doação, pela realisação posterior do casamento, os bens dados se transferem para o donatario, se este vem a falecer antes do doador, o direito á doação e um activo do seu patrimonio, que se transmite aos seus herdeiros e representantes, ainda que a doação fosse feita so com a intenção de beneficiar o doador. A doutrina do art. 1170.º é uma consequencia da doação ser um contrato gratuito, pelo qual se dá a transferencia immediata da propriedade. Devemos resalvar a hypothese de ter havido estipulação em contrario, porque a vontade das partes e a lei suprema do negocio juridico. Dizendo o art. 1170.º que «é irrevogavel a doação de bens presentes, ainda que o donatario venha a falecer primeiro que o doador», podia parecer a primeira vista que era ir contra a vontade do doador, que apenas quizera beneficiar o donatario

Mas o legislador atende a que a transferencia se dá pelo contracto e embora o donatario não tenha tido a posse dos bens, o direito dele transmite-se aos seus herdeiros.

Em relação as doações de parte ou da totalidade da herança, a doutrina é diversa.

Se bem que se trate de bens futuros, não podemos levar a irrevogabilidade tão longe como a leva o art. 1170.º, que declara que «se a doação foi de parte ou da totalidade da herança, não poderá o doador revogar ou prejudicar a doação, dispondo por titulo gratuito dos bens doados».

Se o doador faz doação da herança e durante a sua vida dissipa o seu patrimonio. e como se não fizesse doação alguma.

Embora o art 1171.º fale de bens doados, não deve entender-se no sentido de que são bens determinados, o que o legislador quer dizer e que não pode o auctor da herança inutilisar a doação, dispondo de parte do seu patrimonio, por titulo gratuito, de forma que o restante não podesse constituir uma doação, nos termos em que tinha sido feita.

O artigo que acabamos de analisar deve ser completado com a disposição do art 1172.º onde se determina que «o direito á doação de parte ou da totalidade da herança seja ou não reciproca, não e transmissivel aos herdeiros do donatario, falecendo este primeiro que o doador». Este artigo mostra-nos a diferença que existe entre a doação de bens presentes e a doação de parte ou da totalidade da herança.

Naquela, mesmo que o donatario faleça antes do doador, como se deu a transferencia imediata da propriedade, os bens transmitem-se para os herdeiros do donatario.

Nesta, como a entidade juridica herança só existe depois da morte do doador, se o donatario falecer antes do doador, os bens não se transmitem para os seus herdeiros

E' pois o art. 1172.º uma consequencia da propria doação de parte ou da totalidade da herança.

Pelo que respeita ás causas de anulação as liberalidades entre esposados constituem excepção ás regras das doações em geral. Dispõe o art 1169.º que «as doações ante-nupcias não podem ser anuladas » :

- 1.º — por falta de aceitação expressa ;
- 2.º — por superveniencia de filhos ;
- 3.º — por causa de ingratição.

Esta disposição tem de se combinar com os artt 1482.º e 1483.º.

Por aquele as obrigações consumadas so podem ser revogadas, alem dos casos em que o pode ser qualquer contrato :

- 1.º — por superveniencia de filhos legitimos, sendo o doador casado ao tempo da doação,
- 2.º — por ingratição do donatario;
- 3.º — por inoficiosidade.

Mas a doação não será revogada por superveniencia de filhos, nos termos do art. 1483.º, quando « o doador já tiver algum filho ou descendente legitimo, vivo ao tempo da doação, ou quando a doação seja feita para casamento».

Portanto, o art 1169.º, referindo as causas de anulação, vem sujeitar as doações entre esposados a um regi-

men especialissimo porque expressamente exclue, como motivo de anulação, algumas das causas indicadas pelos artt 1482.º e 1483.º

Nem até por mutuo accordo entre doador e donatario, estas doações que se podem constar do respectivo contrato ante nupcial, como diz o art 4467.º, e que ficam sem efeito se porventura o casamento se não chega a realisar, podem ser revogadas ou por qualquer forma alteradas depois de realiado o casamento, são efetivamente liberalidades que fazem parte integrante das convenções matrimoniaes dos esposos, e por consequencia inalteraveis de futuro nos termos do art. 1405.º

Omitindo o art 4469.º a revogação por inficiosidade, parece que estas doações estão sujeitas ao referido principio. Este assumpto, tem sido debatidissimo no nosso fóro e entre os nossos juriscosultos, divergindo as opiniões.

Por um lado o art 4467.º determinando que «se o marido ou a mulher tivesse ao tempo do casamento, ascendentes ou descendentes com direito a legitima e algum destes for vivo ao tempo da dissolução do matrimonio, não podera a doação ou deixa exceder a importância da terça (metade) dos bens que então possuir», o que é corroborado pelo art. 4469.º, parece que devemos admitir a revogação por inficiosidade, tanto mais que o art 4474.º declara que são applicaveis ás doações entre esposados, as regras geraes estabelecidas no capitulo das doações, em tudo o que não esteja especialmente regulado para as doações entre esposados

Mas, por outro lado, o preceito expresso do art 4501.º, a que ja nos referimos, esta em contradição, pelo menos literal, com o art 4467.º, sendo certo que o art 4501.º não nos deixa duvidas pelo que respeita á sua interpretação, pois apenas estabelece, duma forma indirecta, mas expressa que «a doação para casamento não sera revogada ou reduzida por inficiosidade», parece confirmar a

doutrina oposta, isto é, estas doações não estão sujeitas á revogação por inficiosidade.

Afigura-se-nos que ha uma unica forma de conciliar estas disposições que se contrapõem, admitindo que, quando as doações entre esposados devam ser revogadas ou reduzidas por prejudicar a legitima dos herdeiros do doador, em virtude dos artt. 4467.º e 4469.º, essas doações, se bem que pelo preceito generico do art 4469.º e tambem pelo art. 4467.º parecesse poderem ser revogadas ou reduzidas por inficiosidade, como o art 4501.º exclue essa revogabilidade ou redução, são respeitadas dentro dos limites do art. 4467.º, vindo ate a prejudicar doações anteriores (1).

A doutrina, pois, a estabelecer é que as doações entre esposados não estão rigorosamente sujeitas a revogação ou redução por inficiosidade.

No art. 4467.º o legislador apenas vem limitar o montante destas doações, limite que e a quota disponivel do autor da liberalidade. Portanto nunca se podera exigir em juizo a redução ou revogação das doações entre esposados por motivo de se reconhecerem inficiosas, porque a isso

(1) Suponhamos que A tem um patrimonio de 100 000\$000 réis e faz á noiva, na escritura ante-nupcial, uma doação de 20 000\$000 réis, tendo já anteriormente feito uma doação de 54 000\$000 réis. Se não existisse o preceito do art 4501.º, a doação de 20 000\$000 réis era revogada e a de 54 000\$000 réis era reduzida a 50 000\$000 réis. Vejamos o que succede pela combinação dos artt 4501.º e 4467.º. Como aquelle estabelece uma situação privilegiada para as doações para casamento, o que succede é que a doação de 20 000\$000 réis não sofre, em principio, as consequencias da inficiosidade. Temos de verificar se esta doação pelo seu montante e tá comprehendida nos limites do art 4467.º. A doação de 54 000\$000 réis é que tinha que ser reduzida a 30 000\$000 réis, se bem que fosse anterior, porque a doação de 20 000\$000 réis, sujeita a um regimen privilegiado, subsiste desde que esteja dentro dos limites da quota disponivel do doador.

se opõe o art. 1501.º, mas que pode sempre pedir-se, com fundamento no art. 1167.º, que elas se reduzam a metade dos bens que o doador possuir no momento da dissolução do casamento, se á época em que o contrau tinha ascendentes ou descendentes com direito a legitima e eles forem ainda vivos ao tempo de tal doação. (1).

Esta doutrina leva a consequências um pouco perigosas. Assim, quem tivesse feito uma doação podia inutilisá-la por uma liberalidade nova feita para casamento. Mas por outro lado, esses juízos da inutilisação da doação anterior, não são factos de se verificar, porque essa inutilisação só podia resultar do casamento do autor da doação, o qual podia de certo modo justificá-la, e que se não pode supor que o individuo realiza unicamente para essa inutilisação.

Alem de que e esta a unica forma de conciliar, pelo menos materialmente, as referidas disposições

Ligado intimamente com este assunto está o art. 1168.º segundo o qual « as doações ou deixas estipuladas no contrato ante-nupcial ficarão sem efeito, não se verificando o matrimonio, ou sendo anulado, a não ser que tenha sido contraído de boa fe por ambos os conjuges ». Esta disposição e intuitiva e resultava já das circunstancias em que é feita a doação.

Ja nos tínhamos referido a este artigo (2) quando tratámos da anulação do casamento e dissemos então que, pelo Cod. Civil, essas doações ou deixas só eram validas no caso do casamento anulado ter sido contraído de boa-fé por ambos os conjuges, enquanto que pelo Decreto n.º 1.º de 25 de Dezembro de 1910 também elas terão de ser cumpridas estando ambos de boa-fe, e ainda estando só um deles de boa fé: Neste ultimo caso, porem, só e obri-

(1) Apud Sr. Dr. *Abranches Ferreira*, pg. 85.

(2) Vid. estas *Lições*, pg. 60

gado ao cumprimento do estipulado na convenção ante-nupcial, aquelle conjuge por culpa do qual foi anulado o casamento, isto e, o que estava de má fé. De facto, os efeitos da doação estão subordinados á realisação do casamento, de modo que a sorte d'aquella anda ligada á sorte desta, porque a doação é para casamento.

E não produzindo efeito o documento — convenção ante-nupcial — de que a doação exista, também não o produz a liberalidade que da mesma convenção fazia parte integrante.

Só em sentido figurado é que dissemos que as doações ou deixas feitas na convenção ante nupcial estavam dependentes da condição suspensiva da realisação do matrimonio, pois não se trata de uma clausula accessoria do negocio juridico. Se houvesse condição no sentido tecnico da palavra, verificada ela os seus efeitos retrotraíam-se ao momento da celebração da convenção ante-nupcial; ora os efeitos da doação só começam depois da celebração do casamento.

Relativamente ás condições de capacidade para as doações entre esposados, como o legislador subordina a eficacia da doação á realisação do casamento, deste modo, a capacidade é a mesma que para casar.

Se algum dos esposados não tem capacidade juridica para fazer doações em geral, mas pode casar, precedendo auctorisação dos pais, na falta ou impedimento deles, dos avós, se exercerem a tutela, e na falta ou impedimento de uns e outros do conselho de familia (Dec. n.º 1 de 25 de Dezembro de 1910, art. 6.º e seu §), essa auctorisação para o casamento attribue-lhe capacidade para fazer a doação

E nem é precisa a auctorisação expressa para essa doação, bastando, para que a doação venha a produzir os seus efeitos, a realisação posterior do matrimonio, para que o menor estava devidamente autorizado.

Poderá parecer que produzindo a doação efeito só desde a realização do casamento, a qualquer pessoa, seja qual for a sua idade, deve ser atribuída capacidade para fazer esta doação, que só vinha a produzir efeitos, e portanto só poderia afetar o patrimônio, no momento da realização do casamento. Mas se falta a capacidade no momento da realização do acto, se bem que essa capacidade exista quando ele produz os seus efeitos, esse facto, porém, não pode validar um acto originariamente nulo.

Subsiste sempre a incapacidade originaria porque bem se compreende que o individuo não tendo capacidade para fazer a doação não tem o necessario discernimento para avaliar a conveniencia d'ela e pode ate vir a reconhecer posteriormente, quando a doação produz os seus efeitos, que esta era inoportuna. E' pois injuridica a doutrina de que se deve attribuir a qualquer pessoa a capacidade para fazer doações entre esposados.

Determinada a doutrina, qual seja a da simultanea capacidade para casar e doar, devemos determinar em que idade começa essa capacidade.

Assim para o varão ella existe a partir dos 18 anos e para a mulher a partir dos 16 obtendo para isso o consentimento de seus paes ou de aquelles que os representam, ou o suprimento desse consentimento em forma legal (art. 5.º do tit. Dec. n.º 1, de 25 de Dez. de 1910). E basta a autorização para o casamento, para que o menor nestas condições possa fazer doação entre esposados, pois que toda a lei que reconhece um direito, legitima sempre os meios indispensaveis para o seu exercicio (art. 12.º do Cod. Civil).

Quando a doação for feita por quem contrae segundas nupcias, temos de atender ao art. 1235.º, como limitativo da capacidade para a doação, pois que por este artigo apenas pode ser doada a metade dos bens que o doador possui. Este artigo abrange manifestamente a hypothese de o biniho fazer doação ao esposado, porque nos termos do

art. 1174.º, em tudo o que se não acha especialmente regulado quanto a doações entre esposados, estas seguem os preceitos geraes relativos as doações. A especialidade destas doações, respeita apenas ao objecto e as causas de anulação, havendo ainda os arts 1170.º e 1171.º, relativos á revogabilidade da doação de bens presentes e das doações de parte ou da totalidade da herança.

- 2) Doação feita por terceiros aos esposados
- Objecto.
- Causas de revogação
- Reversão.
- Capacidade

Deste assunto occupa-se o codigo a seguir as doações entre esposados, determinando no art. 1175.º que « pode qualquer dispor em favor dos futuros esposos, ou de algum d'elles, de parte dos seus bens ou de todos, em vida ou por morte, podendo faze-lo no proprio contracto antenupcial ou em escriptura publica separada, salvo o que se acha ordenado acerca das doações moficiosas ».

Resulta deste artigo que as doações feitas por terceiro aos esposados estão subordinadas ao principio da mofiosidade, occupat nos hemos, porém, deste assunto quando tratarmos das causas de revogação.

Tambem estas doações estão sujeitas a um regimen

especial, especialidade que respeita ao objeto, ás causas de revogação e a reversão.

A especialidade mais importante e por assim dizer basilar das doações feitas por terceiro aos esposados, consiste em poder abranger bens futuros, como as doações entre esposados, ao contrario do que sucede normalmente com as doações em geral, cujo objeto so pode ser constituído por bens presentes do doador (art. 1453.º)

Esta doutrina deduz se do art. 1173.º, onde se faz distincção entre a doação de parte ou da totalidade dos bens do doador *em vida*, e a doação dos mesmos bens *por morte*

E' intuitivo que, doando se todos os bens que o doador tiver no momento da sua morte, e não só os que ele tem quando faz a doação, tal doação e manifestamente de bens futuros, porque abrange os que o doador venha a adquirir.

Ha entretanto escritores que sustentam que as doações para casamento do art. 1173.º, não fazem excepção á regra geral, não podendo compreender bens futuros, com o fundamento de não permitir este artigo expressamente a terceiro a doação de parte ou da totalidade da herança, como entre esposados é permitido pelo art. 1171.º.

Afigura-se-nos inaceitavel esta doutrina. Não importa que o legislador não fale de parte ou da totalidade da herança, pois, permite que estas doações sejam em vida *ou por morte*; ora se esta ultima especie de doações não podesse abranger bens futuros, o que significaria, qual o alcance da doação duma universalidade de bens por morte?

O que seriam as doações por morte, do art. 1173.º Se se tratasse de uma doação que só produzisse *efeitos* por morte do doador, havia apenas uma doação em vida

dependente de termo, e não uma doação por morte, no sentido juridico da expressão (1).

Não é esta a unica especialidade que temos de referir; cumpre tambem ter em atencção o disposto no art. 1176.º, pelo que respeita á aceitação destas doações.

Já o proprio art. 1175.º dizia a *forma como pode ser feita a doação por terceiros aos esposados* (ou no contrato ante nupcial, ou em escriptura publica separada).

Se *fôr feita no contrato ante-nupcial fica dependente da realisacção do casamento*, e tambem assim sucede quando seja feita separadamente em escriptura Relativamente a aceitação, a doutrina e diversa, conforme e ou não feita no contrato ante-nupcial No primeiro caso, dispõe se no art. 1176.º que a doação é valida, sem dependencia de aceitação expressa dos donatarios. Se e feita em acto separado, torna se necessaria uma aceitação expressa.

Compreende se a razão desta diferença.

Se a doação e feita no contrato ante-nupcial, como a respectiva escriptura e outorgada entre os esposados, essa outorga já importa aceitação duma liberalidade que no proprio acto ante nupcial e feita Tratando se duma doação feita em acto separado, sendo um negocio juridico bilateral, só fica valida pela aceitação.

A falta de aceitação expressa no primeiro caso não significa de modo algum que taes doações não precisem de ser aceites, porque o facto da assignatura do contrato

(1) Se o doador dissesse *faço doação a Manuel, por minha morte, da terça-parte dos bens que atualmente possuo* — era o nosso caso —, tratat-se hia de uma doação vulgar, desde logo perfecta e irrevogavel, e cuja execução apenas se diferia para a epoca do fallecimento do doador, seria uma doação que se encontrava precisamente na situação juridica de outra em que o doador tivesse declarado que doava, para a doação, porem, só produzir os seus efectos, *passados* por exemplo, 10 anos

Vid Si Dr. Abranches Fereira, pg. 17, obra cit

ante nupcial, e por si sufficientemente indicativo de que se aceita e se concorda com as suas disposições, incluindo quaesquer liberalidades nele contidas.

E nem podia deixar de ser assim porque a doação é um contrato, e é elemento imprescindível de todos os contratos o mutuo consenso, sem o qual eles não chegam a ter existencia juridica (art. 643.º do Cod. Civ.).

A doação quando, para casamento, precisa por consequencia de ser aceite, aceitação que representa por parte do donatario o assentimento aos termos do negocio juridico, contentando-se todavia a lei, quando a doação seja feita no proprio contrato ante nupcial, com uma aceitação tacita.

Quanto ás causas de revogação destas doações não encontramos na secção respectiva disposição correspondente ao art. 1169.º, referente a doações entre esposados, e por isso temos de recorrer as disposições das doações em geral.

E assim é que no art. 1483.º n.º 2.º se exclue a revogabilidade das doações para casamento por superveniencia dos filhos.

O art. 1489.º, estabelece a mesma doutrina para a revogação por ingratição.

Em face destas disposições não pode haver duvidas, porque a lei é clara e terminante, de que estas doações não podem ser revogadas por superveniencia de filhos e por ingratição.

Quanto á revogação ou redução das mesmas doações por inoficiosidade, dispõe-se no art. 1501.º que se applica o disposto no n.º 2.º do art. 1483.º, o qual declara que a doação para casamento não sera revogada por superveniencia de filhos. De maneira que o art. 1501.º vem afinal dizer o seguinte que se a doação fôr para casa-

mento não será reduzida nem revogada por inoficiosidade.

Mas o art. 1175.º impõe o respeito pelo principio da inoficiosidade, dizendo que pode qualquer dispôr de parte ou da totalidade dos seus bens, em vida ou por morte, *salvo o que se acha ordenado acerca das doações inoficiosas*. estas ultimas palavras do artigo significam evidentemente uma restricção á ampla liberdade de disposição de bens, por ele concedida a quem deseje fazer daquelas doações.

Portanto, estas doações não podem subsistir com prejuizo dos interesses dos herdeiros legitimarios do doador, estando assim estas doações sujeitas a um regimen diverso das doações entre esposados, as quaes não podem ser reduzidas ou revogadas por inoficiosidade em virtude do preceito do art. 1501.º, não podendo pedir-se em juizo que estas doações sejam reduzidas ou revogadas por motivo de inoficiosidade. Mas pode pedir-se que taes doações, com fundamento no art. 1167.º, que não consitue uma excepção ao art. 1501.º, mas uma simples limitação, se reduzam á terça (metade) dos bens que o doador possuir no momento da dissolução do matrimonio, se a epoca em que o contraiu tinha ascendentes ou descendentes com direito a legitima, e esses forem ainda vivos ao tempo de tal dissolução. Nestas condições o art. 1501.º, so se applica ás doações entre esposados, sem entretanto deixar de ser exata a sua referencia ás doações para casamento.

Em face do art. 1501.º para que as doações que analysamos estivessem sujeitas ao principio da inoficiosidade foi necessario que o legislador expressamente o declarasse. Assim se confirma a interpretação que lhe demos.

Determina o art. 1177.º que « posto que taes doações sejam feitas em favor dos esposos ou de algum deles, aproveitarão aos filhos que procederem do mesmo casamento ao qual diz respeito a doação, ainda que o donata-

rio ou donatários faleçam primeiro que o doador, e tão sómente caducarão se o doador sobreviver a todos os descendentes dos donatários ».

Nos termos deste artigo entende-se que estas doações são estipuladas com a clausula da reversão, e só na falta de descendentes do donatário é que os bens revertem ao doador.

A celebração do casamento é condição *sine qua non* da validade desta doação, havendo uma especie de *conditio juris*

Se depois de feita a doação o casamento se não chega a realizar, essa doação caduca, por se não ter realizado a circumstancia de que dependia a sua efficacia juridica. E' applicação do principio geral que regula as doações para casamento, as quaes ficam naturalmente sem effeito se o matrimonio não tem logar.

Quanto as condições de capacidade exigidas para se fazer doação aos esposados, são as mesmas que para as doações em geral, visto os artt. 1175.º e seg. nada dispõem a tal respeito, tanto mais que não ha a possibilidade logica de qualquer doutrina especial, como succede nas doações entre esposados, em que a doação é feita por estes que se encontram em situações especiaes.

Tratando se de doações *por morte*, como estas são equiparadas ás disposições testamentarias, pode perguntar-se se a capacidade para doar seja a mesma que a capacidade para testar. Deve ser evidentemente a exigida para fazer doação, porque se trata de atos juridicos de natureza diversa.

Um testamento é um ato juridico unilateral, e as doações são verdadeiros contratos, e embora a doação por morte seja uma instituição de herdeiro, e uma instituição de herdeiro de natureza contractual.

Doações entre casados

Pelo que respeita a estas doações o regimen a que estão sujeitas é diverso daquele a que estão sujeitas as doações para casamento, porque, estas sendo destinadas a proteger a celebração do matrimonio, foram vistas com decidido favor pelo legislador

Assim o art. 1178.º determina que « o marido e a mulher podem fazer entre si doações dos seus bens presentes, assim por actos entre vivos, como por testamento. »

Vêmos pois que este artigo fez voltar estas doações ao regimen normal, não permitindo que elas abranjam bens futuros, o que é confirmado pela historia do citado artigo.

No artigo do Projeto primitivo correspondente ao art. 1178.º, permitia se que as doações entre casados abrangessem bens futuros, e a Comissão Revisora supprimiu essa disposição, por entender que só deviam comprehender bens presentes.

A caracteristica fundamental destas doações é a sua revogabilidade, pois o art. 1181.º diz que « as doações entre conjuges podem ser revogadas livremente e a todo o tempo, pelos doadores ». Nos termos deste artigo o conjugue doador pode revogar estas liberalidades por seu livre arbitrio, independentemente de causa especial, como as indicadas no art. 1482.º, apenas se exige que a revogação seja expressa (art. 1181.º § 2.º) e para facilitar essa revogação, quando a mulher seja doadora, determina o § 1.º do mesmo art. que « a mulher não precisa para a revogação de ser autorizada pelo marido ou por decisão judicial » porque se trata de uma faculdade exclusivamente pessoal

O proprio art. 1181.º não estabelece limite de tempo para a revogação da doação por parte do doador, pois diz que ella poderá ter logar *a todo o tempo*, sendo indifferente que ja tenha morrido o donatario e ainda que os bens se encontrem já no patrimonio dos seus herdeiros. Pode a doação ser revogada portanto ate a morte do doador.

Precisamente porque se trata de uma doação livremente revogavel não se torna necessario invocar qualquer fundamento especial, bastando a declaração da vontade.

Por isso o art. 1182.º proibe que « estas doações se revoguem por superveniencia de filhos ». Podia parecer extranho que o legislador permitindo a doação a livre arbitrio do doador, prohibisse por outro lado a revogação por um determinado motivo. Mas a prohibição de revogação por superveniencia de filhos não importa a possibilidade de revogar por esse motivo; tendo o doador a livre faculdade de revogação, não precisa de invocar a superveniencia de filhos. Se o doador apresenta em juizo o pedido de revogação por esse motivo, não pode ser atendido.

O motivo da revogabilidade ampla e absoluta destas doações, que pode ter logar durante a vida do doador, e evitar a fraude ou a captação, aliás bem possivel. Bem se comprehende pela situação especial do doador e do donatario, que se não permita que os conjuges façam livremente doações um ao outro com a efficacia que as doações tem quando são feitas entre outras pessoas, porque nada mais natural que um conjuge servir-se do ascendente que exerce sobre o outro para lhe extorquir uma doação, lo cupletando-se a custa dele.

Por isto estas doações assemelham se particularmente ás disposições testamentarias, que são liberalidades revogaveis até á morte do seu autor

Essa semelhança resulta tambem da circumstancia destas liberalidades só produzirem definitivamente os seus efectos no momento da morte do doador, e por isto é desnecessaria e inutil esta categoria juridica admittida pelo

codigo das doações entre casados, porque tanto faz doar determinados bens ao outro conjuge, como deixa-lo sem disposição testamentaria

Ainda dispõe o art. 1179.º que as doações em vida sejam reguladas conforme o que e ordenado no capitulo das doações em geral, e as doações por morte conforme as disposições contidas no titulo dos testamentos.

Refere se este artigo ás doações em vida e doações por morte, emquanto que o art. 1178.º refere se ás doações por acto entre vivos ou por testamento.

As doações por morte do art. 1179.º cor espondem ás doações feitas por testamento do art. 1178.º.

Já se tem pretendido sustentar que o art. 1179.º vem permitu uma nova especie de doações, que não esta referida no art. 1178.º, que são as doações por morte entre os conjuges. Em face desta opinião os conjuges podiam fazer entre si doações de bens presentes em vida ou por morte, e doações por testamento, observando, no entanto, que estas doações sendo por morte, estão sujeitas ás disposições dos testamentos, por força do art. 1457.º que determina que « as doações, que tiverem de produzir os seus efectos por morte do doador, tem a natureza de disposição de ultima vontade, e ficam sujeitas ás regras estabelecidas no titulo dos testamentos ».

Afigura-se-nos inteiramente destituida de fundamento esta doutrina e ate os seus proprios defensores reconhecem, como já notamos acima, haver uma certa correspondencia entre as doações de bens presentes por morte, e as doações por testamento.

A verdade é que, em face dos artt. 1178.º e 1179.º, as doações por morte equivalem rigorosamente ás doações por testamento, referidas no art. 1178, porque o art. 1179.º, como ate observam os partidarios da doutrina oposta, manda sujeitar as doações por morte as disposições dos testamentos, sendo certo que essa sujeição só entende a todos os respectos e portanto tambem no que

respeita à forma, exigindo se assim a intervenção de 5 testemunhas.

Temos sempre fundamentalmente nas doações por morte uma disposição testamentaria sujeita, quanto ao fundo e a forma, ás disposições dos testamentos

Havendo a revogabilidade de todas as doações entre casados, ha uma identidade entre as doações em vida e por morte, o que da a identidade destas doações com as doações por testamento

Mas qual é a diferença entre as duas especies de doações que admitimos ?

A doação por morte só se concretisa no momento da morte do doador, quer dizer, so neste momento e que os bens entram no patrimonio do donatario, as doações entre casados em vida, em virtude da revogabilidade, so produzem tambem os seus efeitos por morte do doador.

Portanto as doações por morte do art 1179.º, são uma categoria juridica escusada, como o são as proprias doações entre casados.

Esta questão e praticamente sem interesse, porque o codigo ocupa se das doações entre casados, regulamentando as de forma sufficiente a ter evitado que surgissem dificuldades conforme o caracter que a tais doações se attribuisse, sendo certo que as doações entre casados se hão-de sempre regular pelo que nos art. 1178.º e seg. do codigo civil se acha disposto, e naquilo sobre que expressamente não estatua, pelos principios que normalmente se applicam a todas as doações em geral

Fundamentalmente temos de admitir as doações feitas por actos entre vivos que seguem os principios relativos ás doações em geral, em tudo o que não esteja especialmente regulado para as doações entre casados, e as doações por testamento que seguem os principios relativos as disposições testamentarias.

As doações por acto entre vivos não caducam de direito pela simples circumstancia da sobrevivencia do doa-

dor ao donatario, porque se bem que sejam revogaveis livremente produzem de certo modo desde logo os seus efeitos, pois ficam perfeitas desde a realisacão do negocio juridico

Torna-se tambem necessario que haja accetacão expressa por parte do donatario.

Sendo estas doações revogaveis a arbitrio do doador, cumpre determinar a forma dessa revogacão. A lei não estabelece a este respeito disposições especiais, apenas estatutando no art 1181.º § 2.º que a revogacão deve ser expressa.

Não pode deixar de se entender, para tal revogacão que se torna necessario que ela conste de documento, pelo menos de igual força do da liberalidade. Assim se a doação foi feita por escritura publica, não pode ser revogada por escrito particular

No art 1182.º determina-se que estas doações não são revogaveis por superveniencia de filhos, mas podem ser reduzidas por infiriosidade

E' pois desnecessario invocar a superveniencia de filhos para o doador revogar a doação feita ao seu conjuge, pois para isso basta a sua vontade. O Legislador apenas tinha de estabelecer os principios de infiriosidade para que se respeite a quota dos herdenos legitimarios do doador.

Ainda notaremos que o art. 1180.º não permite que os conjuges façam doações um ao outro, no mesmo e unico acto. O motivo é o mesmo porque no art. 1753.º se proibiam os chamados testamentos de mão comum, que no direito anterior eram admitidos pela praxe, em que intervinham varios testadores, e feitos entre marido e mulher ou até entre irmãos. Essa comunidade de actos, em geral, importava vantagens reciprocas, havendo por essa reciprocidade tantos testamentos quantos os testadores, cada um dos testamentos seguia a ordem normal dos testamentos, isto e, os seus efeitos começavam a pro-

duzir-se depois da morte de cada um dos testadores. Como nota Dias Ferreira, as disposições de mão comum constituam, menos a expressão da vontade individual do testador do que a consequencia de acordo entre os contestadores, os quaes violavam a cada passo a fé da reciprocidade, visto que, depois de estarem de posse dos bens que com o fim da reciprocidade lhe tinham sido assegurados, revogavam a sua disposição testamentaria, aproveitando-se das vantagens que lhe tinham sido asseguradas pelo testador que falecera.

Foi para evitar estes e outros inconvenientes analogos que a prohibição do art. 1753 ° se estendeu tambem ás doações entre casados, visto serem egualmente revogaveis.

No art. 1183 ° está determinada a doutrina de que os bens doados tomarão a natureza de proprios do donatario, seja qual fór o contrato ante nupcial, e portanto ainda que o regimen estabelecido seja o da comunhão de bens.

Assim conclumos o nosso estudo relativo ás doações, e analisada a sociedade conjugal na sua vida normal, vamos estudar agora as diversas modificações que nela se podem verificar

Modificações da sociedade conjugal

Separação judicial de pessoas e bens

Nos dominios doCodigo Civil não se admitia o divorcio, isto é, o rompimento do vinculo matrimonial validamente contraído, e a sociedade conjugal so se dissolvia por morte.

Admitia, todavia, oCodigo a separação pessoal, a qual, deixando subsistir o vinculo conjugal, dispensa os conjuges da obrigação da coabitação e interrompe a sociedade quanto aos bens, e tambem a simples separação de bens, subtraindo-os assim á má administração do marido

Hoje, alem da morte como fundamento da dissolução da sociedade conjugal, acresce o divorcio, permitido e regulado pelo Decreto de 3 de novembro de 1910.

Mas, não obstante esta nova causa de dissolução, ficam subsistindo as outras modificações . separações de pessoas e bens, ou só de bens.

São estas modificações que vamos estudar, que se dão sem prejuizo da dissolução do vinculo matrimonial, e que oCodigo designa, na Secção ix do cap 1, titulo II, livro II e parte II, por Interrupção da sociedade conjugal.

Em confirmação desta doutrina, o art 1203.º declara que a sociedade conjugal pode ser interrompida, ou pelo que toca ás pessoas e aos bens dos conjugs ou so pelo que toca aos bens.

Alem das causas referidas no art. 1204º, devia indiciar-se na vigencia do Codigo, ainda outra que vinha referida no art. 1209, § 2º, isto é, o caso de o marido intentar acção criminal contra a mulher, com fundamento no adultério e ser esta absolvida.

O legislador reputou este facto como uma grave injuria feita a mulher, e por isso considerou, não unicamente como fundamento para a acção de separação, mas como uma causa determinante da acção.

Os fundamentos para a acção eram apenas os referidos no art. 1204º, e por tanto so nestes casos é que podia ter lugar.

Se alguma duvida pudesse haver sobre o caracter taxativo desta enumeração, e com effeito houve a e a redação do art. autorisava a, poz-lhe termo o Codigo do Processo Civil, determinando no art. 443º, § 1.º, que o autor devia alegar *precisamente alguns dos factos*, classificados na lei civil, como legitima causa da separação.

Hoje temos porem de atender á moderna legislação sobre o divorcio.

No cap. IV do dec. de 3 de novembro de 1910, que permittiu e regulou o divorcio, e que em especial se trata da separação de pessoas e bens

Esta, nos termos do art. 43.º, pode ser requerida pelos mesmos motivos porque pode ser requerido o divorcio litigioso.

Hoje, portanto, as causas que podem fundamentar o pedido de separação de pessoas e bens, são taxativamente as enumeradas no art. 4º.

1.º — o adultério da mulher,

2.º — o adultério do marido,

3.º — a condenação definitiva de um dos conjuges a

e pes-
admi-
o caso
a se-
rio da
aração
entos.
o De
porta
fica
210.º

mente
nhada
odem

e pes-

ração,
co, ou
teida

Nova
letuas.

qualquer das penas maiores fixas nos artt. 55.º e 57.º do Cod. Penal, se o conjugue que o solicita não houver sido condenado como co-autor ou cúmplice do crime de que resultou a condenação do outro conjugue ;

- 4.º — as sevicias ou as injurias graves ;
- 5.º — o abandono completo do domicilio conjugal por tempo não inferior a 3 anos ,
- 6.º — ausencia, sem que do ausente haja noticias, por tempo não inferior a 4 anos ;
- 7.º — a loucura incuravel quando decorridos, pelo menos, 3 anos sobre a sua verificação por sentença passada em julgado, nos termos dos artt. 449.º e segg. do Cod. do Proc. Civil ,
- 8.º — a separação de facto, livremente consentida, por 10 anos consecutivos, qualquer que seja o motivo dessa separação ,
- 9.º — o vicio inveterado do jogo de fortuna ou azar ;
- 10.º — a doença contagiosa reconhecida como incuravel, ou uma doença incuravel que importe aberração sexual.

Os primeiros motivos referidos pelo legislador, são o adultério do marido e da mulher. Mas, emquanto pelo código civil, como vimos, o adultério do marido e da mulher eram admitidos como causa de separação, em circumstancias diversas, pelo decreto de 3 de novembro de 1910, essa desigualdade desapareceu, sendo equiparados, para

os efeitos da separação, o adultério do marido ao da mulher. E' o proprio Decreto que, no art 61.º § 1.º expressamente declara que «o adultério do marido será igualado em caracter e gravidade, ao da mulher, nunca podendo a pena exceder para qualquer deles e respectivo co-reu, o maximo da prisão correccional. Deste modo, o art. 1209.º § 2.º deve ser modificado.

Ja vimos que alem das causas de separação de pessoas e bens indicados no art. 1204.º, ainda a separação podia ser motivada pela absolvição da mulher na acção criminal de adultério intentado pelo marido contra ella, hoje, porem, em face do decreto citado, deve estabelecer-se uma nova consequencia da egualdade do adultério, qual seja a de, mantendo-se o § 2.º do art. 1209.º relativamente á mulher, estender-se essa faculdade tambem ao marido.

Confirma esta doutrina o art 61 § 5.º que estatue que «sendo intentada a acção criminal de adultério, e terminando pela absolvição do acusado, este, *ainda que seja o marido*, podera requerer, sem necessidade de outro titulo, senão da sentença de absolvição, que se proceda executoriamente á separação e entrega dos bens que lhe pertencerem, e ainda o § 7.º do mesmo art que expressamente determina que ficam substituidas as disposições do art. 1209.º e seus §§ do Cod. Civil.

Ainda nos termos do § 6.º do citado art. é preciso que o conjugue absolvido requeira na contestação, o divorcio ou a separação de pessoas, que sera decretada de direito na sentença absoluta, entendendo-se que opta pela separação em caso de silencio.

Indica ainda o art. 4.º as sevicias e injurias graves, como causa de separação, como ja admitia o Cod. Civil.

As sevicias são os maus tratos corporaes dados por um

samento, semelhantemente ao que o Código determinava no art. 1232 °;

2.º — se o cônjuge que os recebe se tornar indigno desse benefício por seu comportamento moral,

3.º — se o cônjuge que os presta não puder continuar a prestá-los, ou se o que os recebe, deixar de os precisar. É igualmente a reprodução da doutrina do art. 1232 ° que fazia durar os alimentos pelo tempo que o alimentado deles precisasse

A cessação e redução da obrigação alimentícia está sujeita à disposição do art. 33 ° segundo a qual « não pode legitimar a cessação ou redução da prestação alimentícia o facto de o cônjuge que presta os alimentos, contrair novo casamento ». Apenas o casamento do cônjuge que os recebe é que determina a cessação da prestação alimentícia.

Segundas núpcias

Para terminarmos a matéria relativa ao casamento, vejamos as disposições do Código Civil e do Decreto de 3 de novembro relativas ao novo casamento do viúvo ou do divorciado

No Código Civil, sob a epígrafe — *Das segundas núpcias*, consigna o legislador disposições especiais que tem por fim principal proteger os descendentes de matrimonio anterior.

A expressão — *segundas núpcias* — não deve tomar-se no seu sentido literal. Aquella expressão compreende as terceiras, quartas e todas as núpcias posteriores, applicando-se portanto as respectivas disposições tanto as segundas como as ultteriores núpcias.

Resulta esta doutrina da expressão do art. 1236 ° — *de qualquer dos matrimonios* e do art. 1238.º que fala *de filhos de anterior matrimonio*, sem distincção, e da technica jurídica, pois, como diz o sr. Dr. Julio de Vilhena, na linguagem jurídica chamam-se segundas núpcias todos os casamentos que forem precedidos de outro ou outros. (1)

O art. 1233 ° do Cod. Civil, considerando apenas a dissolução por morte, impõe a viúva « que quizer contrair segundas núpcias, antes de terem decorrido trezentos dias

(1) *Das segundas núpcias no direito civil moderno*, pag. 65

depois da morte do marido, a obrigação de fazer verificar se está ou não grávida »

Portanto o Código Civil não proíbe a mulher o casamento de novo casamento dentro de qualquer prazo subsequente á morte do marido, sómente lhe impõe a obrigação de fazer verificar o seu estado quando queira contrair novo matrimonio antes de terem passado trezentos dias depois da morte do marido.

Bem se compreende esta disposição, porque sendo trezentos dias o prazo maximo da gestação uterina, e estabelecendo-se como consequencia no art 401 ° do Código — integralmente reproduzido no Decreto n ° 2 de 25 de dezembro de 1910 —, a presunção da legitimidade dos filhos havidos do matrimonio legitimamente contraído, dentro dos 300 dias subsequentes a sua dissolução ou a separação dos conjuges judicialmente decretada, tornava se necessaria essa verificação, para que o filho que nascesse dentro dos trezentos dias subsequentes á dissolução do anterior matrimonio, não se encontrasse na situação da vidua de ter dois pais perante a lei, pois é preciso combinar esta presunção com a da legitimidade do filho nascido passados 180 dias depois da celebração do matrimonio.

O Código Civil só se referia á viuva mas sendo hoje o divorcio tambem uma causa de dissolução do casamento, este assumpto tambem foi regulado pelo Decreto de 3 de novembro de 1910

Assim no art. 53.º, quanto ao novo matrimonio do conjuge divorciado, determina-se que « a mulher divorciada não poderá contrair novo casamento sem que haja passado um ano completo sobre a data da dissolução do casamento anterior, e o marido tambem só o podera fazer passados seis mezes »

A esta espera forçada algumas excepções consignou o legislador, enumeradas no art 53.º, § 1.º, pelo qual o novo casamento e imediatamente possivel, não tendo os conju-

ges que esperar por prazo algum, quando o divorcio fôr autorizado por qualquer dos fundamentos indicados no n.º 5.º, 6.º e 8.º do art. 4.º, ou nos termos do art. 40.º, ou do art 47.º.

Fundamentam se estas excepções pela razão obvia de que, verificando-se estes factos, pelos proprios termos em que tem logar o divorcio, ja tinha havido separação de facto e portanto impossibilidade de coabitação entre os conjuges.

No art 55 ° § 2 ° ha a prohibição de novo casamento ao conjuge convencido de estar sofrendo de doença referida nos n.ºs 7 ° e 10 ° do art. 4.º, mas o seu consorte podera realizar novo matrimonio logo que passe o respectivo prazo marcado no art. 55 °, isto e, 6 mezes para o homem e um ano para a mulher

O Código Civil estabeleceu no art 1234.º a sanção para a obrigação de a mulher ter contraído novo casamento dentro dos 300 dias posteriores á morte do marido, sem ter verificado previamente se esta ou não grávida. Essa sanção consiste em que a binnha perde todos os lucros nupciais que por lei ou convenção tenha recebido ou haja de receber da parte do marido anterior, os quaes passarão aos legitimos herdeiros deste, a sanção para o segundo marido é de que não poderá contestar a sua paternidade relativamente ao filho que nascer passados 180 dias depois do seu casamento, tendo, contudo, o filho o direito de reclamar a paternidade do marido anterior, podendo prova-la

Aplica se a mesma penalidade á mulher que casar antes de terem decorrido 300 dias depois da sentença que proferiu o divorcio, sem verificar se esta ou não grávida, porque apesar de esta obrigação não estar expressamente estabelecida para o divorcio, o filho que nascesse dentro dos 300 dias ficava na situação anormal de lhe aproveitar a presunção das duas paternidades.

Apesar destas disposições relativas ás condições em

que a mulher pode contrair segundas nupcias, encontramos outras, já analisadas, relativas aos bens.

Referimo nos á providencia do art 1235.º que estabelece que o varão ou a mulher que contrair segundas nupcias, tendo filhos ou outros descendentes successivos de anterior matrimonio, não poderá comunicar com o outro conjugue, nem por nenhum titulo doar-lhe mais do que a terça parte dos bens, que tiver ao tempo do casamento, ou que venha a adquirir depois por doação ou herança de seus ascendentes, ou de outros parentes

Portanto vemos que se trata não só de bens que o conjugue não pode comunicar com o outro conjugue como de bens que lhe não pode doar.

Quando fizemos referencia a esta disposição dissemos que a terça a que este artigo se refere deve ser substituida pela metade, pois pelo § unico do art. 1.º do Decreto de 31 de outubro de 1910 a legitima dos descendentes consiste em metade dos bens

Tratando agora expressamente do assumpto notaremos duvida que pode levantar-se sobre se o art 1235.º está alterado pelo referido Decreto.

« Declarando este especificadamente no art 10.º quaes os artigos do Cod Civil que por ele foram modificados, e não se achando entre esses artigos mencionado o art. 1235.º, daí nasce a duvida se terá de modificar-se a terça para metade.

Em nosso parecer, o art 1235.º está revogado na parte relativa á quota dos bens, que o conjugue com descendentes de matrimonio anterior, pode comunicar com o outro conjugue ou doar-lhe. O art. 1235.º fundamenta-se em que o legislador quer evitar que os filhos do primeiro matrimonio sejam prejudicados nas suas legítimas, em favor do outro conjugue pelo segundo matrimonio. Sendo este o fundamento daquela disposição, devendo considerar-se alterado o direito dos filhos quanto á legitima pelo augmento da quota disponivel, não pode deixar de considerar-se al-

terada tambem a referida disposição. Foi na medida da sua quota legitima que o legislador quiz proteger os descendentes do primeiro matrimonio contra o perigo das segundas nupcias de seus pais, e, como não existe uma legitima excepcional para os filhos ou descendentes do viuvo que passe a segundas nupcias, segue-se que este pode dispôr da metade dos bens como lhe aprouver. Não pode argumentar-se contra esta doutrina, que foi em odio as segundas-nupcias que o legislador estabeleceu para a comunicação de bens do viuvo a disposição especial do art. 1235.º, e que esta não se funda no principio que regula a successão legitima

Basta atender-se a que no art 1295.º se acha exarada a mesma disposição, não só para a comunicação de bens entre o viuvo e o outro conjugue, como para as doações que aquele faça em favor deste, sendo esta referencia particularmente elucidativa, porque estas doações so podem ser revogadas ou reduzidas por inoficiosidade quando excedam a quota disponivel do viuvo

Basta isto para ver que o art. 1235.º, em relação a esta parte, não pode deixar de considerar-se alterado pelo Decreto de 31 de outubro de 1910, pois que os direitos dos herdeiros legitimos, para o efeito do art. 1789.º doCodigo, não podem deixar de ser regulados pelos artt 1.º a 4.º do referido Decreto. Ora se o art. 1235.º se deve considerar alterado quanto as doações em favor do conjugue do viuvo, tambem não pode deixar de considerar-se alterado no que respeita a quota parte dos bens que se comunicam, visto que a restrição desse artigo e uma e a mesma. Deve notar-se com a *Revista de Legislação e Jurisprudencia* que a comunicação de bens e uma especie de doação, como o evidenciam as palavras « não poderá comunicar com o outro conjugue, nem por nenhum titulo doar-lhe ». Quanto ao argumento que se pretenda deduzir da formula da revogação usada no art. 10.º do Decreto de 31 de outubro,

nenhuma duvida temos em afirmar que não se lhe pode attribuir grande valor

Neste decreto, como noutros que o Governo Provisorio publicou, á forma directa de revogação, acresce a formula expressa de revogação tacita — fica revogada a legislação em contrario. E para vêr que a revogação se impõe em relação a disposições que não estão indicadas no referido decreto, mas que estão relacionadas com outras expressamente revogadas, basta recorrer ao art. 1167.º, em que se preceitua que, se o marido ou a mulher tiverem ao tempo do casamento, ascendente ou descendente com direito a legitima, e algum destes for vivo ao tempo da dissolução do matrimonio, não poderá a doação ou deixa exceder a *terça* dos bens que então possuir. E neste caso, o fundamento da restrição á *terça* e claramente baseado na importancia da quota disponivel

Se assim não fosse, teriamos de deduzir a doutrina absurda de que um conjuge podia doar a outra pessoa metade dos bens, e ao outro conjuge apenas um terço. As restrições das liberalidades que o legislador fundamenta na legitima e que tenham como medida a quota disponivel, devem considerar-se alteradas quando esta quota seja augmentada ou diminuida». (1)

Ainda quanto ao alcance do art. 1235.º devemos notar que neste artigo unicamente se determina o regimen de comunicabilidade ou incomunicabilidade a que ficam sujeitos determinados bens do binubo. A metade que o binubo não pode comunicar, entra evidentemente nas condições geraes do art. 1109.º, como expressamente determina o n.º 4 do mesmo artigo.

Assim o binubo fica tendo em relação a esses bens os

(1) *Revista de Legislação e Jurisprudencia* Anno 41 pag 411 e 412

mesmos direitos que a quaesquer outros dos indicados no art. 1109.º, e portanto não pode dizer-se que na metade do art. 1235.º ha uma *reserva* em favor dos filhos do primeiro matrimonio

Dispensamo nos de fazer quaesquer considerações ácerca do art. 1236.º, porque em logar oportuno já as fizemos

Vejamos o art. 1237.º, relativo ás segundas nupcias da mulher quinquagenaria, que o legislador presume que já não possa ter filhos.

O Codigo proibe á mulher que contrair segundas nupcias, depois de completar cincoenta anos de idade, que aliene por titulo algum, desde o dia em que haja contraído o segundo matrimonio, a propriedade das duas terças partes (*metade*) dos bens que tiver ao tempo do casamento, ou que venha a adquirir depois por doação ou herança de seus ascendentes ou de outros parentes, *emquanto* tiver filhos e descendentes que os possam haver.

Portanto, claramente se vê que o legislador priva a mulher quinquagenaria de alhear, por qualquer titulo, a propriedade ou metade dos bens mencionados no art. 1235.º. E note se que a proibição de alienação dá se, nos termos expressos do art. 1237.º, *emquanto* a quinquagenaria tiver filhos ou descendentes de anterior matrimonio. Logo que deixe de ter filhos ou descendentes que possam haver os bens, não tem logar a restrição do artigo; o fim da lei é garantir os interesses dos descendentes do primeiro matrimonio, e por isso desde que estes não existam, não pode ter applicação a sua doutrina.

Relativamente ao regimen de bens devemos notar que não só as duas terças partes de que fala o art. 1237.º tem de ser modificadas pela metade, porque as considerações que fizemos quanto ao art. 1235.º subsistem para a exceção do art. 1237.º, como tambem a mulher quinquagenaria que contrair segundas nupcias, tendo filhos ou outros descendentes successivos, não podera, como a mulher não quinquagenaria, comunicar com o marido mais do que metade dos bens que tiver ao tempo do casamento, ou que

depois venha a adquirir por doação ou herança de seus ascendentes ou de outros parentes.

Tratando-se de viuva quinquagenaria, que segundo o criterio do legislador atingiu a idade em que já não poderá ter filhos, parece não se compreender que ela ficasse sujeita ao regimen do art. 1235.º, porque representando este artigo uma medida para proteger os filhos do primeiro matrimonio, não havia razão para se aplicar a viuva quinquagenaria visto que ela já não pode ter novos descendentes.

Porem, ainda neste caso existe a necessidade de proteger os filhos do primeiro matrimonio, porque não são só os filhos do segundo que os podem prejudicar.

Se a quinquagenaria communicasse todos os seus bens com o marido ficariam os ascendentes d'este como seus herdeiros, tendo direitos a esses bens em prejuizo dos filhos do primeiro matrimonio, ainda, finalmente, se deve atender á expressão do art. 1237.º — *emquanto tiver filhos e descendentes que os possam haver*.

Portanto se na constancia do segundo matrimonio os filhos ou descendentes do primeiro deixarem de existir, a quinquagenaria fica com a faculdade de dispôr dos bens que analisamos, faculdade que teria se não fosse quinquagenaria.

Se este principio subsiste em relação ao art. 1237.º, quanto ao art. 1235.º, se existirem filhos do primeiro matrimonio no momento em que se realisa o segundo matrimonio e se esses filhos deixam de existir, nem por isso esses bens se communicam, pois o art. 1235.º, dizendo — tendo filhos ou outros descendentes successivos do anterior matrimonio — refere-se a uma circumstancia que se dá no momento da celebração do casamento, sendo que neste momento se determina a communicabilidade ou incommunicabilidade dos bens; e não se diga que este principio se não justificava quanto aos bens que o viuvo adquiriu posteriormente por

doação ou herança de seus ascendentes ou de outros parentes.

A incommunicabilidade, pois, define-se no momento da celebração do casamento não só para os bens presentes como para os futuros. Portanto ainda que advenham ao viuvo bens por doação ou herança de seus ascendentes ou descendentes, tendo já morrido os filhos do primeiro matrimonio, esses bens continuam incommunicaveis, porque são bens futuros do art. 1408.º, e o art. 1235.º expressamente os exceptua da comunhão.

Tem-se discutido se o segundo marido da quinquagenaria viuva comunica com ela todos os seus bens, ou simplesmente a metade deles. Houve quem sustentasse que o marido não communicava mais que metade dos seus bens porque a comunhão deve ser reciproca, e communicando a quinquagenaria só metade dos seus bens, metade apenas deve comunicar o marido.

Entendemos que o marido comunica com a quinquagenaria todos os seus bens porque o fim do art. 1237.º é desfavorecer os casamentos contraídos nestas circumstancias, isto é, da viuva quinquagenaria com filhos, entendendo-se que esses casamentos são mais ditados pelo desejo da riqueza do que por um verdadeiro afeto entre os conjugues. Além disso teriamos de estabelecer a mesma doutrina, quando se invocasse o principio da reciprocidade da comunhão, para a mulher, emboia não quinquagenaria, que contrahisse segundas nupcias, tendo filhos ou outros descendentes successivos de anterior matrimonio; e assim os interesses do filho do primeiro matrimonio da viuva seriam prejudicados.

E depois tais casamentos viavam estabelecer um quinto regimen matrimonial, que a lei não quiz admitir.

Tal casamento não seria contraído segundo a comunhão

geral porque este casamento consiste na comunhão entre os conjuges de todos os seus bens presentes e futuros, não excluídos na lei, (art. 1108.º), e entre os excluídos da comunhão no art. 1109.º, não se acha indicada a metade dos bens do esposo da mulher quinquagenaria.

Não haveria simples comunhão de adquiridos, porque havia comunhão de metade; não haveria, finalmente, separação de bens nem regimen dotal, porque não apareciam neste casamento as características destes regimens, havendo assim uma nova forma de regimen de bens que não está referida no Cod. Civ.

Ainda acresce que do art. 1238.º se infere ser esta a verdadeira doutrina, pois determina que o varão ou a mulher, com filhos de anterior matrimonio, que casar com pessoas que os não tenha, presumir se a casado, *não havendo convenção em contrario, segundo o costume do reino*, salvo o disposto nesta secção, que será sempre mantido.

Daqui conclue-se que quando os conjuges não fizerem qualquer convenção, se entendem que casam segundo a comunhão geral de bens, *salvo o disposto na secção em que se trata das segundas nupcias*.

Ora, como o segundo o disposto nesta secção, a mulher não pode alhear senão metade dos seus bens, segue se que em tudo o mais o casamento é contraído segundo a comunhão geral de bens, e por isso com a comunhão de todos os bens do marido.

Ainda mais o art. 1239.º manda applicar ao segundo matrimonio *tudo o mais que fica disposto relativamente ao primeiro*; portanto postas de parte as regras especiais relativas ás segundas nupcias, esta materia está sujeita á disposição geral do contrato matrimonial na totalidade dos bens dos conjuges, porque nós na referida secção não encontramos a prohibição da comunhão de todos os bens de que casa com a brúba. Se o legislador quizesse isentar da comunhão parte do patrimonio do que casa com a br-

húba, teo ia dito expressamente no art. 1109.º, como fez em relação ao binubo.

Mas como assim não succede, os bens do que casa com o binubo estão sujeitos á comunhão na sua totalidade, tanto mais que a enumeração do art. 1109.º é taxativa, e os bens indicados nos artt. 1236.º e 1235.º são respectivamente os indicados nos n.ºs 3 e 4 do art. 1109.º.

Concluido o estudo relativo ás instituições porque se constitue a familia, vejamos as instituições de protecção e assistencia entre parentes legitimos.

dos conjuges ao outro, e as injurias graves, são as injurias propriamente ditas, ofensas por palavras ou factos (1)

Ha factos que o legislador considera de per si como podendo servir de base á separação. Assim no art. 34.º, § unico, declara que a não auctorisação de divorcio, que tiver sido requerida com fundamento em qualquer dos numeros 1 a 4, 9 e 10 do art. 4.º e bem assim a não verificação em exame previo da doença referida neste ultimo numero, constitue presumpção de injuria grave para o conjuge vencedor, e fica sendo fundamento bastante para este solicitar, por sua vez, querendo o divorcio ou a separação de pessoas e bens contra o conjuge vencido. Ainda devemos referir, tratando de presunções de injurias graves, o art. 45.º onde o legislador declara que se o auctor decair na acção de separação de pessoas e bens, intentada com fundamento em qualquer dos numeros 1.º a 4.º, 9.º e 10.º do art. 4.º, ou decair no exame previo a que se refere o § 4.º do mesmo artigo, sera esse facto por si só considerado como presunção de injuria grave para o efeito de o reu intentar, querendo, a competente acção de separação de pessoas e bens ou de divorcio

Portanto não é só a não autorisação do divorcio que constitue uma presunção de injuria grave em certos casos; é tambem a não autorisação da propria separação, pedida com identicos motivos, e ainda a circumstancia do autor decair no exame previo, a que se refere o § 4.º do art. 4.º.

Dest'arte temos enunciados os motivos que podem fundamentar o pedido de separação de pessoas e bens e bem

(1) Não é necessario que se dêem conjuntamente estas circumstancias, escrive o Sr. Di. Dias da Silva, bastando qualquer delas para motivar a separação

A conjunção e emprega-se muitas vezes para ligar casos continuados. Vide *Processos especiaes, Civis e Comerciaes*, pag 239.

assim, manifestamente ficam notadas as modificações introduzidas no regimen doCodigo Civil.

Vejamos as condições em que a separação pode ser pedida e quem a pode requerer. Para isso ainda temos que recorrer aoCodigo Civil porque o art. 43.º do Decreto determinando que é permitido aos esposos a separação de pessoas e bens pelo, mesmos fundamentos do divorcio litigioso, remete para oCodigo Civil eCodigo de Processo Civil, salvas as modificações constantes dos n.ºs 1, 2 e 3 do art. 8.º e as dos artigos seguintes.

Nos termos do art. 1205 « a separação de pessoas e bens so pode ser requerida pelo conjuge inocente, e só por ele, contra o conjuge culpado.

Esta doutrina e confirmada pelo art. 44.º do cit. Dec. que declara que e ao conjuge inocente, como autor da acção, que compete a faculdade de optar pelo divorcio ou pela separação de pessoas e bens.

E dizemos que a doutrina acima exposta, é a confirmação do art 1205.º, porque concedendo o legislador, ao conjuge inocente, a faculdade de optar pelo divorcio ou pela separação, essa faculdade é lhe attribuida por ser o autor da acção

Quaes os tramites da acção de separação?

No caso de o conjuge inocente pretender a separação, recorrerá ao juiz de direito da comarca do seu domicilio ou residencia, para que este faça convocar o conselho de familia, (art 1206.º).

E', pois, exclusiva dos juizes de direito, a competencia para estas acções, o que esta de harmonia com o Decreto de 29 de julho de 1886 (art. 5.º n.º 3) e com o artigo 21 § 4.º doCodigo de Processo Civil

Tambem intervem nestas causas um conselho de familia, que desempenha uma missão importantê. Funciona

como um verdadeiro tribunal ou júri familiar, e sem recurso. Por isso tem uma organização diferente da do conselho de família nas outras acções, compondo-se de seis parentes mais proximos de um e outro conjuge, tres de cada lado, e do competente magistrado do Ministerio Publico, que terá voto meramente consultivo.

Na falta de parentes, deve o conjuge indicar as pessoas que, nos termos da lei civil, devem suprir essa falta (art. 443 ° § 2 ° do Cod. de Proc. Civ.).

Estas pessoas são os amigos da família e, na sua falta, os homens bons da vizinhança (art. 4206 ° § 1 ° Codigo Civil).

Ha alguns parentes que não podem fazer parte desta instituição, como os ascendentes e descendentes dos litigantes (art. 443 ° § 2.º e 444 ° do Cod. de Proc. Civ.), e bem se justificam estas, excepções, atentas as relações que ha entre estas pessoas.

Os pais não seriam bons juizes do procedimento dos filhos, e estes não podem eregir-se em julgadores dos pais, por isso bem fez o legislador processual em estabelecer esta restrição que não se encontra no Codigo Civil (1).

Ainda o art. 444 ° do Cod. de Proc. Civil, estabelece

(1) Por parentes tem a Jurisprudencia entendido somente as pessoas ligadas pelas relações de sangue, e não os afins, não só porque o legislador, quando emprega esta expressão sem qualificativo algum, refere-se só ao parentesco por consanguinidade, sem distincção de origem paterna ou materna, ou de grau até ao sexto da successão legal, como se depreende de varios artigos do Codigo Civil (141 °, 177 °, 207 °, 294 °, 1742 °, 1973 °, 1208 ° e 1969 °) já porque, se fossem admitidos os afins, podia o conselho de família chegar a ser constituido por parentes só de um dos conjuges, porque os afins de um dos conjuges são os consanguineos do outro, contra a terminante disposição do art. 1206 °, que quer tres parentes de cada lado.

Vid. Sr. Dr. Dias da Silva Loc. cit., pag. 262

a incompetencia para a constituição do conselho de família, a não ser que se prove a sua anuencia, das pessoas que residam fora do continente ou ilha, onde fôr intentada a acção.

Mas, não sendo arbitraria a constituição do conselho de família, é evidente que a outra parte pode impugnar, deduzindo recusas contra as pessoas indicadas, a indicação para vogaes do conselho de família, de pessoas que não estejam nas condições expostas (art. 449.º do Cod. de Proc. Civ.).

São tres as classes de motivos porque podem ser recusadas: *incompatibilidades, suspeições e incompetencia.*

Incompatíveis, são as pessoas em que se verifique qualquer das circunstancias dos n.ºs 1 a 6 do art. 234.º do Cod. Civil (interditos, menores, mulheres, devedores, litigantes e inimigos, pessoas mal comportadas e sem modo de vida conhecido) por força no disposto no art. 4206.º § 3.º do mesmo Codigo, devendo acrescentar-se por força do art. 444.º do Cod. de Processo, as pessoas a que ja nos referimos, isto é, os ascendentes e os descendentes e as pessoas que residirem fora da comarca, excepto sendo parentes e se mostrarem a sua anuencia e não residirem fora do continente ou ilha onde correr a acção.

Suspeitas, são as pessoas que se acham compreendidas nalguns dos casos referidos nos n.ºs 1 e 2 do § 3.º do art. 4206.º, a saber. suborno e interesse na separação.

Incompetentes, são as pessoas nomeadas para vogaes, havendo outras que o deveriam ter sido por lhes preferirem segundo a ordem legal (art. 449.º a 454.º do Codigo de Processo).

Pelo § 4.º do art. 4206.º (Cod. Civil) a mulher podeia requerer o deposito provisório, quer ela seja autora, quer seja re. Esta disposição deve ser completada com os art.

477.º a 480.º, do Cod. de Proc. Civ., pelos quaes a mulher pode requerer o deposito, quer como preparatorio, quer como incidente da acção de separação.

Quando seja requerido como preparatorio, tem a acção de ser intentada dentro de 30 dias depois do deposito provisório, sob pena de este caducar. O Cod de Proc, permitindo o deposito como preparatorio da acção, ampliou o art 1206.º § 4.º do Cod Civ. e os art 2.º § 1.º e 3.º § unico do Regulamento de 1868 (já citado) que só permitiam á mulher require-lo no proprio requerimento para a acção quando fosse autora, e logo depois de citada quando fosse re.

Convocado o conselho de familia, nos termos que acabámos de expôr, ouvidas as partes e o Ministerio Publico, que tera voto mêmemente consultivo, e se não for possivel a reconciliação das partes, devera o conselho examinar quaesquer provas que se deduzirem perante ele ácerca da questão, e resolvera

1.º — se deve ou não aceitar a separação das pessoas,

2.º — qual deve ser a soma dos alimentos, se algum dos conjuges separados carecer deles e o outro tiver meios de lhos prestar,

3.º — quando haja filhos, sobre o modo de providenciar a respeito deles, se os conjuges se não acordarem amigavelmente acerca disso (art 1207.º).

Havendo empate, no caso do n.º 4 do art 1207.º, isto e, sobre se deve ou não ser autorizada a separação, deverá o assunto ser resolvido pelo juiz, por meio de sentença, como determina o § 2.º do art 1206.º, que duma maneira generica, declara que, em caso de empate, decidira o juiz.

Esta disposição tem de ser completada com o art. 464.º do Cod. de Processo, donde se deprende que o empate entre os vogaes do conselho de familia, se refere só á separação.

O conselho de familia funciona como verdadeiro tribunal, e para não colocar os conjuges em situação desigual, deu-lhes a lei o direito de nomearem igual numero de vogaes, tres por cada lado

Sendo assim, e natural que haja frequentes empates, pela constituição do conselho com vogaes em numero par, e porque tendo o Ministerio Publico apenas voto consultivo, e estando naturalmente os parentes incluídos para o interesse dos respectivos conjuges, ha em geral a necessidade de recorrer á justiça ordinaria, que afinal, é quem resolve a maior parte das causas de separação

Proferida sentença que autorise a separação, e havendo necessidade de providenciar ácerca dos alimentos dos conjuges, a respeito dos filhos ou de qualquer outro ponto, o juiz convocara os conjuges a uma conferencia, e se houver acôrdo entre eles, sera homologado por sentença

Mas, se algum dos conjuges deixar de comparecer na conferencia, por si ou por procurador, ou não chegando a acôrdo, o juiz convocara o conselho de familia para deliberar (art. 465.º e § 1.º do Cod. d. Proc. Civ.).

Mas, como neste caso ainda pode haver empate entre os vogaes do conselho, ainda e o juiz que devera decidir por sentença os pontos que não estiverem resolvidos (§ 3.º do mesmo artigo).

Nos termos do art 469.º do Cod de Proc, era permitida a autorisação da separação provisoria de pessoas, dada pelo conselho de familia ou pelas justicas ordinarias, desde que se julgasse imprecendente ou não provada a acção de separação de pessoas e bens, devendo neste caso arbitrar-se alimentos á mulher, se houver logar a eles Esta separação provisoria hoje não pode ter logar, porque o art. 51.º do Decreto de 3 de novembro de 1910 declara

expressamente que fica proibida para o futuro a separação temporaria de pessoas, autorizada pelo art. 469.º do citado Código.

Vejamos agora os recursos que podem interpôr-se das decisões relativamente á separação. Das decisões do conselho de familia, não pode recorrer-se, excepto no caso do n.º 2 do art. 1207.º quanto a verba dos alimentos (art. 1208.º do Cod. Civ.)

As decisões do juiz podem ser apeladas todas, quer sobre a separação, quer sobre os alimentos dos conjuges, quer sobre os filhos e alimentos destes.

E da sentença sobre a separação cabe apelação, quer a sentença a decreto quer não, como se deduz do artigo 1208.º do Cod. Civ., do § 2.º do art. 464.º do Código de Proc., que não faz distincção alguma, e do art. 466.º do mesmo Código, que supõe precisamente a hypothese de ter sido apelada a sentença que não decretou a separação (1).

Ainda temos que referir o art. 1209.º que, como já sabemos, está modificado pelo art. 61.º do Decreto citado, pois nos termos daquele artigo quer se tratasse de adulterio da mulher, quer de adulterio do marido, nas condições em que este podia servir de base á separação, isto é, com escandalo publico ou completo desamparo da mulher, ou com concubina teuda e mantida no domicilio conjugal, era permitido ao conjuge ofendido recorrer ao conselho de familia ou intentar contra o outro conjuge a competente acção criminal.

Portanto, pelo Código, em regra, não podiam anular-se a acção civil e a criminal, tendo o conjuge de optar por uma delas. No caso, porém, de reincidencia no adulterio, e que excepcionalmente o conjuge ofendido podia cumular

(1) Só podem apelar os conjuges, e não o Ministerio Público, pois é apenas parte accessoria. Decreto de 15 de Setembro de 1892, art. 16.º

as duas acções, pois podia intentar a acção criminal, não obstante ter recorrido do conselho de familia.

Hoje, pela moderna legislação sobre o divorcio, o legislador declara que o adulterio do marido ou da mulher só será considerado criminoso quando ocorra durante a vida dos conjuges em commum, o conjuge ofendido tem de optar pela acção criminal do adulterio, ou pela civil do divorcio, ou de separação, com base em adulterio, não podendo cumula-las em caso algum, nem servir se nunca delas de elementos obtidos em diligencias, administrativas ou judiciaes, preparatorias da outra (art. 61 e § 4.º).

Portanto, enquanto que pelo Cod. Civ. havia um caso excepcional em que se podiam cumular as duas acções, pelo decreto sobre o Divorcio, podendo o conjuge ofendido optar pela acção criminal ou pela acção civil, não pode nunca cumula-las.

Se o conjuge recorrer a acção criminal terá de convocar-se o conselho de familia nos termos do art. 1206.º, observando-se o disposto no n.º 3 do art. 1207.º

Mas o art. 471.º do Código do Processo mostrava que a condemnação na acção criminal importava de direito separação entre os conjuges, como se vê das palavras do mesmo art. se os conjuges ficarem separados em consequencia de decisão proferea em processo criminal, nos termos do art. 1209.º do Cod. Civ., e fôr necessaria alguma providencia a respeito dos filhos ou de alimentos.

A doutrina contida no cit. art. 471.º, deve-se considerar como uma interpretação autentica da citada disposição do Cod. Civil.

Declarando o art. 61.º § 7.º (do Decreto) que ficam substituidas as disposições do art. 1209.º e seus § do Cod. Civ., não obstante não ser do Cod. Civ., que se deduzia a doutrina de que a condemnação na acção criminal importava de direito a separação, mas sim do 471.º do Cod. do Proc., a verdade é que deve entender-se que, havendo condemnação por adulterio, não pode só por esse facto derivar dela

como consequencia a separação, pois o § 7.º do art. 61.º revoga expressamente *os paragraphos* do art. 1209.º do Cod. Civil.

Hoje a separação só parece ser considerada como consequencia da acção criminal, na hypothese de se ter dado a absolvição, porque o legislador considera a acção, nessas condições, como presunção de injuria grave. Vêmos assim, relativamente a separação, os termos em que esta pode ser pedida, e os tramites do processo tanto no conselho de familia como nos tribunais ordinarios.

Relativamente aos efeitos da separação quanto aos conjuges, determina o art. 1217.º que «a separação de de bens não autorisa os conjuges a exercer antecipadamente direitos dependentes da dissolução do matrimonio».

Este artigo e um corollario do principio ja estabelecido, de que a separação não e mais do que uma modificação na sociedade conjugal, e por isso que o vinculo matrimonial subsiste, ficam os conjuges sujeitos ás obrigações que pelo Cod. Civ. e pelo Decreto n.º 1 de 25 de Dezembro de 1910 lhes eram impostas. Estas obrigações são:

- 1.º — guardar mutuamente fidelidade conjugal,
- 2.º — viver juntos, (1)
- 3.º — socorrer se e ajudar-se reciprocamente (art. 38.º do Decreto n.º 1 de 25 de Dezembro de 1910)

Deve entender-se que, embora a doutrina tenha funda-

(1) Esta obrigação, fica prejudicada pela propria natureza da separação, cujo intuito é terminar com a vida em comum, se é que, pelo regimen do Decreto citado, se pode falar desta obrigação por acto de sanção para ella

mentos diversos, em face da legislação moderna, ainda depois da separação, podera o conjuge ofendido perseguir criminalmente o outro pelo facto do adulterio (art. 1209.º § 1.º).

E nem se diga que se opõe a esta doutrina o art. 61.º, que so considera criminoso o adulterio do marido ou da mulher quando ocorre durante a vida dos conjuges em comum, pois que, neste caso, ha duas acções intentadas por factos diferentes, não se podendo portanto falar de cumulação de acções, sendo certo que esta diversidade de factos e ainda evidenciada pela diversidade da prova.

Ainda como consequencia da não obrigação de viverem juntos, cessa a presunção de legitimidade a favor dos filhos nascidos depois de decorridos tresentos dias desde a separação, nos termos dos artt. 101.º e 104.º do Cod. Civ., que revogados pelo art. 59.º do Decreto n.º 2 de 25 de dezembro de 1910, estão reproduzidos no art. 1.º e 8.º do citado Decreto.

Nos termos do art. 1218.º do Cod. Civ., pode ser restabelecida a sociedade conjugal precisamente nos mesmos termos em que tinha sido constituida antes da separação. A reconciliação só pode fazer se por auto de conciliação, perante o respectivo juiz de paz, devendo considerai-se como *juiz respectivo* o do domicilio de qualquer dos conjuges.

Como da reconciliação dos conjuges não podem deixar de derivar importantes efeitos relativamente aos bens, o facto da sociedade conjugal se restabelecer nos termos em que tinha sido constituida, não pode prejudicar quaesquer direitos de terceiro adquiridos durante a separação (art. 1218.º § unico), ou os adquiridos mesmo depois de restabelecida a sociedade conjugal, mas antes de annunciada a sentença que declare sem efeito a sentença que autorisou a separação (Cod. de Proc. art. 476.º § unico).

Relativamente aos efeitos da separação quanto aos bens, determina o art. 1211.º que se proceda a inventario e par tilha dos bens, como se tivesse havido dissolução.

como consequencia a separação, pois o § 7.º do art. 61.º revoga expressamente os *paragraphos* do art. 1209.º do Cod Civil.

Hoje a separação só parece ser considerada como consequencia da ação criminal, na hypothese de se ter dado a absolvição, porque o legislador considera a ação, nessas condições, como presunção de injuria grave. Vêmos assim, relativamente a separação, os termos em que esta pode ser pedida, e os tramites do processo tanto no conselho de familia como nos tribunais ordinarios.

Relativamente aos efeitos da separação quanto aos conjuges, determina o art. 1217.º que «a separação de de bens não autorisa os conjuges a exercer anticipadamente direitos dependentes da dissolução do matrimonio».

Este artigo é um corollario do principio ja estabelecido, de que a separação não é mais do que uma modificação na sociedade conjugal, e por isso que o vinculo matrimonial subsiste, ficam os conjuges sujeitos ás obrigações que pelo Cod Civ. e pelo Decreto n.º 1 de 25 de Dezembro de 1910 lhes eram impostas. Estas obrigações são:

1.º — guardar mutuamente fidelidade conjugal,

2.º — viver juntos, (1)

3.º — socorrer se e ajudar-se reciprocamente (art. 38.º do Decreto n.º 1 de 25 de Dezembro de 1910)

Deve entender-se que, embora a doutrina tenha funda-

(1) Esta obrigação, fica prejudicada pela propria natureza da separação, cujo intuito é terminar com a vida em comum, se é que, pelo regimen do Decreto citado, se pode falar desta obrigação por acto de sanção para ella

mentos diversos, em face da legislação moderna, ainda depois da separação, podera o conjuge ofendido perseguir criminalmente o outro pelo facto do adulterio (art. 1209.º § 1.º).

E nem se diga que se opõe a esta doutrina o art. 61.º, que só considera criminoso o adulterio do marido ou da mulher quando ocorra durante a vida dos conjuges em comum, pois que, neste caso, ha duas ações intentadas por factos diferentes, não se podendo portanto falar de cumulação de acções, sendo certo que esta diversidade de factos é ainda evidenciada pela diversidade da prova.

Ainda como consequencia da não obrigação de viverem juntos, cessa a presunção de legitimidade a favor dos filhos nascidos depois de decorridos tresentos dias desde a separação, nos termos dos artt. 101.º e 104.º do Cod. Civ., que revogados pelo art. 59.º do Decreto n.º 2 de 25 de dezembro de 1910, estão reproduzidos no art. 1.º e 8.º do citado Decreto.

Nos termos do art. 1218.º do Cod Civ., pode ser restabelecida a sociedade conjugal precisamente nos mesmos termos em que tinha sido constituida antes da separação. A reconciliação só pode fazer se por auto de conciliação, perante o respectivo juiz de paz, devendo considerar-se como *juiz respectivo* o do domicilio de qualquer dos conjuges.

Como da reconciliação dos conjuges não podem deixar de derivar importantes efeitos relativamente aos bens, o facto da sociedade conjugal se restabelecer nos termos em que tinha sido constituida, não pode prejudicar quaesquer direitos de terceiro adquiridos durante a separação (art. 1218.º § unico), ou os adquiridos mesmo depois de restabelecida a sociedade conjugal, mas antes de annunciada a sentença que declare sem efeito a sentença que autorizou a separação (Cod de Proc. art. 476.º § unico).

Relativamente aos efeitos da separação quanto aos bens, determina o art. 1211.º que se proceda a inventario e partilha dos bens, como se tivesse havido dissolução.

A partilha poderá ser feita amigavelmente entre os conjuges ou por intervenção judicial, essa partilha, porém, está dependente do regimen que vigorou na constancia do matrimonio. A este respeito deve recordar-se o art. 1217.º que é uma disposição generica, abrangendo tanto as relações entre os conjuges como os bens

No caso de separação ficam sendo proprios de cada um dos conjuges, os bens adquiridos posteriormente. Devendo o dote ser restituído á mulher, nos termos do art. 1156.º do Cod. Civ., os bens dotaes não perdem a sua natureza dotal e continuam por isso a ser inalienaveis, porque o dote é destinado aos encargos do matrimonio, que se não dissolve com a separação, nem este facto está compreendido entre os casos taxativamente especificados no art. 1149.º, nem os conjuges separados ficam autorizados a exercer antecipadamente direitos dependentes da dissolução do matrimonio, como dispõe o art. 1217.º do Cod. Civil. Esses bens dotaes apenas saem do poder do marido para serem confiados á mulher. Além de que os conjuges depois da separação continuam a responder pelos encargos para com os filhos, pois que o art. 1212.º determina que, quando os filhos ficarem ao cuidado e guarda de um dos conjuges, nem por isso se terá desonerado o outro das obrigações, nem por privado dos direitos paternaes, naquilo que não se opuzer ao desempenho do encargo especialmente attribuido ao outro conjuge

Portanto ambos ficam, em relação aos filhos com os mesmos direitos e obrigações que lhe competiam no estado normal da sociedade conjugal.

O conjuge que tiver dado causa a separação perde a favor do outro tudo o que dele houver recebido, ou que outrem, por consideração deste, lhe houver dado ou prometido (art. 1213.º).

Compreendem-se nesta disposição unicamente as doações entre esposados, as feitas por terceiros ao esposoado, as doações entre casados, ou feitas por terceiros a eles, e

não se compreendem nela as vantagens que derivam da comunhão, isto é, os bens que se comunicam pelo casamento, a meação nos bens comuns quando esta exceda a valor dos bens com que o conjuge condemnado entrou para o casal, bem como a sua parte nos adquiridos á custa dos bens do outro conjuge, porque estes bens recebeu-os, não do outro conjuge ou de terceiro, mas da lei. Se a lei quizesse abranger estes bens, usaria de uma redacção egual á do art. 1224.º

Esta disposição do art. 1213.º e correspondente ao art. 33.º do Decreto n.º 1 de 25 de dezembro de 1910, onde se estabelece uma penalidade para o conjuge por culpa do qual o casamento fôr anulado, e ao art. 27.º do Decr. de 3 de novembro de 1910, que egualmente estabelece uma penalidade ao conjuge que dêr causa ao divorcio.

Neste estudo ainda compete nos apreciar as faculdades de disposição que aos conjuges ficam pertencendo depois da separação.

Esta attribue aos conjuges a faculdade de livre disposição, quer em vida, quer por morte, dos bens mobiliarios que depois da separação pertencerem a cada um deles, essa faculdade fica apenas dependente do direito dos filhos (art. 1215.º) excepção aliaz escusada, porque noutros logares legisla o Cod. Civ. sobre disposições inofficiosas

Relativamente aos imobiliarios, como o vinculo matrimonial subsiste, as faculdades de alienação são limitadas, pois não podem dispor entre vivos dos imobiliarios que a cada um ficam pertencendo sem consentimento do outro conjuge, podendo ser suprido judicialmente o daquelle que, sem justo motivo o recusar (1)

(1) Supõe-se haver esse consentimento quando a venda ou a troca fôr feita por um a outro conjuge (art. 1564.º e 1594.º). Esta restrição á faculdade de dispor dos bens imobiliarios entre vivos, respeita somente aos que ficam pertencendo a cada um dos conju-

Quanto a situações já definitivamente constituídas antes da separação, determina o art. 1214 ° que a separação de bens em nada prejudica os direitos anteriormente adquiridos pelos credores do casal.

Significa esta disposição que para os credores dos conjugues que já o forem antes da separação, em nada importa essa separação, pois ficam com os mesmos direitos, isto e podem executar para pagamento dessas dividas os mesmos bens que podiam executar antes da separação.

Este artigo baseia se na necessidade de respeitar os direitos legitimamente adquiridos por terceiro, e o seu fundamento é o mesmo do que o do 1218 ° § unico. Ainda pelo que respeita ao momento em que começam os efeitos da separação relativamente aos bens, dispõe o art. 448 ° do Cod. do Processo que as acções de separação, se forem julgadas procedentes, produzem efeitos para com terceiros desde que tivessem sido annunciadas na comarca onde se propuzerem. Esses efeitos consistem, nos termos do mesmo artigo, em que as obrigações contraídas por um dos conjugues em caso nenhum podem afectar os bens do outro.

Efectivamente depois da separação fica existindo uma certa independencia patrimonial entre os conjugues, e por tanto os actos de um deles não pode afetar os interesses do outro que estão perfeitamente individualisados e destacados. E' por isso que os credores devem conhecer a situação dos conjugues, pois que uma divida contraída pelo marido, depois de annunciada a acção de separação, não pode prejudicar os interesses da mulher. E, evidentemente, semelhante doutrina se deve aplicar á mulher

ges depois da separação, e portanto dos que cada um dos conjugues adquiriu depois da separação, quer por titulo gratuito, quer por titulo oneroso, pode dispor livremente sem necessidade do consentimento do outro conjugue. Apud *Sr. de Dias da Silva*, Loc. cit., pag. 304.

Simple separação judicial de bens

Relativamente a esta especie de separação, que o Cod. Civ. trata nos artt. 1219.º e seg. determina-se neste artigo que «a mulher casada, quer sem comunhão de bens, quer com ela, que se achar em perigo manifesto de perder o que fôr seu, pela má administração do marido poderá requerer separação de bens, nos termos dos artigos seguintes».

Esta modalidade da separação, como se depreende da redacção deste artigo, tem por unico fim transferir para a mulher a administração dos bens que lhe pertencem e que a má administração ponha em perigo de perda; ainda esta doutrina é confirmada pelo art. 1223 ° pelo qual, julgada a separação por sentença do respectivo juiz de direito, será entregue á mulher a administração dos seus bens.

Para que se efective esta separação, torna-se necessario a verificação de duas condições:

- 1.º — que a mulher esteja em perigo manifesto de perder o que fôr seu
- 2.º — que esse perigo resulte da má administração do marido.

Porque não pode efetuar se por acordo dos conjugues, judicial ou extra-judicial (artt. 1223 ° e 1227 °), pois que isso contrariaria o preceito do art. 1104.º e 1189 °, e podia redundar em prejuizo dos credores, chama-se separação judicial de bens

Quanto a situações já definitivamente constituídas antes da separação, determina o art. 1214.º que a separação de bens em nada prejudica os direitos anteriormente adquiridos pelos credores do casal.

Significa esta disposição que para os credores dos conjugues que já o forem antes da separação, em nada importa essa separação, pois ficam com os mesmos direitos, isto é podem executar para pagamento dessas dividas os mesmos bens que podiam executar antes da separação.

Este artigo baseia-se na necessidade de respeitar os direitos legitimamente adquiridos por terceiro, e o seu fundamento e o mesmo do que o do 1218.º § unico Ainda pelo que respeita ao momento em que começam os efeitos da separação relativamente aos bens, dispõe o art. 448.º do Cod. do Processo que as acções de separação, se forem julgadas procedentes, produzem efeitos para com terceiros desde que tivessem sido anunciadas na comarca onde se propuzerem. Esses efeitos consistem, nos termos do mesmo artigo, em que as obrigações contraídas por um dos conjugues em caso nenhum podem afectar os bens do outro.

Efetivamente depois da separação fica existindo uma certa independencia patrimonial entre os conjugues, e por tanto os actos de um deles não pode afetar os interesses do outro que estão perfeitamente individualizados e destacados. E' por isso que os credores devem conhecer a situação dos conjugues, pois que uma divida contraída pelo marido, depois de anunciada a acção de separação, não pode prejudicar os interesses da mulher. E, evidentemente, semelhante doutrina se deve applicar á mulher

ges depois da separação, e portanto dos que cada um dos conjugues adquiriu depois da separação, quer por titulo gratuito, quer por titulo oneroso, pode dispor livremente sem necessidade do consentimento do outro conjugue. Apud *Sr. dr. Dias da Silva*, *Loc. cit.*, pag. 304.

Simple separação judicial de bens

Relativamente a esta especie de separação, que o Cod. Civ. trata nos artt. 1219.º e seg. determina-se neste artigo que «a mulher casada, quer sem comunhão de bens, quer com ela, que se achar em perigo manifesto de perder o que fôr seu, pela má administração do marido poderá requerer separação de bens, nos termos dos artigos seguintes».

Esta modalidade da separação, como se depreende da redacção deste artigo, tem por unico fim transferir para a mulher a administração dos bens que lhe pertencem e que a má administração ponha em perigo de perda; ainda esta doutrina e confirmada pelo art. 1223.º pelo qual, julgada a separação por sentença do respectivo juiz de direito, será entregue á mulher a administração dos seus bens.

Para que se efective esta separação, torna-se necessaria a verificacão de duas condições:

- 1.º — que a mulher esteja em perigo manifesto de perder o que fôr seu.
- 2.º — que esse perigo resulte da má administração do marido.

Porque não pode efetuar se por acordo dos conjugues, judicial ou extra-judicial (artt. 1223.º e 1227.º), pois que isso contrariaria o preceito do art. 1104.º e 1189.º, e por dia redundar em prejuizo dos credores, chama-se separação judicial de bens.

É tal o interesse do legislador em attribuir ao marido a administração dos bens do casal que não só no art. 1104.º proíbe que a mulher prive o marido da administração dos bens do casal, como também no art. 1189.º determina que essa administração só pertence á mulher na falta ou no impedimento do marido. E' nestas disposições que devem basear-se os artt. 1223.º e 127.º.

Pode a mulher requerer a separação judicial de bens contra o marido, e só ella, qualquer que seja o regimen matrimonial que vigore; isto se depreende dos artt. 1219.º, que se refere á mulher casada com comunhão de bens ou sem ella, e dos art. 1220.º e 1221.º.

Portanto desde que se verifiquem simultaneamente as condições já referidas, a mulher pode pedir a separação, mas é necessario atender ao regimen de bens para se determinar a forma como se deve fazer a separação.

Se o regimen é o da comunhão de bens, a separação abrange todos os bens que a mulher *levou* para o casal ou depois lhe advieram, quer estes bens ficassem sendo proprios dela por convenção ou por serem excluidos pelo art. 1109.º, quer tivessem entrado na comunhão pelo facto do casamento com este regimen, e alem disso, a sua meação nos bens comuns adquiridos conjuntamente com o marido (art. 1220.º) (1)

(1) Nota o sr. Dr. Dias da Silva que são um pouco contrarias ao regimen da comunhão estas disposições, pois, effectuado o casamento, os bens que entraram na comunhão ficaram pertencendo a ambos os conjuges, e por isso não devia fazer-se distincção entre os bens que a mulher levou para o casal ou lhe advieram e os que adquiriu conjuntamente com o marido, e de todos os bens que entraram na comunhão, qualquer que fosse o conjuge por parte do qual advieram ao casal, devia fazer-se partilha igual, sobretudo tratando-se de motivos supervinientes ao casamento, como é a má administração do marido.

Ob. cit., pag. 310

Se o regimen fór dotal ou de separação, a simples separação judicial de bens não abrange os bens comuns, mas só os dotaes e os proprios, e nem sempre, pois é preciso distinguir se são susceptiveis ou não de deterioração (art. 1221.º).

A parte final deste artigo é por sua natureza restricta ao regimen dotal, como se depreende da expressão — não se achando a restituição do dote sufficientemente assegurada por algum dos modos estabelecidos no art. 1139.º.

Os efectos da separação judicial de bens são os seguintes .

a) põe termo á comunhão a contar da apresentação do requerimento em juizo (art. 1222.º).

A apresentação do requerimento põe termo desde logo á comunhão, se a separação fór julgada procedente, mas não priva desde logo o marido da sua administração. Na separação de pessoas a separação só termina pela propria separação. A differença explica-se por naquelle se tratar da má administração do marido que põe em perigo os bens da mulher.

b) attribue á mulher a administração dos seus bens.

c) julgada a separação, os bens separados ficam sendo proprios da mulher, excepto os dotaes que conservam a mesma natureza, e entregam-se todos á mulher para os administrar (artt. 1223.º e 1224.º); mas não fica por isso exonerada ella de concorter para as despezas do casal com os rendimentos dos seus bens, em proporção aos seus haveres com relação aos do marido (art. 1226.º)

Portanto a meação dos bens adquiridos pela mulher conjuntamente com o marido, fica sendo propria dela e res-

ponde pelas dividas já por ela contraídas depois da separação, pois quanto as dividas anteriores devem respeitar-se os direitos dos crédores.

São estes os efeitos fundamentais que derivem em relação aos conjugues da simples separação judicial de bens.

A dissolução porque não importa a dissolução do vinculo matrimonial, não exonera os conjugues, particularmente a mulher, de concorrer para as despezas do casal (art. 1226.º),

Cumpra ainda ter em atenção disposições destinadas a tutelar interesses de terceiros legitimamente constituídos e assim nos termos do art. 482.º n.º 1 do Cod. de Proc. Civil, serão citados por editos de trinta dias as pessoas que pretendem opôr e a acção de simples separação judicial de bens, declarando-se nos editaes e anuncios só os nomes das partes e o objecto da acção.

As pessoas que podem opôr se são os credores especiais de qualquer dos conjugues (art. 1228.º) E são só estes porque só eles podem ser prejudicados com a separação, tornando necessaria a sua intervenção para poderem zelar os seus interesses, que podiam ser prejudicados com conflitos entre os conjugues

Os credores comuns não podem ser prejudicados, visto que, estando obrigados para com eles ambos os conjugues, respondem os bens comuns e proprios e portanto, não pode haver na separação dos bens fraudes em seu prejuizo, sendo indifferente que os bens fiquem pertencendo a um ou a outro.

A separação judicial só produzirá efeitos para com terceiros, a contar da publicação do primeiro anuncio para citação dos oponentes, o que está de harmonia com o art. 1225.º § 1.º, pelo qual as dividas que o marido contraír depois do primeiro anuncio não poderão recair sobre os bens que forem separados por efeito da sentença.

A sentença de separação será annunciada nos termos do art. 448.º, e os anuncios ou editaes conterão só a declara-

ção dos nomes das partes, do objecto da acção e decisão dela (art. 482.º § 2.º)

A separação de bens pode ser anulada por acordo dos conjugues, restabelecendo se a sociedade conjugal, essa anulação pelo Codigo Civil so podia ser feita por escritura ou auto publico (art. 1229.º), emquanto que pelo Cod. do Proc. esse restabelecimento da sociedade conjugal pode tambem fazer-se por termos nos autos da acção. Em qualquer destes casos, esta convenção tem de ser homologada por sentença do juiz proferida no proprio processo de acção e so produzirá efeitos para com terceiros depois de devidamente annunciada (art. 483.º do Cod. do Proc.)

Para concluirmos esta materia referiremos ainda outro caso em que pode ter logar a separação de bens.

Já sabemos que o art. 10.º do Codigo Commercial modificou o art. 4114.º do Cod. Civ., permitindo que a meação do marido nos bens comuns do casal responda pelo pagamento das suas dividas commerciaes, ainda antes de sei dissolvido o matrimonio ou de haver separação de bens entre os conjugues. Manda o mesmo artigo do Cod. Com. que, neste caso, se cite a mulher para, querendo, requerer separação judicial de bens no decendio posterior a peuhora

Concluidas estas referencias as modificações da sociedade conjugal estudaremos agora a

Dissolução do matrimonio

Divorcio

Nos termos do Decreto de 3 de novembro de 1910, o casamento dissolve-se :

- 1.º — pela morte de um dos conjuges ,
- 2.º — pelo divorcio (art. 1.º do cit. Decreto).

Devemos, pois, acrescentar ás causas enumeradas pelo Cod. civil, o divorcio.

Determinando o art. 3.º que «o divorcio pode ser pedido só por um dos conjuges, ou por ambos conjuntamente sendo no primeiro caso o *divorcio litigioso* e no segundo caso *por mutuo consentimento*», vemos que ha duas especies de divorcio reguladas por forma diversa. Em obediencia a esta bipartição estudaremos pois em primeiro lugar, o divorcio litigioso e em seguida o divorcio por mutuo consentimento, quanto áqueles analisaremos não so as disposições privativas dele, como outras disposições de caracter geral que tambem se applicam a esta especie de divorcio.

a) Divorcio litigioso

As causas que podem determinar o divorcio litigioso já as expuzemos quando tratamos da separação de pessoas e bens, notando então que as causas que podem fundamentar o pedido de separação são as mesmas para o divorcio. Essas causas são (art. 4.º) :

- 1.º — o adultério da mulher ,
- 2.º — o adultério do marido ,
- 3.º — a condenação definitiva de um dos conjuges a qualquer das penas maiores fixas dos artt. 55.º e 57.º do Código Penal, só é permitido o pedido de divorcio com este fundamento, se o conjuge que o solicita não houver sido condenado como co autor ou cumplice do crime de que resultou a condenação do outro conjuge ;
- 4.º — as sevicias ou as injurias graves ,
- 5.º — o abandono completo do domicilio conjugal, por tempo não inferior a tres anos ,
- 6.º — a ausencia, sem que do ausente haja noticias, por tempo não inferior a 4 anos ,
- 7.º — a loucura incuravel quando decorridos, pelo me-

nos, 3 anos sobre a sua verificação por sentença passada em julgado,

8.º — a separação de facto livremente consentida, por 10 anos consecutivos, qualquer que seja o motivo dessa separação,

9.º — o vicio inveterado do jogo de fortuna ou azar;

10.º — a doença contagiosa reconhecida como incuravel, ou uma doença incuravel que importe aberração sexual. Neste caso, a acção não pode propor se sem que a natureza e os caracteres da doença incuravel sejam verificados em exame previo.

Se o divorcio fôr pedido com o fundamento nos n.ºs 3 e 7, o reu seja representado na respectiva acção pelo Ministerio Publico, que tambem representará o conjuço que abandona o domicilio conjugal por mais de tres anos, e o que esta ausente sem noticias por mais de quatro, quando ele depois de citado não comparecer ou não se fizer representar.

Ha, como vimos, algumas circumstancias que o legislador reputa injuria grave. Assim, a não autorisação do divorcio, que tiver sido requerido pelos motivos referidos nos n.ºs 1 a 4, 9 e 10 do art. 4.º e bem assim a não verificação em exame previo da doença referida neste ultimo numero, constitue presunção de injuria grave para o conjuço vencedor, e fica sendo fundamento bastante para este, querendo, solicitar por sua vez, o divorcio ou a separação de pessoas e bens contra o conjuço vencido (art. 34.º, § unico).

Constitue tambem presunção de injuria grave, para o efeito do reu intentar, querendo, a competente acção de separação de pessoas e bens ou de divorcio, o facto do autor decair na acção de separação de pessoas e bens, in-

tentada com o fundamento em qualquer dos n.ºs 1 a 4, 9 e 10 do art. 4.º, ou decair no exame previo a que se refere o § 4.º do mesmo artigo (art. 45.º)

A enumeração das causas de divorcio feita no art. 4.º, é taxativa, como expressamente o declara esse artigo, e como resulta do art. 6.º onde se determina que no requerimento em que deduzir a acção, o autor alegará precisamente algum dos factos classificados no art. 4.º como causa legitima do divorcio. Apesar disto cumpre completar essa enumeração com algumas outras causas dispersas no referido Decreto. Assim, podendo o adultério de qualquer dos conjuços servir de base a uma acção criminal intentada pelo conjuço ofendido, a absolvição do acusado nessa acção, importa o divorcio ou a separação de pessoas, conforme na contestação o tiver requerido o acusado, intendendo se que opta pela separação em caso de silencio (§ 6.º do art. 61.º). Ainda o art. 46.º determina que, proferida a sentença que autorisa a separação de pessoas e bens, quando esta se prolongue por 5 anos a contar do seu transitio em julgado e os conjuços durante esse tempo se não reconciliarem, poderá qualquer deles obter, assim o requerendo nos autos da acção de separação, que esta seja convertida em divorcio.

Trata-se neste artigo do divorcio litigioso, e como tal só pode ser pedido por um dos conjuços, como se depreende da expressão do mesmo art. — *podera qualquer deles*, etc., e ainda mais claramente do art. 47.º que diz que o divorcio proferido nos termos do art. 46.º será para todos os efectos legais equiparado ao divorcio litigioso. Portanto, alem das causas indicadas no art. 4.º são causa do divorcio litigioso

1.º — a circumstancia da absolvição de um dos conjuços na acção criminal de adultério intentada pelo outro.

2.º — a separação de pessoas e bens por mais de cinco anos, quando durante esse periodo não tenha havido reconciliação.

A separação de pessoas e bens, enquanto não transformada em divórcio não impede que qualquer dos conjuges, se se houverem reconciliado, possa depois requerer o divórcio litigioso, ou que ambos o requeram por mutuo consentimento (art. 48.º).

Relativamente ás pessoas que podem pedir a acção do divórcio, o citado Decr. determina que são só os conjuges e que essa acção se extingue pela morte de qualquer deles (art. 52.º).

É intuitiva esta doutrina, porque além de se tratar de um direito meramente pessoal, já se não podia propôr a competente acção de divórcio porque o matrimonio já estava dissolvido pela morte de um dos conjuges.

Assim duma maneira absoluta se impõe a doutrina do art. 52.º.

Se, porem, o conjuge a quem competir a acção for incapaz de a exercer, poderá, em sua vida, ser representado por qualquer dos seus ascendentes, descendentes ou irmãos, e, na falta ou recusa deles, pelos parentes mais proximos, observada a ordem em que são mencionados neste artigo (art. 53.º).

Na lei reguladora do divórcio nota-se que foi omitida a doutrina do art. 1205.º do Cod. Civil, isto é, que a separação só pode ser requerida pelo conjuge inocente.

Mas não se tornava necessario que o legislador expressamente a declarasse porquanto ella já era implicitamente admitida no art. 44.º que determina que é ao conjuge inocente como auctor da acção, que compete a faculdade de optar pelo divórcio ou pela separação de pessoas e bens.

Poderia perguntar se se, não declarando a lei do divórcio quem pode ser auctor, qualquer dos conjuges pode pedir o divórcio desde que se verifique qualquer das circunstancias do art. 4.º, isto é, se o divórcio podia ser pedido pelo proprio conjuge adúltero, pelo que abandonou o domicilio conjugal, etc.

Mas do sistema do Decreto resulta que deve ser autor o conjuge inocente, e reu aquele em quem se verificam os factos que servem de fundamento ao divórcio.

O legislador admitiu o divórcio em termos amplos, sem restrições, determinando no art. 51.º que « é prohibido estipular qualquer restrição a faculdade de divórcio, renunciar a elle, ou impôr-lhe qualquer penalidade em convenções ante-nupcias, disposições testamentarias ou doações ».

Quanto á competencia do tribunal, declara se no art. 5.º que a acção de divórcio será proposta no juizo do domicilio ou no da residencia do autor, mas se este residir em pais estrangeiro, a respectiva acção será proposta na comarca de Lisboa.

O Ministerio Publico só intervirá nas acções de divórcio, quando representar o reu, (art. 16.º). Esta disposição deve combinar-se com o § 2.º do art. 4.º.

Devera o conjuge autor, no requerimento em que deduzir a acção alegar o que intende de seu direito acerca do destino dos filhos menores, havendo-os, dos alimentos destes, e de qualquer outro ponto que seja necessario regular a respeito dos filhos comuns (art. 6.º § unico).

E por isso, proferido o divórcio, deve o juiz convocar os conjuges a uma conferencia, que se realizará dentro do prazo imprerogavel de 15 dias, para resolverem acerca do destino dos filhos menores, havendo-os, dos alimentos destes e de qualquer ponto que seja necessario regular a respeito dos filhos comuns.

Se os conjuges, por si ou por seus advogados, acordarem acerca de todos ou alguns destes pontos, sera o acôrdo reduzido a escrito e homologado por sentença, na

qual o juiz decidirá os pontos não acordados, se os houver. Não havendo acôrdo, ou se qualquer dos conjuges deixar de comparecer, por si ou por seu advogado, decidirá o juiz. (art. 8.º n.º 7 e art. 9.º).

Relativamente aos recursos, os conjuges podem recorrer não só da sentença que autorizar ou negar o divórcio, como também da sentença que homologa, decidir e homologar, ou puramente decidir, as questões que dizem respeito aos filhos, mas esse recurso é restrito a matéria não acordada (art. 10.º e 11.º). Nos termos do art. 14.º as sentenças e despachos proferidos nas ações de divórcio admitem sempre recurso até ao Supremo Tribunal de Justiça; estas causas, pois, excedem toda a alçada.

As ações de divórcio não podem ser confessadas pelo réu, mas o autor pode desistir delas até à conclusão para sentença final em primeira instância, podendo os conjuges reconciliar-se sempre enquanto a decisão final não tiver passado em julgado, quaisquer que sejam os termos e o tribunal em que se encontrem (art. 18.º),

Semelhantemente ao que sucede no caso de separação de pessoas e bens, a mulher casada pode requerer o depósito provisório, quer como preparatório, quer como consequência da ação do divórcio, podendo a mulher que requerer esse depósito, quer seja auctora quer seja ré, pedir alimentos provisórios os quaes serão arbitrados pelo juiz, depois de mandar ouvir ambos os conjuges (art. 20.º e § 3.º) Quando o depósito provisório tenha sido pedido como preparatório da acção do divórcio, tem esta de ser distribuída no prazo de trinta dias, sob pena de o depósito caducar (§ 1.º do art. 20.º com referencia ao § 1.º do art. 478.º do Código do Processo)

No caso de adultério pode o conjuge ofendido optar

pela acção criminal do adultério, ou pela civil do divórcio, ou de separação não podendo cumulá-las em caso algum.

Se a acção criminal tentada terminar pela absolvição do acusado, a sentença absolutória decretará de direito o divórcio ou a separação de pessoas, conforme na contestação o tiver requerido o acusado, como a absolvição importa de direito o divórcio ou a separação de pessoas, entende-se que o acusado opta por esta em caso de silencio (art. 61.º §§ 4.º e 6.º). Neste caso o legislador dá preferência à separação, sendo uma excepção ao favor com que tratou o divórcio

Proferida definitivamente sentença que autorise o divórcio será ella publicada por extrato no *Diário do Governo* e em dois periodicos, havendo-os, da comarca onde a acção tenha seguido os seus termos, e será averbada ao officio, pelo funcionario competente, á margem do respectivo assento de casamento, remetendo-lhe para esse fim o tribunal respectivo ou apresentando-lhe qualquer interessado, a certidão da sentença com transitio em julgado.

Quantos aos efeitos da sentença que autorisa o divórcio determina o art. 2.º que o divórcio autorisado por sentença passada em julgado, tem juridicamente os mesmos efeitos da dissolução por morte, quer pelo que respeita ás pessoas e aos bens dos conjuges, quer pelo que respeita á faculdade de contrairem novo e legitimo casamento

Esta referencia á faculdade de contrairem novo casamento é de uma desnecessidade absoluta, pois isso já resultava do facto do divórcio produzir os mesmos efeitos que a dissolução por morte quanto ás pessoas, efeitos que são a attribuição de novas faculdades para casar.

Outro efeito resultante do divórcio, é que a mulher divor-

ciada não poderá usar, sob pena de desobediência, o nome ou nomes que lhe tenham provindo do marido. (art. 19.º § 2.º) Ainda pelo art. 56.º cessa a presunção de legitimidade do filho nascido de mulher divorciada passados trezentos dias após a dissolução do casamento, portanto só se presumem legítimos os nascidos dentro de 300 dias depois de decretado o divórcio.

Referidos estes efeitos geraes, cumpre-nos agora tratar dos efeitos particulares em relação aos bens e aos filhos.

Quanto áqueles declara o art. 26.º que «o divórcio importa necessariamente a separação de bens entre os conjuges, adquirindo cada um deles a propriedade plena e livre administração dos que lhe ficarem pertencendo, podendo sobre eles transacionar livremente e por todas as formas ».

Poderia depreender-se da leitura deste artigo que a separação a que ele se refere equivalha á separação de pessoas e bens, a verdade porem é que os efeitos são diversos, pois que no caso de divórcio applica-se a doutrina no referido artigo expendida, emquanto verificando-se a separação torna se necessario o consentimento de ambos os conjuges para a disposição entre vivos dos bens imobiliares, que ficam pertencendo a cada um deles depois da separação (art. 1216.º do Cod. Civil)

Deste modo são mais completos os direitos attribuidos ao conjuge divorciado que ao conjuge separado.

A disposição do art. 20.º é uma consequencia logica do art. 2.º, que equipara o divórcio a separação por morte.

Na disposição especial do art. 27.º, correspondente ao art. 33.º do Decreto n.º 4 de 25 de dezembro de 1910 e ao art. 1213.º do Cod. Civil, determina-se que «o conjuge que der causa ao divórcio, perderá todos os beneficios que haja recebido ou haja de receber, do outro conjuge, quer lhe tenham sido estipulado em contracto ante nupcial, quer assegurados posteriormente».

Sendo esta disposição uma penalidade estabelecida para o conjuge que motiva o divórcio, para que não seja prejudicado o conjuge innocente, estabelece-se na segunda parte do mesmo artigo que «o conjuge innocente conservará todos os beneficios que lhe tenham sido assegurados pelo conjuge culpado, ainda que taes beneficios fossem estipulados com a clausula da reciprocidade.

Deve notar-se que, semelhantemente ao citado art. 33.º do citado decreto e ao art. 1213.º do Cod. Civ., esta penalidade apenas se applica as doações feitas entre esposados ou entre casados, exceptuando portanto os bens que no matrimonio se comunicam entre os conjuges.

O legislador prevenindo a hipotese de ao conjuge innocente repugnar receber as vantagens que lhe tenham sido asseguradas pelo conjuge culpado, permite-lhe que renuncie a essas vantagens, mas, havendo filhos, a renuncia só pode fazer se a favor destes (art. 27 § unico).

Relativamente a terceiros, o divórcio só produz efeitos depois de definitivamente auctorizado, e em nada prejudica os direitos adquiridos anteriormente pelos credores do casal (art. 28.º)

Esta disposição em tudo corresponde ao art. 1214.º do Cod. Civil, relativo á separação de pessoas e bens

Os credores do casal continuam a poder executar os bens que antes do divórcio estavam vinculados ao pagamento dos seus creditos.

Analizadas as disposições reguladoras dos efeitos do divórcio quanto aos bens, resta-nos tratar dos efeitos do divórcio quanto aos filhos.

Assim no art. 21.º o legislador declara que os filhos serão de preferencia entregues e confiados ao conjuge a favor de quem tenha sido proferido o divórcio; mas no caso de

manifesta inconveniencia de serem os filhos entregues e confiados á guarda de qualquer dos conjuges, permite o § unico deste artigo que « todos ou alguns, sejam confiados a terceira pessoa, preferindo-se para esse fim, os mais proximos parentes da linha paterna ou materna.

Trata-se, pois, neste paragrafo de um dever imposto aos conjuges.

Deve notar-se que pelo divorcio não cessam os direitos nem as obrigações paternaes que normalmente existem em relação aos filhos; nesta ordem de ideias determinou o legislador que « o pae e a mãe divorciados conservam sobre os filhos o patrio poder, emquanto dele não forem interditos, tendo assim o direito de vigiar e superintender na educação de seus filhos.» (art. 22.º). Deve-se ter em atenção que o legislador proibe que « os conjuges divorciados renunciem ao patrio poder sobre os filhos, ainda que o conjuge quizesse fazer a renuncia a favor do outro, e bem assim não lhes é permitido estipular qualquer clausula pela qual um deles fique inibido de ver, visitar ou receber os seus filhos » (art. 23.º).

Um dos mais importantes efeitos do divorcio no que respecta aos filhos, e que estes se tiverem mais de 18 anos e menos de 21, ficam emancipados de direito pelo divorcio definitivo de seus pais, e serão considerados maiores para os efeitos legais (art. 60.º).

Era natural que se estabelecesse o principio de que tanto o pai como a mãe divorciados são obrigados a concorrer para os alimentos dos filhos em proporção aos seus rendimentos e bens proprios (art. 24.º), e para se assegurar esta obrigação alimenticia imposta aos paes, o § unico deste artigo impõe que « a prestação de alimentos em beneficio dos filhos seja garantida por hipoteca legal sobre os bens dos conjuges.

Ainda o art. 25.º declara que « a dissolução do casamento pelo divorcio não prejudica á os filhos em quaesquer vantagens que lhes estejam asseguradas pela lei, pelos paes

ou por terceira pessoa », sendo portanto indifferente a origem destas vantagens.

São estas as disposições relativas ao divorcio litigioso, o legislador, porem, ainda admite o divorcio por mutuo consentimento.

b) Divorcio por mutuo consentimento

Esta especie de divorcio constitue objecto do Cap. III do Decreto de 3 de novembro de 1910.

O divorcio por mutuo consentimento é o que é pedido por ambos os conjuges conjuntamente, noção que resulta do art. 3.º. Para que se possa pedir este divorcio é necessario que se verifiquem duas condições cumulativas:

1.º — que o casamento tenha durado mais de dois anos;

2.º — que ambos os conjuges tenham completado, pelo menos, 25 anos de idade (art. 35.º).

Quando se verifiquem estas condições não é necessario que os conjuges aleguem nem provem qualquer fundamento, qualquer circumstancia especial, bastando o mutuo acôrdo entre eles para a dissolução do vinculo conjugal.

Mas devem acordar entre si ácerca da posse dos filhos menores, se os tiverem, e ácerca da contribuição com que cada um deles deverá concorrer para a criação e educação desses filhos (n.º 4 e 5 do art. 36.º).

Os documentos que devem instruir o requerimento em que se pede o divorcio por mutuo consentimento são:

1.º — certidão de casamento,

2.º — certidões de idade,

3.º — declaração especificada e documentada de todos os seus bens;

4.º — acôrdo que tiverem tomado sobre a posse dos filhos menores, se os tiverem,

5.º — declaração da contribuição com que cada um deles concorrerá para a criação e educação dos filhos menores;

6.º — certidão do contracto ante-nupcial, bem como do seu registo, se os houver (art. 36.º).

Se o requerimento em que se pede o divorcio não fôr instruido nos termos deste artigo, será logo indeferida a pretensão dos conjuges (art. 37.º).

Impõe se naturalmente o estudo dos tramites que deve seguir a acção de divorcio por mutuo consentimento, verificada esta condição necessaria e deferido o pedido.

O juiz deve convocar os conjuges a uma conferencia, para tentar obter a reconciliação entre eles, e se eles se não conciliarem e persistirem no seu proposito, lavrar-se-á auto de acôrdo dos conjuges no sentido de se divorciarem,

na presença de dois homens bons, designados pelo juiz para assistirem á conferencia, e que assinarão como testemunhas (art. 37.º)

Duma forma clara e ineludivel o legislador manifesta ou a sua vontade no sentido de que se não deve decretar o divorcio por mutuo consentimento, sem que o juiz, como mediador, tente a reconciliação entre os conjuges. O acordo dos conjuges, a que ja nos referimos, será homologado por sentença do juiz, que auctorisa o divorcio provisorio por espaço de um ano (art. 39.º).

Decorrido esse ano, deve haver nova conferencia entre os conjuges, que deverão espontaneamente, ou a requerimento de um deles, comparecer, de novo, pessoalmente, perante o juiz, afim de declararem se mantem a sua resolução, lavrando-se auto desta diligencia com as mesmas cautelas do art. 37.º.

Se os conjuges declaram que se reconcilham nesse acto, ou que já se tinham reconciliado anteriormente, deve o juiz proferir sentença que declare sem efeito o divorcio provisorio entre eles (art. 40.º). Neste caso, os conjuges não poderão mais obter o divorcio por mutuo consentimento, mas ser-lhe-ha permitido propor o divorcio litigioso (art. 41.º).

Se os conjuges se não reconciliarem, deve ser de novo homologado por sentença o acordo deles no sentido de manterem o divorcio, pronunciando-se então o divorcio definitivo; e deverá esta sentença ser publicada nos mesmos termos que a que decreta o divorcio litigioso (art. 40.º § 3.º).

Cumpre-nos muito naturalmente tratar dos efeitos que derivam do divorcio provisorio e do definitivo

Aquele não autorisa os conjuges a exercer desde logo direito algum que resulte da dissolução do matrimonio, quer pelo que respeita ás pessoas, quer aos bens, suspendendo-se apenas a obrigação que os conjuges tem de viver em comum (art. 39.º, § 1.º).

Neste caso ha como que um divorcio condicional, que não importa a rutura do vinculo matrimonial.

Precisamente pela circumstancia de que este divorcio não autorisa os conjuges a exercer qualquer direito que esteja dependente da celebração do casamento, a administração de todos os bens do casal continua a pertencer ao marido. Mas o legislador permite á mulher cercar-se de varias cautelas, para que não possa ser prejudicada depois do divorcio provisorio. Assim, nos termos do § 2.º do art. 39.º, a mulher pode requerer arrolamento dos mobiliarios, e pedir alimentos provisorios, os quaes, na falta de acordo dos conjuges, serão arbitrados pelo juiz, depois de mandar ouvir ambos os conjuges.

Convertido o divorcio provisorio em definitivo, deste derivam os mesmos efeitos que do divorcio litigioso, pois ha efeitos que são attribuidos ao divorcio em geral, sendo que o legislador nesta materia não distinguu o divorcio litigioso do divorcio por mutuo consentimento.

Assim pelo art. 2.º, que já vimos, o divorcio auctorizado por sentença passada em julgado, tem juridicamente os mesmos efeitos que a dissolução por morte, quer pelo que respeita á faculdade de os conjuges contraírem novo e legitimo casamento, quer pelo que respeita ás suas pessoas e aos seus bens, observadas as restrições que estudaremos ao analisar as segundas nupcias.

Assim a mulher divorciada não poderá usar o nome ou nomes que lhe tenham provindo do marido (art. 49.º § 2.º)

Relativamente aos bens, derivam os mesmos efeitos que do divorcio litigioso, como se deduz do § 4.º do art. 40.º, que declara que «são extensivas ao divorcio definitivo por mutuo consentimento as disposições dos art. 26.º a 33.º inclusive, que são applicaveis aos bens e aos alimentos definitivos, na parte applicavel, com a restricção de que os alimentos definitivos só podem ser requeridos posteriormente a sentença que aucterise o divorcio definitivo

Neste parágrafo declara o legislador que são extensivos ao divórcio por mutuo consentimento os artt. 26.º a 33.º na *parte applicavel*, porque ha disposições que pela diversidade de circumstancias não podem applicar-se ao divórcio por mutuo consentimento

Assim, a disposição de character penal do art. 27.º, não e applicavel pela propria natureza das cousas ao divórcio por mutuo consentimento, porque neste, sendo realisado por mutuo accordo dos conjugues, não se pode falar de conjuge innocente, nem de conjuge que dêsse causa ao divórcio. Os efeitos do divórcio que analisamos só começam para com terceiros depois de proferido o divórcio definitivo

O já referido § 4.º do art. 40.º, fazendo referencia aos efeitos que derivam do divórcio por mutuo consentimento, quanto aos bens e quanto aos alimentos, não remete para os artt. 21.º a 25.º, que regulam os efeitos do divórcio litigioso quanto aos filhos

Esta omissão explica se porque no divórcio por mutuo consentimento ha accordo entre os conjugues pelo que respeita aos filhos (n.º 4 e 5 do art. 36.º), tratando se de um divórcio obtido amigavelmente.

Ao legislador impunha-se a obrigação de regular a situação dos filhos proferido o divórcio litigioso, porque não seria provavel que os conjugues chegassem a um accordo quanto a eles

No divórcio por mutuo consentimento, portanto, os efeitos que dele derivam relativamente aos filhos, ficam dependentes do accordo entre os paes.

Para concluir notaremos que e applicavel ao divórcio por mutuo consentimento o disposto no art. 60.º, que ordena que os filhos que tiverem mais de 18 anos e menos de 21, ficam emancipados de direito pelo divórcio definitivo dos paes.

Direito do viuvo e do ex-conjuge a alimentos

Intimamente ligado com a materia do capitulo anterior e com a dissolução por morte, está o direito do conjuge sobrevivente ou divorciado, a pedir alimentos.

O Codigo trata deste assumpto na secção x do capitulo 1, titulo II, livro II e parte II, sob a epigrafe — *Do apanhamento dos conjugues viuvos* (1).

Determina o art. 1231.º que, « fosse qual fosse o contrato do dissolvido casamento, o conjuge que, por morte do outro, se achar sem meios de subsistencia, terá direito a ser alimentado pelos rendimentos dos bens deixados pelo falecido, sejam de que natureza forem, exceptuados apenas os bens de que o conjuge falecido tenha sido mero usufructuario ».

Pelo que respeita ao quantitativo desta prestação alimenticia, deve ele ser arbitrado pelo prudente arbitrio do julgador, que nessa fixação deve atender não só aos rendimentos dos referidos bens, mas tambem á necessidade e condições do alimentado, a não ser que o assunto tenha sido regulado por accordo entre o conjuge que recebe os alimentos e aquele que tem obrigação de os prestar (art. 1232.º).

(1) O Codigo só se occupa do viuvo, sendo que não admitia o divórcio como causa de dissolução do matrimonio.

Este direito alimentício existe em toda e qualquer hipótese, haja ou não filhos do matrimonio, e ainda que o cônjuge falecido tenha deixado filhos, havidos de outro matrimonio anterior (§ unico do art. 1232.º). Esta obrigação alimentícia existe apenas enquanto o cônjuge sobrevivo precisar dos alimentos e enquanto não contrair segundas nupcias. Entretanto o Decreto de 3 de novembro de 1910, veio assegurar os mesmos direitos relativamente ao cônjuge divorciado.

Assim o art. 29.º determina que « qualquer dos cônjuges tem direito a exigir do outro que lhe preste alimentos, se deles carecer ».

O quantitativo desses alimentos será fixado em harmonia com a necessidade do cônjuge que os recebe, e com as circunstancias do que os presta, mas nunca poderá exceder um terço do rendimento liquido deste (art. 29.º § unico). Este limite não estava no Código, mas evidentemente o juiz deve atender a ele.

Relativamente á forma de obter estes alimentos, determina o art. 30.º que « eles podem ser pedidos pelos cônjuges cumulativamente, com a ação de divorcio, ou podem se-lo posteriormente á sentença que houver autorisado o divorcio ».

O direito do divorciado a alimentos existe tanto no caso de divorcio litigioso, como no caso do divorcio por mutuo-consentimento; neste caso, porém, os alimentos definitivos só podem ser pedidos depois de decretado o divorcio definitivo, e não quando se decreta o divorcio provisório, porque neste caso ainda estava pendente a dissolução do casamento (art. 40.º § 4.º).

Fixada originariamente a quantia que deve ser assegurada ao divorciado para alimentos, não fica definitiva e irrevogavelmente a mesma, pois o quantitativo pode ser alterado quando se verificarem as circunstancias que justifiquem a redução ou o augmento.

Assim, nos termos do art. 31.º « a prestação de ali-

mentos, que fôr fixada, poderá de futuro ser reduzida a requerimento do cônjuge que a presta, provando que por suas circunstancias a não pode continuar a prestar igual, ou que o outro cônjuge, por suas circunstancias, não carece de continuar a recebe-la igual » Do mesmo modo, a prestação primitiva de alimentos pode ser augmentada a requerimento do cônjuge que os recebe, provando que dela carece maior, e que o outro cônjuge está, por melhora de situação, em circunstancias de a augmentar, contanto que essa melhora não provenha de novo casamento que haja contraído (art. 31.º § 1.º)

Portanto, e necessario que no primeiro caso se verifique a circumstancia de o cônjuge que presta os alimentos não esteja em condições de prestar o mesmo quantitativo, ou então que o cônjuge que os recebe não precise de continuar a receber o mesmo; no segundo caso torna-se necessario que se deem cumulativamente as circunstancias.

1.º — de carecer o alimentado de mais alimentos;

2.º — de estar o cônjuge divorciado que os presta em condições de poder satisfazer o augmento.

E' esta a doutrina que resulta da combinação do art. 31.º com o seu paragrafo

Nos termos do art. 32.º, o direito aos alimentos e a obrigação de prestalos cessam

1.º — se o cônjuge que os recebe contrair novo ca-

Este direito alimenticio existe em toda e qualquer hipotese, haja ou não filhos do matrimonio, e ainda que o conjuge falecido tenha deixado filhos, havidos de outro matrimonio anterior (§ unico do art. 1232.º). Esta obrigação alimenticia existe apenas enquanto o conjuge sobrevivo precisar dos alimentos e enquanto não contrair segundas nupcias. Entretanto o Decreto de 3 de novembro de 1910, veio assegurar os mesmos direitos relativamente ao conjuge divorciado.

Assim o art. 29.º determina que « qualquer dos conjuges tem direito a exigir do outro que lhe preste alimentos, se deles carecer ».

O quantitativo desses alimentos sera fixado em harmonia com a necessidade do conjuge que os recebe, e com as circunstancias do que os presta, mas nunca poderá exceder um terço do rendimento liquido deste (art. 29.º § unico). Este limite não estava no Codigo, mas evidentemente o juiz deve atender a ele.

Relativamente á forma de obter estes alimentos, determina o art. 30.º que « eles podem ser pedidos pelos conjuges cumulativamente, com a ação de divorcio, ou podem se-lo posteriormente á sentença que houver autorisado o divorcio ».

O direito do divorciado a alimentos existe tanto no caso de divorcio litigioso, como no caso do divorcio por mutuo-consentimento; neste caso, porem, os alimentos definitivos só podem ser pedidos depois de decretado o divorcio definitivo, e não quando se decreta o divorcio provisorio, porque neste caso ainda estava pendente a dissolução do casamento (art. 40.º § 4.º).

Fixada originariamente a quantia que deve ser assegurada ao divorciado para alimentos, não fica definitiva e irrevogavelmente a mesma, pois o quantitativo pode ser alterado quando se verificarem as circunstancias que justifiquem a redução ou o augmento.

Assim, nos termos do art. 31.º « a prestação de ali-

mentos, que fôr fixada, poderá de futuro ser reduzida a requerimento do conjuge que a presta, provando que por suas circunstancias a não pode continuar a prestar egual, ou que o outro conjuge, por suas circunstancias, não carece de continuar a receber a egual ». Do mesmo modo, a prestação primitiva de alimentos pode ser augmentada a requerimento do conjuge que os recebe, provando que dela carece maior, e que o outro conjuge está, por melhoria de situação, em circunstancias de a augmentar, contanto que essa melhoria não provenha de novo casamento que haja contraído (art. 31.º § 1.º)

Portanto, e necessario que no primeiro caso se verifique a circumstancia de o conjuge que presta os alimentos não esteja em condições de prestar o mesmo quantitativo, ou então que o conjuge que os recebe não precise de continuar a receber o mesmo, no segundo caso torna-se necessario que se deem cumulativamente as circunstancias :

1.º — de carecer o alimentado de mais alimentos ;

2.º — de estar o conjuge divorciado que os presta em condições de poder satisfazer o augmento.

E' esta a doutrina que resulta da combinação do art. 31.º com o seu paragrafo

Nos termos do art. 32.º, o direito aos alimentos e a obrigação de presta-los cessam

1.º — se o conjuge que os recebe contrair novo ca-

samento, semelhantemente ao que o Código determinava no art. 1232.º,

2.º — se o cônjuge que os recebe se tornar indigno desse benefício por seu comportamento moral,

3.º — se o cônjuge que os presta não puder continuar a prestá-los, ou se o que os recebe, deixar de os precisar. É igualmente a reprodução da doutrina do art. 1232.º que fazia durar os alimentos pelo tempo que o alimentado deles precisasse.

A cessação e redução da obrigação alimentícia está sujeita a disposição do art. 33.º segundo a qual « não pode legitimar a cessação ou redução da prestação alimentícia o facto de o cônjuge que presta os alimentos, contrair novo casamento ». Apenas o casamento do cônjuge que os recebe é que determina a cessação da prestação alimentícia.

Segundas núpcias

Para terminarmos a matéria relativa ao casamento, vejamos as disposições do Código Civil e do Decreto de 3 de novembro relativas ao novo casamento do viúvo ou do divorciado.

No Código Civil, sob a epígrafe — *Das segundas núpcias*, consigna o legislador disposições especiais que tem por fim principal proteger os descendentes de matrimónio anterior.

A expressão — *segundas núpcias* — não deve tomar-se no seu sentido literal. Aquella expressão compreende as terceiras, quartas e todas as núpcias posteriores, applicando-se portanto as respectivas disposições tanto as segundas como as ulteriores núpcias.

Resulta esta doutrina da expressão do art. 1236.º — *de qualquer dos matrimónios* e do art. 1238.º que fala *de filhos de anterior matrimónio*, sem distinguir, e da technica jurídica, pois, como diz o sr. Dr. Julio de Vilhena, na linguagem jurídica chamam-se segundas núpcias todos os casamentos que forem precedidos de outro ou outros. (1)

O art. 1233.º do Cod. Civil, considerando apenas a dissolução por morte, impõe a viúva « que quizer contrair segundas núpcias, antes de terem decorrido trezentos dias

(1) *Das segundas núpcias no direito civil moderno*, pag. 65.

Instituições de protecção e assistencia entre parentes legitimados

Poder paternal Como se constitue

O poder paternal está definido no art. 137.º do Cod. Civ., como sendo o complexo de direitos que aos pais compete em quanto regem e protegem as pessoas dos filhos menores, e administram os seus bens

Deve observar-se que esta noção legal do poder paternal não é rigorosa; e não o é porque sendo o patrio poder organizado, não em favor dos pais, mas em favor dos proprios filhos, visto que, como resulta do art. 137.º, se trata de faculdades que aos pais pertencem para proteger os filhos menores, não é propriamente a noção de direito, mas antes a de obrigação, que traduz a natureza do patrio poder.

Deste modo, completando, poder-se ha definir o patrio poder, como o complexo de obrigações que aos paes compete emquanto regem e protegem as pessoas dos filhos menores e administram os seus bens.

O poder paternal, pelo que respeita à sua origem, filia-se directa e immediatamente no facto da procreação legalmente reconhecida e como este reconhecimento resulta do

casamento, quer anterior, quer posterior ao nascimento do filho, e da perfilhação, assim temos o poder paternal em relação aos filhos legitimados e sobre os perfilhados

Em relação aos filhos legitimados é tambem pelo casamento que se reconhece a procreação, tanto mais que estes pela technica do Decreto n.º 2 de 25 de dezembro de 1910 são considerados como filhos legitimados, e como taes se denominam (art. 51.º), não obstante o Decreto os equiparar aos legitimados não podemos deixar de continuar a fazer a distincção, porque em seu favor ha uma longa tradição juridica, está consagrada pela technica juridica, não sendo licito ao legislador perverter em qualquer occasião o sentido juridico das palavras. Alem disso pelo proprio decreto impõe-se a necessidade de distinguir os filhos legitimados dos legitimados.

Do poder paternal trata o Código na secção 7, 8 e 9 do cap. II titulo IX e parte I, respectivamente do poder paternal na constancia do matrimonio, dissolvido o matrimonio e finalmente do poder paternal em relação aos filhos illegitimos.

Antes de entrarmos no estudo do poder paternal, seguindo a ordem que o Código Civil enumera, temos que nos referir à vindicação e contestação do estado de filho legitimo, assunto que prende directamente com as condições em que a lei presume ou considera os filhos legitimados ou illegitimos.

Vindicação e contestação do estado de filho legítimo

O art. 1.º do Decreto n.º 2 de 25 de dezembro de 1910, que reproduz textualmente o art. 101.º do Código Civil, estabelece a presunção da legitimidade dos filhos nascidos de matrimônio legitimamente contraído passados 180 dias depois da celebração dele ou dentro dos 300 dias subsequentes à sua dissolução ou à separação dos conjuges, judicialmente decretada.

Cessa portanto a presunção da legitimidade dos filhos nascidos depois dos 300 dias subsequentes a dissolução do matrimônio, isto é, quando cesse a cohabitação entre marido e mulher. Mas esta presunção da illegitimidade do filho, nascido fóra dos trezentos dias subsequentes à separação dos conjuges ou ao divórcio definitivo ou provisório, pode ser ilidida, provando-se que o dito filho, efetivamente, pertence ao marido (art. 8.º). E a forma como a prova pode fazer-se vem indicada no § unico do art. 8.º, que remete para o art. 3.º n.º 1 e 2 e § 1.º e 2.º, isto é, se o pae o tiver reconhecido no assento do casamento ou do nascimento do mesmo filho, em testamento ou em escritura publica, quer anteriores quer posteriores ao matrimonio e provando os filhos a sua filiação por meio de ação e sentença judicial (n.º 1 e 2 do art. 3.º).

O reconhecimento de que trata o n.º 1 pode ser impugnado por todos aqueles que nisso tiverem interesse.

Quanto ao n.º 2, para que tenha logar a ação de vindicação de estado, são necessarias as mesmas condições em

que se pode intentar a ação de paternidade illegítima (§ 2.º do art. 3.º); essas condições são

- 1.º — se existir escrito do pai, em que expressamente declare a sua paternidade,
- 2.º — achando-se o filho em posse de estado, nos termos do art. 18.º, isto é, se o filho houver sido reputado e tratado como tal pelos pais, e de haver sido reputado como filho d'estes tambem pelo publico.
- 3.º — no caso de estupro violento ou de rapto, coincidindo a epoca do nascimento com a epoca do facto criminoso, isto é, dando-se o nascimento depois do prazo minimo e antes do prazo maximo da gestação uterina, prazo marcado no art. 1.º. E assim é preciso que o nascimento tenha ocorrido em tempo tal que, applicando-se os prazos do art. 1.º, o nascimento venha a corresponder a concepção do facto criminoso.
- 4.º — no caso de sedução praticada com abuso de autoridade ou de confiança, ou com promessa de casamento, coincidindo a epoca do nascimento nos termos indicados no art. 1.º, com a epoca da sedução;
- 5.º — no caso de a mãe e o pretenso pai terem notoriamente convivido como marido e mulher no periodo legal da conceção, isto é, quando os pais tenham vivido conjuntamente nos primeiros 120 dias dos trezentos que precederem o nascimento do filho, visto que é esse o prazo que fica compreendido

entre o periodo maximo e minimo da gestação uterina (art. 34.º).

Pelo que respeita ao praso para intentar a ação de vindicação de estado de filho legítimo, só pode ser intentada, como a ação de investigação de paternidade, em vida do pretenso pai, ou dentro do ano posterior á sua morte, salvas as seguintes exceções:

1.º — se os pais faleceram durante a menoridade ou demencia dos filhos, porque neste caso, tem estes o direito de intentar a ação, contanto que o façam antes que expirem os primeiros quatro anos da sua emancipação ou maioridade ou do restabelecimento da sua razão;

2.º — se o filho obtiver depois do praso de um ano posterior á morte do pai, um documento escrito e assinado pelo pai em que este revele a sua paternidade, podendo neste caso propôr a ação a todo o tempo em que haja alcançado o sobredito documento, se realmente provar que o obteve dentro dos 6 mezes que precederam a proposição da demanda; isto sem prejuizo das regras gerais acerca da prescrição de bens, para direitos que tenham sido adquiridos por terceiros sejam respeitados, não podendo sem grave perigo admitir-se que a modificação na situação do filho venha a prejudica-los.

Se os bens já tiverem prescrito a ação, só produz efeito contra a pessoa dos filhos.

O direito dos filhos legítimos a vindicar o estado que

lhes pertence, é imprescritível, sem prejuizo das regras geraes acerca da prescrição dos bens (art. 14.º), vindo assim mais uma vez o legislador fazer respeitar os direitos legitimamente adquiridos por terceiro. Este art. 14.º não está em contradicção, como podia parecer, com o art. 37.º, porque a imprescritibilidade da-se, guardados os prazos indicados no art. 37.º. Sujeito ás restrições deste artigo, o filho pode, a todo o tempo, exercer o seu direito de vindicar o estado que lhe pertence. E assim, enquanto o pae vive, ele pode a todo o tempo intentar a ação, porque em vida do pae, ou observadas as limitações ao exercicio do direito de vindicação, consignadas no art. 37.º, a ação de vindicação é imprescritível nos termos do art. 14.º.

Nos termos do § unico deste artigo, no caso de menoridade ou interdição dos filhos poderão propôr as acções de vindicação de estado, os seus representantes legais.

Este direito de propôr a ação de vindicação de estado só se transmite aos herdeiros dos filhos em certas circunstancias, isto e, só podem intenta-las de novo, tendo o filho falecido ou tendo caído em demencia, antes de decorridos quatro anos depois da sua emancipação ou maioridade, e havendo falecido neste estado sem que a ação tivesse sido proposta pelo tutor (art. 15.º).

Mas, podem os herdeiros do filho proseguir nas ações de estado, pendentes. Os herdeiros devem intentar a ação dentro de quatro anos contados desde o falecimento do filho (art. 15.º § unico).

Vemos, pois, que não só existe nestes casos especiais a favor dos herdeiros a facilidade de iniciar as ações de vindicação, como tambem podem proseguir nelas quando forem intentados pelo filho.

Determina o art. 1234.º, com penalidade para o marido que casa com a viuva que contrae segundas nupcias, antes de terem decorrido trezentos dias depois da morte do marido, sem fazer verificar se está ou não gravida, que ele não pode contestar a sua paternidade relativamente ao

filho que nascer passados cento e oitenta dias depois do seu casamento.

Identica doutrina sancionou o legislador no art. 36.º do Decreto n.º 1 de 1910. Contudo, fica salvo ao filho da binuba que nasceu passados 180 dias depois do seu casamento, o direito de vindicar o estado de filho do primeiro matrimonio, se assim lhe convier e se puder provar a paternidade do marido anterior.

O pae pode contestar a sua paternidade. Havendo no art. 1.º do Decreto n.º 2 a presunção da legitimidade do filho nascido de matrimonio legitimamente contraído, passados 180 dias depois da celebração dele ou dentro dos 300 subsequentes á sua dissolução, ou á separação dos conjugues judicialmente decretada, essa presunção de legitimidade pode ser ilidida, quando o pae interessado prove ter-se achado fisicamente impossibilitado de cohabitar com a mulher nos primeiros 121 dias ou mais, dos 300 que houverem precedido o nascimento do filho, e ainda quando se verifique a circumstancia de ele ter assistido ao assento do nascimento, e aí ter consentido que fosse declarado como seu filho, ou ainda se o reconheceu como tal por qualquer outra forma (art. 7.º).

Não pode, porem, o pae impugnar a sua paternidade, quando tiver declarado já a legitimidade do filho.

São necessarios cumulativamente duas condições para o pae poder contestar a sua paternidade :

- 1.º — condição positiva da prova da impossibilidade de cohabitação com a mulher no praso já indicado ,
- 2.º — a condição negativa de o pae não ter assistido ao assento do nascimento do filho, ou de não o ter reconhecido por qualquer forma.

Não obstante no art. 1.º não se presumir a legitimidade do filho que nasça antes de decorridos 180 dias depois da celebração do casamento, não pode ser impugnada a legitimidade do filho nascido dentro desses 180 dias :

- 1.º — se o marido antes de casar teve conhecimento da gravidez da mulher, por que se presume que a esse conhecimento importa a certeza de que o filho foi concebido das relações entre os conjugues.
- 2.º — se estando pessoalmente presente, o marido consentiu que no assento do nascimento fosse declarado por seu filho, ou se por qualquer outro modo, reconheceu que era seu o filho assim nascido (art. 6.º).

Vimos que nestes dois casos ha uma nova presunção da legitimidade a favor do filho que nasce antes do praso mimmo da gestação uterina, por se entender que o filho nestas condições e considerado como producto das relações entre os conjugues, se bem que concebido anteriormente ao casamento.

Nos termos do art. 9.º a impotencia do marido, quer anterior quer posterior ao matrimonio, pode ser alegada para impugnar a legitimidade do filho, contanto que a alegação não tome por fundamento a velhice

Nos casos em que pode ter lugar a ação para contestar a legitimidade dos filhos, a proposição desta ação tambem está dependente de certos prazos. Assim o pai só pode impugnar a legitimidade dos filhos, nos casos em que a lei o permite, propondo a ação em juizo dentro de 120 dias, contados desde que tiver conhecimento do facto

do nascimento (art. 10.º), pelo que respeita à transmissibilidade para os herdeiros do direito de propôr a ação, dispõe o art. 11.º que os herdeiros do marido só podem impugnar a legitimidade dos filhos, nascidos na constancia do matrimonio:

- 1.º — se o dito marido achando-se presente, deu começo á ação competente, e dela não desistiu,
- 2.º — se faleceu antes que decorresse o prazo marcado para a proposição da ação.
- 3.º — se o filho nasceu depois da morte do marido.

Vemos, pois, que, como na ação de vindicação só se transmite aos herdeiros a faculdade de iniciar a ação de contestação do estado de filho legítimo, como também a de proseguir nessa ação.

Mas, o direito de iniciar essa ação está subordinado a prazo. Assim, os herdeiros, como representantes do pretense pae, só podem intentar a acção dentro de sessenta dias, contados desde o dia em que o filho tenha entrado na posse dos bens do presumido pae, ou desde o dia, em que os herdeiros forem perturbados na posse da herança pelo dito filho (art. 12.º)

Em todos estes casos em que fôr impugnada a presumpção de legitimidade estabelecida a favor do filho nascido dentro de trezentos dias subsequentes á dissolução do matrimonio ou á separação dos conjuges ou passados cento e oitenta dias depois da celebração do matrimonio, se esse filho fôr menor, ser-lhe-ha dado tutor nomeado pelo juiz, o qual será escolhido dentre os parentes da mãe, se os tiver, sendo esta sempre ouvida em juizo (art. 6.º)

Legitimação

O matrimonio legitima sempre os filhos nascidos das relações das pessoas que o contraem, seja qual fôr a situação em que se encontram os paes no momento da concepção ou do nascimento dos filhos (art. 2.º do Decreto n.º 2 de 23 de dezembro de 1910 e Decreto de 3 de novembro de 1910, art. 57.º).

Deve particularmente atender-se á expressão final do art. 2.º — *qualquer que fosse a situação dos paes no momento da concepção ou do nascimento dos filhos* —, isto é, dá-se a legitimação ainda que os paes no momento da concepção ou do nascimento dos filhos se encontrassem ligados por outro matrimonio. Assim até os filhos adulterinos podem vir a ser legitimados, e portanto legítimos porque na nova tecnica do Decreto consideram se os legitimados como legítimos (art. 5.º).

Já pelo art. 58.º do Decreto de 3 de novembro de 1910, o filho nascido na constancia do matrimonio e impugnado pelo marido, nos termos dos artt. 102.º e seg do Cod. Civ., poderá também ser legitimado por subseqüente matrimonio de seus paes.

Já dissemos que os filhos adulterinos podiam adquirir a qualidade de legítimos pelo casamento de seus paes, porque esses filhos presumindo-se legítimos do primeiro matrimonio, e podendo essa presumpção ser impugnada nos termos do art. 7.º do Decreto n.º 2 e ser contestada a paternidade do primeiro marido da mãe, podem pelo

subsequente matrimonio da mãe com o verdadeiro pae vir a adquirir a qualidade de legitimos.

Esta doutrina diz respeito aos filhos nascidos durante o matrimonio passados cento e oitenta dias depois da sua celebração ou dentro dos trezentos dias subsequentes a sua dissolução ou a separação dos conjugues.

Quanto aos nascidos dentro dos cento e oitenta dias seguintes á celebração do matrimonio, temos de atender ao art. 6.º, a que já fizemos referencia.

Portanto já pelo Decreto de 3 de novembro de 1910 os filhos adulterinos podiam vir a adquirir a qualidade de filhos legitimos.

A legitimação quando venha a ter logar aproveita tanto aos filhos como aos seus descendentes, se os ditos filhos já não existirem (art. 4.º), quer dizer, se o matrimonio dos paes se celebrar já depois de ter falecido o filho, os descendentes deste serão para todos os efeitos considerados como descendentes legitimos.

Relativamente ao modo como deve fazer-se a legitimação estatue o art. 3.º que ela pode fazer-se por dois meios:

1.º — sendo os filhos reconhecidos pelos pais e mães no assento do casamento ou no do nascimento dos mesmos filhos, ou em testamento ou em escritura publica, quer anteriores quer posteriores ao matrimonio;

2.º — provando os filhos a sua filiação por meio de acção e sentença judicial.

Feita a legitimação os efectos que dela derivam principiam em todo o caso desde a data do matrimonio (§ 3.º do art. 3.º).

O reconhecimento de que trata o n.º 1.º do art. 3.º pode ser impugnado por todos aquelles que nisso tiverem interesse, (art. 3.º § 1.º) e as acções de vindicação de estado de filho legitimo a que se refere o n.º 2.º do mesmo art. 3.º são applicaveis as disposições dos art. 34.º e 37.º (art. 3.º § 2.º)

Entuaremos agora propriamente na analise da materia relativa ao poder paternal seguindo a ordem do Codigo, ja indicada.

§ Relações entre paes e filhos na constancia do matrimonio

E' este assunto regulado nos artt. 137.º e seguintes do Cod. Civ

Na familia legitimamente constituída o poder paternal e exercido conjuntamente pelo pae e pela mãe, pois o art. 137.º diz genericamente — aos paes compete reger, etc, e o art. 138.º declara que as mães participam do poder paternal, e devem ser ouvidas em tudo o que diz respeito aos interesses dos filhos; mas, contudo, e ao pae que especialmente compete, durante o matrimonio, como chefe de familia, o exercicio e a direcção dos actos relativos ao patrio poder, para assegurar a unidade do instituto da familia, visto que é ao marido como chefe que deve ser confiada a superintendencia no patrio poder.

Pelo regimen do Decreto n.º 4 de 1910, modificou se a situação dos conjugues na familia, sendo essa situação differente da estatuida no Codigo, pois este até impunha a mulher a obediencia ao marido.

Por isso o art. 39.º determina que « a sociedade con-

jugal se baseia na igualdade e liberdade entre os conjuges », mas o art. 138.º do Cod. Civ. não foi revogado, e nos próprios termos do Decreto n.º 1, não deixa de ser atribuído ao marido o poder de chefe, pois o legislador determina que a ele incumbe especialmente a obrigação de defender a pessoa e os bens da mulher e dos filhos, assegurando ao marido uma situação de preponderancia relativamente á mulher (art. 39.º p. final).

Em todo o caso, a mudança de situação da mulher dentro da familia, veio produzir algumas alterações no exercicio do patrio poder na constancia do matrimonio.

Assim peloCodigo, quando havia dissentimento entre os paes sobre a concessão da licença para o casamento do filho menor, prevalecia a opinião do pae (art. 1041.º). Esta disposição encontra se hoje revogada pelo art. 6.º, onde se determina que havendo dissentimento entre os paes resolvera o juiz depois de ouvir os dois conjuges na presença de dois homens bons. Ainda no caso de ausencia ou de outro impedimento do pae, é á mãe que compete o exercicio do patrio poder (art. 139.º) — o que vem confirmar que e ao marido que especialmente incumbe o exercicio do patrio poder.

Os direitos e obrigações que formam o conteúdo do patrio poder dizem respeito já ás pessoas, já aos bens dos filhos; e falamos de direitos e obrigações porque, se bem que o art. 137.º fala só de direitos, e propriamente a obrigação que traduz o conceito do poder paternal, sendo certo que os direitos que são atribuídos ao paes são de natureza accessoria porque são consequencia logica dessas obrigações e peitencem aos paes apenas como um meio para assegurar o cumprimento dessas obrigações

Direitos e obrigações relativas á pessoa dos filhos menores

Já dissemos de um modo geral que o instituto do poder paternal se traduzia pela noção de obrigação, cumpre-nos agora ver quaes as obrigações que aos paes incumbem relativamente á pessoa dos filhos, reservando-nos tratar no capitulo seguinte, das obrigações relativamente aos bens.

Assim, determina o art. 140.º que « os paes devem dar a seus filhos os necessarios alimentos e occupação conveniente, conforme as suas posses e estado ». Teem, pois, em primeiro lugar, os paes, a obrigação de alimentar os filhos, de lhes assegurar uma occupação conveniente de harmonia com as suas posses e condição social, que é a significação da palavra estado do art. 140.º Esta disposição deve confrontar-se com o art. 224.º n.º 7, onde se dispõe que « pertence ao conselho de familia, determinar a profissão, o officio ou o serviço a que o menor ha de dedicar se, e resolver, quando o pae ou a mãe do menor exercessem alguma industria ou commercio, se esta industria ou commercio devem continuar a ser exercidos por ele, se os paes nada tiverem disposto a tal respeito, ou se ocorrerem graves inconvenientes no cumprimento da sua vontade ».

Em segundo lugar compete aos paes dirigir e vigiar os filhos menores, obrigação que não só e admitida pelo art. 138.º como tambem é implicitamente reconhecida no art. 2379.º, onde se estabelece a sanção para essa obrigação. Sendo aos paes imputada a culpa ou negligencia por actos que o filho praticar, quando os paes os não vigiem devida-

mente, pertence-lhes a responsabilidade pelos danos causados pelos filhos.

Os direitos que ao pae são confiados para assegurar estas obrigações são mencionados pelo legislador no art. 142.º e 143.º do Cod. Civ. e no art. 667.º do Cod. do Proc.

Assim os filhos tem obrigação de cumprir durante a menoridade todos os preceitos e todas as ordens que lhe sejam dadas pelos paes, em tudo o que não seja ilicito, além de que devem honrar e respeitar seus paes, como também os paes poderão requerer que lhes sejam judicialmente entregues os filhos menores, que por qualquer modo, os tiverem abandonado.

Ainda se o filho fôr desobediente e incorrigível, poderão os pais recorrer á autoridade judicial, que o fará recolher a casa de correção para isso destinada, pelo tempo que lhe parecer justo, o qual alias não excederá o prazo de trinta dias.

Mas isto só nas terras em que houver casa de correção especialmente destinada para este fim, e só quanto aos filhos varões (art. 668.º § 2.º do Cod. Proc.).

O pai tem sempre a faculdade de fazer cessar a prisão ordenada (art. 143.º § unico).

Visto que se trata de obrigações que são impostas aos pais no interesse dos filhos, assegurando-lhe o seu cumprimento por determinadas garantias, o legislador não as sujeitou a qualquer cautela especial porque entendeu, e bem, que as relações que se estabelecerem entre pais e filhos são a melhor garantia que podia existir.

Assim, como consequencia deste criterio, declara o art. 141.º que «o poder dos pais, emquanto as pessoas dos filhos menores, não esta sujeito a cautela alguma preventiva, apenas no caso de abuso, os pais poderão ser punidos, na conformidade da lei penal geral, e interditos do

patrio poder a requerimento dos parentes, que são os representantes da familia, ou do Ministerio Publico» (1)

E' o conselho de familia que deve deliberar acerca da interdição do poder paternal, nomeando tutor ou administrador ao menor e arbitrando-lhe alimentos (art. 438.º do Cod. Proc. e art. 141.º § un. do Cod. Civ.)

O conselho de familia deve ser organizado nos termos do art. 207.º e seguintes do Cod. Civ., devendo ser composto de cinco darentes mais proximos do menor, tres da linha paterna e dois da materna, preferindo os mais velhos em igualdade de grau.

Como na interdição do poder paternal pode tratar-se de acto censuravel attribuido a qualquer dos pais, por isso se determina no § unico do art. 437.º do Cod. de Proc. Civ. que, na hipotese de se imputar falta especialmente a qualquer dos pais, o conselho de familia será composto de dois parentes do arguido e de tres da outra linha.

Julgando se procedente a arguição a que se refere o art. 141.º, o que succede é que o poder paternal deixa de ser exercido pelos pais, ainda que só um deles seja arguido, ficando o outro impedido tambem de o exercer enquanto durar o matrimonio.

Neste caso, declara o art. 141.º, que sendo o pai inibido de reger a pessoa e os bens do filho menor, será dado tutor ou administrador a este, por nomeação do conselho de familia; mas devemos atender tambem ao art. 440.º do Cod. Proc. onde reproduzindo-se a mesma doutrina, o legislador fala do tutor, alias com mais correção.

Estudada esta feição do poder paternal, e necessario analisar as disposições que consignam doutrina relativa aos bens dos filhos menores.

(1) É esta faculdade concedida ao Ministerio Publico porque ele é o representante da sociedade ofendida pelo não cumprimento das obrigações que incumbem aos pais relativamente aos filhos menores.

Direitos e obrigações relativos aos bens dos filhos menores.

Relativamente a este assunto, o Código trata em primeiro lugar dos bens de que os paes teem a propriedade e o usufructo, para em seguida se occupar dos bens de que os paes teem só o usufructo, dos que eles tem só a administração e, finalmente dos que não teem nem o usufructo nem a administração.

Ainda o Código se refere aos encargos que pezaem sobre os paes e à maneira de resolver os conflictos suscitados entre paes e filhos.

Os bens de que os paes teem a propriedade e o usufructo são os indicados no art. 144.º, isto é, os bens que os filhos adquirem enquanto estão na sua companhia, com o emprego de meios ou capitães pertencentes aos mesmos pais.

Esta disposição justifica-se não só como compensação dos encargos do exercicio do patrio poder, como também da circumstancia, como se diz neste artigo, de esses bens serem adquiridos com o emprego de capitães pertencentes aos mesmos pais.

Como incentivo aos filhos, permite o art. 144.º que os pais assegurem aos filhos, como remuneração, uma parte dos bens cuja propriedade e usufructo pertence aos pais.

Esta parte que os paes podem assegurar aos filhos, deve entender-se isenta da obrigação de collação a que se refere o art. 2098.º, pois se assim não fosse, essa facul-

dade attribuida aos paes seria inutilizada desde que se não entendesse que ella seguia um regimen especial.

Os bens que aos paes pertencem só em usufructo são os que os filhos que estão em sua companhia adquirem por seu trabalho, industria e recursos proprios, ou por qualquer titulo gratuito (art. 145.º), sendo que a propriedade destes bens pertence aos filhos attendendo á forma como são adquiridos, e o usufructo attribuido aos paes como compensação dos encargos inerentes ao patrio poder.

Os paes tem apenas a administração dos bens indicados no art. 146.º, isto é, os bens doados ou deixados aos filhos, com exclusão do usufructo dos paes. Efectivamente não podia deixar de succeder assim, attendendo-se ao respeito pela vontade do autor da liberalidade.

Ainda os paes teem só a administração dos bens provenientes de successão, de que os paes forem excluidos por causa de indignidade, não abrangendo esta disposição o conjuge não declarado indigno para que a indignidade de esse não possa feir a innocencia do outro (art. 146, p. final).

Bens ha ainda que, em relação a eles, os paes não tem nem o usufructo nem a administração; taes são:

- 1.º — bens que os filhos adquirem por seu trabalho e industria, vivendo sobre si com permissão dos paes;
- 2.º — bens que os filhos adquirem pelas armas, letras ou artes liberaes, vivam ou não em companhia dos paes;
- 3.º — bens que forem doados ou deixados aos filhos com exclusão da administração dos paes (art. 147.º).

Fundamenta o n.º 1.º deste artigo o principio moralizador de que, tendo os filhos economia separada, não pe-

são lo sobre os paes os encargos da sua sustentação, devia pertencer aos filhos a propriedade, usufructo e administração dos bens adquiridos por seu trabalho e industria.

E até se devia ampliar este principio aos bens que, quando o filho viva sobre si, adquira a titulo gratuito.

Quanto ao n.º 3.º, a razão é a mesma da que já invocamos a proposito do art. 146.º, isto é, o respeito pela vontade do doador claramente expressa, tanto mais que este, fazendo a doação, deve ter conhecimento da capacidade do filho menor para administrar os bens doados

O legislador trata ainda da determinação dos encargos do usufructo em relação aos bens de que os paes têm o usufructo. Estes encargos estão intimamente ligados ao exercicio do patrio poder, pois os paes tem obrigação de aplicar esse usufructo em proveito dos filhos.

Assim os encargos do usufructo pertencentes aos paes são :

- 1.º — todos aqueles a que em geral estão sujeitos os usufructuarios, excepto a caução,
- 2.º — a decente sustentação e educação dos filhos, conforme a sua condição e os seus haveres ;
- 3.º — o pagamento de quaesquer prestações ou interesses atrasados, a que os bens usufruidos estejam obrigados (art. 148.º).

Nos termos do n.º 1.º deste artigo, as obrigações dos paes como usufructuarios legaes dos bens dos filhos menores, são as mesmas que peçam sobre qualquer usufructuario, isentando os apenas da obrigação de prestar caução, atendendo a que ninguem e tão interessado na conservação dos bens dos filhos como os proprios paes.

Mas o legislador faz voltar, excepcionalmente, o usufructo dos paes ás regras geraes do usufructo, determinando no § unico do art. 148.º que « o pae é obrigado a prestar caução se passar a segundas nupcias »

A este caso do art. 148.º § unico acresce ainda a obrigação que os paes teem de prestar caução quando, durante o exercicio do poder paternal alguns bens recairem nos filhos, consistindo a herança em valores mobiliarios, como refere o art. 151.º, de certo atendendo ao perigo bem possível de se perderem, o que não succede aos imobiliares. Mas não basta que se trate de bens mobiliarios, e necessario cumulativamente que esses bens sejam de *consideravel importancia* e que *tenha sido julgada necessaria a garantia da caução*. Se os paes não puderem prestar a sobredita caução, serão depositados os valores, ou, se os paes o requererem, convertidos em outros valores, ou collocados productivamente, com a possível segurança, recebendo os paes os rendimentos deles (art. 151.º § unico).

As condições em que termina o usufructo legal attribuido aos paes, são :

- 1.º — pela emancipação ou maioridade dos filhos ;
- 2.º — quando a mãe passa a segundas nupcias ;
- 3.º — quando o pae ou mãe, por morte do outro conjugue, não promove inventario desde o praso de 60 dias, contados desde o falecimento do outro conjugue,
- 4.º — pela renuncia, sendo esta renuncia, quando feita em favor do filho, tida em conta de doação (art. 149.º e § unico).

Ainda este artigo se referia a « condemnação criminal

dos paes, que involvesse interdição do poder paternal » ; esta disposição, porem, hoje esta prejudicada porque se deve considerar revogada pelo art. 74.º do Cod Penal de 1886, correspondente a outra disposição da Nova Reforma Penal de 1884, onde se determinam os efeitos das penas, não se mencionando entre elles a doutrina do n.º 2.º do art. 149.º

Vejamos as obrigações que estão a cargo dos paes como administradores dos bens dos filhos menores.

Nos termos do art. 150.º, os paes, como meros usufructuarios ou administradores dos bens dos filhos, não podem alienar, hipotecar, ou por qualquer outro modo obrigar os ditos bens, excepto nos casos de urgente necessidade, ou de provento evidente para o menor.

Mas, ainda nestas circumstancias excepçoes, a pratica destes actos de administração não pode satisfazer-se livremente, estando sujeita a cautelas preventivas, como são, a auctorisação judicial, com audiencia do Ministerio Publico, como representante dos menores (art. 150.º). A mesma doutrina está reproduzida no art. 657.º do Cod. do Processo Civil.

Os pais ficam isentos da obrigação de prestar contas da sua gerencia, como administradores dos bens dos filhos menores, salvo pelo que diz respeito aos bens de que forem administradores e não de aquelles de que tiverem o usufruto ou a propriedade (art. 152.º). Esta obrigação torna-se efetiva nos termos do § unico deste artigo, isto é, as contas serão tomadas pelo juiz respectivo, de quatro em quatro anos, e observar-se-ha a respeito do provento liquido ou do alcance, o disposto nos artt. 253.º, 254.º e 255.º.

Finalmente cumpre agora que nos occupemos dos con-

flitos de interesse entre pais e filhos menores, cuja resolução dependa da autoridade judicial, e da obrigação que pesa sobre os pais de entregar os bens aos filhos.

No primeiro caso, isto é, quando os interesses dos filhos estejam em opposição com os dos paes, não podendo ser representados por estes, tem de ser dado aos filhos por nomeação de juiz competente, tutor especial que os defenda (art. 153.º)

Relativamente a obrigação que os paes tem de entregar os bens aos filhos, determina o art. 154.º que « os paes devem entregar aos filhos, logo que se emancipem ou cheguem à maioridade, todos os bens e rendimentos que lhes pertencem, a não ser que os filhos continuem incapazes, como na hypothese da interdição por demencia ou por surdo-mutismo ».

Deve entender-se que a obrigação de restituição só existe em relação aos bens cuja perda seja imputavel aos paes por culpa ou negligencia, pois pelo § unico do art. 154.º, os moveis de que o pae tiver o usufructo, serão restituídos no estado em que se acharem; se não existirem, pagará o pae o valor deles, excepto se se tiverem consumido em uso que fosse comum dos ditos filhos, ou tendo perecido por caso fortuito

Estudado o patrio poder na constancia do matrimonio, cumpre-nos logicamente tratar, seguindo a ordem doCodigo, das relações entre paes e filhos depois da dissolução do matrimonio.

Relações entre pais e filhos depois de dissolvido o matrimonio.

O Código occupa-se deste assunto nos art. 155.º e seguintes, mas tem de ser completadas pelo Decreto de 3 de novembro de 1910, relativamente a dissolução por divórcio.

Pelo art. 22.º deste decreto, o divórcio não priva os pais do exercício paterno poder, a não ser que eles sejam interditos desse exercício pelas causas gerais da interdição do poder paternal. Ainda o art. 23.º do mesmo decreto determina que « é proibido aos conjuges divorciados renunciar ao paterno poder sobre os filhos, ainda que a benefício do outro conjuge ». Esta doutrina é tão sómente applicavel ao divórcio litigioso, pois, só a ele se refere a Secção II, onde se encontram estes artigos.

Quanto ao divórcio por mutuo consentimento, limitando-se o § 4.º do art. 40.º a mandar aplicar as disposições do divórcio litigioso relativas aos bens e aos alimentos, nada determinando quanto aos filhos, porque em relação a esses ha o acôrdo entre os paes (art. 36.º n.º 4), e por outro lado preceituando o art. 2.º, de uma maneira geral, sem distinguir o divórcio litigioso do divórcio por mutuo consentimento, que o divórcio tem juridicamente os mesmos efeitos que a dissolução por morte, podia parecer que, faltando em relação ao divórcio por mutuo consentimento disposições correspondentes aos art. 22.º e 23.º, os efeitos desse divórcio quanto ao paterno poder eram os da dissolução por morte.

Afigura-se-nos que não é esta conclusão a tirar, porque não é facil admitir que o legislador quizesse estabelecer

uma diferença tão profunda entre o divórcio litigioso e o divórcio por mutuo consentimento, sendo que neste não havia possibilidade logica de aplicar as disposições referentes á dissolução por morte. Alem disso no divórcio por mutuo consentimento existe o acôrdo entre os paes relativamente aos filhos, e é esse acôrdo que deve regular o exercício do paterno poder depois de dissolvido o matrimonio.

Resolvida esta duvida, cumpre-nos entrar directamente na análise das disposições do Código Civil. Este, no art. 155.º, preceitua que « dissolvido o matrimonio por morte de um dos conjuges, é o conjuge sobrevivente que conserva o exercício do paterno poder ».

Deve notar-se que ficando o paterno poder a ser exercido pelo pae ou mãe sobrevivente, não são identicas, porem, as condições em que eles se encontram, porque o pae exerce o paterno poder sem limitação alguma, não estando sujeito a qualquer restrição derivada de qualquer determinação por parte da mãe pre-defuncta. Pelo contrario a mãe pode ter a sua actividade limitada pela vontade do marido pre defuncto, que pode nomear em seu testamento um ou mais conselheiros, que dirijam e aconselhem a mãe viuva em certos casos, ou em todos aqueles em que o bem dos filhos o exigir (art. 139.º)

Determinando o legislador que o exercício do paterno poder na falta do pai pertence á mãe, foi logico e foi justo, porque estabelecendo o art. 138.º que « o paterno poder pertence a ambos os conjuges » e o art. 139.º que « na ausencia ou impedimento do pai, faça a mãe as suas vezes », era natural que na falta do pai fosse a mãe a pessoa indicada pela sua idoneidade, para o exercício do poder paternal. E foi justo porque seria uma crueldade priva-la da direcção e educação dos filhos, sendo que a mãe é a pessoa mais apta para o referido exercício.

Nos termos do § unico do art. 139.º, apenas o pai será privado de nomear em seu testamento um ou mais conse-

lheiros para dirigir e aconselhar a mãe viúva, quando, ao tempo do seu falecimento, estiver interdito do poder paternal.

O fundamento do art. 157.º tem-se encontrado na circunstancia do marido conhecendo a capacidade da mulher, poder, no interesse dos filhos, reconhecer a necesidade de indicar determinadas pessoas para a dirigirem, desde que não a pode completamente privar do exercicio do patrio poder.

Deve notar-se que praticamente são limitadissimos os efeitos desta faculdade do pae, porque, se a mãe for bem intencionada como geralmente succede, sera ella a primeira a aconselhar-se com pessoas que a possam dirigir e esclarecer; se assum não fosse não seria a indicação dos conselheiros sufficiente para a demover sendo ella mal intencionada, tanto mais que essas indicações não se impõem com caracter obrigatorio.

Na verdade o legislador quiz, de certo modo, assegurar efeitos praticos a essa direcção dos conselheiros, estabelecendo no art. 161.º uma aparente sanção para o caso de a mulher se recusar a seguir a indicação dos conselheiros: « a mãe que em prejuizo de seus filhos, deixar de seguir o parecer do conselheiro nomeado pelo pae, ou por qualquer modo abusar da sua auctoridade materna, poderá ser inibida por deliberação do conselho de familia, a requerimento do dito conselheiro, do curador, ou de qualquer parente dos filhos, de reger as pessoas e bens destes. Neste caso nomeará o conselho de familia pessoa que sirva de tutor aos filhos menores, nos termos dos artigos 185.º e seguintes » (art. 161.º).

Mas esta sanção é de um alcance limitadissimo, porque no art. 161.º se não consigna mais do que aquilo que era fundamentalmente permitido pelas normas gerais, isto é a inibição do patrio poder, vindo apenas attribuir a um extranho, se o conselheiro não for parente, a faculdade de interdizer o poder paternal a mãe.

Mas ainda o art. 161.º torna a faculdade de requerer a inibição do patrio poder dependente da circumstancia de haver prejuizo para os filhos. Mas a verdade é que pode o prejuizo resultar de má-fé da mãe, de simples culpa ou negligencia, de ignorancia ou de uma circumstancia fortuita ou de força maior, e nem todos estes casos podem determinar a referida inibição do patrio poder em relação a ella.

E' ao conselho de familia que compete decidir e apreciar o pedido de interdição, não podendo justificar-se a inibição do patrio poder quando os prejuizos derivem de circumstancias fortuitas ou de ignorancia, como se depreende do art. 159.º. Só em testamento pode o pae nomear os conselheiros e quanto ás pessoas em quem pode recair essa nomeação, preceitua o art. 160.º que « só podem ser nomeados conselheiros os individuos que podem ser tutores dos menores ».

Já vimos que a mãe perde o usufructo dos filhos menores quando passa a segundas nupcias, nos termos do art. 162.º « a mãe que passar a segundas nupcias, perderá, não só o usufructo dos filhos menores mas tambem a administração dos ditos bens, a não ser que nella seja mantida por deliberação do conselho de familia; mas neste caso ficará obrigada a prestar a caução que ao mesmo conselho parecer necessaria, só ficando isenta dessa obrigação por dispensa expressa do conselho de familia ».

Esta doutrina justifica se pelo principio de que ao marido pertence a administração dos bens do casal.

Deve notar-se que a inibição que recae sobre a mãe que passa a segundas nupcias, refere-se só aos direitos e obrigações relativas aos bens dos filhos, porque, quanto ás pessoas, continua a exercer o patrio poder, podendo ate exigir que o conselho de familia lhes arbitre as medidas convenientes (art. 162.º, p. final).

Se a mãe for privada da administração dos bens dos filhos, nomeará o conselho de familia pessoa que se en-

carregue dessa administração, com os mesmos direitos e obrigações que teem os tutores relativamente aos bens dos menores (art. 163.º § unico). Este paragrafo cessa desde que a mãe viuva seja mantida na administração dos bens dos filhos, porque nesse caso o marido da mãe viuva fica solidariamente responsavel com ela por todos os prejuizos que resultarem da sua gerencia, e que occorram nos bens dos filhos menores (art. 163.º)

Portanto por esta solidiedade podem ser exigidas as contas da viuva ou do seu segundo marido, salvo, e claro, o direito de regresso de um contra o outro (1)

Nos termos expressos do art. 164.º, «se a mãe tornar a enviuvar, recobrará o usufructo e a administração dos bens dos filhos, se desta se achasse tambem privada».

Relações entre pais e filhos no caso de separação judicial dos conjuges e de anulação do casamento.

E' este assunto o complemento da materia que nos tem occupado, estudando agora as relações entre pais e filhos verificada a separação judicial dos conjuges, que, como temos acentuado, não importa a ruptura completa do vinculo conjugal, e ainda na hipotese de anulação do matrimonio.

(1) O direito que o devedor solidario que paga, ou que effectua a prestação, fica tendo em relação aos outros devedores, deriva da propria obrigação solidaria, em virtude da qual os co-obrigados ficam responsaveis, uns em relação aos outros, por uma quota parte da divida. *Vid. Sr. Alves Moreira, Das obrigações, pag. 43 e seguintes*

Assim, nos termos do art. 31.º do Decreto de 25 de Dezembro de 1910, os filhos de casamento nulo ou annullavel são sempre legitimos, posto que havidos antes do mesmo casamento, e ainda que este não tenha sido contraído de boa-fé por um ou ambos os conjuges. Serve de base a esta disposição o principio de que os filhos não podem ser prejudicados por actos dos pais

Já vimos que no caso de separação judicial das pessoas e bens, o conselho de familia resolvera sobre o modo de providenciar a respeito dos filhos, se os conjuges se não acordarem amigavelmente acerca disso, como dispõe o art. 1207.º n.º 3.º.

Quando os filhos ficarem ao cuidado de um dos conjuges, nem por isso se tera por desonerado o outro das obrigações, nem por privado dos direitos paternaes, naquilo que não se opuzer ao desempenho do encargo especialmente attribuido ao outro conjuge (art. 1212.º)

Portanto esta interrupção da sociedade conjugal não importa sequer suspensão no exercicio do patrio poder, continuando ambos os paes com os encargos inerentes a esse patrio poder e ficando obrigados a contribuir para as despesas de educação e sustentação dos filhos

Pelo que respecta a anulação do casamento, tambamos, no regimen doCodigo Civil de atender aos art. 1093.º e 1094.º e ainda ao art. 472.º doCodigo doProcesso; mas, actualmente, estas disposições estão revogadas pelo Decreto n.º 1 de 25 de dezembro de 1910, art. 72.º Neste Decreto se determina (art. 34.º) que, declarado nulo ou annullado o casamento sem culpa de qualquer dos contraentes, a mãe terá direito a posse das filhas enquanto menores, e a dos filhos enquanto completarem a idade de 6 anos.

Se a anulação resultar de facto ou omissão de um dos contraentes, só ao outro competira a posse dos filhos, salvo se a anulação fôr devida a mãe, que ainda neste caso terá direito a conservá-los consigo ate a idade de

tres anos, sem distincção de sexo (art. 35.º), atendendo a que até esta idade era a mãe a pessoa mais competente para os proteger e educar

No caso, porém, de manifesta inconveniencia de serem os filhos entregues e confiados a guarda de qualquer dos conjuges, serão todos ou alguns confiados a terceira pessoa, preferindo-se para esse fim os mais proximos parentes da linha paterna ou materna, ficando sempre salvo aos paes concordarem particularmente sobre a posse dos filhos, como lhes parecer melhor, em beneficio destes (artt 36.º e 37.º).

A disposição que particularmente nos interessa é o art. 32.º, onde se determina que aos direitos e obrigações dos paes entre si e a respeito dos filhos, no caso de anulação do casamento, serão applicaveis as disposições analogas em materia de divorcio. Por força deste artigo temos de aplicar ao patrio poder, no caso de anulação do casamento, as condições reguladoras no assunto na Lei do Divorcio, isto é, os artt. 22.º, 23.º, 24.º e 25.º, cuja doutrina é já de nós conhecida, qual seja a de os paes não poderem renunciar ao patrio poder.

Cumpre-nos estudar ainda certas modificações que o Codigo denomina suspensão do poder paternal e bem assim o termo deste instituto.

Suspensão e termo do poder paternal.

Nos termos do art. 141.º, embora o poder dos pais em relação aos filhos não esteja sujeito a cautela alguma preventiva, contudo, no caso de abuso, os pais poderão ser imbidos do exercicio do poder paternal. A mãe que, no exercicio do poder paternal, deixar de seguir o parecer do conselheiro nomeado pelo pai em testamento, podera tambem ser imbida por deliberação do conselho de familia, de reger as pessoas e os bens dos filhos (art. 161.º) intimamente relacionada com esta materia esta a suspensão do poder paternal, cujas causas são.

- 1.º — a incapacidade dos pais judicialmente reconhecida,
- 2.º — a ausencia dos paes, nos termos do artigo 82.º (art. 168.º).

Mencionava ainda este artigo, como causa de suspensão, a condenação dos paes, que involvesse interdição temporaria do poder paternal, hoje, porém, deve considerar-se revogada esta causa, em face do art. 74.º do Cod Penal, que eliminou entre os efeitos das penas, a interdição do patrio poder.

Portanto apenas temos de referir a ausencia dos paes, e a incapacidade que pode resultar de demencia, surdo-mutismo e de prodigalidade, quanto a esta ultima causa é bem de ver que se o pae é incapaz de reger a sua pessoa e bens incapaz deve ser de reger a pessoa e bens dos filhos.

Verificando-se qualquer destes casos é o outro conjugue que continua no exercicio do patrio poder, e relativamente ao impedimento do pae esta solução vem expressamente indicada no art. 139.º.

Se não fôr vivo o outro conjugue no caso de demencia, o tutor do demente será o tutor do menor; se a incapacidade resultar de surdo-mutismo e necessario que o surdo-mudo se revele incapaz de exercer o patrio poder, ficando sujeito, no caso de suspensão, ás mesmas disposições que o demente.

Quanto á interdição por prodigalidade, caso esta diga respeito só aos bens, trata-se apenas de uma incapacidade que priva o prodigo da administração dos bens dos filhos, visto que não tendo capacidade para reger os seus bens, tambem não tem para reger os alheios, mas, porem, continua a reger ainda a pessoa dos filhos.

No caso de suspensão do poder paternal por efeito de demencia, os paes conservam o seu direito ao usufructo dos bens do filho menor (art. 169.º). Esta disposição deve, por analogia, entender-se applicavel ao caso de interdição por surdo-mutismo. No caso de ausencia deve proceder-se a inventario e partilha ou a separação de bens, tendo se em atençaõ o contrato de casamento para determinar o patrimonio que pertence ao ausente e aquele a que tem direito os seus herdeiros (art. 82.º) Feito o inventario e partilha e o conjugue presente quem fica exercendo o poder paternal exclusivamente mas se tiver fallecido, ou se se tiver ausentado tambem, é necessario suprir o poder paternal pela tutela

Os casos em que ~~termina~~ o poder paternal são :

- 1.º — a morte dos filhos, ou de ambos os paes, sendo neste caso o poder paternal suprido pela tutela,
- 2.º — pela emancipação ou maioridade dos filhos (art 170.º)

Ainda este artigo mencionava a condenação criminal dos pais, que involvesse interdição perpetua do poder paternal, esta disposição está revogada pela nossa legislação penal, que não admite penas perpetuas.

Pode bem dar-se a hipotese de um conjugue ser condenado, e que essa condenação importe a impossibilidade material de exercer o patrio poder, neste caso deve estabelecer-se o principio de que o outro conjugue não condenado, o exerça, e na sua falta, seja suprido pela tutela, como em relação ao ausente

Tutela dos filhos legítimos

Antes de entrarmos na análise do instituto da tutela impõe-se a determinação do seu conceito. Assim a tutela e a instituição que vem suprir o poder paternal, e a noção do art. 185.º que diz que «na falta ou impedimento dos pais, e o poder paternal suprido pela tutela», sendo, pois, este instituto de carater subsidiario em relação ao poder paternal. Mas não ha só a tutela dos filhos menores; ha ainda a tutela dos dementes e dos surdos-mudos e, alargando a noção exposta de tutela, de forma a compreender todos os casos referidos pelo legislador, ela e a instituição que vem suprir a incapacidade das pessoas que, já pela sua idade, ja pelo seu estado fisico e mental, estão impossibilitados de reger a sua pessoa e administrar os seus bens.

Devendo a sociedade proteção aos incapazes, surge nos a tutela como uma instituição de ordem publica, um *munus publicus*, não podendo ninguem ser escuso dela, senão nos casos expressos na lei (art. 186.º).

Na organização da tutela o legislador distinguu a tutela dos filhos legítimos, dos perfilhados, dos espurios, dos expostos e menores abandonados e dos filhos de pessoas miseraveis.

Estudaremos em primeiro logar a tutela dos filhos legítimos.

A instituição da tutela compõe-se de diversas entidades

- 1.º — tutor ;
- 2.º — pro-tutor ,
- 3.º — curador ;
- 4.º — conselho de familia ,
- 5.º — e finalmente, conselho da tutela (art. 187.º e 226.º).

Destas entidades a mais importante é o tutor, e por isso o legislador distinguu, em relação aos filhos legítimos, a tutela testamentaria, a tutela legitima e a tutela dativa.

1) Tutela testamentaria

Dá-se a tutela testamentaria quando o tutor é nomeado pelo pae em testamento ou em acto autentico entre vivos. O legislador chamou-lhe testamentaria porque, embora o tutor seja nomeado em acto autentico entre vivos, essa nomeação só produz efeitos pela morte do pae, e quando a mãe esteja imbuída de exercer o patrio poder, ou tenha falecido (art. 193.º)

O mesmo succede em relação á mãe que tem a mesma faculdade de nomear tutor ao filho, mas dependente tambem da mesma circumstancia do pae ter falecido ou estar impedido, mas se a mãe nomear um segundo marido, fica a nomeação dependente da approvação do conselho de familia (art. 193.º § unico).

Vemos pois que a situação é diversa em relação ao pae e á mãe, porque a nomeação do pae nunca está sujeita a confirmação. O legislador, em regra, confiou no zelo e amor maternal que inspiraria a mãe na nomeação do tutor; mas tambem atenderam ao antagonismo de interesses que pode dar-se entre o filho e o segundo marido da mãe e á influencia que este pode exercer nela, o que justifica o § unico do art. 193.º.

Tanto o pae como a mãe, na falta ou no impedimento dele, podem nomear um só tutor para todos os filhos, ou um tutor diferente para cada um deles (art. 194.º).

Quando depois de nomeado tutor pela mãe, por impedimento fisico ou legal do pae, este impedimento venha a

cessar, a dita nomeação caducará (art. 195.º), e isto pela natureza subsidiaria da tutela.

Se é aos pais que especialmente compete a nomeação do tutor, e não sendo esta faculdade reconhecida aos ascendentes do segundo grau, ou de grau mais elevado, ainda que sejam tutores do menor, excepcionalmente permitiu o Codigo que extranhos façam essa nomeação. Assim se for deixada uma herança ou legado ao menor, poderão as pessoas que fizeram a deixa nomearem-lhe tutor (art. 197).

Bem se comprehende qual o motivo que levou o legislador a consignar esta disposição, pela afeição que essas pessoas revelam ao menor, fazendo tal liberalidade. Mas não havendo afeição que se não possa comparar á dos pais, para que a vontade do autor da liberalidade se não possa sobrepor a dos pais, e necessario que estes não tenham nomeado tutor ao filho menor, e ainda que os pais tenham falecido ou estejam imbuídos do poder paternal, porque nesses casos não podia ter logar a tutela cuja função é de suprir o poder paternal.

Ainda para que possa ter logar a nomeação do tutor por pessoa diferente dos pais, o legislador exige cautelas especiais, considerando necessario, para que essa nomeação produza efeitos, a confirmação do conselho de familia, e ainda que o legado ou herança sejam de maior valor que o patrimonio do menor, o que é sempre permitido aquele que deixar uma herança ou legado ao menor, independentemente do valor dessa herança ou legado, e nomear administrador especial para os bens deixados, enquanto durar a menoridade. (art. 197.º e § unico).

A nomeação de administrador, portanto, é que não depende de circumstancias especiais, podendo ter logar ainda que os paes não tenham falecido ou tenham nomeado tutor ao filho menor.

O tutor testamentario não pode, em regra, escusar-se aos encargos da tutela, pela propria natureza desta; ape-

nas pode escusar-se excepcionalmente quando a lei o permita, mas, quando não possa escusar-se. ou podendo, tenha aceitado, deverá exercer a tutela enquanto tenha durado a menoridade (art. 198.º).

2) Tutela legitima

3) Tutela dativa

A tutela legitima é de natureza deferente da tutela testamentaria, porque esta é atribuida a certas pessoas por disposição de ultima vontade, enquanto aquela é, como a sucessão, deferida a determinadas pessoas por disposição da lei. Essas pessoas são os parentes dos filhos legitimos, quando os paes não nomearem tutor em testamento, ou este se escusar, impossibilitar ou morrer.

E' a doutrina que resalta do art. 199.º, pois este artigo diz que « haverá tutela legitima :

1.º — nos casos de impedimento, suspensão ou perda do poder paternal ;

2.º — na falta de tutor testamentario.

Mas sendo a tutela legitima deferida pela lei a determinados parentes, o legislador precisava de indicar esses parentes, a cargo de quem ficava o onus da tutela.

Assim a tutela legitima pertence aos parentes do menor, na ordem seguinte :

1.º — ao avô paterno ;

- 2.º — ao avô materno;
- 3.º — aos outros ascendentes em linha recta, preferindo sempre o paterno em egualdade de grau;
- 4.º — aos irmãos varões, preferindo os germanos consanguíneos, e em cada uma destas classes os de maior idade;
- 5.º — aos irmãos do pai ou mãe, preferindo sempre os de linha paterna, exceto sendo menos idoneos. E em egualdade de circunstancias, preferirá o mais velho (art. 200.º).

Desta indicação depreende-se que ha determinadas preferencias, estabelecidas pelo legislador. Assim, a linha paterna prefere á materna em egualdade de grau, e em egualdade de linha e grau, preferem os mais velhos.

Quanto aos tucos de menor, embora devam preferir os da linha paterna, essa ordem pode ser alterada quando os da linha materna sejam mais idoneos, quem julga desta idoneidade é o conselho de familia.

Nos termos 201.º, os tutores legitimos servirão emquanto durar a menoridade, salvo se existirem diversos parentes, no mesmo grau e egualmente idoneos, que nesse caso servirá cada um deles no espaço de tres anos, dependendo ainda a tutela legitima da confirmação do conselho de familia.

Vê-se, pois, que o legislador seguiu, em relação á tutela legitima a mesma ordem da successão legitima.

A falta dos tutores testamentarios e legitimos supre se

com a tutela dativa, que é a deferida pelo conselho de familia (art. 202.º e 203.º).

Os tutores dativos não são obrigados a servir por mais de tres anos. 204.º

Nesta tutela não ha apenas o julgamento da idoneidade do tutor, mas tambem a propria designação feita pelo conselho de familia.

E' de nossa absoluta responsabilidade o trabalho que ora concluimos.

Nele empenhamos todo o nosso cuidado para que correspondesse o mais exatamente possivel ás preleções do Ex.^{mo} Sr. Dr. Pinto Coelho, a quem agradecemos a gentileza com que sempre nos acolheu, resolvendo algumas duvidas que no decorrer do nosso trabalho porventura surgiam.

Alguns erros tipograficos aparecem nestes apontamentos, dentre os quais destacamos, a pag. 109, onde em vez *debinubo* e *trinubo*, está *bisneto* e *tineto*. Os restantes, por serem de somenos importancia, facilmente os corrige a perspicacia dos nossos *amados* condiscipulos.

Coimbra, seis de Junho de 1912.

Joaquim de Carvalho

S. Coelho de Carvalho Junior