

Direito Civil

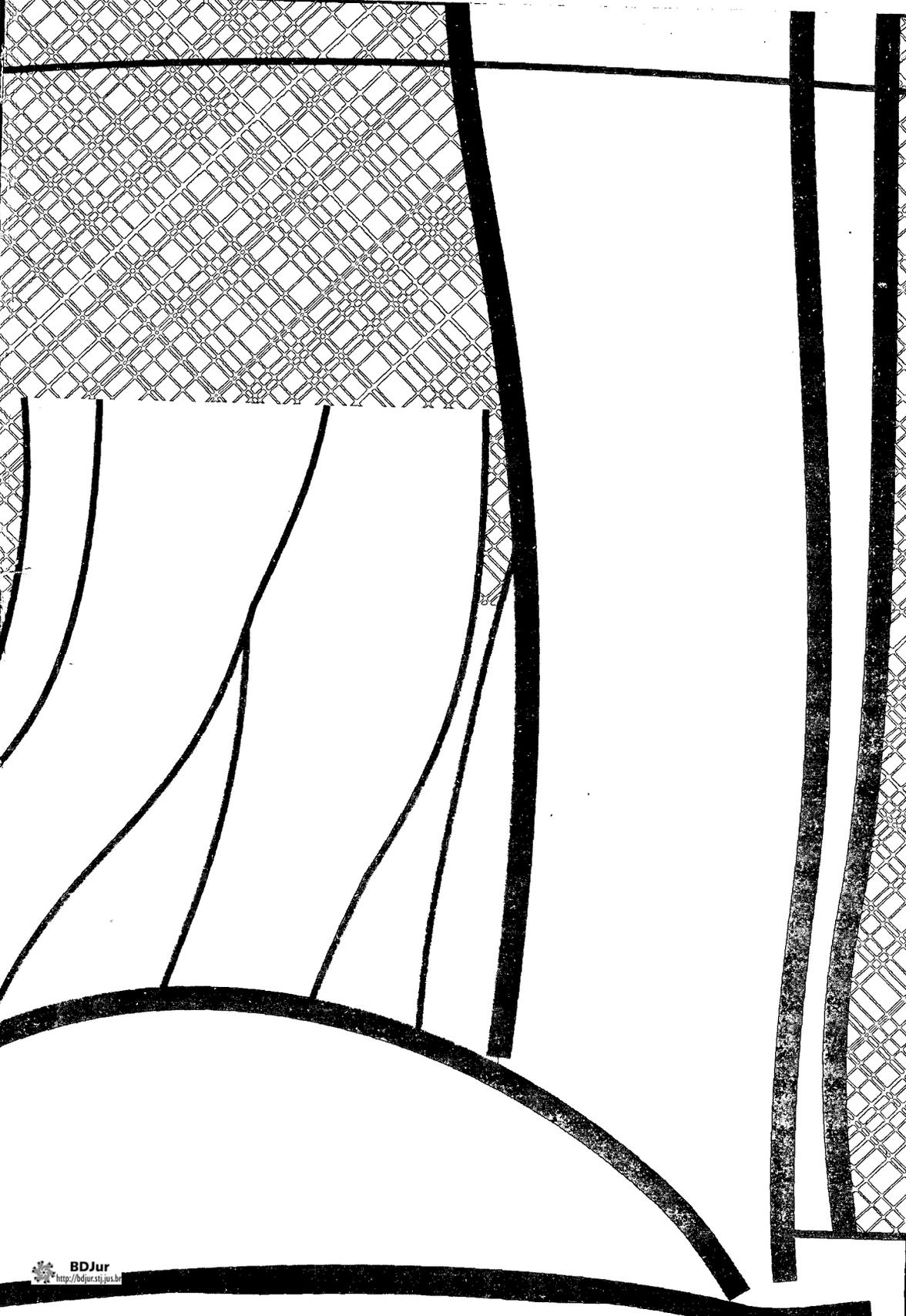
Instituições de Direito Civil Brasileiro Vol. I

Lourenço Trigo de Loureiro

História do Direito
Brasileiro



5



Senado Federal

Senador José Sarney, Presidente
Senador Paulo Paim, 1ª Vice-Presidente
Senador Eduardo Siqueira Campos, 2ª Vice-Presidente
Senador Romeu Tuma, 1º Secretário
Senador Alberto Silva, 2º Secretário
Senador Heráclito Fortes, 3º Secretário
Senador Sérgio Zambiasi, 4º Secretário
Senador João Alberto Souza, Suplente
Senadora Serys Slhessarenko, Suplente
Senador Geraldo Mesquita Júnior, Suplente
Senador Marcelo Crivella, Suplente

Superior Tribunal de Justiça

Ministro Nilson Vital Naves, Presidente
Ministro Edson Carvalho Vidigal, Vice-Presidente
Ministro Antônio de Pádua Ribeiro
Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira, Diretor da Revista
Ministro Raphael de Barros Monteiro Filho
Ministro Francisco Peçanha Martins
Ministro Humberto Gomes de Barros
Ministro Francisco Cesar Asfor Rocha
Ministro Vicente Leal de Araújo
Ministro Ari Pargendler, Coordenador-Geral da Justiça Federal
Ministro José Augusto Delgado
Ministro José Arnaldo da Fonseca
Ministro Fernando Gonçalves
Ministro Carlos Alberto Menezes Direito
Ministro Felix Fischer
Ministro Aldir Guimarães Passarinho Junior
Ministro Gilson Langaro Dipp
Ministro Hamilton Carvalhido
Ministro Jorge Tadeo Flaquer Scartezzini
Ministra Eliana Calmon Alves
Ministro Paulo Benjamin Fragoso Gallotti
Ministro Francisco Cândido de Melo Falcão Neto
Ministro Domingos Franciulli Netto
Ministra Fátima Nancy Andrighi
Ministro Sebastião de Oliveira Castro Filho
Ministra Laurita Hilário Vaz
Ministro Paulo Geraldo de Oliveira Medina
Ministro Luiz Fux
Ministro João Otávio de Noronha
Ministro Teori Albino Zavascki
Ministro José de Castro Meira
Ministra Denise Martins Arruda



Direito Civil

Instituições de Direito Civil Brasileiro Vol. I

Lourenço Trigo de Loureiro
Obra fac-similar

Prefácio de
Paulo Távora

História do Direito
Brasileiro



Brasília
Janeiro/2004

Conselho Editorial

Senador José Sarney, Presidente
Joaquim Campelo Marques, Vice-Presidente
Carlos Henrique Cardim, Conselheiro
Carlyle Coutinho Madruga, Conselheiro
Raimundo Pontes-Cunha Neto, Conselheiro

O Conselho Editorial do Senado Federal, criado pela Mesa Diretora em 31 de janeiro de 1997, buscará editar, sempre, obras de valor histórico e cultural e de relevância para a compreensão da história política, econômica e social do Brasil e reflexão sobre os destinos do país.

Coleção História do Direito Brasileiro - Direito Civil

ANTONIO JOAQUIM RIBAS	JOSÉ DE ALENCAR
Curso de Direito Civil brasileiro	A Propriedade pelo Cons. José de Alencar -
ANTONIO MAGARINOS TORRES	com uma prefação do Cons. Dr. Antonio
Nota Promissoria (estudos da lei, da doutrina	Joaquim Ribas
e da jurisprudência cambial brasileira)	LAFAYETTE RODRIGUES PEREIRA
AUGUSTO TEIXEIRA DE FREITAS	Direito das Coisas - adaptação ao Código
Consolidação das Leis Civis	Civil por José Bonifácio de Andrada e Silva
AUGUSTO TEIXEIRA DE FREITAS	LAFAYETTE RODRIGUES PEREIRA
Código Civil: esboço	Direitos de Família - anotações e adaptações
CLÓVIS BEVILÁQUA	ao Código Civil por José Bonifácio de
Direito das Coisas	Andrada e Silva
FRANCISCO DE PAULA LACERDA DE	LOURENÇO TRIGO DE LOUREIRO
ALMEIDA	Instituições de Direito Civil brasileiro
Obrigações: exposição systemática desta	PEDRO ORLANDO
parte do Direito Civil pátrio segundo o	Direitos Autorais: seu conceito, sua prática e
metodo dos "Direitos de Família" e "Direito	respectivas garantias em face das Conven-
das Cousas" do Conselheiro Lafayette	ções Internacionais, da legislação federal e da
Rodrigues Pereira	jurisprudência dos tribunais

Comissão Organizadora do Superior Tribunal de Justiça

Walkir Teixeira Bottecchia, Secretário-Geral
Jadir da Fonseca Camargos, Assessor de Articulação Parlamentar
Marcelo Raffaelli, Assessor Jurídico
Luciana Raquel Jáuregui Costandrade, Assessora Jurídica
Judite Amaral de Medeiros Vieira, Núcleo de Redação e Revisão
Mari Lúcia Del Fiacco, Núcleo de Redação e Revisão
Stael Françoise de Medeiros Oliveira Andrade, Núcleo de Redação e Revisão

Projeto Gráfico

Carlos Figueiredo, Núcleo de Programação Visual
Eduardo Lessa, Núcleo de Programação Visual
Taís Villéla, Coordenadora do Núcleo de Programação Visual

Loureiro, Lourenço Trigo de, 1792-1870.

Instituições de direito civil brasileiro / Lourenço Trigo de
Loureiro ; prefácio de Paulo Távara. - Ed. fac-sim. -- Brasília :
Senado Federal, Conselho Editorial : Superior Tribunal de Justiça,
2004.

2 v. -- (História do direito brasileiro. Direito civil)

1. Direito civil, Brasil. I. Título II. Série.

CDDir. 342.1



No prefácio de sua monumental *A Política Exterior do Império*, dizia Calógeras, referindo-se à história diplomática do país, que era preciso evitar se perdesse “o contato com esse passado tão fecundo em lições e tão cheio de seiva alentadora para quem o sabe consultar”. Foi com a mesma finalidade, agora com foco na história das instituições jurídicas brasileiras, que o Senado Federal e o Superior Tribunal de Justiça celebraram convênio para a reedição de grandes obras do Direito Civil e Penal pátrio que comporão a coleção intitulada *História do Direito Brasileiro*.

O projeto nasceu de sugestão que me fez o pesquisador Walter Costa Porto, advogado, professor universitário, ex-Ministro do Superior Tribunal Eleitoral, emérito constitucionalista, personalidade merecedora do respeito de todos quantos o conhecem, a quem presto neste ensejo a justa homenagem que lhe é devida.

Seu objetivo é atualizar, num corpo orgânico, parte da história de nosso Direito e, dessarte, colocar à disposição de especialistas e demais interessados obras da literatura jurídica nacional hoje esgotadas ou de difícil acesso. A importância da iniciativa é evidente: por um lado, contribui para a preservação de nosso patrimônio cultural; por outro, ajudará os estudiosos da evolução das instituições do Direito brasileiro.

Quer nos escritos, quer nas biografias, evidencia-se a magnitude das personalidades a serem reeditadas. Com efeito, não se trata apenas de juriconsultos e autores de obras de Direito, mas de luminares da cultura nacional, que foram também catedráticos, literatos, jornalistas, ocupantes de elevados cargos públicos e militantes da política.

A coleção publicará onze livros de Direito Civil e dez de Direito Penal. Aqueles são os seguintes:

- *A Propriedade pelo Cons. José de Alencar* – com uma prefacção do Cons. Dr. Antonio Joaquim Ribas, trazendo de volta livro cujo autor, além de dar expressiva contribuição às letras brasileiras, teve importante carreira política e ocupou o Ministério da Justiça no gabinete Itaboraí.

Acresce ser o livro prefaciado por Antonio Joaquim Ribas, jurista que também será reeditado na coleção.

- *Consolidação das Leis Cíveis*, de 1858, e *Código Civil: esboço*, dois trabalhos de reconhecido valor histórico, da lavra de Augusto Teixeira de Freitas. O primeiro foi-lhe encomendado pelo governo imperial; a comissão encarregada de revê-lo, após dar o laudo aprobatório, acrescentou que sua qualidade recomendava a habilitação de Teixeira de Freitas “para o Projeto do Código Civil, do qual a *Consolidação* é preparatório importante”. Seu esboço de Código Civil, não aproveitado no Brasil, serviu de base para o Código Civil da República Argentina. Quanto à *Consolidação*, seu mérito histórico é realçado pela visão da visceral repulsa ao escravismo manifestada pelo autor.

- *Curso de Direito Civil brasileiro*, de Antonio Joaquim Ribas, que, como dito acima, prefaciou *A Propriedade*, de José de Alencar. No prefácio da 2ª edição do *Curso de Direito Civil* (1880), Ribas disse, em palavras que condizem com o objetivo da coleção *História do Direito Brasileiro*, que “Sem o conhecimento [da] teoria [do Direito Civil pátrio] ninguém pode aspirar ao honroso título de jurisconsulto, e nem exercer digna e satisfatoriamente a nobre profissão de advogar ou de julgar”.

- *Direitos de Família e Direito das Coisas*, de Lafayette Rodrigues Pereira, datados respectivamente de 1869 e 1877, ambos adaptados ao Código Civil de 1916 por José Bonifácio de Andrada e Silva. Lafayette foi advogado e jornalista liberal, Ministro da Justiça, Senador, Presidente do Conselho e, *last but not least*, defensor de Machado de Assis contra a crítica feroz de Sílvio Romero. Com graça, dizia, a respeito de seu renome, “Subi montado em dois livrinhos de direito”. São esses “livrinhos” que aqui estão vindo a lume, obras cujo método Lacerda de Almeida – outro nome na lista de autores da coleção – utilizou para a exposição sistemática do direito das obrigações.

- *Direito das Coisas*, de Clóvis Beviláqua, permitirá aos estudiosos hodiernos familiarizar-se com um gigante da literatura jurídica nacional, autor, a convite do Presidente Epitácio Pessoa, do projeto do Código Civil brasileiro. Modernizador, expressou no projeto sua revolta contra a vetustez do Direito Civil vigente no Brasil.

- *Instituições de Direito Civil brasileiro, oferecidas, dedicadas e consagradas a Sua Majestade Imperial o Senhor Dom Pedro II*, por Lourenço Trigo de Loureiro, nascido em Portugal (Vizeu) e formado em Olinda, onde mais tarde ocupou a cátedra de direito civil; teve cargos políticos,

foi professor de francês e tradutor de literatura francesa, inclusive do teatro de Racine. Seu livro, datado de 1850, constitui valioso elemento para aquilatar o cenário contra o qual, meio século depois, Beviláqua expressaria sua revolta.

- *Obrigações: exposição systematica desta parte do Direito Civil patrio segundo o methodo dos "Direitos de Família" e "Direito das Cousas" do Conselheiro Lafayette Rodrigues Pereira*, de Francisco de Paula Lacerda de Almeida. Publicado em 1897, é um dos muitos livros sobre temas de direito civil deixados por Lacerda de Almeida.

- *Direitos Autorais: seu conceito, sua prática e respectivas garantias em face das Convenções Internacionais, da legislação federal e da jurisprudência dos tribunais*, de autoria de Pedro Orlando. Autor de obras sobre direito comercial, questões trabalhistas e fiscais, Orlando é também autor do *Novíssimo Dicionário Jurídico Brasileiro*.

- *Nota Promissoria (estudos da lei, da doutrina e da jurisprudencia cambial brasileira)*, por Antonio Magarinos Torres. Advogado, catedrático e vice-diretor da Escola Superior de Comércio do Rio de Janeiro, juiz e presidente do Tribunal do Júri da então capital do país. Prolífico autor, escreveu sobre direito comercial, fiscal, penal e finanças.

Os dez livros dedicados ao Direito Penal incluem:

- *Tratado de Direito Penal allemão, prefácio e tradução de José Hygino Duarte Pereira*, de Franz von Liszt, jurista alemão, catedrático da Universidade de Berlim. A par, por si só, do elevado conceito do *Tratado*, quisemos, com a publicação, destacar o alto valor do prefácio de José Hygino, de indispensável leitura, que, por isso mesmo, ajusta-se à finalidade da coleção a respeito da história do direito brasileiro.

- *Lições de Direito Criminal*, de Braz Florentino Henriques de Souza, autor de trabalhos sobre Direito Civil e Criminal, designado membro da comissão encarregada de rever o Código Civil em 1865. *Lições de Direito Criminal* data de 1860.

- *Anotações theoricas e praticas ao Codigo Criminal*, de Thomaz Alves Junior. Crítico do Código Penal de 1830, que considerava prolixo e casuístico, Thomaz Alves o analisa detidamente, historiando sua apresentação, discussão e aprovação. Desse modo, as *Anotações* iluminam os leitores do século XXI quanto ao pensamento dos legisladores brasileiros do Império e constituem leitura complementar à obra de Braz Florentino.

- *Menores e loucos em Direito Criminal e Estudos de Direito*, de Tobias Barreto. Conhecido por sua poesia, Barreto era talvez mais jurista que poeta. Formou-se na Faculdade de Direito do Recife, da qual foi depois catedrático, tendo entre seus discípulos Clóvis Beviláqua, Graça Aranha e Sílvio Romero. Fizeram parte da denominada “Escola do Recife”, que marcou o pensamento brasileiro (a propósito, entre outras, de Nelson Saldanha, *A Escola do Recife*, 1976 e 1978, e, de Miguel Reale, *O Culturalismo da Escola do Recife*, de 1956). Tobias foi um inovador; lutou incessantemente contra a estreiteza do ambiente cultural então imperante no Brasil.

- *Código Criminal do Império do Brasil anotado*, por Antonio Luiz Ferreira Tinôco. O Código do Império, reconhecido como “obra legislativa realmente honrosa para a cultura jurídica nacional” (Aníbal Bruno), filiava-se à corrente dos criadores do Direito Penal liberal (entre eles, Romagnoni e Bentham); admiravam-lhe a clareza e a concisão, entre tantos outros juristas, Vicente de Azevedo e Jiménez de Asúa, por exemplo. “Independente e autônomo, efetivamente nacional e próprio” (Edgard Costa), foi o inspirador do Código Penal espanhol de 1848 (Basileu Garcia e Frederico Marques). Acolheu a pena de morte, é certo, mas D. Pedro II passou a comutá-la em galés perpétuas após a ocorrência de um erro judiciário, ao que se conta. Segundo Hamilton Carvalhido, a obra de Tinôco “nos garante uma segura visão da realidade penal no último quartel do século XIX”.

- *Código Penal commentado, theorica e praticamente*, de João Vieira de Araujo. Abolida a escravidão, Nabuco apresentou projeto, que nem chegou a ser discutido, para autorizar a adaptação das leis penais à nova situação. Sobreveio, logo após, o Código Penal de 1890, cuja elaboração fora cometida ao Conselheiro Baptista Pereira. O Código receberia várias críticas. Em 1893, Vieira de Araújo apresentou à Câmara dos Deputados projeto de um Código, sem êxito; logo depois, apresentava outro esboço, também sem sucesso.

- *Código Penal da Republica dos Estados Unidos do Brasil*, por Oscar de Macedo Soares. Diplomado em Direito pela Faculdade do Largo São Francisco, foi jornalista, secretário das províncias de Alagoas e Ceará, político conservador, advogado e autor de várias obras de Direito.

- *Direito Penal brasileiro (segundo o Código Penal mandado executar pelo Decreto N. 847, de 11 de outubro de 1890, e leis que o modificaram ou completaram, elucidados pela doutrina e jurisprudencia)*, de Galdino

Siqueira. Desembargador do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e autor de livros sobre Direito Penal, em 1930 Siqueira foi incumbido pelo Ministro da Justiça e Negócios Interiores de redigir um anteprojeto de Código de Processo Civil. Em 1917 tinha participado, pela acusação, no julgamento do assassinato de Pinheiro Machado.

- *Código Penal dos Estados Unidos do Brasil commentado*, de Antonio José da Costa e Silva, livro que antecedeu a preparação, em 1938, do projeto de Código Criminal encomendado por Francisco Campos a Alcântara Machado. Costa e Silva participou da comissão revisora do projeto, a qual contava com luminares como Nelson Hungria e Roberto Lyra e cujo resultado foi o Código Penal de 1940.

O leitor pode compreender, em face do que precede, a relevância da iniciativa tomada conjuntamente pelo Senado Federal e o Superior Tribunal de Justiça.

Como país jovem, na afoiteza de perseguir os objetivos de progresso e desenvolvimento, às vezes nos temos descuidado do passado cultural, sacrificando-o erradamente, ao confundir o que é antigo com o que é obsoleto. Almejo que a publicação da *História do Direito Brasileiro* concorra para remediar ótica tão equivocada, porque, nas palavras de Ginoulhiac em sua *Histoire générale du droit français*, “Ce n'est pas seulement dans la suite des faits, des événements, que consiste l'histoire d'un peuple; mais encore, mais surtout, dans le développement de ses institutions et de ses lois.”



Ministro Nilson Naves
Presidente do Superior Tribunal de Justiça



O Superior Tribunal de Justiça e o Senado Federal estão reeditando alguns dos títulos essenciais da literatura jurídica brasileira. A Coleção *História do Direito Brasileiro*, com títulos de direito civil e penal, deverá ocupar um lugar importante nas bibliotecas de magistrados, advogados e estudiosos de direito.

Esta coleção se insere no programa editorial do Senado, que se destina ao desenvolvimento da cultura, à preservação de nosso patrimônio histórico e à aproximação do cidadão com o poder legislativo.

Senador José Sarney
Presidente do Conselho Editorial do Senado Federal



Lourenço Trigo de Loureiro, nascido em Portugal, iniciou os estudos de Direito em Coimbra, mas os teve interrompidos com a invasão das tropas napoleônicas. Reatou, no Brasil, a formação no recém-instalado curso jurídico de Olinda, no qual integrou a primeira turma, colando grau em 1832. Doutorou-se no ano seguinte e encetou a carreira de docente, na mesma escola, como substituto interino, efetivo em 1840, catedrático em 1852.

Sua obra clássica “Instituições de Direito Civil brasileiro”, que veio a lume em 1851, foi a primeira exposição sistemática de Direito Civil nas letras pátrias. Deparava-se o autor com um quadro disperso e inarticulado que retratou nestas palavras: “Como a legislação civil, por que o Brasil ainda se rege, seja, além de desordenada, sem sistema, e sem nexos, e omissa, ou defeituosa em uma infinidade de assuntos da ciência legislativa, convém indicar as fontes a que devemos recorrer, enquanto não tivermos um Código Civil, que nos dispense da necessidade de recorrermos a fontes estranhas.” Além da Carta Constitucional que Dom Pedro Primeiro outorgou a 25 de março de 1824, com a prescrição de que se deveria organizar, “quanto antes, um Código Civil e Criminal, fundado nas sólidas bases da justiça e equidade” (art.179, nº 18), as outras matrizes da civilística nacional receberam dupla classificação: as fontes com força de lei e as subsidiárias.

Entre as primeiras, arrola as Ordenações dos Filipes, de Espanha, datadas de 1603, que D. João IV, de Portugal, revalidou por sua Lei de 29 de janeiro de 1643. Esse corpo de leis condensa quase toda a matéria de Direito Civil no Livro 4 e, com as alterações sofridas, atravessou o período do Império e chegou à República, quando foi revogado pelo Código Civil de 1916 (art. 1.807). Acrescentou as Leis Extravagantes, Regimentos, Alvarás, Decretos e Resoluções vigentes até 25 de abril de 1821, que marca o retorno de D. João VI a Portugal, e mais os Decretos das Cortes Portuguesas especificados e mandados observar pela lei do Brasil independente, de 20 de outubro de 1823. Conclui com a



legislação promulgada por D. Pedro como regente do reino unido a Portugal e, após o 7 de setembro, na condição de imperador.

Quanto às fontes subsidiárias coletadas, Trigo de Loureiro registra os assentos da Casa da Suplicação, os usos e costumes, o Direito Romano, as opiniões dos juristas e os arestos, rematando com as leis das nações cultas e civilizadas.

O plano das “Instituições”, no dizer do próprio autor, segue o da obra homônima de Direito português que Paschoal de Mello Freire escreveu em latim e foi adotada como livro texto em 1805, na Universidade de Coimbra. Constitui-se de dois tomos e abre-se com um título único de noções gerais sobre a lei, o direito e suas fontes no Direito Civil brasileiro e a interpretação das normas sancionadas. Na acepção de “direito objetivo”, distingue, a par do positivo, o direito natural: “... o complexo das leis, que Deus gravou no coração do homem como derivações imediatas da natureza moral e física e do fim, para que o criara.” Prossegue com a matéria distribuída em três livros: o primeiro, dedicado ao “Direito em Relação às Pessoas”, que as contempla no estado de liberdade, cidade e família; no último aspecto, estuda as relações jurídicas que vieram a ser compiladas nos Códigos Civis de 1916 e 2002, sob a epígrafe de Direito de Família. O segundo livro consagra-se ao “Direito em Relação às Coisas”, que, sobre ocupar-se da posse, propriedade e demais direitos reais, abarca também os temas de direito hereditário como um dos meios de adquirir de Direito Civil. Finalmente, o terceiro encerra-se com o instituto das “Obrigações”, expressão do *sentimentomater* dos vínculos da confiança, e seus desdobramentos catalogados nos “Factos, Convenções, Quasi-contratos, e Modo de Dissolver as Obrigações”.

Ao recensear a doutrina do Direito Civil na metade do século XIX, as “Instituições” precederam a “Consolidação das Leis Civis”, obra ciclópica de Teixeira de Freitas, publicada em 1858. O mestre de Olinda e Recife realizou trabalho desbravador de nosso Direito Civil, e sua contribuição serviu de compêndio de ensino nas primeiras academias do Império, bem como de referência a juristas, advogados e juizes. A presença de Trigo de Loureiro no rol dos livros pioneiros da memória jurídica nacional faz justiça ao emérito civilista.

Ministro *Paulo Távara*



INSTITUIÇÕES
DE
DIREITO CIVIL BRASILEIRO

INSTITUIÇÕES
DE
DIREITO CIVIL BRASILEIRO
QUARTA EDIÇÃO

MAIS CORRECTA E AUGMENTADA

E

OFFERECIDA, DEDICADA E CONSAGRADA

Á

SUA MAGESTADE IMPERIAL O SENHOR DOM PEDRO II

POR SEU MUITO AMANTE REVERENTE E FIEL SUBDITO

LOURENÇO TRIGO DE LOUREIRO

LENTE DA FACULDADE DE DIREITO DO RECIFE

TOMO I

RIO DE JANEIRO

B. L. GARNIER

Livreiro-editor do Instituto Historico do Brasil

69 — RUA DO OUVIDOR — 69

1871

*Hoc opus, hoc studium parvi properemus, et ampli,
Si patriæ volumus, si nobis vivere cari.*

HOR. L. I. EP. 3.

DEDICATORIA DA TERCEIRA EDIÇÃO

Senhor,

Profundamente compenetrado da palpitante necessidade d'um compendio, que fosse composto dos principios scientificos, e das disposições das Leis Civis Patrias, antigas, e modernas (accommodadas aquellas á nova forma do Governo do Brasil), para que servisse de texto ás prelecções do Direito Civil Patrio nas Faculdades de Direito do Imperio; o muito amante, reverente, e fiel subdito de VOSSA Magestade Imperial, abaixo assignado, determinou-se, quando ainda era Substituto da Academia Juridica de Olinda, a dedicar o pouco tempo, que as suas funcções publicas, e as de Advogado lhe deixavão desoccupado, á composição de um livro, que remediasse a tão urgente necessidade, ao menos emquanto não apparecesse outro melhormente elaborado.

Bem via, SENHOR, o Seu muito humilde subdito (que á tamanha e tão difficil empreza ousára sacrificar grande parte do necessario repouso diario) quanto ella excedia as suas pequenas forças, attenta a indigesta e desordenada mole das Leis Civis Patrias,

antigas, e modernas, e ora correctorias, ora reformadoras, ora derogatorias, ora abrogatorias, ora restrictivas, e ora ampliativas umas das outras; e principalmente attenta a grandeza do trabalho intellectual necessario para extremar nellas as disposições vigentes das disposições revogadas, e formar daquellas, resumida, e systematicamente colligadas, e convenientemente accomodadas ás presentes circumstancias sociaes e politicas, o compendio, que emprehendêra compôr.

E de feito, MUITO ALTO, MAGNANIMO, E BENEVOLO SENHOR, dado á estampa (no anno de 1851) o primeiro fructo do insano trabalho do abaixo assignado sobre tão arduo e difficil assumpto, a grande extracção, que desde logo principiou a ter o referido compendio, não lisongeou de tal sorte o seu humilde auctor, que lhe impedisse de reconhecer nelle mais tarde, e depois de mais profundo estudo, e mais reflectido exame, não poucos defeitos, lacunas, omissões, e erros scientificos, que exigião novo trabalho, tendente a limar os defeitos, supprir as lacunas e omissões, e corrigir os erros descubertos.

Excitado a esse novo trabalho, não só pelo ardente desejo de bem servir a sua Patria adoptiva, e a VOSSA Magestade Imperial, mas tambem pela agradavel e lisongeira circumstancia de haver sido adoptado o referido compendio para servir de texto ás prelecções do Direito Civil Patrio na Faculdade de Direito da Cidade do Recife pela respectiva Congregação, chegou felizmente o abaixo assignado a concluir o seu dito novo trabalho á tempo de dar á luz, em 1857, uma segunda edição do

mesmo compendio mais correcta e mais augmentada, do que a primeira, quando esta já estava quasi esgotada.

Então, SENHOR, já não falleceo inteiramente ao amante, reverente, e fiel subdito de VOSSA MAGESTADE IMPERIAL, como lhe fallecêra á respeito da primeira edição, o animo preciso para offerecer, dedicar e consagrar a segunda á SAGRADA PESSOA DE VOSSA MAGESTADE IMPERIAL, Que benevolo, como É para com todos os seus subditos, e Indefectivel protector das Sciencias e das Artes, Dignou-Se de Aceitar um exemplar da referida segunda edição, e de Approval-a, na fórma do art. 72 dos Estatutos das Faculdades de Direito do Imperio, e do art. 257 do Regulamento complementar dos mesmos Estatutos, para servir de texto ás preleccões do Direito Civil Patrio na Faculdade de Direito da Cidade do Recife, que já antecedentemente a tinha approvado, como a primeira, para esse mesmo fim.

E pois, MUSTO ALTO, E MAGNANIMO, E BENEVOLO SENHOR, o Seu humilde subdito abaixo assignado, dando agora á estampa a terceira edição, ainda mais correcta, e mais augmentada, do que a segunda (a quaí VOSSA MAGESTADE IMPERIAL tão benevolamente Se Dignára de acolher e proteger); e considerando, que a mesma terceira edição precisa de nova Approvação de VOSSA MAGESTADE IMPERIAL, pela razão das correccões, e augmento, que recebo, comparadamente com a segunda; com o mais profundo respeito, e o mais submisso acatamento a offerece, dedica, e consagra, como offerecêra, dedicára, e consagrára a segunda, á SAGRADA PESSOA DE

VOSSA Magestade Imperial, e submissa e reverentemente Lhe pede a dupla Graça de Se Digna; de acolhê-la e protegê-la, como Se Dignára de acolher e proteger a segunda, e de Lhe conseder ao mesmo tempo a SUA IMPERIAL APPROVAÇÃO para o fim de servir de texto ás prelecções do Direito Cível Patrio (emquanto não apparecer outro livro mais perfeito, e mais digno de tão alto fim), não só na Faculdade de Direito do Recife, cuja Congregação adoptára para o mesmo fim assim a primeira, como a segunda; mas tambem na Faculdade de Direito da Cidade de S. Paulo, ouvida préviamente a respectiva Congregação.

Por essa nova Graça, como pela primeira, o agraciado abaixo assignado rogará incensantemente á Deos, que Proteja, Felicite, e Guarde a SAGRADA PESSOA DE VOSSA Magestade Imperial por largos e afortunados annos, e que Perpetue no Brazil a SUA IMPERIAL DYNASTIA, na fórma do art. 117 da Constituição Politica do Imperio.

De

VOSSA Magestade Imperial

Beija a SAGRADA E BEMFAZEJA MÃO

O SEU muito amante, reverente, e fiel subdito

Lourenço Trigo de Loureiro,

Lente da 1ª Cadeira do 4º anno da Faculdade de Direito da Cidade do Recife.

INTRODUÇÃO

TITULO UNICO

Noções geraes : I. Sobre a Lei, seus elementos essenciaes; e diferentes aspectos, debaixo dos quaes pôde ser considerada : II. Sobre o Direito, e as suas diferentes accepções. III. Sobre as fontes do Direito Civil Patrio. IV. Sobre a interpretação das Leis, e suas regras principaes.

CAPITULO I

Noções geraes sobre a lei, seus elementos essenciaes, e diferentes aspectos, debaixo dos quaes pôde ser considerada.

§ I. O QUE É LEI, SEU FIM PRINCIPAL, E SUAS QUALIDADES, OU CONDIÇÕES.

A lei, em sua accepção geral, é, ou a regra estabelecida pela Authoridade Divina para todo o genero humano, ou a regra estabelecida por cada Authoridade humana para cada Corpo Politico, ou Nação. Uma e outra obriga os homens a fazerem certas cousas, ou lhes prohibe a practica de outras, deixando a seu livre arbitrio algumas outras, que nem lhes manda, nem lhes prohibe que fação ; e assim, ella é ou *preceptiva*, ou *prohibitiva*, ou *facultativa*. A Authoridade humana, de quem dimanão as leis positivas humanas, tambem chamada *Poder magestatico*, *Poder soberano*, *Soberania*, é instituida para garantir por meio de boas leis, e do em-

prego da força collectiva social a segurança de todos os membros da sociedade, e dos direitos individuaes de cada um. Toda a lei positiva humana deve portanto ter por fim principal a segurança, e a conservação do Corpo Politico, a manutenção da Authoridade, que o representa interna, e exteriormente, e o bem geral de todos os membros, de que elle se compõe, bem, que não póde existir sem a segurança individual da pessoa, da liberdade, da propriedade e das familias. Por outro lado, a lei deve ser geral em suas disposições, porque abrange os interesses de todos; *Constituiç. do Imp.* Art. 179. § 2.; e deve tambem ser igual para todos, quer proteja, quer castigue; e não póde ter effeito retroactivo; cit. *Constituiç.* Art. 179 §§ 3 e 13.

§ II. DOS ELEMENTOS ESSENCIAES DA LEI.

São elementos essenciaes da lei : 1.º, a sua *parte dispositiva*, isto é, a expressão da vontade do Legislador : 2.º, a *sancção penal*, isto é, a determinação da pena, em que incorrerá o transgressor : 3.º, a *sancção complementar*, isto é, o acto, que completa, e termina a sua criação, ou modo de ser, dando-lhe o character, força, e poder de lei propriamente dita; *Constituiç.* Art. 62, e Art. 101. § 3. Quando em alguma lei civil não é explicita a sua sancção penal, sempre se subentende ou a nullidade do acto, ou a concessão da *accção judicial*, que compete ao que fôr interessado na observancia da lei contra o transgressor della. A lei portanto, uma vez composta desses tres elementos, é, como dissemos no paragrapho antecedente, a regra estabelecida para as accções dos homens por uma Authoridade, a quem se deve obedecer. A accção, que é conforme com essa regra, diz-se *justa*; e, pelo contrario, diz-se *injusta* a que lhe é opposta, ou contraria.

§ III. DA NECESSIDADE DA PROMULGAÇÃO, E PUBLICAÇÃO DE TODA A LEI NOVA.

Uma vez consentido, ou sancionado pelo Imperador um Decreto, ou Resolução qualquer da Assembléa Geral Legislativa, existe uma nova lei (paragrapho anteced. n. 3): ella porém não é obrigatoria, nem produz algum dos effei-

tos, para que foi estabelecida, senão depois de promulgada, e publicada, a menos que não contenha a clausula—
Desde já.

§ IV. DA PROMULGAÇÃO DAS LEIS.

Intende-se, entre nós, por *promulgação das leis*, o acto solemne, pelo qual o Imperador attesta ao corpo social a existencia, e authoridade da lei decretada pela Assembléa Geral Legislativa, e sancionada por Elle, como primeiro Representante da Nação, e manda ao mesmo tempo a todas as Authoridades, a quem o conhecimento, e execução della pertencer, que a cumprão, e fação cumprir e guardar tão inteiramente, como nella se contém; mandando tambem ao Secretario d'Estado dos Negocios de... (o da Repartição competente) que a faça imprimir, publicar e guardar:—
Constit. Art. 69.

§ V. DA PUBLICAÇÃO DAS LEIS.

Como o primeiro effeito das leis, em geral, consiste em ligarem as consciencias debaixo do jugo das obrigações, que ellas impõem; e como isto não basta a respeito das leis positivas humanas, as quaes seriam quasi sempre postergadas, se não auctorisassem a coacção, para constringer á sua execução aquelles, que por effeito da rebeldia de suas consciencias lhes recusassem voluntaria obediencia; e como emfim é moralmente impossivel dar-se esse duplo effeito, em quanto ellas não poderem ser conhecidas por todos aquelles, a quem obrigão; d'ahi vem a indeclinavel necessidade da sua publicação, a qual consiste em serem postas ao alcance de todos, remettendo-se para esse fim, depois de assignado o respectivo authographo pelo Imperador, referendado pelo Secretario d'Estado dos Negocios, a que pertencer, e sellado com o sello do Imperio, exemplares dellas impressos a todas as Camaras do Imperio, Tribunaes, e mais logares, aonde convenha fazerem-se publicas: *Const. Art. 70*, combinado com o Art. 69.

§ VI. DO PRIMEIRO EFfeito DA PUBLICAÇÃO DAS LEIS.

O primeiro effeito da publicação das leis é obrigarem a

respeito do futuro, não põem a respeito do passado ; porquanto não podem ter effeito retroactivo : *Constit.* Art. 179 § 3. Assim, aquelle, que ao tempo da publicação de uma nova lei já tinha adquirido um direito de conformidade com a legislação até então vigente, não pôde ser privado delle por força da nova lei ; mesmo quando ainda não estivesse na posse, ou quasi posse desse mesmo direito, ou seu objecto ; *Ass.* 1.º de 9 de Abril de 1772. Exceptua-se porém : 1.º, se a nova lei faz expressa menção de algum caso preterito, o que só pôde ter logar, quando a nova lei é mais favoravel, ou menos gravosa, que a precedente ; 2.º, se a nova lei é declaratoria de outra, isto é, se teve por fim fixar a intelligencia desta.

§ VII DO SEGUNDO EFFEITO DA PUBLICAÇÃO DAS LEIS.

O segundo effeito da publicação das leis, é, que ellas, e geralmente todo o Direito escripto, não necessitam de provar-se, e suppõem-se sabidas pelo Juiz : *Ord.* liv. 3. tit. 53 § 7. *Per. e Sous.* I. not. 419. Exceptua-se porém o Direito Singular, como *Posturas Municipaes*, *Privilegios*, *Costume*, ou *Direito Consuetudinario*, ou *Costumeiro* ; porquanto consistem em facto, e todo o facto carece de ser provado por quem se funda nelle : *cit.* *Ord.* e *parag.*, *Silv. ibid.*, *Per. e Sous. cit. not. 419.*

§ VIII. DAS LEIS DEBAIXO DAS SUAS RELAÇÕES COM AS ACÇÕES DOS HOMENS.

As acções do homem podem ser consideradas em relação á Moral, e ao Direito Natural, em relação ao fim, e ordem social, e em relação aos effeitos civis, que as leis sociaes de necessidade lhes devem ligar na vida civil ; e debaixo dessas differentes relações convém saber-se, que nem todas as acções, que são contrarias á Moral ou ao Direito Natural excitão a vindicta das leis civis : os Legisladores da terra, para evitarem males maiores, que muitas vezes se lhes antolhão, deixão muitas vezes ao Supremo Juizo Divino tudo quanto considerão como incapaz de perturbar a ordem social de tal sorte, que seja de mister sujeita-lo ao tribunal dos homens.

§ IX. DAS LEIS CONSIDERADAS EMQUANTO Á NATUREZA DAS SUAS DETERMINAÇÕES.

As leis, consideradas emquanto á natureza das suas determinações, ou são *imperativas*, ou *prohibitivas*, ou *permissivas*. Dizem-se *imperativas*, ou *preceptivas*, aquellas, que impõem a obrigação de obrar por certo e determinado modo, como, v. g., as que prescrevem as solemnidades, com que devem testar os cidadãos, que quizerem usar desse direito, quando lhes competir, de modo que possam ter effeito as disposições de sua ultima vontade. Dizem-se *prohibitivas* aquellas, que prohibem certos actos, como, v. g., a que prohibe aos tutores, emquanto o forem, a aquisição da propriedade de bens dos seus tutelados, por qualquer titulo que seja. Finalmente dizem-se *permissivas*, ou *facultativas*, aquellas que nem mandão, nem prohibem que se fação certas cousas, mas deixão aos particulares a liberdade de obrar, com certa condição, ou sem ella; como, v. g., as que permitem aos pais desherdar seus filhos, e *vice-versa*, com a condição de declararem expressamente a legitima causa, por que o fazem, e de ser esta provada com audiencia do desherdado; ou as que deixão no livre arbitrio de cada um obrigar-se, ou deixar de se obrigar por qualquer contracto. A disposição das Leis preceptivas e prohibitivas não pôde ser derogada por convenções dos cidadãos; a das facultativas porém o pôde ser, salvo nos casos especiaes, em que a ordem publica, ou os bons costumes sejam interessados na sua observancia ¹.

¹ No systema da Legislação estão a cada passo confundidas as leis *preceptivas*, e *prohibitivas* com as facultativas. Assim, a lei que, dadas certas circumstancias, permite testar, é facultativa, porque não obriga a ninguem a testar; mas aquella que testa sujeita-se, assim á lei, que prohibe testar em prejuizo das legitimas dos herdeiros necessarios, sob pena de nullidade na parte, em que forem offendidas, como á lei, que prescreve as solemnidades necessarias para a validade dos testamentos. E neste sentido que se diz, que não se pôde convencionar contra o que a lei manda, ou prohibe; e d'ahi vem, que, não mandando a lei a ninguem, que use da *acção de lesão*, quando fôr lesado, v. g., em algum contracto oneroso, como a compra e venda, contudo a renuncia a essa faculdade é prohibida em todo o contracto oneroso. Applicando este mesmo principio aos direitos, e obrigações, que resultão das leis, costuma-se dizer em jurisprudencia, que ninguem pôde subtrahir-se ás obrigações impostas pelas leis, sem consentimento da parte interessada, ou dispensa da Authoridade, nos casos, em que a dispensa pôde ter lugar; mas que todos podem renunciar aos direitos, que as leis lhes concedem; comtanto que: 1.º, sejam concedidos unicamente em seu favor, e sem expressa

§ X. DA DISTINÇÃO DAS LEIS SEGUNDO AS RELAÇÕES, QUE ELLAS REGULÃO.

As Leis distinguem-se umas das outras segundo as relações, que ellas regulão. Assim, as que regulão as relações das Nações entre si formão o *Direito das Gentes*, também chamado *Direito internacional*; as que regulão as relações dos cidadãos com a sua respectiva nação, ou seu governo, ou que interessão mais ou menos immediatamente á organização social, á ordem publica, á moral, e ao bem geral da sociedade, constituem o *Direito Publico* dessa mesma nação; e as que regulão as relações dos cidadãos uns para com os outros, formão o *Direito Civil*, em sentido menos lato ¹.

§ XI. DAS LEIS EM RELAÇÃO AO SEU OBJECTO IMMEDIATO.

As Leis, consideradas em relação ao objecto, sobre que versão immediatamente, distinguem-se em *reaes* e *pessoaes*. Dizem-se *reaes* aquellas, que dispõem a respeito das cousas, abstrahindo de quem as possui, como, v. g., as que regulão a propriedade, a transmissão dos bens, as servidões, as hypothecas, etc., etc. Dizem-se porém *pessoaes* aquellas, que fixão o estado, e condição das pessoas, como, v. g., as que estatuem sobre o matrimonio, poder paterno, poder marital, filiação, orfandade, maioridade, tutoria, etc. As primeiras obrigão a todos aquelles, que possuem bens de raiz no territorio do Estado, onde ellas regem, ainda que sejam estrangeiros, os quaes, enquanto residirem no paiz, são sujeitos da mesma sorte que os nacionaes, não só a essas leis, mas também ás de policia, e segurança publica, e individual ². As segundas porém, porque se referem imme-

proibição da renuncia : 2.º, que a lei não seja prohibitiva. Assim, se o successor do vinculo tem filho, não pôde renunciar a successão do mesmo vinculo em prejuizo do filho; o pai não pôde renunciar ao poder paterno, nem o marido ao poder marital; porque não lhes forão concedidos unicamente em seu favor. (§§. IX, X, e XI.)

¹ A expressão — *Direito Civil* — toma-se : 1.º, em sentido lato, pela legislação positiva de cada nação, em contraposição ao *Direito Natural* : 2.º pelo *Direito Romano*, também chamado *Commum*, por controposição ao *Direito Canonico* : 3.º, pelo *Direito particular*, no sentido que foi indicado no paragrapho *supra*, por contraposição ao *Direito Publico*, ao *Criminal* e ao *Commercial*.

² Esta distincção das leis serve sobretudo para determinar a quaes estão

diatamente á organização social, e se comprehendem no Direito Publico, somente obrigão os cidadãos da respectiva nação, ainda mesmo em paiz estrangeiro ¹.

§ XII. DAS LEIS EM RELAÇÃO AO ESTADO, E CONDIÇÃO DAS PESSOAS.

As leis que regulão a condição e qualidades civis das pessoas ; as que fixão a maioridade, ou minoridade dellas, e os direitos, de que gozão, ou não gozão em cada um d'esses dois estados ; as que estabelecem o poder paterno, e a auctoridade marital ; as que estabelecem tutores, e curadores, e fixão os seus deveres, e responsabilidade ; as que ligão a tal ou tal idade, e a taes ou taes condições a capacidade facultade de casar, testar, contractar, etc. ; as que determinão as condições da legitimidade dos estados de esposo, e esposa, de marido e mulher, de pai e mãe, e outras muitas de igual natureza, pertencem ao Direito Publico (§§ X e XI) ; porquanto todo isso são cousas, que interessão immediatamente á boa organização social, á ordem publica, á moral, e aos bons costumes, e ao bem geral da sociedade ; e portanto não póde estar no poder de cada um constituir-se em qualquer desses diversos estados, e exercer os direitos, que as leis lhes tem ligado, por simples effeito da sua vontade, ou por convensão particular, sem estar nas condições marcadas pelas leis.

§ XIII. DAS LEIS EM RELAÇÃO AOS EFEITOS JURIDICOS DOS ACTOS CIVIS.

Quando aos effeitos juridicos dos actos civis, que tiverão logar sob o imperio de uma lei, que depois da consummação de taes actos foi substituida por outra, elles não são, nem

sujeitos os estrangeiros, e a quaes não. Muitas porém são difficeis de classificar-se, por exemplo : as que se occupão das successões, das quaes são geralmente reputadas *personas* as que dizem respeito á capacidade, ou incapacidade das pessoas para succederem ; e *reaes* as que regulão as partilhas, collações, pagamento das dividas connexas com a herança, etc.

¹ É assim, que, se um Brasileiro residente em Inglaterra, tendo mulher e filhos no Brasil, testar, deixando todos os seus bens a uma filha, como permitem as leis d'aquelle paiz, o seu testamento é nullo e de nenhum effeito, nessa parte.

no tempo, em que elles se consummarão; porquanto foi com ella que as partes se conformarão, e não com aquella, que podem ser senão os mesmos, que lhes ligava a lei, que regia foi feita depois, e que consequentemente lhes era desconhecida. Taes actos, validos em seu principio, se se acharem em perfeita conformidade com a lei vigente ao tempo da sua consummação, produzirão effeitos juridicos, crearão direitos e obrigações, que só podem ser annullados pelas vias ordinarias, e de conformidade com as leis, que então região o caso; e consequentemente estão fóra do alcance da nova Lei, que estabeleceo outra cousa, ou formalidades differentes; porquanto não é possível dar-se-lhe effeito retroactivo (§ VI).

§ XIV. DA IGNORANCIA SOBRE AS LEIS PATRIAS.

Uma vez publicada a lei, não se desculpa a ignorancia, ou erro sobre as suas disposições; e antes, pelo contrario, assim a ignorancia, como o erro prejudica a quem nelle labora: Decr. de 9 de Sept. de 1747. Muito mais prejudica a ignorancia da Lei patria: 1.º, quando por ella já se perdeu o direito: 2.º, quando se trata, não de evitar damno, mas de adquirir lucro — *de damno vitando, de lucro captando*. — Ha porém pessoas, a quem, ainda tratando-se de lucro, se desculpa a ignorancia da Lei, ou de direito; e taes são os menores, as mulheres, os rusticos, os soldados; L. 9. D., e L. 12. Cod. *de jur. et fact. ignor.* Se fôr porém prohibido pela lei um facto qualquer, até então licito, ou indifferente, esta circumstancia é bastante forte para desculpar a ignorancia da prohibição, e tal a considerou para esse fim, com sobeja razão, o Cod. da Pr. Intr. Arts 16 e 17¹. Quanto á

¹ A regra do Direito Romano, que a ignorancia de direito não aproveita a ninguem, havendo ja sido combattida por Stryckio Us. hodiern. lib. 22 tit. 6, e outros Jurisconsultos, tambem o foi por Mell. liv. 4. tit. 4. § 19, e por Lob. *Seg. Linh.* not. 435, e *Dir. Emphyt.* § 419, os quaes estabelecerão a regra inversa « *que no meio da confusão e desordem da nossa legislação, complicada com as leis romanas e canonicas, em linguas estranhas, devia-se presumir, e a todos devia aproveitar a ignorancia dellas.* » Se a regra do direito romano é dura e incompativel com o estado da nossa legislação, a que se offerece em logar della tem o gravissimo inconveniente de inutilisar a publicação das leis, visto como desculpa em todos a ignorancia de direito. Parece-nos portanto mais acertado, e menos pernicioso limitar a regra do Direito Romano ás leis nacionaes escriptas, e legalmente publicadas, abrandando-lhes ainda mais a dureza com a sabia excepção do Cod. da Pr. nos Artigos acima citados.

ignorancia de facto; esta não prejudica; salvo se fôr muito crassa (*supina*), ou se fôr de facto proprio, claro e perceptivel, e se principalmente se constar de instrumento existente em poder de quem a allega em seu favor; Repertor. III. vb. *Ignorancia*; cit. Decr. de 9 de Setembro de 1747, Heinecc. *Elem. Jur. Civ. secund. Ordin. Pandect.* pt. 3. §§ 55 e 56, e pt. 4. § 146.

CAPITULO II.

Noções geraes sobre o Direito, e suas differentes acceções.

§ XV. NOÇÃO DE DIREITO EM GERAL.

Chama-se geralmente *direito* tudo, que é conforme com uma regra geral, e obrigatoria. Essa regra, ou é *physica*, ou é *moral*, segundo tem o seu principio em uma necessidade *physica*, ou em uma necessidade moral, ou da razão. A sciencia do direito só se occupa das regras, ou leis moraes.

§ XVI. DO DIREITO DEBAIXO DA RELAÇÃO DA LIBERDADE DE OBRAR.

A palavra *direito*, debaixo da relação da liberdade de obrar, toma-se em sentido *objectivo*, e em sentido *subjectivo*. Em sentido *objectivo* exprime as regras, ou leis, que os homens devem observar em suas relações reciprocas como normas de suas acções livres. Se essas leis são de natureza tal, que a solidez e segurança da livre coexistencia dos homens em sociedade civil exige, que a suprema authority social possa constringer os refractarios a obedecer-lhes, e observa-las, então ellas formão o *direito juridico*, por opposição a essas outras leis, que a moral ordena, e cuja observancia não pôde ser imposta por alguma força externa. A conformidade das acções do homem com os principios do direito, resultado da sua livre determinação, chama-se *Justiça*. Em sentido *subjectivo* porém a palavra *direito* significa *faculdade de obrar, poder moral de fazer, ou deixar de fazer alguma cousa, ou de exigir, que outro a faça, ou deixe de fazer*. Neste sentido o direito indica uma relação favoravel, em que um homem se acha para com outro.

§ XVII. DO DIREITO NO SENTIDO OBJECTIVO.

O direito, no sentido objectivo, divide-se, segundo a sua origem, em *natural*, e *positivo*, e este subdivide-se em *positivo divino*, e *positivo humano*. No systema das leis, cujo estudo nos propomos, não se comprehende o direito positivo divino. Por *direito natural* entendemos o complexo das leis, que Deus gravou no coração do homem como derivações immediatas da natureza moral e physica e do fim, para que o creára. Sendo pois as leis naturaes immediatas derivações da natureza moral e physica do homem, e do fim da sua criação, ellas podem ser conhecidas pela simples luz da razão, e produzem, á proporção que o são, o immenso bem de moverem a vontade de cada um a regular as suas acções para com os outros de modo que possam todos coexistir em um estado de paz, de reciproca amizade, e de muitos soccorros, officiosidades, e consolações. O *direito positivo humano* porém é o complexo das leis, por que os homens se regem na sociedade civil. O seu fundamento está na illustrada, e reflectida vontade da nação, que as crêa por intermedio dos seus legitimos Representantes, e as observa como seu direito.

§ XVIII. DAS FONTES PROXIMAS DO DIREITO POSITIVO HUMANO.

O direito positivo de uma nação, considerado em relação ao modo da sua introdução, e ás fontes proximas, donde deriva, repousa, parte sobre as leis expressas do poder soberano do estado, e estas constituem o *direito escripto*, e parte sobre os usos e costumes, os quaes, dadas certas circumstancias, formão o direito não escripto, chamado *consuetudinario*, ou *costumeiro*.

§ XIX. DO DIREITO PUBLICO, E DO DIREITO PRIVADO.

Relativamente ao seu objecto, o direito positivo de um povo, ou nação, divide-se em *direito publico*, e *direito privado*. O *direito publico* é o complexo das leis, que respeitão á organização do corpo politico, aos interesses geraes da sociedade, á segurança e garantias dos direitos individuaes

dos seus membros, e que regulão ao mesmo tempo as relações do poder soberano com os seus subditos. O *direito privado* porém é o complexo das leis, que regulão as relações dos subditos entre si como particulares. O *direito civil* compõe-se, em parte do direito publico, e em parte do direito privado, como se verá nos paragraphos seguintes.

§ XX. DO DIREITO COM RELAÇÃO AO ESTADO CIVIL
E POLITICO DAS PESSOAS.

O estado civil das pessoas compõe-se dos direitos, e obrigações, que resultão geralmente para cada um dos individuos, dos estados capitaes de *cidade, liberdade, e familia*, e particularmente da fixação do domicilio, das relações de consanguinidade, e de afinidade, das qualidades de maior ou menor idade, e de sexo, e das de pai, e mai, filho, marido, mulher, senhor, etc., e das condições de sua legitimidade, além de muitas outras qualidades, e condições semelhantes, que seria longo especificar. O *estado politico* porém compõe-se das qualidades, e condições que por utilidade publica se exigem para o exercicio dos direitos de cidadão activo, chamados *direitos politicos*, como são, v. g., o direito de votar e ser votado para os cargos de eleição popular, e para os de Deputados Geraes, e Provincias, e de Senadores, o de ser nomeado pelo Poder Executivo para o exercicio de funcções politicas, taes como as de Conselheiro d'Estado, Ministro e Secretario d'Estado, Presidente de Provincia, Agente Diplomático, etc.

§ XXI. CONTINUAÇÃO DO MESMO ASSUMPTO.

As leis, que regulão as qualidades e condições necessarias para o exercicio dos direitos annexos ao estado civil e politico pertencem necessariamente ao direito publico; porquanto, se as leis que regulão o estado politico das pessoas influem mais, ou menos directamente no governo do Estado, e no bem geral da sociedade, e são por isso mesmo de summa importancia, as que regulão o estado civil interessão eminentemente á ordem publica, e por isso mesmo não podem, nem aquellas, nem estas, ser derogadas pela simples vontade, ou convenções dos particulares. Assim,

não está na esphera do poder juridico do pai o renunciar á auctoridade, que a lei lhe confere sobre seus filhos durante minoridade destes; porquanto foi em vista e por bem da ordem publica, e do interesse geral, que a lei lh'a conferio. Bem se póde porém renunciar aos interesses que a lei ligou a um ou a outro estado civil, ou politico em proveito particular do sujeito d'elle. Assim o pai, que não póde renunciar ao poder paterno, como dissemos, bem póde renunciar ao usufructo dos bens adventicios de seus filhos menores, que a lei legou com esse poder.

§ XXII. DO DIREITO COM RELAÇÃO AO TERRITORIO DO ESTADO.

No direito deve-se distinguir a sua *força coactiva* da sua *força obrigatoria*. A *força coactiva* não póde jamais estender-se aiém dos limites do territorio do Estado, já porque os agentes internos da authoridade não são a respeito do territorio de qualquer outro Estado senão simples particulares, e simples individuos estrangeiros, já porque, sem a condição da restricção da força coactiva da authoridade a esses justos limites, não haveria soberania, nem independencia nacional. A *força obrigatoria* porém estende-se além desses limites; porquanto as leis concernentes á capacidade, e ao estado civil e politico das pessoas (§§ XX e XXI) obrigão a todos os subditos do mesmo Estado em toda a parte, ainda que residão em paiz estrangeiro.

§ XXIII. DOS COROLLARIOS DESSES PRINCIPIOS.

Dos principios enunciados no paragrapho antecedente seguem-se estes corollarios: 1.º, que os julgamentos proferidos por tribunaes estrangeiros não são executorios no Brasil, a menos que a sua execução não tenha sido anteriormente estipulada em tractado, ou concordata entre os respectivos soberanos; 2.º, que nenhuma confiscação póde ser pronunciada, nenhum imposto, e nenhum outro encargo real póde ser lançado sobre bens immoveis, a menos que não seja pela lei, sob cujo imperio elles estão situados; 3.º, os contractos celebrados em paiz estrangeiro não podem dar hypotheca sobre bens immoveis situados no Brasil.

§ XXIV. DO DIREITO, NO SENTIDO SUBJECTIVO.

Um direito, tomado no *sentido subjectivo*, é a faculdade de fazer, ou deixar de fazer alguma cousa, ou de exigir que outro a faça, ou se abtenha de a fazer (§ XVI). Assim á idéa de direito, tomado neste sentido, corresponde á idéa de obrigação, isto é, a idéa de uma necessidade moral imposta ás nossas acções pela razão; porquanto, assim como um direito qualquer encerra em si um *poder*, ou *faculdade moral*, assim tambem uma obrigação suppõe uma necessidade moral de obrar de conformidadê com esse direito. Direito e obrigação são portanto vocabulos correlativos, isto é, concebido um direito, concebe-se immediatamente uma obrigação, e *vice versa*.

§ XXV. DOS DIREITOS JURIDICOS, OU PERFEITOS, E MENOS JURIDICOS, OU IMPERFEITOS.

Chama-se *direito juridico*, ou *direito perfeito* aquelle, á que corresponde uma obrigação, cujo comprimento póde ser exigido por meio de legitima coacção; ou por outra, aquelle, cujo sujeito (§ XXVI) tem acção para constranger judicialmente ao sujeito (cit. § XXVI) da obrigação, que lhe corresponde, a cumpri-la, como deve (§ XXII). Chama-se porém direito *menos juridico*, ou *imperfeito* aquelle, á que corresponde uma obrigação, que só liga no foro interno, ou da consciencia, ou cujo comprimento não póde ser exigido por meio de legitima coacção. É assim que quem empresta dinheiro a filho-familias, ainda que de maior idade, em regra, não tem acção em tempo algum para o constranger judicialmente a tornar-lh'o; Ord. liv. 4. tit. 50. §. 2. Sem duvida, o direito natural obriga em consciencia o filho-familias, que conhece o que faz, a restituir o dinheiro, que se lhe emprestou; mas o direito civil nega, neste caso especial, a essa obrigação natural a sua sancção pelas considerações referidas na citada Ord. Conclue-se pois de tudo isso, não só que os direitos imperfeitos, e as obrigações, que lhes correspondem, pertencem ao dominio da moral; mas tambem que a legislação, e a jurisprudencia só se occupão dos direitos juridicos, ou perfeitos, e das obrigações, que lhes são correlativas, e perfeitas como elles.

§ XXVI. DO SUJEITO, E DO OBJECTO DO DIREITO, E DA OBRIGAÇÃO.

Toda a especie de direito, e de obrigação refere-se a um sujeito, e a um objecto, que presuppõe. Chama-se *sujeito* assim a pessoa, a quem compete o direito — *sujeito do direito* —, como aquella, a quem compete a obrigação — *sujeito da obrigação*. E chama-se *objecto do direito*, e *objecto da obrigação* a cousa, ou o facto pessoal, sobre que recae o direito, e a obrigação. Os actos, ou acções internas, emquanto não forem manifestados por actos externos, não podem ser objectos de direito, nem de obrigação diante da justiça humana.

§ XXVII. CLASSIFICAÇÃO GERAL DOS DIREITOS CIVIS.

Os direitos civis, que o Estado reconhece, protege, e garante a cada um dos seus membros, são os seguintes:

1.º Os direitos que se referem á sua capacidade civil, isto é, ás suas qualidades pessoaes de homem livre, e cidadão, sem as quaes não se poderia reconhecer em pessoa alguma certos e determinados direitos, os quaes o Estado só concede, e garante a quem as tem.

2.º Os direitos, que, presuppõdo a capacidade civil, prendem-se ás relações de familia.

3.º Os direitos, que se referem aos bens. Os direitos comprehendidos nesta ultima classe subdividem-se em *direitos reaes*, e *direitos pessoaes*. Chama-se *direitos reaes* aquelles, que so prendem de tal sorte ás cousas, que formão o seu objecto, que as acompanhão e seguem, qualquer que seja a pessoa, a cujo dominio e posse ellas venhão a passar; e taes são, v. g., o direito dominical, ou dominio, o direito pignoratício, o direito hypothecario, a servidão, etc.; Ord. liv. 4. tit. 3. pr. Chamão-se porém *direitos pessoaes* aquelles, que tendem a obter uma prestação da parte da pessoa, em que se dá a obrigação correlativa a um ou outro desses direitos; tal é, v. g., o direito do lesado á reparação da lesão resultante de facto alheio, ao qual corresponde da parte do ledente a obrigação de o reparar.

Quando aos direitos, que se referem aos estados de cidade, liberdade, e familia, e aos que se fundão no *jus in re*, isto é, os direitos *reaes*, todos estes chamão-se *absolutos*, no

sentido de corresponder a cada um delles da parte de todos os homens a obrigação de os reconhecerem e respeitarem; pelo contrario, os direitos pessoaes dizem-se *relativos*, porque a obrigação, que lhes corresponde, só affecta a pessoa ou pessoas que a contrahirão, ou seus herdeiros, ou successores; exceptuado, a respeito destes, o caso em que a obrigação é tal, que por effeito da sua mesma natureza, ou de expressa estipulação, expira com a morte da pessoa, que a contrahio.

§ XXVIII. DA CLASSIFICAÇÃO DAS OBRIGAÇÕES.

Toda a obrigação juridica tem por correlativo um direito juridico, e é ou *geral negativa*, ou *particular positiva*. A primeira compete a todos os homens em geral a respeito daquelle, em quem se dá o direito, que lhe corresponde, e cuja garantia ella é, porquanto consiste em que todos os homens devem abster-se de o perturbar no livre exercicio e pleno gozo do seu direito. A segunda porém só compete à pessoa, que a contrahio por seu proprio facto, e aos seus herdeiros, ou successores. A primeira corresponde a um direito absoluto, e a segunda a um direito relativo (*paragrapho antecedente*).

CAPITULO III

Noções Gerais sobre as fontes do Direito Civil Patrio.

§ XXIX. DA CLASSIFICAÇÃO DAS FONTES DO DIREITO CIVIL PATRIO.

Como a legislação civil, por que o Brasil ainda se rege, seja, além da desordenada, sem systema, e sem nexos, e omissa, ou defeituosa em uma infinidade de assumptos da sciencia legislativa, convém indicar as fontes a que devemos recorrer, emquanto não tivermos um Codigo Civil, que nos dispense da necessidade de recorrermos a fontes estranhas. Essas fontes podem ser reduzidas a duas classes, comprehendendo-se na primeira as que tem fôrça de lei, e na segunda as subsidiarias.

§ XXX. DAS FONTES, QUE TEM FORÇA DE LEI.

As fontes do direito civil, que tem fôrça de lei no Brasil, além da sua Constituição Política, são as seguintes :

1.ª As Ordenações, Leis, Regimentos, Alvarás, Decretos, e Resoluções, que forão promulgados pelos Reis Portuguezes, e pelos os quaes o Brasil se governava até o dia 25 de Abril de 1821, em que o Senhor D. João VI se retirou para Portugal.

2.ª Todas as Leis, Alvarás, Decretos, e Resoluções, que dessa epocha em vante forão promulgadas pelo Senhor D. Pedro de Alcantara, como Regente do Brasil, emquanto Reino unido a Portugal, e como Imperador Constitucional e Desensor Perpetuo do Brasil, desde que este se erigio em Imperio, na parte em que não tiverem sido revogadas.

3.ª Todos os Decretos publicados pelas Côrtes Portuguezas, que vem especificados na tabella annexa á Lei Patria, que as mandou observar, de 20 de Outubro de 1823.

4.ª Todas as demais Leis, Decretos, e Resoluções, que tem sido promulgados no Brasil daquella data por diante. Daremos de cada um desses actos legislativos summaria explicação.

§ XXXI. DAS ORDENAÇÕES.

As Ordenações actuaes, vulgarmente chamadas — Philipinas, — comprehendem a legislação compilada na minoridade d'El-Rei D. Affonso V no seculo XV, reformada por D. Manoel nos principios do seculos XVI, ainda outra vez reformada por D. Philippe II de Hespanha, e III de Portugal, e publicada por D. Philippe III em 1603, e finalmente revalidada, depois da expulsão dos Philippes, por El-Rei D. João IV, por sua Lei de 29 de Janeiro de 1643, a qual declarou revogadas todas as anteriores á sua publicação, com excepção das que se achavão lançadas em um livro especial da Casa da Supplicação, as Ordenações da Fazenda, e Sizas, os Foraes e alguns Regimentos especiaes. A parte dellas, respectiva ao direito civil, acha-se quasi toda no livro 4.º, ainda que sem systema, sem ordem, sem nexo, e muito incompletamente.

§ XXXII. DAS LEIS EXTRAVAGANTES.

As *Leis Extravagantes* constituem toda a legislação posterior ás Ordenações, a qual consta :

I. De *Leis* propriamente ditas, de *Cartas de Leis*, e *Cartas Patentes*, por meio das quaes se expedião antigamente todas as providencias, que devião ter effeito permanente por mais de um anno. Começavão pelo nome do Rei com todos os seus titulos; erão referendados pelo Secretario d'Estado, assignadas pelo Rei com *guarda*, e publicadas na Chancellaria Mór do Reino; Ord. liv. 2, tit. 40. As *Leis* propriamente ditas, no systema monarchico hereditario constitucional representativo, que felizmente nos rege, começam desta sorte: — *Nós Dom (N) por Graça de Deos e Unanime Acclamação dos Povos, Imperador Constitucional, e Defensor Perpetuo do Brasil: Fazemos saber a todos os Nossos subditos, que a Assembléa Geral decretou, e Nós Queremos a Lei seguinte.* —

§ XXXIII. DOS REGIMENTOS.

II. Os *Regimentos*, ou Alvarás de Regimentos começavão: — *Eu El-Rei Faço saber aos que este Regimento virem que etc.* —, e tinham por objecto e fim estabelecer, e regular as funcções, attribuições, direitos, e obrigações de algum empregado, ou de alguma Estacção Publica. Erão assignados pelo Rei, e não passavão pela Chancellaria.

§ XXXIV. DOS ALVARÁS.

III. Os *Alvarás* começavão: — *Eu El-Rei Faço saber, etc.* —, e erão assignados pelo Rei, e Secretario d'Estado, e devião, como as *Leis*, ser publicados na Chancellaria Mór do Reino. Expediã-se por meio delles aquellas providencias, cujo effeito não devia durar mais de um anno; salvo, quando continhão mercês; cit. Ord. liv. 2, tit. 40. A referida limitação da sua duração porém raras vezes se observava, ou porque no contexto do mesmo Alvará se revogava a Ord., ou por ser principio corrente, que todas as providencias legislativas, que não contém expressa limitação de tempos certos, durão emquanto não forem revo-

gadas. No systema actual começão assim : — *Eu o Imperador Constitucional e Defensor Perpetuo do Brasil Faço saber, etc.*

§ XXXV. DAS CARTAS REGIAS, E DOS DECRETOS.

IV. As *Cartas Regias* começãõ : — *Eu El-Rei vos envio muito saudar* — ; e erãõ dirigidas a certas authoridades, que gozãõ dessa prerogativa. Nem sempre, mas muitas vezes continhão providencias legislativas. Não erãõ publicadas na Chancellaria, nem tambem as especies, que abaixo se seguem. Quanto ao Decretos, estes começãõ directamente pela exposiçãõ das providencias, que ordenãõ, sendo que a determinaçãõ dellas era precedida do proposiçãõ — *Hei por bem* —. Assignados com a rubrica do Rei, erãõ remettidos á authoridade, a quem competia executalos. Hoje, em regra, não contém medidas legislativas.

§ XXXVI. DAS RESOLUÇÕES.

V. As *Resoluções* erãõ actos de confirmação, ou approvação, que o Rei dava ás propostas, consultas, e pareceres dos Tribunaes, ordinariamente por meio de uma simples cota lançada á margem da mesma consulta. Hoje costumãõ ser resolvidas por Decreto, Aviso, ou Portaria.

§ XXXVII. DAS FONTES SUBSIDIARIAS.

VI. As *fontes subsidiarias* do Direito Civil Patrio são : 1.º, os Assentos da Casa da Supplicação, que forãõ expressamente confirmados pelo Soberano, porque os que o forãõ entrarãõ na classe das leis em geral : 2.º, os usos, ou costumes : 3.º, o Direito Romano : 4.º, as opiniões dos Jurisconsultos, e os Arestos : 5.º, as leis das nações cultas e civilizadas, e principalmente sendo christãs.

§ XXXVIII. DOS ASSENTOS DA CASA DA SUPPLICAÇÃO.

VII. Os *Assentos da Casa da Supplicação*, quando erãõ confirmados pelo Rei, taes como, v. g., o Assento 5.º de 9 de Abril de 1772, que foi confirmado pelo Alv. de 29 de

Agosto de 1776, ficavão tendo força da lei. Os demais merecião, sem duvida, mui grande authoridade ; mas não tanta, como as leis ; e é por issa que os incluimos na classe das fontes subsidiarias ; e tanto mais, que elles não erão outro cousa senão soluções, ou decisões de duvidas, que os Ministros, Tribunaes, e Advogados encontravão na intelligencia, ou applicação das leis, como se vê da Ord. liv. 1, tit. 5, § 5, e Lei de 18 de Agosto de 1769, § 4.

§ XXXIX. DOS USOS, E COSTUMES.

VIII. Os *usos, e costumes* fazem lei, quando são conformes á boa razão, e tem sido observados por mais de cem annos ; Lei de 18 de Agosto de 1769 § 14 ; e até em muitos casos podião prevalecer contra lei escripta, e antiqua-la, quando erão mais razoaveis, e de maior utilidade publica, do que a mesma lei ; e disto cita muitos exemplos Borg. Carn., *Introd.* § 15, n.º 11, e sua nota.

§ XL. DO DIREITO ROMANO.

IX. O *Direito Romano* constitue entre nós a mais copiosa fonte subsidiaria da nossa jurisprudencia civil, já porque as Ordenações expressamente o mandão observar em muitos casos, já porque a citada Lei de 18 de Agosto de 1769 o declarou subsidiario do direito patrio nos casos omissos nelle, ou incompletamente providenciados, uma vez que, na especie sujeita, elle seja conforme á boa razão, ou direito natural, e não se basêe em motivos supersticiosos, e peculiares ao povo romano, ou em costumes, maximas, ou principios regeitados pela civilização moderna.

§ XLI. DAS OPINIÕES DOS JURISCONSULTOS, E ARESTOS.

X. Na infinita multiplicidade, complicação, e deficiencia da legislação patria em materia de Direito Civil, é forçoso recorreremos muitas vezes aos escritos dos Jurisconsultos, antigos, e modernos, não só porque se encontra nelles a tradição successiva das decisões dos casos omissos, ou incompletamente providenciados nas leis patrias, e se descobre por elles o verdadeiro sentido, e intelligencia das leis

ambiguas, ou escuras ; mas tambem porque nos servem de pharol para chegarmos ao conhecimento da razão, e espirito dellas, e conseguirmos conciliar e harmonisar aquellas, que á principio nos pareceo contradizerem-se reciprocamente. A mesma cousa se póde dizer dos Arestos, ainda que destes pouco uso se póde fazer, por falta de colleccão delles, achando-se apenas dispersos em uma, ou outra obra de alguns Praxistas, como Mendes a Castro, e outros.

§ XLII. DAS LEIS DAS NAÇÕES MODERNAS.

XI. Finalmente as Leis, e Codigos mais accreditados das nações modernas, tambem nos servem de fontes subsidiarias do Direito Civil, já como objecto, ou termo de comparação entre ellas, e o Direito Romano, para escolhermos o melhor, já como meios subsidiarios, e suppletorios das lacunas das leis patrias, nos casos, em que ellas merecem a preferencia sobre o Direito Romano.

CAPITULO IV

Noções geraes sobre a interpretação das Leis, e suas regras principaes.

§ XLIII. NOÇÕES DA INTERPRETAÇÃO, EM GERAL, E DA AUTHENTICA E DOUTRINAL.

Interpretar é investigar o verdadeiro sentido de uma lei escura, ou ambigua, deduzindo-o simultaneamente das suas palavras, da sua razão, e espirito, e do fim, que ella teve em vista, uma vez que a sua razão e espirito, e o seu fim harmonisem e concordem com a significação obvia e natural das suas mesmas palavras ; argum. da Lei de 9 de Setembro de 1769 § 11, Lei de 3 de Agosto de 1770 § 18, e Assent. de 23 de Novembro de 1769. Esta explicação, e as regras especiaes da interpretação das leis, que adiante se seguem, referem-se á interpretação *doutrinal* ; porque a *authentica* compete ao Legislador, e consequentemente tem como regra a sua razão soberana, e, uma vez promulgada, tem autoridade e força de lei ; Const. Art. 15, § 8. A *doutrinal*, a qual, como genero, comprehende varias especies,

compete a qualquer particular, e principalmente ao Jurisconsulto; e por isso mesmo só tem a autoridade, que merecerem as razões, em que se fundar. Se, em lugar de argumentos, ella fôr deduzida da pratica, ou uso, então ella é *usual*.

§ XLIV. DA INTERPRETAÇÃO CONSIDERADA EM RELAÇÃO AO SEU OBJECTO.

A interpretação, considerada em relação ao seu objecto, divide-se em *grammatical* e *logica*, segundo a lei, que se quer interpretar, é encarada debaixo de sua fórmula sensível, ou material, ou debaixo da relação do seu espirito, razão, e scopo, ou fim. Usa-se da interpretação *grammatical* ou *litteral*, quando a duvida, ou difficuldade versa sobre a intelligencia das palavras da lei, cujo sentido ella investiga de conformidade com a propriedade das mesmas palavras, e com o uso de fallar. E usa-se de interpretação *logica*, quando a difficuldade versa sobre o conceito da mesma lei. Esta deduz da mesma lei escripta, por meio do raciocinio, o que não está escripto nella, mas se contém no seu espirito, e na razão, que a dictou.

§ XLV. DA INTERPRETAÇÃO GRAMMATICAL.

Como a interpretação *grammatical*, ou *litteral*, explica o sentido das palavras da lei segundo a propriedade das mesmas palavras e uso de fallar (paragrapho antecedente); é visto que incumbe ao interprete conhecer não só as varias significações, que as palavras da lei têm ao tempo, em que ella foi feita, e a historia da lingua; mas tambem a origem, o progresso, e a historia da jurisprudencia portugueza, e brasileira.

§ XLVI. DA INTERPRETAÇÃO LOGICA.

A interpretação *logica* deduz da lei escripta, por meio do raciocinio, o que não está escripto nella, mas se contém no seu espirito, e na razão, que a dictou (§ XLIV): ella portanto occupa-se principalmente de descobrir a razão e o espirito da lei pelo emprego de certos principios, como são:

1.º, a analogia, e os lugares parallellos: 2.º, o genio do seculo, e do Legislador: 3.º, os costumes antigos, e em voga ao tempo da confecção da lei: 4.º, as causas, que derão occasião á lei: 5.º, o direito natural, a historia e antiguidades lusitanas, e brasileiras. É pois de absoluta necessidade o conhecimento desses principios; porque sem elle muito difficilmente, e muito raras vezes poderá o interprete, juntando a interpretação logica e grammatical, chegar a des-cubrir o verdadeiro sentido das leis escuras, ou ambigvas.

§ XLVII. DA INTERPRETAÇÃO CONSIDERADA EM RELAÇÃO AO SEU FIM.

A interpretação, considerada em relação ao seu fim, ou é *declarativa*, ou *extensiva*, ou *restrictiva*. Diz-se *declarativa*, quando se pretende unicamente fixar, ou explicar o verdadeiro sentido do texto escuro, ou ambiguo. É *extensiva*, ou *ampliativa*, quando se acha, que na disposição da lei comprehendem-se mais casos, do que parecia á primeira vista; e é *restrictiva*, quando se restringe, ou se limita a disposição da lei aos casos expressos nella.

§ XLVIII. DA INTERPRETAÇÃO USUAL.

O uso, ou costume é optimo interprete, relativamente ás leis antigas, como discretamente já o disse Callistrato na L. 37 D. *de legib*. Com effeito, quando uma lei tem sido entendida e executada por uma só e mesma fórma, ou modo, por tanto tempo, quanto é necessario para constituir uso, ou costume geral, ha toda a razão para se crer, que a intelligencia, que se lhe tem dado, é a verdadeira. Segundo a Lei de 18 de Agosto de 1769, o uso, ou costume adquire força de lei, quando, sendo antigo e diuturno, funda-se no direito natural, ou em boa razão, e não se oppõe a alguma lei vigente, e principalmente se tem sido observado inalteravelmente por espaço de cem annos. Convém portanto ao Jurisconsulto, na interpretação de um texto escuro, ou ambiguo de uma lei qualquer, consultar o uso, ou costume.

§ XLIX. DAS REGRAS GERAES DA INTERPRETAÇÃO DAS LEIS.

Para se proceder com segurança e acerto na operação de

interpretar, á qual é muitas vezes necessario recorrer-se, quér se tracte de entender, quér de applicar as leis patrias aos differentes casos, ou circumstancias occurrentes, devem-se observar as regras geraes da hermeneutica geral, ou common a todas as especies de escriptos, que se costumão ensinar na logica. Mas, além dessas ha outras especiaes para a jurisprudencia ; e taes são, entre algumas outras de menos importancia, as que vamos indicar nos paragraphos seguintes.

§ L. DAS REGRAS ESPECIAES DA HERMENEUTICA JURIDICA.

Na interpretação das leis patrias, depois de verificado que o texto dellas está correcto, e não interpolado, ou viciado, o que muito importa saber-se, sob pena de errar na interpretação, no caso de haver erro, ou vicio no texto ; convém observar as seguintes regras :

1.ª As leis patrias devem, não só ser interpretadas, mas também executadas de conformida com o seu sentido literal ; isto é, de conformidade com a significação obvia e natural das suas palavras (§ XLIII), sem as ampliações, que as respectivas materias tiverem no Direito Romano, reprovada a falsa regra « *que as leis patrias se devem restringir, quando são correctorias do direito romano, e devem receber todas as suas ampliações, e restricções, quando são conformes com elle.* » Exceptuão-se porém as ampliações e restricções, que naturalmente se comprehenderem no espirito das leis patrias, ou que se fundarem em boa razão ; Lei de 18 de Agosto de 1769, §§ 10, e 11. D'ahi porém não se deve concluir, que na interpretação de uma lei qualquer devamos olhar sómente á letra della, ou ás suas palavras.

§ LI. CONTINUAÇÃO DAS REGRAS ESPECIAES.

2.ª Deve-se sobretudo buscar conhecer, e ter sempre diante dos olhos depois de conhecida, a genuina intenção do Legislador, ou, o que importa a mesma cousa, o verdadeiro espirito da lei, o qual se resume no complexo de todas as determinações individuaes, em que o Legislador concebeo a lei, e quiz que ella obrigasse, e do fim, e razão, que o moverão a estabelecê-la ; *Estat. da Univ. de Coimb.* liv. 2,

tit. 6, cap. 6, § 19¹. Convém portanto comparar umas com as outras as varias disposições da lei, que se tracta de interpretar; porquanto pela intelligencia de umas, ajudada da consideração da necessidade da harmonia e tendência de todas para o fim da lei, chega-se ao conhecimento do verdadeiro sentido das outras.

§ LII. CONTINUAÇÃO DAS REGRAS ESPECIAES.

3.^a Toda a vez que, comparada a significação obvia e natural das palavras da lei com a sua razão, e seu fim, e espirito, se achar que coincidem entre si; é visto que se tem achado o verdadeiro sentido da lei, e temos então a interpretação declarativa; Lei de 6 de Junho de 1755, e de 18 de Agosto de 1769. § 11.

4.^a Toda vez que a significação das palavras da lei for mais ampla, do que a sua razão, e seu fim, então convém restringir-lhes a significação ao caso, e fim da mesma lei; e então dá-se a interpretação restrictiva.

5.^a Toda a vez que, pelo contrario, a significação das palavras da lei é mais restricta, ou menos ampla, do que a sua razão, e seu fim, então ampla-se a significação d'aquellas aos casos semelhantes aos expressos na mesma lei; e então dá-se a interpretação extensiva, ou ampliativa.

6.^a Só devemos apartar-nos do sentido litteral da lei, quando se seguir visível absurdo, ou contradicção, ou constar claramente, que outra foi a intenção do Legislador.

7.^a Para podermos apartar-nos do sentido litteral é de mister, que haja razão sufficiente para podermos presumir, que o Legislador, no caso sujeito, teria disposto outra cousa; L. 12. D. *qui et a quib.*, e argum. da L. 46 D., *de hered. inst.*

§ LIII. CONTINUAÇÃO DAS MESMAS REGRAS ESPECIAES.

8.^a A praxe, e estilo de julgar, os Arestos, e a pratica

¹ Esta razão encontra-se, ordinariamente, no contexto, ou no preambulo das nossas leis antigas, ainda em vigor entre nós; não porém assim nas que tem sido feitas pela Assembléa Geral Legislativa. Quando a estas, deve-se buscar a sua razão, e o seu espirito nas discussões, que houve em cada uma das duas camaras na occasião da sua confecção.

geral são o melhor interprete da lei ; Assent. de 23 de Março de 1786, e de 10 de Junho de 1817.

9.ª Os textos da mesma lei devem-se intender uns pelos outros porquanto pelos antecedentes e subsequentes paten-têa-se o seu espirito ; argum. do Alv. de 18 de Fevereiro de 1766, e da Lei de 4 de Julho de 1768, e Lei de 14 de Dezembro de 1770.

10.ª Convém também comparar a lei, cuja intelligencia se busca, com aquellas, que lhe forem analogas, ou parallellas ; porquanto por umas descobre-se o verdadeiro sentido das outras ; argument. da cit. Lei de 4 de Junho de 1768, e de 14 de Dezembro de 1774.

11.ª Os diversos textos de uma só e mesma lei devem-se intender e harmonisar uns com os outros de sorte, que não se contradigão reciprocamente ; porquanto a contradicção e incompatibilidade entre uns e outros não se podem admittir, sem se fazer injuria ao Legislador, em uma só e mesma lei, a menos que não sejam uns excepções dos outros, assim como também não se podem admittir em duas ou mais leis, a menos que uma destas não seja derogatoria da outra ; argum. da Lei de 3 de Agosto de 1770, § 11, e Lei de 15 de Dezembro de 1774.

§ LIV. CONTINUAÇÃO DAS MESMAS REGRAS ESPECIAES.

12.ª A lei ampliativa, e a lei declarativa de outra devem-se intender de conformidade com a letra e espirito desta, e de sua razão de dispor ; Assent. 1.º de 29 de Março de 1770.

13.ª Onde se dá a mesma razão, dá-se a mesma disposição ; por outra ; a lei deve reger em todos os casos semelhantes, se o contrario não se colligir della evidentemente ; o que val o mesmo, que dizer-se :— *os casos omissos na letra da lei comprehendem-se na sua disposição, se a respeito de cada um delles militar igual, ou maior razão*— ; argum. da Carta Regia de 21 de Outubro de 1757, e Lei de 24 de Outubro de 1764, § 1.

14.ª As leis, que tendem a maior proveito do Estado, intendem-se extensivamente ; argum. do Assent. de 4 de Março de 1786 ; ás leis *exorbitantes* porém, isto é, que se affastão das regras ordinarias, não se devem ampliar.

§ LV. CONTINUAÇÃO DAS MESMAS REGRAS ESPECIAES.

15.^a As leis devem ser interpretadas no sentido compatível com a equidade natural; esta porém deve ser regulada segundo a natureza, gravidade, e importancia do negocio, ou cousa, de que se tractar, segundo as circumstancias das pessoas, e dos logares, segundo o estado da civilisação do paiz, e segundo o genio e indole dos seus habitantes.

16.^a Se a disposição da lei porém é clara e terminante, ainda que pareça opposta á equidade natural; ou se o Legislador se propoz um fim de maior utilidade publica, o qual seria difficultado pela equidade; então, em cada um destes casos, e outros semelhantes, deve-se observar á risca a disposição da lei ¹.

17.^a Quando a lei auctorisa um fim, auctorisa os meios necessarios para se conseguir, contanto que sejam justos e honestos ².

§ LVI. CONTINUAÇÃO DAS MESMAS REGRAS ESPECIAES.

18.^a Não se presumem nas leis palavras superfluas, ou ociosas. Deve-se portanto attender a todas ellas, para se achar o verdadeiro sentido da lei escura ³.

19.^a Onde a lei não distingue, a ninguem é licito distinguir; argum. do Assent. de 23 de Julho de 1811, Alv.

¹ É assim que, ainda que a vontade do testador seja provada evidentemente, em caso, em que não se observou alguma das solemnidades essenciaes do testamento, nem por isso subsiste o testamento. É tambem assim: que, ainda que pela equidade dos contractos onerosos se deveria indemnizar toda a lesão, que resultasse delles para um dos contractantes, contudo para não se augmentarem as demandas por interesses inferiores aos prejuizos, que ellas sempre trazem ás partes litigantes, e para dar estabilidade ás transacções, e á propriedade, as leis não dão acção, senão para a indemnisação da lesão enorme, e enormissima.

² É por esse principio que, ainda que seja prohibido aos menores contractar, contudo, como se lhes permite casar, é consequencia necessaria auctorisa-los para os pactos antenupciacs; embora se exija o consentimento de seus pais, ou tutores.

³ É por esse principio, e por força da significação das palavras — *porque neste caso queremos* —, expressas na Ord. liv. 4, tit. 31, § 11, que os melhores interpretes intendem ser restricto ao caso das soldadas o que dispoz a citada Ord. a respeito do legado deixado ao criado.

de 22 de Dezembro de 1774. § 17, e de 25 de Janeiro de 1777.

20.ª Aproveita muito consultar as leis anteriores, que forem parallellas, ou analogas ás posteriores, quér para se achar o verdadeiro sentido destas, quér para bem se conhecer os precisos termos, e a exacta extensão, em que estas derogarão aquellas.

21.ª Póde-se argumentar com a analogia, ou identidade da razão da disposição de uma lei para a intelligencia de outra ; é porém necessario, que a razão seja precisamente a mesma ; porquanto, se o não fôr, a interpretação é sujeita a erro ¹.

§ LVII. CONTINUAÇÃO DAS MESMAS REGRAS ESPECIAES.

22.ª A lei nunca se presume autorisar o dolo, nem permittir a cavillação ; L. 1.ª D. de dol ².

23.ª Quando se acharem duas leis contradictorias uma da outra, incumbe ao interprete examinar escrupulosamente as differentes especies, em que poderá verificar-se cada uma dellas. Se as não poder conciliar por esse modo, deve ainda examinar com igual escrupulo se uma dellas contém excepções da outra ; e se nem assim as poder conciliar, então a regra a seguir-se é, que a posterior revogou a anterior.

24.ª Não é da intenção do Legislador, que a lei se intenda, e se execute por modo mais oneroso aos subditos, do que é necessario para se conseguir o fim della ; argum. do Alv. de 15 de Julho de 1775.

¹ É assim que a Ord. liv. 4, tit. 91, §§ 2 e 4, onde impõe ao binubo (pai ou mãe) a obrigação de conservar para os filhos de seu primeiro matrimonio os bens que herdou *ab intestato* de filho ou filha do mesmo matrimonio, e que esse filho ou filha houvera de seu pai ou mãe, ou de outro seu ascendente, se pôde concluir a mesma cousa a respeito dos filhos do segundo matrimonio.

² É assim que, quando a lei prohibe deixar legados a certas pessoas, se intende prohibir igualmente deixa-los a interpostas pessoas, para estas os fazerem passar áquellas.

INSTITUIÇÕES

DE

DIREITO CIVIL BRASILEIRO

LIVRO I.

Do Direito em relação ás pessoas.

TITULO I.

Do Direito, em seu sentido objectivo ; e das pessoas consideradas em relação a sua natureza, e aos seus differentes estados ; e particularmente ao de liberdade.

§ 1. DO DIREITO, NO SEU SENTIDO OBJECTIVO.

O Direito, tomado no seu sentido objectivo (*Introd.* § XVII), ou se refere ás pessoas, ou ás cousas, ou ás acções ; porquanto todos os direitos, de que os homens gozão na sociedade civil ; e por consequencia todas as obrigações correlativas a esses mesmos direitos, dimanão immediatamente, ou de qualidades, condições. e circumstancias, que formão a sua personalidade, e o seu estado ; ou da natureza, e propriedade das cousas, que constituem o objecto dos seus direitos ; ou enfim de acções, ou actos, licitos, ou illicitos (*Introd.* §§ X e seguintes). É assim, que, do estado matrimonial resultão immediatamente para aquelles que entrarão nelle, direito e obrigações, que antes não tinham : é assim, que, da natureza e propriedade das cousas uteis, que se tornão objecto do nosso dominio, nascem immediatamente direitos e obrigações, que antes não existião : é finalmente assim, que do acto licito, v. g., da compra e venda, resultão immediatamente direitos e obrigações, que

anteriormente não existião. Esta distribuição geral dos direitos foi adoptada e seguida nas Institutas de Justiniano; e sem duvida nós a temos por muito boa, embora outros não pensem assim.

§ 2. DAS PESSOAS, CONSIDERADAS EM RELAÇÃO Á SUA NATUREZA.

A palavra *pessoa*, em phraseologia juridica, não exprime somente, como em linguagem vulgar, a idéa do ser chamado *homem*; porquanto em Jurisprudencia chama-se *pessoa* todo o ser capaz de adquirir direitos, e contrahir obrigações, quer elle seja um ser (animado) *singular*, ou *individual*, v. g., o *homem Pedro*, quer seja um ser *collectivo*, ou composto de muitos seres singulares (animados, e da mesma natureza), como, v. g., *Povo, Municipalidade, Cabido, Corporação Religiosa, etc.*; quer seja, emfim, um ser puramente *abstracto*, ou *ideal*, como, v. g., *Estado, Igreja, Fazenda Publica, etc.*; cousas estas, que com muitas outras semelhantes, tem sido personificadas pelas leis, para o fim de lhes communicarem a capacidade de adquirirem direitos, e contrahirem obrigações. No primeiro caso temos pois uma pessoa propriamente dita, um individuo, um ser, que existe naturalmente, e que tem existencia visivel, a que se tem chamado *pessoa physica*, ou *pessoa natural*, para distincção das outras especies de pessoas. No segundo caso temos uma pessoa *collectiva*, que não existe naturalmente, mas que é composta de maior ou menor numero de seres animados, que existem naturalmente, e que tem existencia visivel, pelo que se lhe tem chamado *pessoa moral*, ou *juridica*; e tambem se lhe póde chamar *pessoa ideal*, por não existir por natureza. Finalmente no terceiro caso temos uma pessoa absolutamente ideal, porque não existe naturalmente, e não tem uma existencia animada e visivel, como o homem.

§ 3. DAS PESSOAS CONSIDERADAS EM RELAÇÃO AO SEU ESTADO.

Um só e mesmo homem, considerado em relação ao papel, ou character, que representa na scena juridica, isto é, considerado em relação aos diversos estados, condições, qualidades, ou posições, em que se póde achar collocado na sociedade civil, e em razão dos quaes a lei lhe confere certos

e determinados direitos, e certas e determinadas obrigações, distinctos dos que se dão em homens collocados em estados, ou condições diferentes, póde representar simultaneamente muitos papeis, ou pessoas diferentes, e consequentemente achar-se investido de direitos, e obrigações diferentes entre si, correspondentes ás diferentes pessoas representadas por elle, como succede, v. g., naquelle, que é ao mesmo tempo marido, pai, filho, mestre, procurador, etc., etc.

§ 4. DOS ELEMENTOS, OU FONTES ORIGINAES DOS DIVERSOS ESTADOS.

Todos os estados, de que fallamos no paragrapho antecedente, e mais largamente na Introducção §§ X e seguintes, derivão de um ou outro dos tres estados principaes, de *liberdade*, *cidade* e *familia*, os quaes reunidos na mesma pessoa formão para ella o que no systema juridico dos romanos se chamava *caput*, isto é, fonte original de todos os direitos, e de todas as obrigações sociaes, em cuja fruição e observancia consiste a perfeita vida social.

§ 5. DOS DIREITOS ABSOLUTOS.

Os direitos essencialmente connexos com cada um dos tres estados capitaes referidos no paragrapho antecedente, chamão-se *absolutos*, no sentido de lhes corresponder da parte de todos os homens a mais rigorosa obrigação de os reconhecerem, e respeitarem, abstendo-se de todos os actos, que possam empecer ou prejudicar ao sujeito dos mesmos direitos no livre exercicio, e pleno gozo delles. O mesmo se diz a respeito dos *direitos reaes* (Introd. § XXVII). Já dissemos na citada Introducção a respeito dos direitos e obrigações civis em geral, e dos direitos e obrigações *reaes* e *pessoaes*, quanto cabe em um compendio; resta porém observar que os direitos e obrigações *reaes* e os *pessoaes*, são os que mais frequente uso tem assim na vida civil, como na sciencia do direito, e na sua applicação aos diversos casos occurrentes.

§ 6. OS HOMENS DIFFEREM EM DIREITOS SEGUNDO SEU ESTADO.

Todo o homem é capaz de direitos; e portanto todo o

homem é *pessoa* por sua mesma natureza, e fim para si mesmo (paragrapho antecedente). No estado social porém os direitos dos homens varião segundo o estado e posição, em que os homens se achão collocados; porquanto o estado civil differe muito do estado natural. Neste os homens são iguaes em direitos; naquelle não; porquanto, ainda que as leis sociaes, quando protegem, ou castigão, devão e possão ser iguaes para todos, sem outra differença, que não seja o merecimento de cada um, segundo seus talentos e virtudes, essa mesma differença crêa e firma diversidade de direitos. D'ahi vem que em Jurisprudencia os homens dividem-se (deixando outras divisões, que não são do nosso assumpto) em *livres e escravos*; *cidadãos e estrangeiros*; *pais-familias e filhos-familias*.

§ 7. DOS HOMENS LIVRES.

Dizem-se *livres* as pessoas, que não estão em injusta sujeição, ou dominio de outras, como estão os escravos: e dividem-se as pessoas livres em *ingenuos* e *libertos*. Chamão-se *ingenuos* não só as pessoas que nascerão de pai e mãe livre, ou só de mãe livre, ainda que o pai fosse escravo; mas também os que nascerão de mãe escrava, se esta era livre ao tempo da concepção, ou do parto, ou se o foi em alguma parte do tempo da gestação, ainda que momentaneamente; *Inst. de ingen.*, L. 5 §§ 2 e 3. *D. de stat. homin.* Chama-se porém *liberto* aquelle, que, sendo escravo, foi manumittido ou restituído á liberdade natural¹.

¹ Aqui tem lugar notarmos que entre os romanos o escravo manumittido era chamado *libertino*, quando era considerado com relação ao estado, em que entrara por virtude de manumissão; e chamava-se *liberto*, quando era considerado em relação ao patrono, que o manumittira: assim, debaixo desta relação dizia-se — *Libertas Ciceronis* — e não — *Libertinus Ciceronis*. — Também cabe notar aqui, que por direito romano antigo os libertos tornava-se logo cidadãos romanos, por favor que lhes foi concedido pelo Rei Servio Tulio, talvez porque elle mesmo era liberto. Ultimamente porém a qualidade de cidadão romano só ficou pertencendo áquelles dos libertos, que fossem manumittidos com certas solemnidades, que forão estabelecidas por lei. Depois dessa classe de libertos estabeleceram-se mais duas, que forão a dos *dediticios*, os quaes devem a sua origem á L. *Aelia Sentia*, publicada no anno 755 da fundação de Roma, e a dos *libertos latinos*, que deve o seu nascimento á L. *Junia Norbana*, publicada no anno 771. A classe dos *dediticios* compunha-se dos que durante a sua condição servil tinham sido açoitados, torturados ou marcados com ferro quente na testa em pena de algum delicto: a dos latinos porém compunha-se dos que tinham sido manumittidos sem as

§ 8. DOS ESCRAVOS POR DIREITO ROMANO.

São escravos, segundo o direito romano, os que estão no dominio de outros homens, ainda que contra a natureza, a qual criou todos os homens igualmente livres, dotados dos mesmos direitos e sujeitos aos mesmos deveres, L. 4. D. *de just. et jur.* Os escravos fazião-se, ou nascião. Fazião-se por dois modos; isto é, por direito civil e por direito das gentes: fazião-se por direito civil:

1.º O maior de vinte annos, que se deixára vender, em fraude do comprador, para participar do preço; LL. 7, 33, e 40. D. *de liberat. caus.*

2.º O liberto, que commettêra para com seu patrono tal ingratição, que em pena della era tornado á escravidão, em que antes estava; L. un. Cod. *de ingrat. libert.* Fazião-se porém por direito das gentes os inimigos publicos apprehendidos na guerra¹. Enfim, nascião escravos os que nascião de mulher escrava; excepto, se foi livre ao tempo da concepção, ou em alguma parte do tempo da gestação, ou o era ao tempo do parto. (§ 7)

§ 9. DOS ESCRAVOS ENTRE NÓS.

Entre nós os que nascem de ventre escravo nascem escravos do senhor do ventre, salvas as excepções do direito romano indicadas no paragrapho antecedente; porquanto são

solemnidades legais. Entre nós, qualquer que seja o modo da manumissão, uma vez que seja pura, ou sem nenhuma condição suspensiva, e não seja illegal ou injusta, e quer tenham ou não, sido açoitados durante a sua condição servil, tornão-se cidadãos desde logo, sem nenhuma differença emquanto aos direitos civis; Const. Art. 6, § 1. Quanto porém aos direitos politicos somente gozão (tendo as demais condições geralmente exigidas) do direito de votar nas Assembléas Parochiaes; Const. Art. 92 combinado com o Art. 94 § 2. Isso porém somente se intende, em um e outro caso, a respeito dos que nascerão no Brasil; cit. Art. 6 §, 1.

¹ Entre os romanos, e outras nações antigas fazião-se escravos por direito das gentes, os prisioneiros de guerra, porque se pensava que o vencedor podia matar os vencidos, e d'ahi inferia-se que os podia reduzir á escravidão, visto que esta conservava-lhes a vida. As nações modernas porém, reconhecendo que o direito do vencedor não se extendia ao ponto de poder tirar a vida aos vencidos desde que cessavão as hostilidades da parte destes, proscreverão esse falso principio, e adoptarão o de guardar os prisioneiros de guerra ate serem trocados pelos seus, ou por algum outro modo restituídos ao seu paiz.

dignas de serem observadas pela justiça e humanidade que respirão.

Não se fazem porém escravos, senão os *libertos imperfeitos*, que são reduzidos á escravidão, em que antes estavam, em pena de alguma das ingratidões referidas na Ord. liv. 4, tit. 63, imposta por sentença civil, dada em Juizo contradictorio e plenario, com perfeita prova da ingratidão committida. Intendemos aqui por *libertos imperfeitos* aquellos, que ainda não entrarão no pleno gozo da liberdade natural, por terem ficado sujeitos ao serviço de seus patronos por certo e determinado tempo, por virtude de condição accrescentada ao acto da manumissão. E restringimos a esses a disposição geral da citada Ord., porque os escravos manumittidos puramente, a que chamamos *libertos perfeitos*, entrão desde logo no pleno gozo da liberdade, e por isso mesmo não podem mais, entre nós, ser reduzidos á escravidão por motivo de ingratidão committida para com seus patronos; porquanto, se são creoulos, ou nascidos no Brasil, tornão-se desde logo cidadãos brasileiros (not. 1), e como taes não podem perder os direitos connexos com essa qualidade senão por alguma das tres causas referidas no Art. 7 da Constituição: e se são africanos, oppõe-se o Art. 179 do Cod. Crim. que nessa parte revogou a Ord. acima citada, enquanto permittia reduzir o liberto á escravidão, em que antes estava, em cada um dos casos nella declarados¹.

¹ O maior de vinte annos, que dolosamente consentio em ser vendido por outra pessoa para participar do preço, não fica escravo do comprador em pena da sua fraude, como succedia por direito romano; mas incorre juntamente com o vendedor nas penas do art. 264, § 4 do Cod. Crim.; não sendo applicave is ao vendedor, e menos a elle, as penas do art. 179 do mesmo Cod., porque a sua intenção nao foi reduzir á escravidão pessoa livre contra a vontade desta, mas locupletar-se juntamente com o socio do seu crime á custa do comprador. D'antes fazião-se escravos entre nós os negros, que comprados na costa d'África por homens, que se occupavão desse trafico, erão importados para as nossas Cidades e nellas vendidos: felizmente porém para a humanidade esse infame e abominavel trafico deixou de ser tolerado entre nós no anno de 1829 por virtude da convenção celebrada entre o Brasil e a Grã-Bretanha aos 23 de Novembro de 1826. Todavia, por força das circumstancias da nossa sociedade, e do respeito devido á propriedade particular legalmente adquirida, ainda ficou subsistindo entre nós a escravidão relativamente aos escravos, que então havia no Brasil e sua futura descendencia. Quanto ás penas, em que hoje incorrem os importadores de africanos para o Brasil, e providencias tomadas a respeito da liberdade destes, veja-se entre outros actos do Poder Legislativo e do Governo, a Portaria de 21 de Maio, e Lei de 7 de Novembro de 1831, Decreto de 12 de Abril de 1832, Aviso de 27 de Agosto de 1834, Lei n. 581, Decreto n. 708 de 14 de Outubro de 1850 e Decreto n. 734 de Novembro do mesmo anno.

§ 10. DA CONDIÇÃO DOS ESCRAVOS.

Por direito romano os escravos não são pessoas, mas cousas; porquanto não são capazes de direitos, e são equiparados aos animais domesticos; L. 2, L. 27, § 5. D. *ad L. Aquil.*, L. 38, §§ 1, 2, 3, D. *de ædilit. edict.* As nossas leis porém suavizarão muito a sua condição. O senhor não os pôde castigar com mais dureza, do que aos criados livres; Ord. liv. 5, tit. 36, § 1, e Cod. Crim. art. 14, § 6; e se para os corregir fôr necessario recolhê-los á cadeia publica, não devem ser mais maltratados, do que os outros prèzos, sendo o senhor obrigado a sustenta-los, enquanto nella estiverem, e defendê-los em Juizo; Dec. de 30 de Setembro de 1693, Alv. de 3 de Outubro de 1758, e Cod. do Proc. Crim. art. 72, verbo — *senhor*. — Não lhe aproveita porém a manumissão, quando ao que os manumittio gratuitamente não ficarão bens bastantes para inteiro pagamento de seus credores; L. 10, D. *qui et a quib. manumitt. non poss.*, e Instit. *qui et quib. ex caus. manumitt.* O mesmo acontece nas manumissões gratuitas, que prejudicão á meação do conjuge, que não consentio nellas, ou ás legitimas dos filhos, no caso, em que fôrão feitas por testamento.

§ 11. Do principio — O PARTO SEGUE O VENTRE.

O principio — *O parto segue o ventre* — derivado da L. 5, § 2, L. 24. D. *de stat. hom.*, e L. 9. D. *de decurionib.*, foi recebido em Portugal juntamente com o direito romano apesar das leis dos Wisigodos, pelas quaes o senhor de escravo, e da escrava repartião entre si os fructos nascidos d'entre ambos; e consequentemente subsistio sempre, e ainda subsiste entre nós como mais razoavel, do que o segundo. Quando pois uma escrava é libertada, v. g., em metade do seu valor, ella entra em um estado de liberdade imperfeita; seu senhor deve pagar-lhe os seus serviços por seis mezes em cada anno, ou consentir que ella os preste a quem bem lhe aouver, só tendo direito a elles por outros seis mezes: e os filhos, que ella tiver durante esse estado são meio livres como ella.

§ 12. DOS CATIVOS ESTRANGEIROS.

Conforme o direito romano, e pór abuso do direito das gentes, que certamente não póde approvar o que a recta razão, e o direito natural reprovão altamente, era costume universalmente seguido entre as nações antigas ficarem os prisioneiros de guerra escravos do vencedor com todos os seus descendentes nascidos durante a sua escravidão. Os christãos porém já desde o seculo XIII abandonarão esse barbaro costume, contentando-se com os guardar seguros até a conclusão da paz, para então os permutarem pelos seus, aprisionados pelo inimigo (o que tem sido o mais commum), ou até receberem o devido preço do resgate, não com preço de suas pessoas, que jamais Christãos entenderião ser isso decente, mas como indemnisação da sua guarda, sustento, e mais despesas feitas durante a sua detenção, authorisada pelo legitimo direito de defesa; porquanto por este modo impede-se que elles vão engrossar as fileiras dos inimigos; Bodin. *de Republica*, Liv. 1, cap. 5, Selden. *Mare clausum.*, Liv. 1, cap. 26.

§ 13. DOS NOSSOS, PRISIONEIROS DOS INIMIGOS.

Em todo o tempo conservarão e conservação na nossa Cidade todos os seus direitos aquelles do nossos concidadãos, que são capturados por inimigos estrangeiros, e até a lei provê á administração dos seus bens durante o seu cativo no caso de não terem mulher, ou pai, que os deva administrar; Ord. liv. 1, tit. 90. D'ahi pois se segue que o direito do *post-liminio*, e da Lei Cornelia não tem, nem já-mais teve uso entre nós. Veja-se Mello Freire, Liv. 1, *de jur. public.*, tit. 11, §§ 7, 8 e 9.

§ 14. DO DIREITO DE RESGATAR.

Foi todavia recebido entre nós assim o direito de reter os prisioneiros estrangeiros, como o de resgatar os nossos do poder dos estrangeiros: e muitas são entre nós as leis, que tem providenciado a respeito da redempção dos captivos, como são, v. g.: a Ord. liv. 1, tit. 50, §§ 12, 13, e 14, mandando ouvir o Promotor da redempção dos captivos nas

contas dos testamentos, e nos feitos dos Resíduos ; a Ord. liv. 1, tit. 62, § 26, applicando ao resgate dos captivos os resíduos das heranças ; a Ord. liv. 1, tit. 88, §§ 16, e 18, excluindo da herança o descendente, que foi negligente em resgatar do captiveiro o seu ascendente, podendo-o fazer ; e a Ord. liv. 4, tit. 89, §§ 6, e 8, concedendo ao descendente o direito de desherdar o seu ascendente, que não tratou de o remir do captiveiro, podendo. Outras iguaes providencias forão dadas em favor dos captivos, e da administração, e arrecadação dos bens destinados ao seu resgate pela Carta Regia de 14 de Agosto de 1614, Regim. de 4 de Julho de 1765, Lei de 14 de Dezembro de 1775, e outras, que seria longo enumerar ¹.

§ 15. CONDIÇÃO DOS RESGATADOS.

Os resgatados, quér elles o fossem pela nação, quér pelos particulares, não se tornão escravos do resgatante ; porquanto *resgatar* não é comprar, mas livrar do captiveiro a quem nelle está. Aquelles pois, que são resgatos pela nação, pagão-lhe com a sua gratidão ; aquelles porém, que são resgatados por particulares, são natural e civilmente obrigados a restituir-lhes o preço do resgate logo que o podem fazer ; e podem ser demandados para esse fim pela acção de *gestão de negocios* ; LL. 2, 11, e 20, Cod. de *post limin. revers.* Esta regra porém tem excepção entre nós no filho, ou filha resgatada por seu pai, ou mãe ; pois não trazem á collação o preço do resgate ; Ord. liv. 4, tit. 97, § 8, excepção, que confirma a regra em contrario.

§ 16. LEIS A RESPEITO DA LIBERDADE DOS INDIOS.

É geralmente sabido que os Reis Portuguezes sempre reconhecerão a liberdade dos Indios ; e por isso é desnecessario citar aqui as muitas leis, pelas quaes elles tratarão

¹ Alguns politicos reprovão o promiscuo e indistincto uso do resgate, e dão como razão, que por um lado elle é muitas vezes causa de se renderem ao inimigo forças militares, que sem a esperança do resgate terião resistido com gloria do seu paiz, e talvez por fim alcançando a victoria ; e porque por outro lado excita os barbaros a frequentes invasões, e augmenta o numero dos piratas, attrahindo-os a esse genero de vida a esperança de um lucro certo, ainda que dependente de perigos.

de lhes segurar o gozo desse direito natural, e de os attrahir do estado barbaro, em que vivem, para o estado da civilisação. Depois que o Brasil se separou de Portugal os nossos Legisladores não se tem esquecido de continuar a começada obra de sua cathequese e civilisação, marcando sempre nas leis do Orçamento para esse fim aquellas quotas que o estado de finanças da nação tem permittido, como se póde ver na lei de 15 de Dezembro de 1830 art. 1, §§ 14, 22, 71, 81, 88, 89, 104, 109, e nas mais leis de Orçamento, que se lhe tem seguido.

§ 17. DA ESCRAVIDÃO DA PENA ENTRE OS ROMANOS.

Entre os Romanos tornavão-se escravos da pena, e consequentemente perdião todos os direitos de cidadão romano com os bens que possuem :

1.º Os condemnados ao ultimo supplicio ; L. 13, § 2. D. *Qui testam. fac. poss.*

2.º Os condemnados á privação de agua e fogo, ou deportados ; L. 8, §§ 1 e 2. D. *Qui testam. fac. poss.* § 1. Inst. *Quib. mod. jus. potest. solvit.*

3.º Os condemnados ás minas, e ás feras ; cit. L. 8, § 4. D. *Qui testam. fac. poss.*, § 3. Inst. *Quib. mod. jus. potest. solvit.*

§ 18. DA ESCRAVIDÃO DA PENA ENTRE NÓS.

A escravidão da pena com os effeitos de perdimento dos direitos civis, que requerem autoridade do direito civil, e devolução dos bens aos descendentes até o terceiro grau, ou ao Fisco na falta de uns e outros, passou para os Portuguezes, assim a respeito dos condemnados á morte natural (Ord. liv. 4, tit. 81, § 6), como a respeito dos banidos, e dos condemnados a galés perpetuas ; porquanto aquelles perdem o estado de cidade, e estes o de liberdade ; Ord. liv. 2, tit. 26, § 28. Como porém a confiscação dos bens foi abolida entre nós pelo art. 179, § 20 da Constit., o Fisco, hoje substituido pela Fazenda Nacional, não succede nos bens de taes condemnados ¹.

¹ Quanto aos banidos, no sentido de condemnados por sentença a des-

§ 19. DOS SERVOS ADSCRIPTICIOS; ISTO É, COLONOS PERPETUAMENTE ADSTRACTOS Á GLEBA ENTRE NÓS.

Entre nós nenhum homem ingenuo, nem liberto pôde ser obrigado contra sua vontade a habitar, e cultivar perpetua, ou temporariamente alguma porção de terra do dominio de outrem; e consequentemente não ha entre nós servos adscripticios; Ord. liv. 4, tit. 42. Aquelles porém, que por contracto se sujeitarem a essa obrigação, podem ser constrangidos ao cumprimento della, sem que por isso se possa dizer que elles são servos adscripticios; porquanto a sua condição é um effeito da sua liberdade, e não de um injusto constrangimento alheio. Todavia, se a sua felicidade, ou existencia perigar, deve-se intender que a referida obrigação cessa, e que cessa igualmente a respeito de seus herdeiros, se estes renunciarem aos direitos, que lhes pertencerem por virtude do referido contracto. E assim é que devemos intender a citada Ord. vers.—*Porém.*

§ 20. DOS SERVOS ALHEIOS OU CRIADOS.

Os servos alheios, assim chamados por contraposição a servos proprios, ou escravos, não são propriamente servos; porquanto servem por sua propria vontade, e são geralmente conhecidos entre nós pelo nome de *criados*; Ord. liv. 4, tit. 23 in princ. ibi — *todo o homem livre poderá viver*

terro perpetuo para fóra do Imperio, estes são pelas nossas leis (Constit. art. 7. § 3, e Cod. Crim. art. 50) privados para sempre dos direitos de cidadão brasileiro. Perdem portanto todos os direitos, cujo exercicio requer autoridade do direito civil (§ 36). Não perdem porém a propriedade dos bens, que tem, já porque a pena de confiscação, a que tambem os sujeitava o direito romano — *bonaque eorum publicantur* — foi abolida entre nós, como acima dissemos; já porque na falta de lei patria não nos parece adoptável, por demasiadamente severa, a disposição do art. 25 do Cod. Civ. Fr., emquanto devolve os bens de taes condemnados aos seus herdeiros, como se elles tivessem morrido naturalmente, e sem testamento. A mesma cousa se intende a respeito dos desnaturalisados nos termos do § 2 do cit. art. 7 da Constituição, emquanto permanecerem no Imperio, e não se naturalisarem em outro paiz, ou não forem restituídos aos direitos de cidadão brasileiro. Naturalisados porém em outro paiz, podem succeder abintestado, ou por testamento, a cidadão brasileiro, se pelos tractados desse paiz com o Brasil poder succeder ao subdito seu qualquer subdito brasileiro; Regulam. n.º 855 de 8 de Novembro de 1851, Decreto n.º 882 de 9 de Dezembro do mesmo anno, Decreto n.º 1062 de 6 de Novembro de 1852, e n.º 1143 de 12 de Abril de 1853, Cod. Civ. Fr. art. 726.

com quem quizer —, e lei de 13 de Setembro de 1830, e de 11 de Outubro de 1837. São todavia constrangidos a servir por soldada, ou por obrigação de casamento a quem os quizer tomar, sendo idoneo para isso, os orphãos de pai, que não tiverão bens, de que possam alimentar-se; citada Ord. liv. 4, tit. 28, e liv. 1, tit. 88, §§ 13 até 18. Aquelle, que se obrigou por contracto escripto a prestar serviços a outro por tempo determinado, recebendo logo toda, ou parte da soldada contractada, tambem é obrigado a prestar os serviços a qualquer terceiro, a quem aquelle, que contractou com elle, transferir o contracto, se essa transferencia não foi expressamente negada no mesmo contracto, e comtantoque todavia não peore a condição do que se obrigou a prestar os serviços; citada Lei art. 2. Quanto aos direitos, e obrigações dos estrangeiros, que se obrigarão por contracto a vir estabelecer colonias no Brasil, veção-se os Decretos de 28 de Março, 26 de Setembro, e 7 de Outubro de 1837, e Instrucç. de 18 de Novembro de 1858.

§ 21. EM TODO O CASO É-LHES DEVIDA SOLDADA.

Aos criados de servir maiores de sete annos é sempre devida soldada, embora pelo contracto de serviços não fosse fixado preço, ou quantidade certa, sujeitando-se o criado a servir o amo a bem fazer, isto é, contentando-se com o que o amo lhe quizesse dar; porquanto neste caso é o amo obrigado a pagar-lhe os serviços conforme se costumão pagar geralmente nessa Comarca; Ord. liv. 4, tit. 29 in princ., e § 1. Quanto aos Caixeiros das casas de Commercio, que frequentavão a aula de Commercio, a Lei de 30 de Agosto de 1870 § 2, fixou-lhes o ordenado dos tres primeiros annos, o que não tem lugar entre nós, por se oppôr á liberdade de industria, e ao principio da livre concorrência, garantidos pelo art. 179, § 24 da Const. ¹.

¹ Aos engeitados menores de doze annos, a quem os amos dão educação, sustento, e vestido, e aos mais criados em geral, menores de dezesseis annos, a quem os amos, além do sustento, e vestido, mandão ensinar a ler e escrever, não é devida soldada, porque a educação, sustento, e vestido lhes deve ficar por satisfação do serviço, que fação; Alvará de 31 de Janeiro de 1775, § 4, e de 24 de Outubro de 1814, § 7.

§ 22. PENA DO CRIADO, QUE DEIXA O AMO.

Se o criado deixa o amo sem culpa deste antes de acabar o tempo, por que elle o tomou, é obrigado a tornar-lhe a soldada, se já a tinha recebido, e a servi-lo de graça por tanto tempo, quanto faltava; e se ainda não a tinha recebido, o amo não é obrigado a pagar-lh'a, e elle é constrangido pela Justiça, onde quer que estiver, a ir acabar de servir; Ord. liv. 4, tit. 34, vers.—*E se o que.*—Se o criado porém fugio por culpa do amo, como, v. g., porque o maltratava, então cessa a obrigação do criado, e lhe é devida a soldada vencida, se ainda não a tinha recebido; cit. Ord. tit. 34—*ibi*—*sem culpa do senhor (a contrario sensu)*, e Ord. liv. 1, tit. 88, § 17. Ao mesmo constrangimento, e á prisão correccional é sujeito o que se evadir ao cumprimento do contracto de serviços firmado por escripto; cit. lei de 13 de Setembro de 1830, arts. 4 e 5. Este porém desonera-se da prestação dos serviços, restituindo os recebimentos adiantados (descontados os serviços prestados), e pagando metade do que mais ganharia, se cumprisse o contracto por inteiro; lei citada art. 3. O estrangeiro porém, que dentro ou fóra do Imperio se obrigou por escripto a prestar serviços dentro do mesmo, e que se evade sem justa causa antes de completar o tempo do contracto, é preso onde quer que for achado, e não se solta enquanto não pagar em dobro ao locatario quando lhe dever, abatidas as soldadas vencidas: e não tendo com que pagar, serve de graça ao locatario por todo tempo que faltar para o preenchimento do contracto. Se torna a ausentar-se, é preso, e condemnado a trabalhar nas obras publicas até satisfazer com o producto liquido dos seus jornaes quanto dever ao locatario; cit. lei de 11 de Outubro de 1837, art. 9. Quanto ao criado que vive com o amo a bem fazer, este, se depois de ter recebido do amo pelote, e capa, ou cousa que o valha, ou sómente pelote, ou capa, o deixa sem sua licença antes de o ter servido, no primeiro caso por um anno, e no segundo por meio anno, é preso onde quer que for achado até que pague ao amo em dobro o que levou, e mais as custas, que sobre isso se fizerão; Ord. liv. 4, tit. 30 in princ. ¹.

¹ Por *pelote*, e *capa*, de que falla a cit. Ord., intende-se *vestido completo*,
DIR. CIV. BRAS.

§ 23. PENA DO AMO, QUE DESPEDE O CRIADO.

O amo, que despede o criado antes de acabar o tempo, por que o tomou, é obrigado a pagar-lhe a soldada por inteiro; cit. Ord. liv. 4, tit. 34. Aquelle, que estipulou para si os serviços por contracto por escripto, não póde apartar-se do contracto, emquanto a outra parte cumprir a obrigação, sem que lhe pague os serviços prestados, e mais metade do preço contractado (se lhe não pagou adiantado); e póde ser compellido a isso com prisão, se o não fizer em dous dias depois da condemnação; cit. lei de 13 de Setembro de 1830, art. 2. Aquelle porém, que por contracto escripto estipulou para si os serviços de estrangeiro, e que o despede sem justa causa antes de findar o tempo do contracto, é obrigado a pagar-lhe todas as soldadas, que elle ganharia, se não houvera sido despedido; cit. lei de 11 de Outubro de 1837, art. 7. Veja-se na mesma lei quaes são as justas causas, pelas quaes o locatario de serviços pessoas póde despedir o locador delles, e os direitos, que lhe competem em taes casos, e *vice-versa*.

§ 24. EM QUE TEMPO SE DEVE PEDIR A SOLDADA.

A soldada não póde mais ser pedida depois de passados tres annos do dia, em que o criado, ou criada sahio da casa do amo; Ord. liv. 4, tit. 32, in princ. Os criados porém, que estão com os amos aos mezes a razão de comer e beber, e certa cousa no fim de cada mez; ou que recebem á dinheiro secco a razão de comer, não a podem mais pedir, no primeiro caso depois de passados tres mezes, e no segundo depois de dez dias contados d'aquelle, em que sahirão da casa dos amos; cit. Ord. § 1. A Ord. Man. liv. 4, tit. 20, e Affons. tit. 27 concedião geralmente um anno.

§ 25. COMO SE PROVA O PAGAMENTO DA SOLDADA.

Até a quantia de dez mil réis (triplicada pelo Alvará de

segundo o costume do lugar; e por *pelote*, ou *capa* intende-se meio vestido, cujo valor corresponde a metade da soldada, que no lugar se costumar pagar a criados da mesma qualidade.

16 de Setembro de 1814) póde-se provar o pagamento da soldada pelo testemunho de alguns outros criados, que jurarem ter visto o amo paga-la, ainda que não digão a quantia, accrescendo ao testemunho delles o juramento do amo; Ord. liv. 4, tit. 33, in princ. Tambem se póde provar, qualquer que seja a quantia, por conhecimento escripto e assignado pelo criado, ou assignado por outra terceira pessoa, e mais outra testemunha, se elle não souber, ou não poder escrever; cit. Ord. § 1; assim como por declaração do amo feita em testamento, ou em seus livros de razão, se elle era Arcebispo, Bispo, Abbade, Cavalleiro, Doutor, ou Desembargador; cit. Ord. § 2.

§ 26. DO DAMNO FEITO PELO CRIADO.

Se o criado fez ao amo algum damno, ou perda, deve descontar-lh'a na soldada. Essa obrigação porém cessa, se o amo não lhe requerer perante o Juiz, ou homem bom o desconto da dita perda ao tempo, que elle sahir de sua casa; Ord. liv. 4, tit. 35, in princ. Feito este requerimento, o amo deve provar o damno, ou perda dentro de quatro dias; pagando porém a soldada ao criado, póde obter do Juiz os mais dias, que ao Juiz parecer justo conceder-lhe para a dita prova; cit. Ord. § 1. O referido desconto porém só tem logar quando o damno, ou perda proveio de dolo, ou culpa lata do criado; L. 213, § 2, e L. 226 D. *de verbor. signific.*

§ 27. DO LEGADO DEIXADO AO CRIADO.

Se algum defunto deixou em seu testamento algum legado a criado, ou criada, intende-se que elle se quiz livrar da divida da soldada; e portanto o legado deve ser descontado da mesma soldada. Não tem porém logar o desconto, se o testador declarou expressamente, que lhe deixava o legado por liberalidade, ou por esmola; Ord. liv. 4, tit. 31, § 11. A cit. Ord. desvio-se da disposição da lei 85. D. *de legat.* 2.º, a qual só admite a compensação do legado com a divida, quando se mostra evidentemente que foi essa a vontade do testador.

TITULO II.

Das pessoas com relação ao estado de cidade, e primeiramente dos cidadãos, e estrangeiros.

§ 28. QUEM SEJÃO CIDADÃOS.

Todos os homens livres, que habitão o solo brasileiro, ou são cidadãos brasileiros, ou estrangeiros. E esta é a segunda divisão das pessoas. Os cidadãos brasileiros ou nascem, ou fazem-se pela *manumissão, domicílio, e naturalisação*.

§ 29. QUEM É QUE NASCE CIDADÃO BRASILEIRO.

Nascem cidadãos brasileiros:

1.º Os que nascem no Brasil de pais ingenuos, ou libertos, ainda que o pai seja estrangeiro, uma vez que não resida por serviço da sua nação; Const. art. 6. § 1.

2.º Os que nascem em paiz estrangeiro, de pai brasileiro que reside ahi por serviço do Brasil; Const. art. 6, § 3, e Ord. liv. 2, tit. 55, § 2.

§ 30. QUEM SE FAZ CIDADÃO BRASILEIRO PELA MANUMISSÃO, DOMICILIO, OU NATURALISAÇÃO.

Faz-se cidadão brasileiro pela *manumissão* o que sendo escravo nascido no Brasil, obtem a sua liberdade pela manumissão, ou alforria; Const. art. 6, § 1, ibi — *ou libertos*. — Fazem-se pelos cidadãos brasileiros *domicílio* os filhos de pai brasileiro, e os illegitimos de mãe brasileira nascidos em paiz estrangeiro, que vierem estabelecer domicílio no Imperio; Const. art. 6, § 2. Finalmente fazem-se cidadãos, brasileiros pela *naturalisação* os estrangeiros, que, tendo as qualidades exigidas na lei de 23 de Outubro de 1832, e Decreto n.º 291 de 30 de Agosto de 1843, obtêm do Governo do Imperio carta de naturalisação, ou que por Lei especial são declarados naturalisados; Const. art. 6, § 5, e art. 15, § 8.

§ 31. NOÇÃO DE DOMICILIO, E SUAS DIVISÕES.

Domicilio diz-se o logar, onde qualquer tem estabelecido a sua residencia fixa. Póde ser *voluntario*, ou *necessario*, *civil*, ou *politico*. *Voluntario* é o que depende da vontade da pessoa; e é fixado pelo facto da residencia, e animo de continuar a residir. Para se conservar basta o animo, emquanto por declaração expressa, ou por outras circumstancias não se presumir animo de o fixar em outra parte; Ord. liv. 2, tit. 55, § 1, LL. 4 e 20. D. *ad municip. et de incol.* *Necessario* porém é aquelle, que resulta de obrigação legal de residir em certo logar, como, v. g., o do degredo a respeito do degradado, o logar da guarnição a respeito do soldado; L. 22, § 3, L. 23, § 1, L. 27, § 3. D. *Cod. Civil*, ou *Forense* é aquelle, onde cada um póde ser demandado; Ord. liv 3, tit. 11, pr.; e *Politico* aquelle, onde póde votar, e ser votado. As nossas leis não tem definido o tempo preciso para se julgar que alguém tem estabelecido seu domicilio civil em certo logar; presume-se porém pelo facto da residencia, e animo de permanecer, manifestado por alguma outra circumstancia. Quanto porém ao domicilio politico, requer-se a residencia de dois annos em um Municipio para qualquer cidadão brasileiro poder ser membo da respectiva Camara Municipal; Lei do 1.º de Outubro de 1828, art. 4; e requer-se um mez de residencia na Parochia para poder ser incluído na lista geral dos Eleitores de Parochia, uma vez que tenha as outras qualidades exigidas; Lei de 19 de Agosto de 1846, arts. 17, e 50.

§ 32. DOS MUNICIPES.

Os Romanos chamavão *Municipes* os habitantes das Cidades livres, que por capitulações, e tractados, se alliavão á Republica, reconhecendo a soberania della sem quebra na sua propria liberdade, e continuando a ter Magistrados proprios, e a governar-se por suas proprias leis, que por isso se chamavão *Direito Municipal*. Nessa accepção nunca tivemos; nem temos Municipios; porquanto sempre fomos e somos sujeitos ás leis communs e geraes do Estado. Para facilitar porém a administração civil e judiciaria, e a economia e policia administrativa dividio-se entre nós o terri-

torio do Estado em Provincias, e estas em Comarcas, Municipios, e Freguezias, estabelecendo-se em cada Municipio Juizes de primeira instancia para administrarem justiça aos habitantes d'elle, e um Conselho, ou Camara Municipal para prover por meio de leis peculiares, chamadas *Posturas*, (hoje dependentes da approvação da respectiva Assembléa Legislativa Provincial), á economia e policia administrativa dos mesmos Municipios; Ord. liv. 1, tit. 66, Lei do 1.º de Outubro de 1828, e Lei da reforma da Const. de 12 de Agosto de 1834. Entre nós pois chamão-se *Municipes* os cidadãos brasileiros habitantes d'essas pequenas divisões do territorio do Estado, chamadas *Municipios*.

§ 33. DOS DIREITOS POLITICOS DOS CIDADÃOS BRASILEIROS.

Os direitos dos cidadãos brasileiros dividem-se em duas classes, das quaes a primeira comprehende os direitos politicos, e a segunda os direitos civis. Os direitos politicos referem-se mais, ou menos directamente ao governo do Estado, e não competem indistinctamente a todos os cidadãos, mas somente áquelles, que reúnem em si as qualidades necessarias, para que taes direitos sejam exercidos segundo convém ao bem geral; e taes são os seguintes:

1.º O direito de votar, e ser votado para os cargos de Juiz de Paz, e de vereador, nos termos da Lei 3.ª de 15 de Outubro de 1827, art. 3.º, e da Lei do 1.º de Outubro de 1828, art. 4

2.º O direito de votar, e ser votado para os cargos de Eleitor, Deputado Geral, e Provincial, e Senador, nos termos da Lei n.º 387 de 19 de Agosto de 1846, arts. 18, 53, 75, 82, e 83.

3.º O direito de ser admittido aos mais cargos politicos, como Presidente de Provincia, Ministro de Estado. Conselheiro de Estado, Embaixador, etc., sem outra differença, que não seja a dos talentos, e virtudes; Const. art. 179, § 14.

§ 34. DOS DIREITOS CIVIS.

Os direitos civis são aquelles, que requerem auctoridade do direito civil, e que competem a todos os cidadãos, que

reunem as qualidades exigidas pelo mesmo direito civil para o bom exercicio delles, como sãõ, v. g., o direito de ser admittido aos cargos publicos, ecclesiasticos, civis, e militares; os direitos, que derivãõ do poder parental, marital, e heril; o direito de facção activa de testamento; o direito de exercer as funcções de Advogado, Tutor, Curador, etc., etc.

§ 35. DA SUSPENSÃO DOS DIREITOS POLITICOS.

Como o exercicio dos direitos politicos requer capacidade physica, e capacidade intellectual; porque sem a primeira não se podem exercer os actos physicos, de que elle depende, e sem a segunda não pôde ser regulado conforme o pedem as conveniencias sociaes; d'ahi provém que se suspende o exercicio dos direitos politicos:

1.º Por incapacidade physica, ou moral; Const. art. 8, § 1.

2.º Por sentença condemnatoria á prisão ou degredo, em quanto durarem os seus effeitos; cit., art. 8, § 2¹.

§ 36. DO PERDIMENTO DOS DIREITOS DE CIDADÃO BRASILEIRO.

Perde o direito de cidadão brasileiro :

1.º O que se naturalisar em paiz estrangeiro; Const. art. 7, § 1.

2.º O que sem licença do Imperador aceitar emprego, pensão, ou condecoração de qualquer Governo estrangeiro; cit. art. 7, § 2.

3.º O que for banido por sentença; cit. art., § 3.

Assim pois vemos que em cada um desses tres casos o cidadão brasileiro fica privado de todos os seus direitos civis e politicos, e considerado como estranho para communhão politica brasileira. Na perda porém dos direitos civis não se comprehendem os direitos do homem, que não

¹ A sentença de pronuncia competentemente sustentada suspende o exercicio do direito politico de ser nomeado Eleitor, Deputado e Senador, e de votar na eleição dos Deputados e Senadores; Const. art. 94, § 3. art. 95, e art. 45, § 1, Lei de 19 de Agosto de 1846, art. 53, § 3, art. 75 e art. 82, § 1.

requerem autoridade do direito civil, e cujo livre exercício é garantido aos estrangeiros, como o direito de dispor livremente da sua propriedade real (menos por testamento, por que este requer a dita auctoridade), o direito de contractar, e de adquirir por meio de qualquer genero de honesto trabalho, ou industria, que não pertença exclusivamente aos cidadãos brasileiros, o direito de demandar o que lhe for devido, etc., etc.; Digest. Portug. liv. 2, art. 5, e seguintes ¹.

§ 37. DOS ESTRANGEIROS E EMBAIXADORES, E DO SEU FÔRO.

Os estrangeiros sempre serão recebidos, e tratados benignamente no territorio do Imperio, onde gozão dos direitos, que as nações livres e civilisadas costumão conceder-lhes, como a homens livres, e subditos de outra Cidade, sujeitos todavia temporariamente ás leis e autoridades do paiz, que os admite, e os protegem enquanto residem no seu territorio; doutrina esta do direito das gentes, que os Romanos reconhecêrão, como se vê na L. 29, D. *ad municip. ibi* — *Incola et his Magistratibus parere debet apud quos incola est, et illis apud quos civis est.* — E principalmente são sujeitos ás leis e auctoridades do paiz no que respeita á policia, e segurança publica, ao bens de raiz que possuirem no Brasil, e aos contractos, que fizerem com os naturaes delle, ou com outros estrangeiros; Cod. Civ. Fr., art. 3. Elles portanto, assim em causas civeis, e fiscaes, como cri-

¹ Quanto ao direito de succeder abintestado, e por testamento, a cidadão brasileiro, intendemos que elle se comprehende no complexo dos direitos civis, que requerem auctoridade do direito civil brasileiro, ou pelo menos do seu direito internacional. Assim pois pensamos: 1º, que o brasileiro, que se naturalisou em paiz estrangeiro, e que por esse seu facto perdeu os direitos de cidadão brasileiro, pôde succeder abintestado, e por testamento, a qualquer cidadão brasileiro, parente seu, ou estranho, se os brasileiros gozarem de igual direito a respeito dos subditos do paiz, onde elle se naturalisou, em virtude de tractados celebrados entre os dous paizes (nota do § 18 *infra*): 2º, que qualquer outro que perdeu os direitos de cidadão brasileiro, e não se naturalisou em algum outro paiz: ou se naturalisou em paiz, entre o qual e o Brasil não ha iguaes tractados, não goza do referido direito; porquanto, no primeiro caso, elle não é cidadão de paiz algum, e como tal não pôde gozar de um direito civil, como é o de successão legitima, e testamentaria: e no segundo caso, elle é subdito de um paiz, entre o qual e o Brasil não ha tractados, pelos quaes se adoptasse o principio de succederem reciprocamente os subditos de um aos subditos de outro pela ordem da successão legitima, e segundo as leis testamentarias de cada um: Cod. Civ. Fr. art. 11.

mes são sujeitos ao mesmo fôro commum, a que são sujeitos os nacionaes; e fallecendo no Imperio, os seus bens pertencem a seus herdeiros legitimos, ou testamentarios; porquanto o supposto direito de albinagio nunca foi recebido entre nós. — Quanto aos contractos, testamentos, e mais actos acquisitivos, ou translativos de direitos, ou de sujeição a determinados deveres, em que elles forem partes, e que requererem intervenção de auctoridade publica, devem ser celebrados na fôrma e com as solemnidades determinadas pelas leis do paiz, salvo a respeito dos estrangeiros, entre cujo Governo, e o do Brasil o exercicio desses direitos houver sido regulado por outra fôrma. Os embaixadores porém são considerados como estando fóra do territorio do Imperio, e por isso não são sujeitos á sua jurisdicção civil, nem criminal. Todavia, se elles, por sua livre e espontanea vontade se submeterem como auctores á jurisdicção civil das auctoridades judicarias do paiz, demandando perante ellas algum seu devedor, nesse caso pódem ser reconvidos perante ellas pelo réo demandado: não porém assim em materia crime; Ord. liv. 3, tit. 4, in princ., e tit. 35, § 5. (Mello, § 11 deste tit.)

TITULO III

Do poder dos pais sobre os filhos.

§ 38. OUTRA DIVISÃO DOS CIDADÃOS.

Os cidadãos brasileiros, a exemplo dos Romanos na L. 4 — *de his, qui sui, vel alieni juris sunt* —, ou são pais, ou mães de familias; ou são filhos, ou filhas-familias: e esta é entre nós a terceira divisão das pessoas; pois que não admittimos a divisão dellas em *fidalgos, cavalleiros, e plebeos* (que é a terceira no systema do Sr. Mello Freire): porquanto taes distincções são hoje desnecessarias na sciencia do direito, porque não lhes correspondem mais as differenças, e desigualdades de direitos, que d'antes lhes correspondião; Const. art. 179, §§ 13, 14, 15, e 16.

¹ O presente Titulo corresponde ao IV do Sr. Mello Freire, por omittirmos a divisão das pessoas em *fidalgos, cavalleiros e plebeos*.

§ 39. QUEM SÃO PAIS DE FAMILIAS, E FILHOS-FAMILIAS.

Os nomes *pai*, *mãe*, *filho*, e *filha* exprimem qualidades, que resultão naturalmente do facto da geração activa e passiva. Esses vocabulos pois são naturaes, por serem effeitos da natureza as idéas, que elles representam. Os nomes porém *pai de familia* e *filhos-familias* são vocabulos civis, porque o direito civil lhes tem ligado, quanto ao pai de familia, a idéa do auctoridade e poder sobre os filhos durante a minoridade destes; e quanto aos filhos-familias, a idéa de sujeição, de obediencia, e de amor e respeito a seus pais; sendo que a sujeição, e obediencia, estrictamente fallando, cessão por sua emancipação, e o amor e respeito subsistem sempre. São *pais*, e *mães de familia* os homens, e mulheres, que são *sui juris*, isto é, que não estão sujeitos ao poder domestico de outro; e pelo contrario, são *filhos*, e *filhas-familias* aquelles e aquellas, que são *juris alieni*, isto é, que estão sujeitos ao poder domestico de outro ¹.

§ 40. O QUE SEJA FAMILIA.

Familia, ou *sociedade familiar* se diz a reunião de muitas pessoas, que habitão conjunctamente, com economia commun, e das quaes uma tem sobre as outras certo poder e auctoridade, ou só por natureza, como os pais a respeito de seus filhos naturaes, ou por natureza e disposição da Lei, como o pai a respeito de seus filhos legitimos, ou legitimados; Ord. liv. 1, tit. 88, § 6, e liv. 2, tit. 35, § 12; ou sómente por disposição da lei, como o pai adoptante a respeito do filho adoptivo; cit. Ord. liv. 2, tit. 35, § 12, e L. 23, D. de adopto ².

¹ Assim como a qualidade de *pai*, e de *mãe de familia* depende sómente da circumstancia de não estar sujeito ao poder domestico de outro, e consequentemente é extensiva a todo o homem, e mulher *sui juris*, seja, ou não seja pai, ou mãe natural, seja casado, ou solteiro, pubere, ou impubere; assim tambem a qualidade de *filho*, e *filha-familias* depende sómente da circumstancia de estar sujeito ao poder paterno sem distincção de idade; e d'ahi vem que o filho-familias de maior idade continua a ser filho-familias, emquanto por meio da emancipação ou casamento não sahir do poder de seu pai: como se vê das palavras da Ord. liv. 1, tit. 86 § 6— *emquanto tiver seus filhos em poder—, quando forem emancipados ou casarem; porque, segundo stilo de nosso Reino, sempre como o filho he casado, he havido por emancipado, e fóra do poder de seu pai.*

² Por direito romano (§ 3, Inst. de patr. potest.) os filhos legitimos ca-

§ 41. DO PODER PATERNO, E SEU FUNDAMENTO.

Intende-se por *poder paterno*, ou *patrio poder*, a auctoridade, que as leis conferem ao pai sobre a pessoa, e acções de seus filhos menores, e sobre administração dos bens, que lhes pertencem. Essa autoridade tem o seu fundamento na obrigação, que as leis, e a mesma natureza impõem aos pais, de criar e educar seus filhos, e na necessidade de manter a regularidade e boa ordem no seio da familia, da qual o pai é chefe; porquanto sem ella o pai não poderia preencher tão importantes obrigações. O poder paterno portanto comprehende todos os direitos, cujo exercicio pôde facilitar a criação e educação dos filhos, a boa administração dos bens destes, e a manutenção da regularidade e boa ordem na familia, com o que muito lucra a Republica, a qual, como composta de familias, será tanto mais rica, e tanto mais poderosa, e respeitavel, quanto melhor e mais amplamente forem preenchidos esses altos fins ¹.

hião por morte de seu pai sob o poder de seu avô paterno: entre nós porém os filhos e filhas ficão emancipados pelo casamento (Ord. liv. 1, tit. 88, § 6), e consequentemente, estando fóra do poder de seu pai, os filhos, que lhes sobreviverem, não cahem debaixo do poder do avô paterno, nem de algum outro ascendente; Ord. liv. 4, tit. 87 § 7; porque para isso fóra de mister, quanto aos que já são emancipados, ou casados, que perdessem a independencia, que adquirirão pela emancipação, ou casamento, no que haveria contradicção; e quanto aos menores, que estavam sob o poder do pai ao tempo da morte deste, dá-se-lhes tutor, ou curador, que pôde ser sua mãe, seu avô paterno ou materno, ou sua avó, etc., qual fór para isso mais idoneo; cit. Ord. liv. 4, tit. 87, § 7, e tit. 102. Dahi se segue que só os filhos, e não os netos, pertencem à familia do pai, tomada a palavra *familia* no seu sentido proprio e restricto. Em seantido lato porém ella abrangê todos os que são conjunctos pelo sangue, em razao de descenderem de um mesmo tronco commum. Entre os Romanos, tomada em uma terceira accepção, ella comprehendia tambem os escravos, ainda que estes não lhe pertenção senão como cousas. Nesta ultima accepção ella comprehende entre nós assim os criados de servir, como os escravos, considerados estes, não como cousas, mas como pessoas, ainda que privadas dos direitos de liberdade e de cidade.

¹ O patrio poder entre os romanos constituia uma especie de direito privativo dos cidadãos Romanos, e tão amplo, que os pais até podião matar, e vender os filhos, os quaes além disso erao reputados como cousas, e por isso pertencia aos pais tudo o que adquirião. Essas disposições porém forão posteriormente modificadas pouco a pouco, prohibindo-se-lhes mata-los, e concedendo-se-lhes vendê-los somente no caso de extrema pobreza e indigencia; L. 3, Cod. de *patr. pot.*, L. 2, Cod. de *patrib. qui fil. distrax.*; assim como tambem pela introdução das differentes especies de peculios foi abrandada a severidade da antiga legislação a respeito da propriedade dos bens adquiridos pelos filhos.

§ 42. SÓ COMPETE AO PAI E NÃO Á MÃE.

Por direito natural, com o qual se conformou o direito civil dos Wisigodos (liv. 4, tit. 5, L. 1, transcripta pelo Sr. Mello Freire no § 6, a que este é parallello), o poder parental compete assim ao pai, como á mãe. Os Portuguezes porém, de quem descendemos, preferindo ao depois o direito romano, concedêrão o poder parental sómente ao pai; Ord. liv. 1.^a, tit. 88, §§ 6, 11, e 13. liv. 4, tit. 87, § 7, e tit. 102¹.

§ 43. DA EXTENÇÃO, E LIMITES DO PODER PATERNO.

Como o fundamento do poder paterno seja a necessidade de criar e educar os filhos, e da manter a regularidade e boa ordem no seio da familia (§ 41); e a criação e educação se resumão na conservação, e aperfeiçoamento do physico, intellectual, e moral dos filhos; é evidente que não se comprehende no poder paterno o suposto direito de matar, e de vender os filhos, só proprio da ferocidade dos primeiros Romanos. Incontestavelmente porém se comprehende nelle o direito de os castigar; porque sem elle seria impossivel conseguir-se o fim da educação. Os castigos porém devem ser accommodados á idade, fraqueza, e sensibilidade dos filhos, e moderados de tal sorte em todos os casos, que nunca pareção contrariar o fim da criação, e educação, e excluir a piedade paterna; Cod. Crim. art. 14, § 6.

¹ Tendo o poder parental o seu unico e essencial fundamento na necessidade da criação e educação dos filhos, á qual os pais não podem satisfazer, sem que tenham poder sobre elles (paragrapho antecedente); é evidente que esse poder compete por direito natural a ambos os geradores: pois que ambos concorrêrão para a existencia delles, e que a natureza os habilita igualmente para o exercicio delle, emquanto infunde em um e outro o mesmo amor, e a mesma afeição para com essas charas porções de si mesmos. A isso accresce, que por direito natural a sociedade conjugal dá igualdade de direitos, e de deveres a ambos os conjuges; e assim, como a familia é um effeito dessa sociedade, é consequente que os direitos e deveres, emquanto aos filhos, hão de ser iguaes no pai e na mãe. As leis pois dos Wisigodos, de que falla o Sr. Mello Freire no citado § 6, estavam mais em harmonia com a voz da natureza: e o mesmo se deve dizer a respeito do Codigo Civil da França (arts. 372, 383 e 384); pois que por elle a mãe succede ao pai no poder, que este tinha sobre seus filhos emquanto vivia, se elles são de menor idade.

§ 44. DIREITOS DO PAI EMQUANTO ÀS PESSOAS DOS FILHOS.

Competem ao pai, emquanto às pessoas dos filhos, os seguintes direitos :

1.º De os castigar moderadamente ; Resoluç. de 20 de Abril, e 20 de Julho de 1751, e Cod. Crim. art. 14, § 6.

2.º De os entregar, no caso de incorrigibilidade aos magistrados de policia, para os fazerem recolher á cadeia por tempo razoavel, obrigando-se a sustental-os ; L. 3. Cod. *de patr. pot.*, Cod. Crim. art. 13.

3.º De exigir a exhibição e tradição delles, de quem lh'os subtrahir, e de proceder contra os que perverterem, ou concorrerem para isso ; L. 1, D. *de liber. exhib.*, L. 26, D. *de injur.*

3º De lhes designar a educação, e profissão, que mais accomodada fôr á sua qualidade. e posses ; arg. da Ord. liv. 1, tit. 88, §§ 15 e seguintes, e Cod. da Pr., p. 2, tit. 2, art. 74.

5.º De lhes nomear tutor testamentario ; Ord. liv. 4. tit. 102, § 1.

6.º De os substituir pupillarmente ; cit. Ord. tit. 87, § 7.

7.º De os defender em Juizo, e fóra delle, arg. da Ord. liv. 3, tit. 41, § 8, e Cod. do Process. Crim. art. 72, *verbis — seu pai.*

8.º De exigir, e aproveitar seus serviços sem obrigação de soldada, ou salario, salvo se lh'o prometteo ; Lobão a Mello, liv. 2, tit. 4, § 11, n. 4 e seguintes.

9.º De contractar em nome do filho impubere, quando do contracto lhe possa vir proveito, e de intervir com sua autoridade nos contractos do filho pubere ; arg. da cit. Ord. § 8.

10. De os propor, ou auctorisar para alguma negociação, ou empreza. para proveito seu, e delles mesinos ; Ord. liv. 4, tit. 50, § 3.

§ 45. DA ACÇÃO, QUE COMPETE AO PAI PARA REPETIR SEU FILHO.

Por direito romano competia ao pai contra aquelle, que lhe subtrahira, ou retinha seu filho, para que lh'o entre-

gasse, ou a acção de reivindicação, fundava no *dominio quirilario*, L. 1, § 2, D. *de reivind.*; ou o interdicto exhibitorio, L. 1, D. *de liber. exhib.*; ou finalmente a acção de furto, L. 14, § 13, L. 38, D. *de furt.* Como entre nós os filhos são pessoas, certamente não convém aos nossos costumes nem a *reivindicação*, nem a *acção de furto*. O nome da acção porém nada importa, uma vez que se saiba que do patrio poder, que compete ao pai, resulta para esto a acção prejudicial contra aquelle, que lhe detém seu filho, para que lh'o entregue; Ord. liv. 4, tit. 28 in fin.

§ 46. DO MODO COMO O PAI DEFENDE O FILHO EM JUÍZO.

Como o pai é natural e legitimo administrador, e defensor de seu filho menor, elle o defende em Juizo Criminal por meio de acção crime proposta contra o offensor, e por meio de excepções nas acções crimes propostas contra elle, sem dependencia de procuração do filho pubere, e até sem a presença deste nos casos crimes, em que o réo ausente se pôde defender por procurador. Nas causas civeis porém, em que o filho é autor, ou réo, o pai defende-o sem procuração d'elle, se é impubere, e com procuração assignada por ambos, se é pubere; arg. da Ord. liv. 3, tit. 41, § 8.

§ 47. DA OBRIGAÇÃO DOS PAIS DE CRIAR, E EDUCAR OS FILHOS SEM DIFFERENÇA DE QUALIDADE.

A primeira e principal obrigação dos pais é criar e educar seus filhos, quer legitimos, quer illegitimos, porque a natureza, que impõe esse dever a todo aquelle, que foi causa da existencia de outro, não conhece essas differenças. Quanto aos filhos legitimos, estes, durante o matrimonio, devem ser alimentados e educados á custa de ambos os conjuges; porquanto, ainda no caso, em que os conjuges sejam casados por dote e arrhas, este dever é *commun* a ambos; porque os rendimentos dos bens dotaes são destinados á sustentação dos encargos do matrimonio, emquanto este subsistir, e consequentemente á alimentação e educação dos filhos; Ord. liv. 4, tit. 99, pr. *ibi* — *elles ambos o devem criar ás suas despezas.* — Dissolvido porém o matrimonio por qualquer razão sem fallecimento de algum delles, devem então ser alimentados e educados á custa dos bens do

pai, só incumbindo á mãe a amamentação, e mais cuidados da criação delle nos tres primeiros annos de sua idade, se ella for de condição tal, que possa e deva criar seus filhos aos peitos; Ord. liv. 1, tit. 88, § 10, e liv. 4, tit. 99, pr. Da mesma sorte os filhos illegitimos de homêns casados, ou solteiros devem ser criados e educados á custa dos bens de seus pais; cit. Ord. tit. 99, § 1. Uns, e outros porém devem ser criados subsidiariamente á custa dos bens da mãe, se elles não tiverem bens proprios, e o pai não tiver por onde o possa fazer; e finalmente, se a mãe tambem não o poder fazer, aos avós, e mais parentes pela ordem dos graós, e segundo as suas posses, incumbe o dever de os criar e educar; cit. Ord. §. 2, e Assent. 5º de 9 de Abril de 1772, confirmado pelo Alv. de 29 de Agosto de 1776. Os filhos porém de Religiosos, e de mulheres casadas na ausencia dos maridos, devem ser criados á custa do publico; Ord. liv. 1. tit. 88, §11, e liv. 4, tit. 99. §§ 1 e 2¹.

§ 48. DOS OUTROS DIREITOS DO PAI.

Do poder, que compete ao pai sobre seus filhos provém;

1.º Que o tutor, que lhes elle nomear em testamento solemne e perfeito, não carece de confirmação do Juizo de Orphãos, nem é obrigado a dar fiança; Ord. liv. 4, tit. 102, § 1². : carece porém de confirmação o tutor nomeado pelo pai a seu filho natural; porque este não está debaixo do patrio poder, aindaque o pai o tenha em sua companhia (*Inst. de patr. pot.*); por essa mesma razão tambem carece de confirmação o tutor nomeada pela mãe a seus filhos legitimos; cit. Ord. § 2.

2.º Que o pai póde nomear herdeiro a seu filho pupillo

¹ Na significação das palavras — *criação, ou alimentação e educação* — comprehendem-se a *comida, bebida, vestido, habitação, instrução, profissão, etc.*, segundo a condição, e qualidade dos filhos, e dos pais, e posses, ou fazenda destes.

² A cit. Ord. § 1, concede igual direito ao avó: isto porém foi uma incoherencia nos Compiladores das Ordenações: porquanto, tendo esse direito seu fundamento no poder paterno, e tendo a Ord. liv. 4, tit. 87 § 7, negado o poder paterno ao avó a respeito de seus netos, regeitando nessa parte o direito romano, era consequencia natural, que não se devia conceder ao avó um direito que se comprehende no poder paterno.

quem tem sob seu poder, para o caso, em que venha a falecer na idade pupillar; Ord. liv. 4, tit. 87, § 7¹.

3.º Que só ao pai, e não á mãe, é concedido não pagar soldada ao filho, que estando sob seu poder lhe presta serviços; Ord. liv. 1, tit. 88, § 13.

§ 49. DIREITOS, E DEVERES DO PAI: I. EMQUANTO AOS BENS ADVENTICIOS DOS FILHOS.

I. Ao pai pertence não só a administração, mas também o usufructo dos bens adventicios dos filhos enquanto estiverem debaixo do seu poder; Ord. liv. 1, tit. 88, §§ 6 e 8, e liv. 4, tit. 97, § 19. Como porém o administrador não é senhor, o pai é obrigado a conservar os bens a seus filhos, quanto á substancia delles, para lh'os entregar, quando se emanciparem, ou casarem; cit. Ord. liv. 1, tit. 88, § 6, vers. — *Porém* —; e alem disso é obrigado a pagar os juros das dividas, e mais encargos, a que os bens estejam sujeitos (§ 512). Se o pai porém for condemnado por sentença no perdimento do usufructo, porque não fez inventario dos bens do seu casal dentro de dois mezes (Ass. de 20 de Julho de 1780), deve dar conta dos rendimentos percebidos da litiscontestação por diante. Também é obrigado a dar conta dos rendimentos dos bens, em que por alguma outra razão pertença a seus filhos, ou a algum delles, não so a propriedade, mas também o usufructo, Lobão a Mello, liv. 2, tit. 4, § 13, n. 33. Póde por si só demandar em Juizo em nome de seus filhos os bens ou dividas activas, que lhes pertence-rem, e defendê-los nas causas, em que forem réos, se forem impuberes: se são puberes, devem constituir procurador juntamente com seu pai; e quando forem réos devem ser citados juntamente com elle; argum. da Ord. liv. 3, tit. 41, § 8. Não póde alienar, nem hypothecar os bens dos filhos sem consentimento do respectivo Juiz de Orphãos; arg. da Ord. liv. 1, tit. 88, § 16, e L. 4, Cod. de bon. quæ. tiber. in pot. constit.; e se o fizer pode ser privado da administração, incumbindo então ao tutor, ou curador, que for nomea-

¹ Isto se deve entender no caso em que o pupillo já não tem mãe nem algum outro ascendente além do pai, porquanto se o tem, este é seu herdeiro necessario; Ord. liv. 4, tit. 91 §, 1, e então não tem logar a substituição pupillar.

do aos menores, ou somente aos seus bens, segundo o caso o pedir, annullar a venda, ou hypotheca. Póde igualmente ser privado da administração, se por alguma outra maneira dissipar, ou dilapidar os bens dos filhos ; Ord. liv. 3, tit. 9. §4, Lobão a Mello, log. cit., § 12, n. 29.

§ 50. II. EMQUANTO AO PECULIO DO FILHO.

II. A Administração do pai a respeito dos bens do filho, que está debaixo do seu poder, soffre limitações, segundo a natureza e qualidade dos bens.

1.º No *peculio profecticio*, isto é, nos bens, que o pai separou do seu patrimonio, e deo em administração ao filho, que está em seu poder, que vive com elle á mesma mesa, e se governa com os bens delle, o pai retém em sua integridade a propriedade e o usufructo; e por isso o filho, a quem elle os deo em administração, deve por fallecimento do pai, trazê-los á collação com todos os lucros, ou ganhos, que delles houve; Ord. liv. 4, tit. 97, §§ 16, e 17.

2.º A *contrario sensu* porém não pertence ao pai o usufructo de taes bens, se o filho não vive com o pai, nem se governa com os bens delle, mas tem economia domestica distincta e separada á sua propria custa; porquanto neste caso todos os lucros, ou ganhos, pertencem ao filho até a morte do pai, e só deve trazer á collação os proprios bens, se os ainda tiver, com o que tiverem rendido depois da morte do pai, ou a estimação delles, se não os tiver mais em seu poder; cit. Ord. pr. Não pertence porém ao pai nem a propriedade, nem o usufructo dos bens, que o filho ganhou com os bens de um terceiro, ainda que se governasse com os bens, ou fundos do pai; cit. § 16, vers. ultimo.

3.º No *peculio castrense*, ou *quasi-castrense*, isto é, nos bens que o filho-familias adquirio pelas armas, ou pelas letras, a propriedade, administração, e usufructo, pertence ao filho; porquanto a respeito destes é reputado emancipado, e fóra do poder do pai; Ord. liv. 3, tit. 9, § 3, e liv. 4, tit. 97, § 18.

4.º Finalmente no *peculio adventicio*, isto é, nos bens que o filho-familias adquirio por seu trabalho, ou industria, exercido por conta, ou por mandado do pai, ou por liberali-

dade alheia, e nos que houve por successão de sua mãe, ou, de parentes da parte de sua mãe; o usufructo pertence ao pai enquanto o filho não for emancipado, ou casado, e a propriedade ao filho; cit. Ord. liv. 4, tit. 97, § 19.

Exceptuão-se porém:

1.º Os que o filho adquirio por seu trabalho, ou industria, não sendo por conta, nem por mandato do pai, ainda que o filho vivesse á mesa do pai, ou se governasse com os bens d'elle; Valasc. *de part.* cap. 13, n. 181, Lobão a Mello, liv. 2, tit. 4, § 13, n. 13 e seguintes.

2.º Todos os demais bens do filho, chamados *adventicios extraordinarios*, como, v. g., os que adquirio por liberalidade alheia com a condição de lhe pertencer desde logo assim a propriedade, como o usufructo, e todos aquelles, cujo usufructo o pai perdeo por alguma das causas referidas na Ord. liv. 4, tit. 98. ¹

§ 51. QUANDO O PAI É RESPONSÁVEL PELOS FACTOS DO FILHO.

O filho-familias de idade legitima, promettendo, ou delinquindo, não obriga o pai civilmente, mas obriga-se a si proprio a respeito de todas as cousas; porquanto tem

¹ Por direito romano a regra geral a respeito dos bens adquiridos pelo filho, que estava debaixo do poder de seu pai, era, que tudo que o tal filho adquiria pertencia a seu pai: esta regra porém tinha suas excepções, segundo os bens do filho constituíam *peculio castrense*, *profectivo*, ou *adventicio*.

Os bens, que constituíam *peculio castrense*, ou quasi *castrense* são inteiramente livres do filho, tanto na propriedade, como na administração, e usufructo; L. 6 *in fin.* Cod. *de bon. quæ liber. in pot. const.*

Do *peculio profectivo*, o qual compunha-se daquelles bens que o pai dava ao filho, unicamente para os administrar, o filho nenhum outro interesse tirava, senão o de ficar com elle no caso de serem arrematados os bens do pai, assim como no caso, em que elle não lh'o retirava no acto da emancipação; L. 3, § 4 D. *de minorib.* e L. 31, § 1 D. *de donat.*

Finalmente o *peculio adventicio* comprehendia todos os outros bens do filho, ou fossem adquiridos por herança da mãe, ou de qualquer outra pessoa, não comprehendida na linha paterna, ou por alguma negociação, trabalho, ou industria do filho, que não fosse o serviço militar, ou uso das letras; e estes são do pai, sem distincção alguma, segundo o direito romano antigo.

Pelo direito Justiniano porém a propriedade dos bens adventicios pertence ao filho, e a administração e usufructo ao pai; § 1. Inst. *per quas pers. cuiq. adquir.* Quanto porém aos *adventicios extraordinarios*, em que o pai, por virtude da lei, ou de condição não pôde ter o usufructo, este pertence ao filho juntamente com a propriedade.

capacidade civil para se obrigar por seus actos licitos, e illicitos, e para por si e em seu nome estar a Juizo: Ord. liv. 3, tit. 9, § 3, vers.— *E isto*,— tit. 29, § 1, tit. 41 pr., e § 8, L. 13, § 10 Cod. *de judic.*: exceptua-se comtudo o emprestimo de dinheiro; L. 6, Cod. *ad Senat. Maced.* Ord. liv. 4, tit. 50, § 2. ¹

O filho-familias porém, que ainda não completou a idade legitima, não se obriga civilmente pelos contractos, ou promessas, que fizer sem auctoridade, ou consentimento de seu pai; arg. da Ord. liv. 1, tit. 48, § 28, e liv. 3, tit. 42, § 2; obriga-se porém civilmente, isto é, os seus bens são sujeitos á satisfação do damno, no caso de fazer mal a outrem, qualquer que seja a sua idade; Cod. Crim, art. 11. O pai porém pode ser demandado em consequencia de factos do filho, que está, em seu poder, nos seguintes casos:

1.º Se tirou proveito do acto do filho, como, v. g., se o filho tomou dinheiro emprestado para se alimentar, e vestir, segundo o costume, e posses de seu pai; L. 3 § 3, D. *de in rem. vers.*

2.º Se o filho contractou por consentimento, e mandato do pai para alguma negociação, ou outro semelhante fim, a que o pai o tinha preposto, ou projectava prepô-lo; cit. Ord., liv. 4, tit. 50, § 3. L. 1 pr. e § 4. D. *Quod jussu.*

3.º Se ao filho, que está em parte remota por causa de estudos, se emprestou o necessario para os gastos do estudo, não sendo, mais que o que o pai costumava dar; cit. Ord. § 4.

Quando porém aos actos illicitos do filho, o pai (na supposição de não ser cúmplice, porque, se o é, então é, como tal, directamente obrigado) e responsavel civilmente pelas obrigações resultantes de taes actos nos seguintes casos:

1.º Se induzio o filho a pratical-os; Cod. da Pr. p. 2, tit. 2. arts. 139 e 140.

¹ A cit. Ord., negando acção áquelle, que emprestou dinheiro a algum filho-familias, para o repetir, quer do pai quer do filho, approvou o Senatus-consulto Macedoniano, o qual fôra introduzido para o fim de diminuir as causas da corrupção dos filhos e impedir que elles dissipassem os seus bens antes da sua emancipação. Por excepção porém a essa regra o filho é responsavel até onde chegar o seu peculio pela satisfação do emprestimo, que contrahio para negociação, ou tracto, em que estava por consentimento, mas sem expresso mandato de seu pai; cit. Ord. § 3 *in fine*.

2.º Se estando o filho em sua companhia, não prevenio o facto illicito, podendo; cit. Cod. art. 142, e Cod. Civ. Fr. art. 1384.

Em todo o caso porém, em que o pai póde ser demandado por actos do filho, licitos, ou illicitos, elle satisfaz a obrigação á custa dos bens do filho, emquanto isso for possivel; primeiramente á custa do rendimento liquido dos bens livres; e não os tendo, ou não chegando, á custa daquelles, cujo usufructo lhe pertence, uma vez que fique sempre salva a substancia delles, se não lhe pertencer tambem a propriedade; cit. Cod. da Pr. arts. 167 e 203, Lobão, *Obr. recipr.*, § 273. ¹

§ 52. DOS DIREITOS E OBRIGAÇÕES DAS MÃES.

Além dos já notados direitos e obrigações da mãe, competem-lhe mais os seguintes:

1.º Coadjuvar o marido na alimentação, e educação dos filhos; argum. da Ord. liv. 1, tit. 88, §§ 10 e 11, e liv. 4, tit. 99.

2.º Alimental-os, e educal-os subsidiariamente, segundo o permittirem as suas posses, quando o pai não o poder fazer, nem elles tiverem bens proprios (§ 110).

3.º Alimental-os e educal-os precipuamente, se não tiverem pai, nem bens proprios, emquanto ella bem o poder fazer; Ord. liv. 1, tit. 88, § 11.

4.º Castigal-os moderadamente, quando o merecerem; Resol. de 20 de Abril, e 20 de Julho de 1751.

5.º Ser tutora delles, querendo, emquanto não tornar a casar, se viver honestamente, e tiver a necessaria capacidade intellectual, uma vez que renuncie ao beneficio da lei do Senatusconsulto Velleiano; Ord. liv. 4, tit. 102, § 3.

6.º Querendo tornar a casar, deve, antes que o faça, requerer ao respectivo Juiz de Orphãos que lhes dê tutor, ou curador; e não o fazendo responde solidariamente com seu

¹ A acção de *peculio* contra o pai dá-se; — 1.º, sobre os bens adventicios; salvo o usufructo; 2.º, sobre os bens, que elle deo ao filho para negociar; 3.º, sobre os bens livres do filho, se por alguma cousa o pai estiver na posse delles, visto que a propriedade, administração e usufructo destes pertencem ao filho. Veja-se Lobão citado § 273.

novo marido pelas obrigações da tutoria até o momento em que for removida; cit. Ord. liv. 4, tit. 102, § 3, e Cod. Civ. Fr. art. 395.

7.º Em caso nenhum é obrigada a pagar soldadas a seus filhos menores, se não no caso, em que a isso se haja obrigado por termo perante o respectivo Juiz de de Orphãos; Ord. liv. 1, tit. 88, § 13.

§ 53. CONTINUAÇÃO DA MESMA MATERIA.

8.º Não póde ser citada validamente por seus filhos, sem impetração de venia; Ord. liv. 3, tit. 9, §§ 1, 2, e 3.

9.º Póde desherdar seu filho, ou filha, por qualquer das causas definidas na Ord. liv. 4, tit. 88, e Ass. 5, de 9 de Abril de 1772, uma vez que a declare circunstanciadamente, e que a prove com audiencia do desherdado, se o fez por escriptura publica; argum. da Ord. liv. 4, tit. 82; § 2; se os preterir porém em testamento, ou desherdar sem expressa declaração da causa, a preterição e desherdação são nullas; cit. Ord. § 1.

10.º Póde substituir exemplarmente seu filho, ou filha demente; Ord. liv. 4, tit. 87, § 7.

11.º Póde dar em testamento tutor a seus filhos, com dependencia de confirmação (posterior) do respectivo Juiz de Orphãos; Ord. liv. 4, tit. 102, § 2.

12.º Póde demandar por alimentos aquelle, ou aquelles de seus filhos, ou netos, que bem lh'os poderem prestar, se delles ella carecer: cit. Ass., confirmado pelo Alv. de 29 de Agosto de 1776.

13.º Se por morte de seu marido se sentir gravida, póde requerer em nome do ventre a posse dos bens do casal, se não tiver outros filhos, ou descendentes legitimos a quem deva dar partilha, ou do quinhão hereditario, no caso de os ter, pertencente ao que traz em seu seio; LL. 1, 4, e 7. D. *de ventr. in poss. mitt.*, e Ord. liv. 3, tit. 18, § 7.

14.º É obrigada a tornar com seu interese aos outros seus filhos o quinhão do que trazia no ventre, se se vier a provar que era de outro que não seu marido. ¹

¹ Aindaque a mãe não tenha entre nós o poder parental civil por effeito

TITULO IV.

Dos modos por que se adquire o patrio poder.

§ 54. DOS MODOS DE ADQUIRIR O PATRIO PODER EM GERAL.

O patrio poder (§ 41) adquire-se, em geral, pelos seguintes modos:

1.º Pelo facto do nascimento de um, ou mais filhos legitimos durante a vida do pai.

2.º Pela legitimação dos filhos naturaes, operada por seguinte matrimonio entre os auctores da sua existencia (Ord. liv. 2, tit. 35, § 12, v.— Porém), ou pelo facto do reconhecimento dos mesmos filhos naturaes feito pelo pai por escriptura publica antes de casar: Decr. de 2 de Setembro de 1847.

3.º Por adopção, ou arrogação. Dizem-se filhos legitimos os que nascerão de legitimo matrimonio, o qual ordinariamente é precedido de *esponsaes*, ou *contracto sponsalicio*. Isto posto, trataremos em particular dos *esponsaes*, do *matrimonio*, da *legitimação*, e da *adopção*, e *arrogação*.

§ 55. NOÇÃO, E FUNDAMENTO DOS ESPONSAES.

Esponsaes são o *contracto*, pelo qual duas pessoas de differente sexo se compromettem reciprocamente contrahir matrimonio entre si; L. 1, D. *de spons*. Elles são um pre-

da admissão do Direito Romano, não devemos d'ahi inferir, que esse Direito haja sido recebido geralmente por nossas Leis, e costumes; porquanto o poder paterno não é perpetuo entre nós: elle cessa pela dignidade, e emprego publico do filho. pelo casamento, e pelo estabelecimento de economia separada.

Além disso, elle não se estende aos *nettos*, e nem o filho é reputado a mesma pessoa, que o pai; e d'ahi se segue, que, exceptuado o *contracto* de venda feita pelo pai, ou avô ao filho ou *netto*, e a troca desigual feita sem expresso consentimento dos outros filhos, ou *nettos* (Ord. liv. 4, tit. 12), os filhos podem contractar com os pais, e demanda-los, e *vice-versa*, guardada a reverencia, que em todos os casos, e em todo o tempo os filhos devem a seu pai, e mais ascendentes.

A mãe competem quasi os mesmos direitos, que competem ao pai sobre seus filhos, com excepção do poder parental, da administração, usufructo, e alguns pouco mais, de que fallaremos a seu tempo.

liminar das nupcias, introduzido com as vistas de prender a attenção reciproca dos esposos em ordem a que se affeicõem um ao outro e realizem os votos de duas familias; e tambem para lhes dar tempo de reflectirem sobre a importancia, e encargos do estado matrimonial. Em muitos casamentos omittem-se, o em outros celebrão-se juntamente com os pactos chamados *matrimoniaes*, ou *antenupciaes*; mas nada impede que se estipulem em convenção separada.

§ 56. PESSOAS QUE OS PODEM CONTRAHIR.

Sendo os esponsaes um contracto (paragrapho antecedente), segue-se :

1.º Que é necessario para sua validade que os contrahentes sejam capazes de consentir, isto é, que não sejam dementes, furiosos, ou infantes; L. 14, D. *de spons.*

2.º Que os contrahentes sejam habeis para os contrahir, isto é, que não haja entre elles parentesco, ou outro impedimento, pelo qual não se possa casar um com o outro, salvo se fôr dispensavel, mas neste caso devem declarar-o, e contrahir os esponsaes debaixo da expressa condição — se obtiverem dispensa legal —; Lei de 6 de Outubro de 1784, § 3.

3.º Que, sendo filhos-familias, ou menores, intervenha o consentimento de seus pais, tutores, ou curadores, ou provisão, ou sentença do supprimento d'elle, no caso de lhes ter sido denegado: cit. Lei, § 4. ¹

§ 57. SUAS SOLEMNIDADES ESSENCIAES.

Para a validade do contracto esponsalicio requer-se entre nós :

1.º Mutuo e livre consenso dos contrahentes.

¹ Por Direito Canonico os esponsaes do impubere maior de sete annos, celebrados por intervenção de seus pais, ou tutores, são validos, se algum dos esposos não reclama contra elles logo que for entrado na puberdade, caps. 7 e 8 *Tit. de desp. imp.*; disposição adoptada entre nós, uma vez que não se infira d'ahi que algum dos esposos possa depois ser constringido directamente a cumprir os esponsaes, casando com o outro; cit. Lei. § 8. Quanto ao supprimento do consentimento dos pais, tutores, ou curadores, no caso de ser denegado, isso pertence hoje entre nós aos Juizes de Orphãos: Lei de 22 de Setembro de 1828, art. 2, § 4.

2.º Expresso consentimento dos pais, tutores, ou curadores, se os esposos forem menores ou filhos-familias; ou supprimento d'elle, se for denegado.

3.º Que seja firmado por escriptura publica na presença dos contrahentes, de seus pais, tutores, ou curadores, ou de seus representantes, munidos de procuração com poderes especiaes, e de duas testemunhas. ¹

4.º Que na escriptura se declare o nome, idade, naturalidade, e morada dos esposados, a sua mutua promessa e livre consentimento; e, se forem menores, ou filhos-familias, o consentimento de seus pais, tutores, ou curadores, ou o seu supprimento, ² incorporando-se na escriptura o theor da provisão, ou sentença, por que elle foi concedido.

5.º Que seclare, no caso em que os esposados sejam parentes, o genero e qualidade de parentesco, e em que grau se achão, e que somente se obrigueo debaixo da condição de lhes ser concedida a dispensa legitima.

6.º Assignatura de todos, e do Tabellião, e testemunhas na fórma do estylo: cit. Lei, §§ 1, 2, e 3. ³

§ 58. COMO SE PROVÃO, E DA PENA QUE SE LHES PÓDE ACCRESCENTAR.

Os sponsaes não se pódem provar entre nós senão por

¹ Se até a distancia de duas leguas do logar não houver Tabellião basta escripto particular assignado pelos contrahentes, e por seus pais, tutores, ou curadores e quatro testemunhas. Este escripto porém se não for cumprido dentro de um mez, não tem mais validade, salvo se for reduzido a escriptura; cit. Lei, § 2. Convém porém observar que estas disposições pouco uso podem ter desde que pela Lei de 30 Outubro de 1830 se conferio aos Escrivães de Paz das Freguezias, de fóra das cidades e villas, onde nao ha Tabellião de Notas, o exercicio das funcções destes dentro de suas respectivas Freguezias.

² Os maiores de vinte e cinco annos (hoje de vinte e um; Decr. de 31 de Outubro de 1831) devem indispensavelmente pedir o consentimento de seus pais; mas, se lhes for denegado, tem com isso cumprido comos religiosos officios da obediencia, e respeito, que lhes devem, e podem proceder a celebração do contracto, sem necessidade de pedirem o supprimento do consentimento dos pais; cit. Lei, § 6. Isto porém se entende no caso de nao serem filhos-familias; arg. do § 4.º da mesma Lei — *verbis* — *Os filhos-familias, e os menores.*

³ Por Direito Romano e Canonico não se requer para a validade dos sponsaes senão o mutuo e livre consenso dos contrahentes, e de seus pais, ou tutores, se elles são menores, provado legalmente; nem resulta della acção efficaz para a celebração do matrimonio: L. 1, Cod. de spons., de cap. sponsal. et matrim.

escriptura publica; cit. Lei, § 1. Exceptua-se porém o caso indicado na nota 1, § 5, dentro de um mez da sua celebração. A mesma Lei (§ 8) permite aos contrahentes definir, e ajustar na escriptura dos esponsaes, com approvação de seus pais, ou tutores, se forem filhos-familias, ou menores, a quantia, que no caso de *injusto repudio*,¹ deverá servir de compensação á parte lesada; e ao mesmo tempo concede a esta (no § 7) a breve e summaria acção de dez dias, para a demandar no caso de se verificar o repudio. Na falta de especial estipulação das partes a esse respeito, fica ao prudente arbitrio dos julgadores fixar a indemnisação, e interesse conforme as circumstancias.²

§ 59. DA ACÇÃO ESPONSALICIA.

Ainda que entre nós, quando os esponsaes são celebrados por escriptura publica, e com expresso consentimento dos pais, ou tutores dos contrahentes menores, resulta deste contracto perfeita obrigação de encher a fé dada (cit. Lei de 6 de Outubro de 1784, § 7), comtudo, como o matrimonio requer a mais plena liberdade, porque a coacção em negocio de tanta monta é sempre seguida das mais funestas consequencias; caps. 2 e 17 *de sponsalib.*; é manifesto que aquelle dos contrahentes, que recusa encher a fé dada, podendo sem perigo ser aconselhado ao cumprimento della, não pôde ser coagido directamente a cumpril-a contra sua vontade, sem que se tenha no mais alto desprezo a felicidade de ambos os conjuges.

Como porém o injusto repudio sempre traz damno ao repudiado, e principalmente se este é o do sexo mais fraco, justamente a citada Lei concede á parte lesada no contracto esponsalicio, celebrado na fórma acima declarada, a acção

¹ O repudio é injusto em todo o caso, que não se achar comprehendido no § 56:

² Por Direito Romano pôde-se provar o contracto esponsalicio por juramento, testemunhas, ou instrumento assim particular, como publico. Elle porém declara nulla a pena, que se lhe accrescentar; L. 134, D. de *verbor. obligat.* Parece que o Direito Canonico tambem a reprova no cap. Gemma 29. Authent. *de sponsalib.*; porém Rieg. Inst. *Jurisprud. Eccles.*, p. 4, § 16.; sustenta que nao se oppõe nem á Lei Divina, nem á Ecclesiastica, nem á natureza da cousa, que pague pena á parte lesada aquella que injustamente resilio do contracto esponsalicio.

de assignação de dez dias, para haver por meio della a devida indemnisação não só no caso, em que esta foi expressamente estipulada, e definida na escriptura dos esponsaes; mas ainda n'aquelle em que as partes nada estipularão a esse respeito; porque neste ultimo caso ella commette ao prudente arbitrio do Juiz determinar a indemnisação segundo as circumstancias. ¹

§ 60. DA DISSOLUÇÃO DOS ESPONSAES.

Os esponsaes dissolvem-se justamente por cada uma das seguintes causas:

- 1.ª Pelo mutuo dissenso.
- 2.ª Por erro, ou engano essencial.
- 3.ª Por coacção, que se empregasse contra algum dos contrahentes.
- 4.ª Por falta de implemento da condição, se forão celebrados conditionalmente.
- 5.ª Por impedimento dirimente absoluto, que se igno-
rava, ou por superveniencia delle antes do casamento.
- 6.ª Pela superveniencia de molestia contagiosa, ou de-
formidade notavel.
- 7.ª Por graves vicios, e defeitos moraes, quer adquiridos
de novo, quer antigos, se dantes erão ignorados.
- 8.ª Pela morte de algum dos esposados. Veja-se Lobão,
Acc. Summ. desde o § 678.

¹ Pela acção decendiarria, que a citada Lei concede ao contrahente injustamente repudiado, pôde-se pedir a alternativa, isto é, que o repudiante seja condemnado a cumprir a fé dada, ou prestar o interesse estipulado, ou o que o Juiz arbitrar, no caso de não ter sido definido no contracto. A appellação porém, ou agravo de petição, ou instrumento, interposto de tal condemnação, deve produzir o effeito de fazer sobreestar na execução da sentença até final determinação da appellação, ou agravo, por excepção a contraria disposição da Ord. liv. 3.ª tit. 25 *in fine principii*, e §§ 1 e 2, autorizada pela citada Lei nas palavras finaes do § 7 — *em tudo, que lhe for applicavel* —; visto que a disposição da citada Ord. não se pôde applicar ao presente caso sem o absurdo de se conceder um recurso inutil: porquanto, contrahido o matrimonio por execução da sentença do Juiz inferior, não é mais possivel reparar-se o gravame, que por ella houver sido commettido, visto que o matrimonio é indissolovel até a morte de um dos conjugues; e assim, é evidente que nesse caso ficaria sem execução a sentença da instância superior revogatoria da do Juiz inferior, e portanto inteiramente inutil, e sem proveito teria sido o dito recurso.

§ 61. DA RETRACTAÇÃO DOS ESPOSADOS.

Como os esposados naturalmente contarão com a continuação das mesmas circumstancias, que os determinarão a prometter-se reciprocamente casar um com o outro; dahi vem que qualquer delles póde retractar-se, contra a vontade do outro, não só por cada uma das causas indicadas no paragrapho antecedente de n. 2 até n. 7; e provando a existencia de uma, ou outra, é relevado de pagar a pena; mas tambem em cada um destes outros casos:

1.º Se o outro contrahio esponsaes com outra pessoa; sendo que neste caso póde pedir-lhe a pena, pois que pelo seu factio rompeo o primeiro contracto, e com isso fez-lhe injuria, se não teve justa razão para o romper.

2.º Se o outro decahio de fortuna tão consideravelmente. que não póde sem grande difficuldade sustentar os encargos do matrimonio.

3.º Se o outro se retirou para paizes estrangeiros sem animo de voltar.

§ 62. DOS EFEITOS DA RETRACTAÇÃO E DISSOLUÇÃO.

Aquelle, que se retracta sem justa causa, não só é obrigado á pena, de que fallamos no § 54; mas tambem restitue as prendas, ou donativos, que recebeo, ou o excedente do seu valor sobre o valor das que deo, se tambem deo algumas, e não fôr possível a reciproca restituição de umas e outras. A mesma obrigação incumbe, *em regra*, áquelle que *por culpa sua* deo causa á retractação.

Dizemos — *em regra* —, porque alguns casos ha em que seria uma deshumanidade exigir-se a pena, como v. gr., do que por culpa sua decahio consideravelmente de fortuna, ou adquirio molestia contagiosa, ou deformidade physica, ou ainda moral.

Se na dissolução não houver culpa de nenhuma das partes, as prendas restituem-se reciprocamente; ou, se não fôr possível a restituição em especie, compensão-se entre si, restituindo aquelle, que recebeo maiores valores, o excedente delles sobre os valores, que deo. No caso de morte de um dos esposados o sobrevivivo tem a escolha de, ou reter as prendas e donativos, que recebeo, ou restituil-os, e repetir

os que deo. A acção para repetir as prendas prescreve em um anno contado da retractação ou dissolução; e não passa para os herdeiros. ¹

§ 63. NOÇÃO DO MATRIMONIO, E SUA NATUREZA.

Matrimonio é a união solemne e legitima de duas pessoas de differente sexo, com o fim de procrearem, e educarem a prole, e socorrerem-se reciprocamente. Elle encerra entre nós um contracto, e um sacramento; e por isso se regula pelas leis civis, e conjunctamente pelas leis ecclesiasticas; Decreto de 12 de Setembro de 1564, Lei de 8 de Abril de 1569, e Decreto de 3 de Novembro de 1827. ²

¹ A palavra — *culpa* — exprime a idéa de defeito de rectidão em uma, ou outra acção humana, o qual, podendo, e devendo ser evitado, deixou de o ser, não por deliberada vontade da parte do agente, mas por falta de previo e maduro exame da natureza e qualidades da acção, e de suas consequências possíveis, antes de ser praticada. Essa falta recebe diversos nomes, segundo a diversidade dos actos do intendimento, de que a culpa dimana.

Assim; ora chama-se-lhe *inadvertencia*, ou *falta de attenção*; ora *imprudencia*, ou *falta de precaução*, ou *de cautela*; ora *imprudencia*; ora *precipitação*; ora *negligencia*; ora *incuria*, *deleixo*, etc., etc.

A culpa pôde ser mais, ou menos grave, e deixar de ser imputavel ao agente, em muitos casos, a menos grave de todas. Tal é a razão, porque ella ha sido dividida em *culpa lata*, ou *larga*, *culpa leve*, e *culpa levissima*. Diz-se *lata*, ou *larga* aquella, em que só incorre o mais negligente, o mais descautelado, ou o mais deleixado pai de familia: *leve* aquella, em que caher alguma vez o pai de familia dotado de cautela, cuidado e diligencia ordinaria; e *levissima* aquella, em que alguma vez pôde cahir o mais diligente, e mais cuidadoso pai de familia.

Pelo contrario, diz-se *dolo* todo o defeito de rectidão em uma ou outra acção humana, o qual, podendo, e devendo ser evitado, deixou de o ser, por deliberada vontade do agente, ou antes, porque foi premeditada e calculadamente procurado por elle.

² Sendo pois o casamento, entre nós, um contracto, e ao mesmo tempo um sacramento, porque Jesus Christo lhe conferio esse character sanctificante, para melhor segurar a observancia dos deveres, que lhe sao inherentes, e melhor firmar a paz, e felicidade das familias; já se vê, que violar esses deveres é *infringir ao mesmo tempo um dos mais serios e importantes contractos*, e violar a Santa Religião Catholica Apostolica Romana, que é a unica verdadeira, e que, tendo sido sempre a Religião dos nossos antepassados, felizmente continúa a ser a Religião do Estado por virtude da sabia disposição do art. 5.º da Constituição Política do Imperio.

Sim, infringir os deveres essencialmente inherentes ao matrimonio, é *infringir ao mesmo tempo o solemne contracto*, que o precedeu, e sem o qual elle não podia existir; e violar o sacramento a que Jesus Christo o elevou para tão santos fins; e essa infracção, e violação arrastrão muitas vezes consigo as maiores desgraças, que podem affligir as familias, e outras vezes são causa de sua deshonra, e ruina.

Dahí vem, que o matrimonio tem sempre merecido de todos os legisladores especial attenção, de sorte que elle occupa um lugar distincto na legislação

§ 64. DOS QUE NÃO PODEM CASAR: I. POR FALTA DE CAPACIDADE MORAL, OU PHYSICA, OU POR IMPEDIMENTO DIRIMENTE.

I. Não podem casar validamente:

1.º Os que por falta de capacidade moral não podem consentir, como os dementes e furiosos.

2.º Os que por falta de capacidade physica não podem atingir o fim primario do casamento, que é a procreação da prole, como são os que laborão em *impotencia physica perpetua, e anterior*. caps. 3 e 6, tit. *de frig. et malef.* Os impuberes tambem entrão nesta classe, cap. 14, tit. *de desp. impub.* Este impedimento porém chamado *de falta de idade*, pôde ser dispensado pelos Ordinarios, *si malitia suppleat aetatem*, cap. 14 citado.

3.º Os que laborão em algum dos *impedimentos dirimentes*, estabelecidos pelo Direito Canonico, e adoptados pelos nossos costumes, e Constituição do Arcebisado da Bahia, liv. 1, tit. 68, §291; Decreto de 3 de Novembro de 1827.

Diz-se terem *impedimento dirimente* aquelles, que não podem casar validamente sem previa dispensa, em caso, em que esta pôde ter lugar; e diz-se *impedimento absolutamente dirimente*, quando não admite *dispensa*. Diz-se porém terem impedimento impediante aquelles, que podem casar valida, mas illicitamente. No primeiro e segundo caso o matrimonio é nullo, e a todo o tempo que constar o impedimento, declara-se por sentença a sua nullidade pelo Juizo Ecclesiastico, e separão-se os conjuges até que obtenhão a dispensa, se é caso, em que esta pôde ter lugar; ou para sempre, no caso contrario. Neste ultimo caso, cada um dos suppostos conjuges pôde casar com outra pessoa. No tercei-

civil de todas as nações civilizadas, consagrado ao estabelecimento de solemnidades, regras, e preceitos, tendentes a firmal-o, e protegêl-o em todos os seus effeitos, e a fixar, e garantir os direitos e obrigações do marido e da mulher, assim como dos filhos nascidos d'entre ambos.

Dahi vem emfim, que todos os povos antigos e modernos tem feito intervir o céu em um contracto, que tamanha influencia exerce sobre a sorte dos esposos, e que ligando o seu futuro ao presente, parece fazer depender a felicidade delles de uma serie de successos, cujo resultado se apresenta ao espirito como o fructo de uma benção celestial; porquanto emtaes occurrencias as esperanças, e os temores humanos costumão sempre invocar o soccorro da Religião, estabelecida entre o céu, e a terra para encher o immenso espaço, que separa um do outro.

ro caso porém, o matrimonio é valido, mas illicito ; e por isso os conjuges são sujeitos a certas penas canonicas, e civis ; Borg. Carn. liv. 1, tit. 11, §§ 103 e seguintes. ¹

§ 65. II. PELA REPUGNANCIA E PEJO NATURAL.

II. Não podem casar validamente pela repugnancia e pejo natural, e pelo receio do abuso do tracto familiar, os parentes entre si, ou o sejam por *consanguinidade*, ou por *affinidade* ; na linha *recta in infinitum*, e na transversal até o quarto grau contado segundo o Direito Canonico ; cap. 8, tit. *de cons. et affin.* : na affinidade porém, quando esta provém de ajuntamento illicito, a prohibição não passa além do segundo grau ; Trid. Sess. 24 de *de reform. matr.*, cap. 4. Além disto, em razão do parentesco espirital, que se contrahe no baptismo, tambem resulta impedimento para o matrimonio :

1.º Entre o baptisante e o baptisado, e seu pai e mãe.

2.º Entre o padrinho e madrinha, e o afilhado, e seu pai e mãe ; cit. cap. 4, Rieg. *Jurispr. Eccles.*, p. 4, §§ 114 e seguintes.

§ 66. III. POR MOTIVOS CIVIS, OU RELIGIOSOS.

III. Não podem casar validamente por motivos civis, ou religiosos :

1.º Os que laborão no impedimento *ligaminis*, isto é, aquelle, ou aquella, cujo conjugue ainda é vivo ; cap. 19, tit. *de sponsal.*

2.º Os que contrahirão esponsaes validos, ou matrimo-

¹ Intende-se aqui por impedimento toda e qualquer legitima causa, pela qual ou não se pôde dar casamento valido entre certas pessoas, ou pelo menos, elle é illicito, posto que valido ; porquanto a Igreja os divide em *dirimentes*, e *impedientes*, ou *prohibitivos*. São *dirimentes* os que dirimem, ou invalidão o casamento ; e taes são, o erro quanto á pessoa, o erro quanto ao estado da mesma, o voto solemne, o parentesco em certos graus, o crime, a differença de Religião, a violencia, a profissão em alguma das Ordens Religiosas, a subsistencia de um primeiro matrimonio, a honestidade publica, a affinidade em certos graus, a impotencia, o rapto, e a clandestinidade. São porém impedimentos *impedientes* aquelles, que, comquanto não invalidem o matrimonio, comtudo o tornão illicito, e por isso sujeitão os nubentes a certas penitencias.

nio *rato*, não podem casar validamente com parentes de outro esposo ; no caso dos esponsaes, até o primeiro grau ; e no caso do matrimonio *rato*, até o quarto ; porque tem contra si o impedimento *publicæ honestatis* ; Trid. Sess. cit., caps. 3 e 8, tit. *de cons.*

3.º Os que professarão os votos monasticos, ou tomarão Ordens Sacras ; porque estão sujeitos á lei do celibato ; cap. 3. tit. *qui clerici, vel vovent.*

§ 67. IV. EM PENA.

IV. Não podem casar validamente em pena do crime :

1.º Aquelle, que raptou alguma mulher por fôrça, ou seducção ; salvo, se livre do poder do raptor, e posta em logar seguro, ella consentir ; porquanto, sem essa condição obsta-lhe o impedimento de *rapto* ; Trid. Sess. cit., cap. 6.

2.º Os que commetterão adulterio, se em vida do conjugue offendido prometterão casar um com o outro (ainda que o conjugue defunto morresse naturalmente), ou se, com o fim de casar, maquinarão, ou concorrerão para a morte delle, ao que se chama *impedimentum criminis* ; caps. 3, 5, e 6. Tit. *de eo qui duxit in matr.* ¹

§ 68. DA DISPENSA DOS IMPEDIMENTOS.

Havendo causa justa e grave, costuma-se impetrar dispensas :

1.º No impedimento de parentesco por consanguinidade, excepto na linha recta e no primeiro grau da transversal.

2.º No de afinidade, excepto na linha recta da afinidade *legitima*.

3.º No de cognação espiritual, e no da publica honestidade.

4.º No de adulterio, não tendo havido maquinação para

¹ Além dos impedimentos *dirimentes*, cujo effeito é tornarem nullo o matrimonio a todo o tempo, em que constem (§ 64) : são, em Direito Canonico, cstabelecidos outros, chamados *impedientes*, cujo effeito é tornarem o matrimonio illicito, mas valido ; e taes são os esponsaes (§ 66), o voto simples de castidade, e a prohibição ecclesiastica, os quaes nenhum uso podem ter no Fôro Secular.

a morte do conjuge predefunto; *Cavall., Inst. Jur. Can.*, p. 2, cap. 22, n. 3.

§ 69. DAS SOLEMNIDADES ESSENCIAES DO MATRIMONIO.

Para a validade do matrimonio é essencialmente necessario :

1.º O mutuo e livre consenso dos nubentes, isento de medo, dolo, ou erro sobre as pessoas; caps. 15 e 28, *Tit. de sponsal.*

2.º Que o consentimento seja enunciado expressamente perante o proprio parcho, ou outro sacerdote com licença delle, ou do Ordinario.

3.º A assistencia de duas, ou tres testemunhas; *Trid. cit. Sess. 24 de reform. matr.*, cap. 1.

Póde ser celebrado por parte de cada um dos contrahentes por meio de procurador com poderes especiaes para isso; cap. ult. *de procurat. in 6.º* Em regra é precedido de *banhos* ou *proclamas*, lidos pelos parchos dos contrahentes nas suas respectivas Igrejas, em tres dias festivos, na occasião do concurso do povo, para o fim de se descobrir algum impedimento, se o houver: os Ordinarios porém costumão dispensal-os em parte, ou no todo, havendo justa cauta; *Trid. cit.*, cap. 1. A sua omissão, sem dispensa, é punivel; mas não induz nullidade, porque não são solemnidade essencial; *Rieg.*, p. 4, § 59.

§ 70. NÃO É NECESSARIO O CONSENTIMENTO DO IMPERANTE.

O consentimento do Imperante nos casamentos dos magistrados temporaes com mulheres da sua jurisdicção, não é mais necessario depois que o Decreto de 14 de Dezembro de 1830 revogou a *Ord. liv. 1, tit. 95*, o Decreto de 26 de Março de 1734, e a *Lei de 22 de Setembro de 1828*, na parte, em que o exigio. A *Ord. liv. 2, tit. 37*, e as *Leis de 23 de Novembro de 1626*, e *29 de Janeiro de 1739*, que tambem o exigião nos casamentos das mulheres, e homens, que tinham jurisdicção, ou bens da Corôa, não tem mais uso entre nós, porque não ha entre nós particulares com jurisdicção, nem bens da Corôa no sentido da antiga Monarchia.

§ 71. DA NECESSIDADE DO CONSENTIMENTO DOS PAIS E TUTORES.

Ainda que o matrimonio celebrado por mutuo e livre consenso dos contrahentes, e com as solemnidades legaes enunciados no § 69, seja valido, se entre os contrahentes não havia impedimenta, por que não podesse casar um com o outro; comtudo os filhos e filhas de menor idade, sujeitos ao poder de seus pais, tutores, ou curadores, que se casarem sem consentimento destes, incorrem na pena de desherdação, e privação do direito de pedirem alimentos; Ord. liv. 4, tit. 88, §§ 1, 2, e 3. Lei de 19 de Junho de 1775, §§ 4, e 5, e de 29 de Novembro do mesmo anno, Assent. 5.º de 9 de Abril de 1772, e Alv. de 29 de Agosto de 1776, o qual confirmando o citado Assent., e sendo posterior á citada Lei de 19 de Junho, abolio implicitamente a pena de desnaturalisação comminada por ella.

As Leis porém de 29 de Novembro de 1775, e 6 de Outubro de 1784, concederão recurso da injusta denegação do consentimento do pais, tutores, ou curadores, para o Desembargo do Paço, e Corregedores, ou Ouvidores das Comarcas, attribuição, que é hoje exercida entre nós pelos Juizes de Orphãos por virtude da Lei de 22 de Setembro de 1828, art. 2. § 4¹: os que porém são *sui juris*, ou emancipados, e os maiores de vinte e um annos, pedindo o consentimento, tem preenchido o seu dever, e não carecem de pedir o suppimento, quando lhes for denegado; citada Lei de 6 de Outubro, § 6, a qual, ainda que trate dos esponsaes, é nessa parte applicavel ao casamento, por se dar a mesma razão, e porque ella mesma, no paragrapho citado, manda que se entenda com essa modificação a citada Lei de 29 de Novembro de 1775. A citada Lei de 22 de Setembro não falla de mães; parece pois ter tido o Le-

¹ As nossas Leis não indicão as causas, que podem tornar justa, ou injusta a denegação do consentimento dos pais, ou tutores, e consequentemente legitimar a concessão, ou denegação do suppimento. Podem-se adoptar as do Cod. da Pr., p. 2, tit. 1, arts. 59 e seguintes, isto é, todas aquellas, que fazem com bons fundamentos recear um matrimonio desgraçado, como v. g.; se os esposos não tem modo, nem meios de se alimentarem; se algum delles foi condemnado em pena infamante, ou deshonrosa, na opinião publica; se é dado á embriaguez, libertinagem, ou outros vicios torpes; se soffre molestia contagiosa, ou incuravel; se injuriou gravemente os pais dissidentes, etc.

gislador em sua mente dispensar o consentimento da mãe, exigido também pelas leis anteriores.

§ 72. DOS EFEITOS CIVIS DO MATRIMONIO.

Do matrimonio valido resultão :

1.º Os direitos e obrigações de reciproca fidelidade, e convivencia; Ord. liv. 4, tit. 94.

2.º O poder marital; Ord. liv. 4, tit. 66, pr. ibi — *que stiver com o marido sob seu poder.*

3.º A paternidade, e filiação legitima; cit. Ord., tit. 47, § 1, ibi — *tiver a esse tempo filho, ou filhos legitimos, ou outros legitimos descendentes de outra primeira mulher.*

4.º O poder paterno; cit. Ord., tit. 81, § 1, ibi — *o filho-familias, que é aquelles que está sob o poder de seu pai.*

5.º A afinidade com os parentes do consorte; cap. 8, *Auth. de cons. et afín.*

6.º O direito reciproco de succeder abintestado ao que d'entre ambos fallecer primeiro, se a esse tempo ainda viverem juntos como marido com sua mulher, e o predefunto não tiver parentes até o decimo grau; cit. Ord., tit. 94.

7.º A communhão dos bens, se por contracto antenupcial não estipularão o contrario, e o matrimonio foi consummado entre ambos pos copula carnal; cit. Ord., tit. 46, pr., e § 1, e tit. 95, pr. ibi — *tanto que o casamento he consummada por copula, he a mulher feita meeira.*

8.º O ficarem os contrahentes emancipados, e fóra do poder de seus pais, ou tutores, e serem-lhes entregues os seus bens, se casarão com licença do respectivo Juiz de Orphãos, e tiver o contrahente varão dezoito annos de idade, ou vinte, se casaráõ sem auctoridade do mesmo Juiz; Ord. liv. 1, tit. 88, §§ 6, 27, e 28.

§ 73. DO MATRIMONIO DOS PUBERES, E DOS VELHOS E VIUVOS.

As nossas leis não fixão a idade, em que os menores podem casar validamente. Podemos porém concluir, que na capacidade, que a Ord. liv. 3, tit. 41, § 8, e liv. 4, tit. 81, pr. presumem nos varões maiores de quatorze annos, e nas femeas maiores de doze, está implicitamente comprehen-

dida a capacidade para casar; e tanto mais, que essa idade marcava entre os Romanos a puberdade, ou a idade em que os sexos são capazes de gerar (L. 9, D. *de sponsal*), e que o Direito Canonico concede-lhes a capacidade physica, e moral, que se requer nos contrahentes; direito das Decretaes, cap. ult. *de sponsal. et matr.*, e cap. un., § 1 *eod. in 6*. Tambem são licitos e isentos de toda a pena e infamia os casamentos dos velhos, e dos viuvos, e viuvvas, ainda que seja dentro do anno do lucto; Ord. liv. 4, tit. 105, e tit. 106, Man. tit. 11, e Affons...tit. 17 *eod.* ¹

§ 74. DO MATRIMONIO PUTATIVO E SEUS EFEITOS.

Diz-se *matrimonio putativo* o que foi contrahido com todas as solemnidades legaes, mas que todavia é nullo, por se dar entre os conjuges, sem sciencia de um e outro, ou ao menos de um delles, impedimento tal, que ou absolutamente não podião casar, ou não o podião sem previa dispensa. O matrimonio putativo portanto compõe-se dos seguintes elementos:

1.º Observancia das solemnidades legaes indicadas no § 65.

2.º Existencia de impedimento occultos, pelo qual os contrahentes não podião casar validamente.

3.º Ignorancia da existencia desse impedimento da parte de ambos os contrahentes, ou ao menos de um delles; e por isso mesmo boa fé da parte de ambos, ou pelo menos de um dos dois. Em attenção pois á boa fé, em que assenta, elle produz todos os effeitos civis do matrimonio legitimo (§ 72) relativamente aos interesses dos filhos (§ 133); L. 57, § 1, D. *de rit. nupt.*, L. 4, Cod. *de incest. et inut. nupt.*, Guerr.

¹ Por favor aos filhos do matrimonio anterior, e não por odio ás segundas nupcias, e ao mesmo tempo por consideração á fraqueza do entender das mulheres viuvvas, como se explica a Ord. liv. 4, tit. 105, o tit. 107 *eod.* prohibe á mulher de cincoenta annos de idade, e dahi para cima, que, tendo filhos, ou outros descendentes, que por direito lhe possão succeder, passar a segunda nupcia, a alienação, por qualquer titulo que seja, assim em sua vida, como por sua morte, das duas terças partes dos bens, que tinha ao tempo que concertou de se casar, e das duas terças partes dos que depois de casada houver por qualquer titulo de seus ascendentes, ou descendentes; e igualmente lhe prohibe nomear o marido em bens, em que lhe pertença nomear. A seu tempo veremos outras semelhantes disposições das leis patrias a favor dos filhos do primeiro matrimonio.

Fr. 2, liv. 6, cap. 1. n. 19, cap. 14, Tit. *qui fil. sin legit.*, Stryk *ad tit. de rit. nupt.*, § 37, Rieg. *Inst. Jurispr. Eccles.*, p. 4, § 194. Elle porém, se afinal veio a ser julgado nullo, não legitima os filhos, que os conjuges tiverão entre si antes de casarem; Dig. Portug., 2, art. 473. ¹

§ 75. DO MATRIMONIO CLANDESTINO.

Chama-se *clandestino* o casamento, que foi contrahido sem ser na presença do respectivo parochio, ou de outro sacerdote com licença delle, ou do Ordinario, e perante duas ou tres testemunhas. Elle é nullo e irritado, segundo o Conc. Trid., sess. 24, cap. 1 *de reform. matr.*, que nessa parte foi recebido entre nós pelo Decreto de 3 de Novembro de 1827. ²

§ 76. DO MATRIMONIO DE CONSCIENCIA.

Não é clandestino o matrimonio occulto, chamado de *consciencia*, que, dispensados os pregoes, é celebrado particularmente fóra da Igreja, ou dentro della a portas fechadas na presença do parochio, e de duas testemunhas mui familiares, e com previo conhecimento, e determinação do Ordinario. Em regra só tem logar quando ha mui urgente motivo para não se manifestar, ordinariamente em razão da dignidade de um dos conjuges; e só o Ordinario o póde permittir, e isso mesmo debaixo das muitas cautelas e regras prescriptas na Bulla *Satis vobis* de Benedicto XIV; porquanto pode trazer mui graves inconvenientes. ³

¹ Os conjuges, logo que souberem do impedimento, devem separar-se; e se elle for dispensavel, devem solicitar a dispensa, ou pela penitenciaría, se elle for occulto, ou pela dataria, se for publico; e então a dispensa vem sanar todos os defeitos.

² Os Senhores Reis D. Manoel e D. João IV, por suas leis de 14 de Julho de 1499, e de 13 de Novembro de 1651, decretarão penas demasiadamente severas contra os que contrahissem matrimonio clandestino. Hoje, assim os contrahentes, como o sacerdote, que os recebe, são punidos pelo nosso Código Criminal (art. 247 e 248) com prisão por dois mezes a um anno, além da qual o sacerdote incorre tambem na pena de multa correspondente a metade do tempo. Comtudo, se o matrimonio for posteriormente approvado por sentença do Juiz Ecclesiastico, os filhos nascidos delle são legitimos, e successivos a seus pais; Repert III, 891.

³ É recebido entre nós, contanto que não lhe accresção convenções par-

§ 77. DA POLYGAMIA, OU BIGAMIA.

O matrimonio validamente contrahido é indissolúvel *quoad vinculum* (Trid. Sess. 24 de sacr. matr. cann. 7 e 8); e assim não se dissolve senão pela morte natural de um dos conjuges. Nenhum delles portanto, enquanto o outro for vivo, pôde passar a segundas nupcias, porque o vedão não só as leis da Igreja, mas também as nossas leis penaes; Cod. Crim., art. 149. ¹

§ 78. DO MATRIMONIO ENTRE PESSOAS DESIGUAES.

As leis patrias, como se vê do Cod. Affons., liv. 4, tit. 10, em perfeita harmonia com as leis da Igreja, sempre per-

ticulares tendentes a excluir a successão dos filhos, o que o converteria em *matrimonio morganatico*, desconhecido pelas nossas leis, e costumes; Mell., liv 2, tit. 5, § 8, not.

¹ O casamento de uma mulher com muitos homens simultaneamente (*polyandria*) é contrario não só ao direito divino positivo (S. Matheos, cap. 19, vers. 5), mas também ao direito natural; porquanto torna incerta a paternidade, e a obrigação de educar os filhos, e por isso mesmo frustra os providentes designios da natureza. No casamento de um homem com muitas mulheres (*polygenesia*) a paternidade pôde ser certa, assim como a maternidade; ha nelle porém outros muitos inconvenientes. Cada uma das mulheres reclamaria para si, e para seus filhos, a primazia no coração do marido commum; e d'ahi nasceria entre ellas mutua e terrivel guerra, que traria ao marido tormentos sem fim. A isso accresce, que sendo o numero das mulheres quasi igual ao dos homens, muitos destes se acharião na impossibilidade de achar mulheres, com quem casassem. O matrimonio *monógamo* portanto é o unico, que se conforma com a natureza.

Cumpra porém advertir, que o conjugue que se acha em justa ignorancia do impedimento, e por isso mesmo em boa fé, não incorre em pena alguma: porque a seu respeito não se dá a bigamia, no rigor do direito, mas o matrimonio putativo, com todos os efeitos do valido e licito, exceptuada somente a subsistencia do vinculo, o qual não existe desde que o impedimento é conhecido; Pultman, *Elem. Jur. Crim.* liv. 1, cap. 44, § 636, *Boehmer, Jurispr. Crim.*, sect. 2, cap. 22, § 295.

Cumpra também advertir, que a bigamia, considerada como delicto temporal, produz no réo a obrigação da satisfação civil do damno recebido pelo conjugue innocente, que em boa fé casou com elle, como sabiamente determina a Ord. liv. 5, tit. 49, pr.; e ella está implicitamente comprehendida nas disposições do art. 21 e seguintes do Codigo Criminal. Não é porém innocente, mas corréo do delicto aquelle dos contrahentes, que, sabendo que o outro foi casado em algum tempo, calou essa circumstancia, e casou com elle sem exigir que provasse como o outro conjugue era morto.

Este delicto, pelo Decreto de 26 de Março de 1689, era caso de fóro mixto: hoje porém que o fóro eclesiastico está limitado entre nós ás materias puramente espirituaes, e a imposição das penas decretadas pelos Canones recebidos (Cod. do Proc. Crim., arts. 8 e 155, § 3), o conhecimento delle, quanto á imposição das penas temporaes, pertence unicamente á autoridade temporal.

mittirão os matrimonios entre pessoas desiguaes em nascimento, honras e riquezas, ou outros bens accidentaes, uma vez que por outros fundamentos não lhes falte a precisa legalidade, como, v. g., o consentimento paterno; porquanto, aindaque o matrimonio seja valido sem essa condição, comtudo elle é illicito, e punivel a falta do filho ou filha-familias, que casou sem pedir o consentimento de seus pais (§ 71). Os filhos pois nascidos de taes casamentos desiguaes são habeis para todas as dignidades, e seguem a condição do pai, assim como a mulher segue a condição do marido. ¹

§ 79. DA LEGITIMAÇÃO POR SEGUINTE MATRIMONIO :
I. SEGUNDO DIREITO ROMANO.

I. Do matrimonio valido não se resulta a paternidade legitima dos filhos nascidos delle, e consequentemente o poder paterno; mas tambem a dos filhos havidos de commercio anterior entre os conjuges, se estes não laboravão em impedimento, pelo qual não podessem casar validamente (§ 74). A esse effeito do matrimonio subsequente ao nascimento, ou geração dos filhos de um semelhante commercio que o precedeo, deo-se o nome de legitimação *per subsequens matrimonium*, a qual foi introduzida por Constantino, somente em favor dos filhos nascidos de commercio licito, mas menos legitimo, qual era o concubinato; L. 5, Cod. *de natural. liber.* Este beneficio, sendo temporario pelas leis de Constantino, Zenão, Anastacio, e Justino, trasladadas na cit. Lei 5, e LL. 6, e 7, Cod. eod, ficou sendo perpetuo pela L. geral de Justiniano dada no anno de 530. Veão-se as LL. 10, e 11 Cod. *de natural liber.* ²

¹ Dahi se segue que o casamento *morganatico*, em que os filhos que nascem delle, não succedem nos titulos, e distincções gentilicias do pai, nem mesmo nos bens delle, exceptuados somente os dotaes, que elle deo em plena propriedade a sua mulher; nunca foi, nem é, admittido entre nós; porque destroe, e aniquilla a successão legitima dos filhos, estabelecida pela Ord. liv. 4. tit. 96, pr. (§ 76, not.). Entre nós o Imperador tambem goza de plena liberdade a respeito do matrimonio; não porém assim a herdeira presumptiva da Corôa, porque o consorcio desta deve ser feito a aprazimento do Imperador, e não existindo este ao tempo, que delle se tratar, não se pôde effectuar sem approvação da Assembléa Geral Legislativa; Const. art. 120.

² O mesmo Imperador Justiniano decido no cap. 4 da Novell. 12, que tambem se legitimão por seguinte matrimonio os filhos naturaes nascidos e gerados depois de dissolvido um matrimonio anterior, ainda que restem

§ 80. II. SEGUNDO DIREITO CANONICO.

II. Por Direito Canonico (caps. 1 e 6 do Tit. — *Qui filii sunt legitimi* — legitimão-se por seguinte matrimonio não só os que se legitimão por esse modo segundo o Direito Romano, mas tambem os nascidos de estupro, ou de ajuntamento casual e passageiro entre homem e mulher desempedidos (*ex soluto et soluta*), os quaes o Direito Romano considerava como espurios, e por isso lhes negava a legitimação *per subsequens matrimonium*. Não se legitimão porém os espurios. ¹

deste alguns filhos legitimos ; e que taes filhos assim legitimados são chamados á successão juntamente com os legitimos do primeiro matrimonio, ou por si sós, se aquelles forem mortos, ainda que não tenha nascido filho algum do segundo matrimonio, ou tenha fallecido o que nascéo. A Novell. 18, cap. 11, tambem concedeo igual favor aos filhos naturaes, que algum teve de sua escrava (não tendo filhos legitimos), se ao depois, dando a liberdade á mãe, e aos filhos, contrahir nupcias com ella ; e isso quér depois nasça, quér não nasça filho algum do matrimonio ; entretanto que pela legislação antiga se requeria que a mãe tivesse sido sempre livre, ou ingenua.

Vê-se pois pelo que ahi fica dito, que a legitimação por seguinte matrimonio, entre os Romanos, era restricta aos filhos nascidos do concubinato, o qual foi entre elles um casamento menos propriamente dito, chamado na L. 5 *Senatus c. Orphitian* — *licita consuetudo* — *commercio licito*. Entre nós, todas as especies de concubinato qualificado forão prohibidas, e puniveis ; hoje porém somente é punivel o concubinato, que o homem casado tem com concubina, teúda e manteúda ; Cod. Crim., arts. 250 e 251. Quanto ao concubinato simples (de homem com mulher, entre quem não ha parentesco, nem outro impedimento, pelo qual não possam casar), este tem sido tolerado em todos os tempos ; porquanto não se achão penas decretadas contra elle em algum dos Codigos Affons., Man., e Philipp. ; e antes este, no liv. 4, tit. 93, v. — *E quanto*, — considera os filhos nascidos de tal concubinato como sendo de *coito illicito*, mas não damnado, nem punivel.

¹ É questão famosa entre os Doutores Ecclesiasticos, e Seculares, e se os espurios se legitimão por seguinte matrimonio de seus pais, á vista do Direito Canonico.

O sapientissimo Sr. Mell. Freir., liv. 2, tit. 5, § 15, e sua not.— segueo a opinião dos que sustentão a affirmativa ; as suas razões porém não tem podido convencer-nos.

A primeira é deduzida do cap. 6 do cit. Tit. — *Qui filii sint legitimi* — por elle mesmo citado : é porém forçoso confessar, que ella só poderia ser acceita, se depois das palavras — *Tanta est vis matrimonii ut qui antea sunt geniti, post contractum matrimonium legitimi habeantur* — não se lesse no mesmo capitulo estas outras — *Si autem vir vivente uxore sua aliam cognoverit, et ex ea prolem susceperit, licet post mortem uxoris eamdem duxerit, nihilominus spurius erit filius, etc., et ab hæreditate repellendus, præsertim si in mortem uxoris prioris alteruter eorum aliquid fuerit machinatus*.

A segunda razão (dada na nota) é que toda a conjunção fóra do matrimonio é prohibida e damnada, e que assim, ou não ha legitimação nenhuma por seguinte matrimonio, ou por esta legitimão-se tambem os que nascêrão de coito damnado, o que o Direito Civil nega, e o Canonico parece conceder.

§ 81. III. POR DIREITO PATRIO.

III. Por direito patrio sómente se legitimão por seguinte matrimonio os filhos naturaes, isto é, os que nascerão de progenitores. entre quem não havia parentesco, ou outro impedimento, pelo qual não podessem casar validamente um com o outro, quér a mãe fosse solteira, quér fosse manceba, ou conubina do pai; Ord. liv. 4, tit. 92 pr., e liv. 2,

Esta razão tambem não procede: porquanto a Religião de Jesus Christo, a paz, e a honra das famílias, a moralidade, e honestidade publica não são gravemente comprometidas pelo simples coito entre homme e mulher, entre quem não se dá impedimento algum, que os iniba de casar um com o outro, quanto o são pelo adulterio da mulher, e pelo incesto.

Ha portanto muito poderosa e attendivel razão, religioso, e civil para que os filhos naturaes devão ser legitimados pelo subsequente matrimonio de seus pais; e não ha igual razão, para que se deva conceder igual favor aos filhos adulterinos, e aos incestuosos; e tanto mais que esta especie de legitimação, como observa o Papa Benedicto XIV na Carta — *Redditæ Nobis* — não é criação de Jesus Christo, mas da Igreja, e portanto não é immediata e essencialmente connexa com o sacramento do matrimonio.

A terceira e ultima razão finalmente (a qual vem, fóra do seu lugar natural, na nota ao § 16 do mesmo tit. 5.º), é que Boehmero refuta com grandes razões a vulgar opinião, que — por Direito Canonico legitimão-se sómente, por subsequente matrimonio, os filhos naturaes. — Esta razão tambem não procede, porquanto o Papa Benedicto XIV, na Carta acima citada, que principia — *Redditæ Nobis* —, e que vem no Tom. 1.º do seu Bullario, sob n.º 113, a pag. 452, combatto victoriosamente a opinião de Boehmero, e a convenceo de erronea aos olhos de todos os sabios, firmando os seguintes principios:

1.º Que os filhos adulterinos não se legitimão por seguinte matrimonio; e principalmente se houve entre seus pais em vida do conjuge offendido promessa de casarem, se sobrevivessem a este, ou sem um, ou outro, ou ambos machinarão contra a vida delle — *Neque enim hanc efficaciam Jesus Christus tribuit matrimonio, quum illud ad dignitatem sacramenti noxæ Legis exeret; sed id ab Ecclesia institutum est, cui placuit, pro auctoritate sibi concessa, statuere, ut proles extra matrimonium, non tamen ex adulterio, procreata, per subsequens matrimonium legitima fieret. Nobis autem integrum erit asserere, quod licet validum ineat matrimonium inter adulteros, deficiente machinatione, aliisque circumstantiis de jure canonico illud irritantibus; attamen proles tempore adulterii habita, illegitima semper erit ad normam etiam Decretaliis non mutilatæ quæ ita statuit: Et si tibi constiterit, quod vivens uxore predicti R. matrem ipsius publice abusum fuisset, e cum spurium, et ab hæreditate repellendum, præsertim si mater ipsius in mortem prioris uxoris fuerit machinata discernas.*

2.º Que no caso de ser certo o tempo do casamento posterior dos pais, e incerto se o filho foi gerado, e dado á luz em vida da primeira mulher do pai delle, nessa duvida deve-se julgar a favor do filho — *Sed in his circumstantiis, quum certum sit matrimonium inter illius parentes rite contractum, incertum vero tempus, quo filius idem conceptus, et in lucem editus fuit: si nostrum de eo judicium exquireretur, filium hunc legitimum censeremus, quum judex in dubio debeat in bonum et commoda prolis propensus esse.*

3.º Que nem toda a prole incestuosa se legitima por subsequente matrimo-

tit. 35, § 12, ibi — *com tanto que esse filho fosse tal, que com direito podesse ser legitimado por seguinte matrimonio.* ¹

§ 82. DA LEGITIMAÇÃO POR CARTA DO PRINCIPE, SEGUNDO O DIREITO ROMANO.

Por Direito Romano legitimavão-se por Carta do Principe sómente os filhos naturaes, e esses mesmos só na falta de filhos legitimos, e no caso de impossibilidade de legitimação por seguinte matrimonio, proveniente ou de ter a mãe fallecido, ou de se ter tornado indigna do titulo, e gradação de esposa, ou de ter sobrevivendo depois da gradação do filho algum impedimento, pelo qual ella não podesse casar com o pai deste, a cuja supplica se concedia então, com expresso ou tacito consentimento do filho, a referida Carta de legitimação; Novell. 74, cap. 2, e Novell. 89. caps. 9, 11, e 15. ²

nio; mas sómente a que nascéo de copula putativamente matrimonial, sendo que a dispensa, dita *in radice matrimonii*, neste caso necessaria, não se concede sem causa urgentissima; e que o impedimento, que induz a nullidade do matrimonio nesse mesmo caso, emana do Direito Ecclesiastico, e não do Direito Divino, do qual emana no caso do adulterio; e que assim, da legitimação de taes filhos incestuosos não se pôde concluir para a legitimação dos adulterinos — *Porro legitimatur proles incestuosa, ope dispensationis, quæ dicitur in radice matrimonii. Ut autem obtineatur hujusmodi dispensatio, quæ non sine urgentissima causa concedi conguevit, requiritur quod proles nata sit ex copula non manifeste fornicaria, sed putative matrimoniali: quodque impedimentum, quo matrimonii nullitas inducta est, non a jure divino, aut naturali, sed a jure duntaxat ecclesiastico, provenia. Tuum modo est hujusmodi circumstantias aptare ad legitimationem prolis ex adulterio genitæ; quod sane opus ingenti. Nostri tenuitatem excedere fatemur.*

¹ E verdade que a citada Ord. liv. 2, tit. 35, não decide o caso com a clareza precisa, como observa o Sr. Senador Mello no logar, a que este é parallelo: é porém indubitavel que a sua expressão — *que com direito podesse ser legitimado por seguinte matrimonio* — refere-se ou ao Direito Romano, ou ao Direito Canonico. Ora, se nós entendermos que ella se refere ao Direito Romano, teremos que por direito patrio sómente se legitimão por seguinte matrimonio os que por Direito Romano podem ser legitimados por esse modo, isto é, os nascidos de concubinato (§ 79); accrescentando-se a esses os nascidos de simples ajuntamento de homem com mulher solteira, nos termos da cit. Ord. liv. 4, tit. 92 pr. E se entendermos que se refere ao Direito Canonico, teremos ainda por conclusão a mesma cousa; porquanto, entendido o cit. cap. 6, Tit. *Qui fil. sint legitim.*, conforme o interpretou o Papa Benedicto XIV, e o canonista Berardo: sómente se legitimão por seguinte matrimonio, segundo o Direito Canonico, os que nascerão fóra do matrimonio por ajuntamento de homem com mulher, entre quem não havia parentesco, nem outro impedimento, pelo qual não podessem casar, quer vivessem concubina-dos, quer não. Segundo o art. 331 do Cod. Civ. Fr. tambem não se legitimão por seguinte matrimonio senão os filhos naturaes.

² Os effeitos desta legitimação, a qual era subsidiaria da legitimação por

§ 83. SEGUNDO O DIREITO CANONICO.

Por Direito Canonico tambem se legitimão por Carta ou Rescripto do Papa, não só os filhos naturaes, mas tambem os esurios, isto é, os sacrilegos incestuosos, e adulterinos, a requerimento da mãe, ou delles mesmos; cap. 13, Tit. *Qui fil. sint. legitim.* Esta legitimação porém não produz fóra dos Estados Pontificios senão os effeitos espirituæ s; porquanto, relativamente aos subditos dos outros Soberanos temporaes, não produz effeito algum civil, nem ainda indirectamente, como pretendem alguns Canonistas; e apenas colloca o legitimado em estado de lhe aproveitarem os effeitos civis, que lhe venhão directamente, ou do mesmo Beneplicito do seu Soberano temporal, ou de graça especial, que este lhe conceda; Rieg. *Inst. Jurisprud. Eccles.*, p. 4, §§ 201, e 202.

§ 84. SEGUNDO O DIREITO PATRIO.

Por Direito Patrio, da mesma sorte que por Direito Canonico, tambem se legitimavão por Carta do Soberano, a qual era expedida pelo extincto Desembargo do Paço, não só os filhos naturaes dos Cavalleiros, e dos mais nobres dahi para cima, mas tambem os esurios; Ord. liv. 1, tit. 3, § 11, Reg. do Des. do Paço. § 118, Ord. liv. 2, tit. 35, § 12, liv. 3, tit. 85, § 2, e Lei de 7 de Janeiro de 1750. Estas legitimações porém erão verdadeiras dispensas nas leis, que vedão a taes filhos succeder abintestado a seus pais na sua fazenda, honras, e privilegios; taes como a Ord. liv. 4, tit. 92, §§ 1, e 3, e tit. 93; segundo sempre entenderão os Jurisconsultos Portuguezes, e bem claramente o significão as palavras do cit. § 118 — *para poderem herdar e gozar das honras, e privilegios, como se forão nascidos de legitimo matrimonio.*¹

seguinte matrimonio, dependião das condições do Rescripto ou Carta. Era porém regular ficarem os agraciados como legitimos filhos *seus*, ou sujeitos ao patrio poder, e succederem a todos os parentes ascendentes, descendentes e transversaes, sem differença dos legitimos; cit. *Novell. caps. 1 e 2, e Novell. 89, cap. 7.*

¹ Como a legitimação por Carta do Soberano era entre nós uma verdadeira dispensa nas Leis, que declaravão inhabeis para succederem a seus pais abintestado assim os filhos naturaes de Cavalleiros, e de outra igual, ou

§ 85. DE OUTRAS LEGITIMAÇÕES.

No nosso Direito não ha vestigio algum da legitimação por oblação á Curia, de que foi autor Theodosio Junior na L. 3, Cod. *de natur. liber.* Aquella porém, que se faz por nomeação do filho em testamento ou outro instrumento (quer o filho seja natural, quer espurio), e que precisava de ser confirmada pelo Principe com audiencia dos herdeiros abintestado do perfilhante, é mencionada na Ord. liv. 1, tit. 3, § 1, e liv. 2, tit. 35, § 12, deduzidas da Novell. 117, cap. 2.

maior condição, como tambem os sacrilegos, incestuosos e adúlteros: e como, segundo a Constituição Política do Imperio, art. 15 § 8, pertence hoje á Assembléa Geral Legislativa fazer leis, interpretal-as, suspendê-las e revogal-as; é manifesto que a concessão de taes dispensas não compete hoje senão a Assembléa Geral Legislativa.

A Lei de 22 de Setembro de 1828, art. 2 § 1, conferio aos Juizes de primeira instancia o poder de conceder Cartas de legitimação aos filhos illegítimos, precedendo as necessarias informações, audiencia dos interessados, havendos-os, e conforme o disposto no Regimento do Desembargo do Paço, e mais leis existentes, com recurso para a Relação do Districto. Assim, temos que as legitimações por Carta do Soberano, que d'antes erão expedidas pelo Desembargo do Paço, são hoje concedidas pelos Juizes de primeira instancia, depois de findo o referido processo informatorio, e de passada em cousa julgada a sentença dada sobre elle. Pela mesma fórma são confirmadas as adopções.

Convém porém notar o seguinte:

1.º Que aos filhos naturaes dos nobres competem hoje pelo Decreto de 2 de Setembro de 1847, os mesmos direitos hereditarios, que a Ord. liv. 4, tit. 92, concede aos filhos naturaes dos plebeos, sendo porém indispensavel, para poderem concorrer com os filhos legitimos á herança de seu pai (quer nobre, quer plebeo), que este os tenha reconhecido por escriptura publica antes de casar; e nos mais casos que os tenha reconhecido por escriptura publica, ou em testamento.

2.º Que sempre foi costume entre nós não só exigir-se nas legitimações dos sacrilegos, incestuosos e adúlteros o concurso da vontade do pai perfilhante, e do filho perfilhado, mas tambem salvar-se nellas o prejuizo dos herdeiros descendentes, e ascendentes legitimos do perfilhante, como o declarou a Resolução de 16 de Dezembro de 1798, e Provisão de 18 de Janeiro de 1799.

Dessa segunda observação segue-se:

1.º Que o filho espurio, de qualquer dessas tres qualidades, não pôde ser legitimado por sentença de Juiz de primeira instancia para o fim de succeder a seu pai abintestado com prejuizo, e contra a vontade de qualquer legitimo descendente ou ascendente deste.

2.º Que, se depois da legitimação sobrevier ao pai algum legitimo descendente, este exciue da successão abintestado do pai o filho espurio legitimado. De conformidade com esta doutrina o Decreto de 11 de Agosto de 1831, tambem n'ga aos filhos illegítimos de qualquer especie a successão testamentaria de seus pais, quando estes tiverem herdeiros necessarios. Isto porém, depois do citado Decreto de 2 de Setembro de 1847, não se entende mais a respeito dos filhos naturaes, que o pai reconheceu no testamento, com que falleceu, se não tinha descendente algum legitimo, embora tivesse ascendente.

Ella comprehende-se na generalidade da expressão da Lei de 22 de Setembro de 1828, art. 2, § 1. — *Conceder Cartas de legitimação aos filhos illegitimos* —; e assim, a sua confirmação pertence hoje aos Juizes de primeira instancia, na parte, que respeita aos filhos espurios, e com as restricções, de que fallamos no paragrapho antecedente, e sua nota; não porém assim na parte que respeita aos filhos naturaes, porque a legitimação destes por qualquer dos dois modos declarados no citado Decreto de 2 de Setembro de 1847, não carece de confirmação, Aviso n. 236 de 18 de Outubro de 1852, e uma vez reconhecidos pelo pai por escriptura publica antes de casar ficão sujeitos ao seu patrio poder durante a menoridade, e lhe succedem. *ab intestato*, como se fossem legitimos.

§ 86. DA ADOPÇÃO, E ARROGAÇÃO: E 1.º POR DIREITO ROMANO.

I. Entende-se por *adopção* o acto, pelo qual alguém adopta por seu filho o filho de um terceiro. Os Romanos a dividirão em — *adopção em sentido restricto, e arrogação*. Aquella fazia-se ante o Pretor, e recahia sobre um filho ainda sujeito ao poder de seu pai legitimo e natural, o qual declarava ante o Pretor, que o emancipava. que renunciava a todo o poder, que nelle tinha, e consentia que passasse á familia do adoptante. Esta porém, enquanto durou a Republica, fazia-se na Assembléa do povo, e depois passou a fazer-se por um Rescripto do Imperador, tendo por objecto uma pessoa *sui juris*, ou não sujeita ao patrio poder.

Como fôra introduzida para consolação dos que não tinham filhos, ella devia imitar a natureza; e assim, requerião-se no adoptante as condições de liberdade, integridade d'alma, e idade, que excedesse pelo menos dezoito annos á do adoptivo. Consummado o acto, tinha o pai a respeito de tal filho os mesmos direitos, que teria se fosse seu pai verdadeiro, e reciprocamente o filho a respeito d'elle, ainda mesmo no caso, em que depois o pai, ou mãe adoptante viesse a ter algum filho, quer natural, quer legitimo; § 52. *Inst. de adoptionib.*, e L. 10. *Cod. cod.*

§ 87. II. POR DIREITO PATRIO.

II. O nosso Direito faz expressa menção da adopção em ambas as suas especies. Para exemplo pôde-se citar ;

1.º A Ord. liv. 2, tit. 35, § 12, *ibi* — *ou no filho perfilhado, que se chama em Direito adoptivo, ou arrogado.*

2.º A Ord. do mesmo livro, tit. 56, pr. *ibi* — *ou for perfilhado em ella por algum hi morador e o perfilhamento confirmado per Nós.*

3.º A Ord. liv. 3, tit. 9, § 2, *ibi* — *Nem poderá ser citado o pai adoptivo pelo filho adoptado.*

4.º A Ord. liv. 1, tit. 3, § 1, *ibi* — *confirmações de perfilhamentos e de doações, que algumas pessoas fizerem a outras.*

O nosso Direito portanto admittio a adopção em ambas as suas especies, dependendo porém para sua validade, de ser confirmada pelo Desembargo do Paço ; attribuição, que pertence hoje entre nós aos Juizes de primeira instancia, por virtude da Lei de 22 de Setembro de 1828, art. 2, § 1.

Como porém o nosso Direito não regulou completamente esta materia, as questões occorrentes devem ser decididas pelo Direito Romano, suppletorio das leis patrias, no que elle for conforme com a boa razão, ou aliás pelas leis das nações civilisadas. O Cod. Civ. Fr., art. 343, só permite a adopção aos maiores de cincoenta annos, varões, ou femeas, que não tiverem legitimos descendentes, e que excederem em idade ao adoptado pelo menos quinze annos.

§ 88. DOS EFEITOS DA ADOPÇÃO E DA ARROGAÇÃO.

Da adopção, uma vez confirmada, como dissemos no parographo antecedente, resultão os seguintes effeitos :

I. O filho-familias adoptado por algum seu ascendente, v. g., por seu avô (*adoptio plena*) fica sujeito ao patrio poder do adoptante da mesma sorte, que o arrogado o fica ao poder do arrogante, quer este seja seu ascendente, ou collateral, quer seja estranho ; aquelle porém que é adoptado por parente collateral, ou por estranho (*adoptio minus plena*), continúa a permanecer debaixo do patrio poder de seu pai

natural e legitimo, sem que adquira sobre elle algum póder o pai adoptivo, ao qual todavia succede *abintestato*; § 5. *Inst. de adopt.*, L. 10 pr., e §§ 1 e 3, *Cod eod.*, § 6. *Inst. de acquisit per arrogat.*

II. O pai adoptante, se é ascendente do adoptado, é administrador e usufructuario dos bens do filho adoptivo, que está debaixo de seu patrio poder, da mesma sorte que o é o pai arrogante a respeito dos bens do arrogado; cit. § 6. *Inst. per quas person.*, e cit. §§ 2 e 3, *Inst. de acquisit per arrogat*

III. O filho adoptivo, e o filho arrogado succedem *abintestato* ao pai adoptivo, e ao pai arrogante, nos termos, que hão de ser expostos no § 452.

TITULO V.

Dos modos por que se dissolve o patrio poder.

§ 89. DOS MODOS POR QUE SE DISSOLVE O PATRIO PODER : E I POR DIREITO ROMANO.

I. Por Direito Romano o patrio poder dissolve-se, ou cessa, pelos seguintes modos :

1.º Pela morte natural do pai, ou do filho; pr. *Inst. Quib. mod. jus. potest. solvit.*

2.º Pela morte civil; §§ 1 e 3, *Inst. eod.*

3.º Pela elevação do filho á dignidade do patriciato; § 4. *Inst. eod.*

4.º Pelo facto do pai de se dar em arrogação; neste caso passa com seus filhos para o patrio poder do arrogante; L. 2, § 2. *D. de adopt.*

5.º Pelo facto do pai de dar seu filho em adopção ao avô paterno, ou materno do mesmo filho; § 2. *Inst. eod.*

6.º Por emancipação *voluntaria*, ou *necessaria*: *voluntaria*, como quando o pai se demitte voluntaria e expressamente do patrio poder, sem contradicção do filho; L. 6, *Cod. de emancipat*; ou tacitamente consente que o filho viva separado, e como *sui juris*; *Constit. 25 de emancipat. in fine*; *necessaria*, ou de *pleno direito*, como quando o filho,

ou filha pede ao magistrado ser tirado do patrio poder por factos illicitos do pai, que o tornem indigno desse nome, como, v. g., se o pai contractou um casamento incestuoso; Novell. 12, cap. 2; ou se induz a filha á prostituição; L. 6. Cod. de *spectac.*; ou finalmente se maltrata o filho, ou filha, ou se aceitou legado, que lhe foi deixado sob a condição de emancipar seu filho ou filha; L. 5, D. *Si a parent quis manum.*, L. 92, D. *de condit.*, L. 31, *de adopt.*

7.º Se o pai expoz, ou consentio que fosse exposto seu filho infante; porque então, se esse infante foi alimentado e educado por outrem, o pai, como indigno desse nome, não tem poder algum sobre elle, nem é seu herdeiro, ainda que o filho adquirisse immensas riquezas; L. 2, Cod. de *infant. exposit.*

8.º Se dissipar os bens do filho; L. 32, D. *eod.*

§ 90. II. POR DIREITO PATRIO.

II. Por Direito Patrio dissolve-se o poder paterno, a exemplo do Direito Romano:

1.º Pela morte natural do pai, porque a morte dissolve tudo; Ord. liv. 4, tit. 50 § 2, *ibi* — *saião do poder de seus pais por morte.*

2.º Pelo banimento, no sentido, em que é tomado no art. 50 do Cod. Crim.; porquanto esta pena importa entre nós, como a deportação, ou desterro entre os Romanos, a perda dos direitos de cidadão brasileiro (Constit. art. 7, § 3), entre os quaes se comprehendem os que requerem auctoridade do Direito Civil, como o poder patrio (§§ 33, 34, 35 e 36).

3.º Pela desnaturalisação, como no caso do § 2 do cit. art. 7 da Constituição; porquanto ainda que o desnaturalizado continue a residir no Brasil, e conserve seus filhos em sua companhia, não póde mais exercer a respeito delles, e dos bens delles os direitos, e acções, que o Direito Civil creou, auctorisou, e ligou ao poder paterno; ao menos emquanto não se naturalisar em outro paiz, ou não fôr restituído aos direitos de cidadão brasileiro (cit. § 36).

4.º Pela condemnação á morte natural; porquanto a condemnação do pai a tal pena o priva de todos os direitos civis, que requererem auctoridade do Direito Civil, como o poder paterno; Ord. liv. 4. tit. 81, § 6.

5.º Pela sentença, que por alguma das legitimas causas referidas na Ord. liv. 4, tit. 63, §§ 7 e 8, reduz á escravidão, em que antes estava, o escravo que foi manumittido com tal condição, que por fôrça della ainda não tinha entrado no gozo da sua liberdade, e que commettendo depois grave ingratidão contra seu patrono, fugio para logar incerto, onde inculcou-se por livre, e casando como tal, foi finalmente achado tendo sob seu poder paterno um, ou mais filhos de seu casamento.

6.º Por condemnação a galés, trabalhos publicos, ou prisão por toda a vida. ¹

7.º Por sentença, que privou o pai do referido poder, porque de proposito abandonou os filhos sem cuidar da sua educação, ou porque os trata com crueldade, ou os induz a maus costumes, ou á prostituição; ou porque dissipa os seus bens, ou, emfim, porque aceitou legado com a condição de os emancipar; Arouc., *Adlegat. ad L. 31. D. de adopt.* Em cada um destes sete casos, e outros semelhantes, o respectivo Juiz de Orphãos deve nomear tutor aos menores, cujo pai é morto, ou foi privado do exercicio do poder patrio; argum. da Ord. liv. 1, tit. 88, § 3 e seguintes.

§ 91. DE OUTROS MODOS DE DISSOLVER O PODER PATERNO POR DIREITO PATRIO.

Por Direito Patrio tambem se dissolve o poder paterno em cada um dos casos seguintes :

1.º No caso do casamento do filho, ou filha; porquanto, segundo a Ord. liv. 1, tit. 88, § 6, e tit. 87, § 7, os filhos, e filhas ficão emancipados pelo casamento, e fóra do poder de seus pais: o que não succedia por Direito Romano.

2.º No caso de ter o filho completado a idade de vinte e um annos; Decreto de 31 de Outubro de 1831, e Cod. Civ. Fr. art. 488, donde aquelle foi deduzido, e Aviso do Ministerio da Justiça de 8 de Janeiro de 1856.

¹ Segundo o Codigo da Pr., p. 2, tit. 2, arts. 255 e 270, o condemnado a banimento, trabalhos publicos, ou prisão por mais de dez annos, perde o poder patrio; sendo porém por menos tempo, assim como no caso de demencia, ou ausencia, sómente se suspende o seu exercicio; arts. 260 e 261.

3.º No caso de ser o filho Sacerdote de Ordens Sacras, Bacharel Formado, Official Militar, ou Empregado Publico, argum. da Const., art. 92, §§ 1 e 2, e arts. 94 e 95.

§ 92. DA DISSOLUÇÃO DO PODER PATERNO PELA EMANCIPAÇÃO.

O mais geral e mais frequente modo de se dissolver o poder patrio é a *emancipação* propriamente dita. ¹ Esta ou é *necessaria*, ou *voluntaria*.

É *necessaria* quando é feita judicialmente contra a vontade do pai; isto é, quando tendo o filho completado a idade legitima, o pai recusa emancipal-o, ou demittil-o do seu poder, e entregar-lhe os seus bens, sem boas razões, ou por causas menos verdadeiras; como, v. g., que *não tem a capacidade, que a Lei presume nessa idade*; e, pelo contrario, o filho allega e prova, que *tem capacidade bastante para bem governar sua pessoa, e seus bens*; arg. da Ord. liv. 1, tit. 88, § 27, combinado com o Decreto de 31 de Outubro de 1831, e Lei de 22 de Setembro de 1828, art. 2, § 4.

É *voluntaria*, quando o pai *expressa* ou *tacitamente* demitte do seu poder o filho maior de vinte e um annos com acceitação deste; bastando, quando é *expressa*, que disso mesmo se lavre termo perante o respectivo Juiz de Orphãos,

¹ Por Direito Romano houve tres especies de emancipação: 1.º a *Antiga* á qual deo origem a lei de Romulo — *Si pater filium ter venundedit, filius a patre liber esto* —; e celebrava-se por meio de tres vendas imaginarias, que o pai fazia do filho perante sete testemunhas, cidadãos romanos, um dos quaes sustentava uma balança para pesar um preço imaginario; concluida a terceira venda, o comprador (que se chamava *pater fiduciarius*) dava a manumissão ao filho, como se este se tivesse tornado seu escravo, e assim estava feita a emancipação: 2.º a *Anastasiana*, a qual se fazia por Carta, ou Rescripto do Principe; L. 5, Cod. de emancip. liber.: 3.º a *Justiniana*, a qual se fazia perante qualquer competente magistrado, independentemente de confirmação do Principe; L. ult. Cod. eod. A Anastasiana mixta da Justiniana foi approvada e admittida entre nós pela Ord. liv. 1, tit. 3, pr., e § 7, e era concedida pelo Desembargo do Paço em nome do Soberano,

Por estylo do fóro attestado por Guerreiro, Tr. 5, cap. 21, e por Pegas á Ord. liv. 1, tit. 88, § 45, a ns. 45, 49, e 50 tambem se introduziu a Justiniana (pura e simplesmente), com relação aos orphãos maiores de vinte e cinco annos, para o fim de se lhes entregar seus bens; Ord. liv. 1, tit. 88, § 27. Hoje só temos a Justiniana; porquanto compete aos Juizes de Orphãos, em todos os casos, conceder cartas de emancipação aos maiores de vinte e um annos; Lei de 22 de Setembro de 1828, art. 2; § 4. Isto porém se entende na falta de *emancipação expressa*, ou *tacita do pai*, na forma acima indicada, e nos casos de orphandade paterna.

assignado por este e seu Escrivão, e pelos interessados, ou duas testemunhas, se não souberem, ou não poderem assignar; arg. do cit. § 27 da referida Ord. combinado com o cit. Decreto e cit. Lei.

É porém *tacita*, quando, havendo-se o filho ausentado da casa paterna, e estabelecido economia domestica separada da de seu pai, este não se tem opposto dentro de um termo breve e razoavel; Constit. 25 *in fin.*¹ Alguns não admittem esta especie de emancipação; e achamos-lhes razão, quando o filho tem bens proprios em poder do pai; porquanto, neste caso, não lhe podem ser entregues sem facto do pai, voluntaria, ou legalmente forçada, e então a emancipação é expressa.

§ 93. DA DIFFERENÇA ENTRE EMANCIPAÇÃO, E SUPPRIMENTO DE IDADE.

Vulgarmente confunde-se a *emancipação* com o *supprimento de idade*: são porém cousas essencialmente distinctas; porquanto regularmente o *supprimento de idade* não é modo de dissolver o patrio poder, porque regularmente não se concede o *supprimento de idade* ao filho, que está sob o poder de seu pai; e sómente se costuma conceder, assim por Direito Patrio, como Romano, ao orphão de pai chegado á idade de vinte annos, se é varão, e de dezoito, se é femea; Ord. liv. 3, tit. 42, pr., e L. 2, Cod. *de his qui ven. aetat. impetraver.*: entretanto que a *emancipação*, em regra, concede-se a todos os menores logo que tiverem vinte e um annos completos; Ord. liv. 3, tit. 9, §§ 3 e 4, harmonizados com o decreto de 31 de Outubro de 1831. Além disso o *supprimento de idade* não confere ao impetrante tão amplo

¹ A citada Constituição 25, *in fin.*, diz assim: — *quoniam vero praeter alios modos hic quoque sui juris filium esse ostendebat, si is qui ipsum in potestate habebat, sive is pater, sive avus esset, libertate ipsum suo ore donasset, nos etiam hoc annectimus, ut, si ad vitam tantum suo arbitrio regendam constitutus filius videatur (sive id verbis ejus, cujus sub potestate degit, concessum fuerit, sive verbis quidem factum non sit, sed consensu tacito et filio vitae rationes separatim instituenti non aduersant, verum ipsum suo modo seorsum vivere permittente), tametsi a conjugii commercio liber sit, jus tamen liberi arbitrii ratum illi sit. Etenim si servi semel jugo emissi, dum mali non apparent, iterum illud ferre non coguntur, quomodo indignum non est, filios patria potestate liberatos denovo sub jugum mittere, ipsosque perpetua libertate, qua ut dixi vel servi fruuntur, expertes esse?*

poder, quanto á emancipação, como diremos no § 215, e se póde ver no § 2 da cit. Ord. ¹

§ 94. QUANDO PÓDE O PAI SER OBRIGADO A EMANCIPAR O FILHO.

O pai póde ser obrigado a emancipar o filho, ou filha, ainda mesmo antes da idade légitima (nomeando-lhe então o Juiz de Orphãos, a quem pertencer, tutor, ou curador, se não se lhe poder conceder Carta de supprimento de idade), quando for provada contra elle alguma das causas approvadas por direito como sufficientes para isso, na fórma da Ord. liv. 3, tit. 9, § 4, nas palavras: — *ou diz que por Direito deve ser seu pai constrangido a o emancipar.* — Essas causas são as mesmas, por que os filhos, e filhas podem desherdar seus pais, e mães, declaradas na Ord. liv. 4, tit. 89, e além dessas as que indicamos no fim do § 89, sob o epigraphé — *emancipação necessaria* — e que repetimos no § 90, sob n.º 7.º

TITULO VI.

Do direito dos filhos, e dos parentes entre si.

§ 95. DA DIFFERENÇA DOS FILHOS.

Os filhos ou são *legítimos* ou *illegítimos*. São *legítimos* os que nascerão de legítimas nupcias, e em tempo legítimo; L. 6, D. *de his qui sui vel al. jur. sunt*: são porém equiparados aos legítimos os que, apesar de não terem nascido de legítimas nupcias, forão comtudo purificados desse defeito por virtude de legitimação, da qual ha diferentes especíes, como demonstrámos nos §§ 79 e seguintes: uns e outros ou estão no poder do pai, ou fóra delle.

¹ As cartas de supprimento de idade, da mesma sorte que as de emancipação, erão concedidas pelo Desembargo do Paço; Ord. liv. 1, tit. 3, § 7, e liv. 3, tit. 42, pr., e Alvará de 7 de Janeiro de 1750. Hoje porém são concedidas pelos Juizes de Orphãos; cit. Lei de 22 de Setembro de 1828, art. 2, § 4, provando os impetrantes summariamente que tem, além da idade acima declarada, bastante siso, e discrição para reger e administrar seus bens; cit. Ord. tit. 42, pr., e L. 2, Cod. *de his qui ven. atat. impetraver.*

São porém *illegítimos* os que nascerão fóra do matrimonio, e que não tem sido legitimados por algum dos modos de legitimação admittidos por direito; e distinguem-se em *naturaes*, que são os que nascerão de homem, e mulher solteira, entre quem não havia parentesco, nem algum outro impedimento, pelo qual não podessem casar um com o outro (Ord. liv. 4, tit. 92, pr.), e *espúrios*, ou nascidos de coito damnado e punivel, como são os *adulterinos*, *incestuosas*, e *sacrilegos*; Ord. liv. 4, tit. 93, Novell. 89, caps. 1 e 13, Tit. *Qui fil. sint. legitim.* Dessas diferenças na qualidade dos filhos resultão tambem diferenças nos direitos, e obrigações reciprocas dos pais, e dos filhos, como adiante veremos.

§ 96. QUANDO CESSA A PRESUMÇÃO DE DIREITO — *Filius est, quem justæ nuptiæ demonstrant.*

Os filhos, que nascerão de mulher casada, na constancia de matrimonio valido, e em tempo legitimo, são reputados por direito filhos legitimos, ainda que o pai negue serem seus, ou a mãe lhes attribua outro pai, porque não merece fé nenhuma a mulher casada, que assim se infama a si propria; L. 6, D. *de his, qui sui vel. al. jur. sunt*, e L. 3, D. *de agnoscend. et alend. liber.*

Cessa porém essa presumpção de direito, como é da natureza das presumpções assim chamadas, desde que se provar evidentemente que o marido esteve ausente por todo o tempo, em que a concepção naturalmente podia ter logar, ou que elle não podia gerar por impotencia, ou grave enfermidade; cit. L. 6, D. *de his, qui sui*, e L. 1, § 14, D. *de agnoscend., etc.*

Segundo Hypocrates, o filho nascido dentro do setimo mez da consummação do matrimonio é legitimo; e tambem é legitimo o que nasce dentro dos dez mezes seguintes á ausencia, ou morte do marido; opinião que foi adoptada na L. 12, D. *de stat. homin.*, e na L. 3, §§ 11, e 12, D. *de suis et legit hered.* No caso de divorcio, ou separação dos conjuges por alguma outra causa, o parto deve attribuir-se ao mesmo marido nos mesmos termos, que na ausencia, ou morte deste.

§ 97. DA PATERNIDADE DO PARTO DA VIÚVA.

Se a viúva passa a segundas nupcias pouco tempo depois da morte do primeiro marido, para se decidir a qual dos dois pertence a paternidade do parto, attende-se ao periodo ordinario da gravidez; e assim, se o filho nasce dentro dos nove mezes da morte do primeiro marido, presume-se deste; e se nasce depois, presume-se do segundo; Digesto Portuguez, 2, art. 462.

Para evitar a incerteza da paternidade em tal caso, o Direito Romano prohibia ás viúvas debaixo de graves penas casar dentro do anno de luto; L. 1, e 2, Cod. *de secund. nupt.* O Cod. Civ. Fr., art. 22, prohibe o mesmo nos dez mezes; e o Cod. da Pr., p. 2, tit. 1, art. 2, nos nove mezes immediatos á dissolução do primeiro matrimonio. A nossa Ord. liv. 4, tit. 106, permite as segundas nupcias ás viúvas sem limitação de tempo.

St. Honoré Vintz

§ 98. DOS MEIOS DE SEGURAR A LEGITIMIDADE DO EMBRIÃO.

Se a mulher, ao tempo da morte do marido, ou até dois mezes depois, reconhece ter ficado d'elle pejada, deve denunciar logo a gravidação aos herdeiros do marido, e pedir em nome do embrião ser mettida na posse dos bens, que lhe pertencerem por essa razão, a cujo respeito deve ser ouvida em juizo, mesmo em tempo de ferias; Ord. liv. 3, tit. 18, § 7.

Se a gravidação é contestada pelos interessados, procede-se á inspecção no ventre por parteiras juramentadas; e reconhecida a gravidação faz-se notificação comminatoria aos mesmos interessados, para se absterem de occupar os bens do defunto; Stryk, liv. 55, tit. 4, § 1, Repert. III, p. 644, vb. *mulher que.*

Se a mulher traspasar dolosamente esta posse em terceiro, o traspasse é nullo, e revoga-se por um interdicto possessorio. Se a mulher porém se fingio pejada não o sendo, ou sendo-o de outrem, e dolosamente obteve a posse, é responsavel por todo o damno e interesse aos herdeiros, ou legatários do defunto; e incorre nas penas do art. 254 Codigo Criminal.

§ 99. DOS DIREITOS DOS FILHOS LEGITIMOS.

Os filhos legítimos ou são filhos-famílias, ou emancipados, e uns e outros gozão de muitos direitos assim na sociedade civil, como na família, e casa paterna; porquanto :

1.º Seguem a condição do pai, e participão de sua nobreza; Ord. liv. 2, tit. 55, pr., e §§ 1, e 4, Reinos, *Observ.* 3, e Cabed., p. 1, *Decis.* 98, e 213, n. 16.

2.º Succedem a seus pais assim por testamento, como abintestado; Ord. liv. 4, tit. 82, pr., e tit. 91.

3.º Se a sua legítima lhes é diminuída em alguma parte por disposições testamentarias de seus pais, ou por doações, que estes fizessem em sua vida a outros filhos, cabe-lhes acção, para que suas legítimas lhes sejam inteiradas; Ord. liv. 4, tit. 82, §§ 1, e segs., tit. 92, pr., e tit. 97, § 3.

4.º Tem direito, e acção para pedirem alimentos a seu pai, e para o demandarem judicialmente (com venia), para que os reconheça por seus filhos legítimos, os alimente e eduque, ou os emancipe, e em geral por todas as cousas, que por algum modo pertencem ao officio do pai; Ord. liv. 3, tit. 9, §§ 3, e 4 (Devem porém em todos os casos pedir venia ao Juiz para o demandarem; cit. Ord. §§ 1, e seguintes).

5.º Desde que são maiores de vinte e um annos podem ser admittidos aos Cargos Publicos, Civis, Politicos, Ecclesiasticos, Militares, sem outra differença que não seja a de seus talentos e virtudes; Const. art. 179, § 14. harmonisado com o Decreto de 31 de Outubro de 1831.

Os emancipados fazem todas as cousas por seu livre arbitrio, sem obrigação de consultarem a vontade de seu pai, quér seja em negocios judiciaes, quér extrajudiciaes; porquanto pela emancipação entrarão no livre e pleno exercicio de todos os seus direitos civis, e por isso mesmo adquirirão para si, e obrigão-se a si proprios assim em juizo, como fóra d'elle, como pessoas livres que são; Ord. liv. 3, tit. 42, § 2.

Pelo contrario, os menores, e os filhos-famílias, não têm nem a administração, nem o usufructo dos seus bens; os primeiros, porque têm um tutor, ou curador, a quem pertence a administração dos bens; Ord. liv. 1, tit. 88, §§ 22,

e seguintes; os segundos, porque seu pai, a cujo poder estão sujeitos, é seu legítimo administrador, e usufructuario dos seus bens; cit. Ord. § 6, e liv. 4, tit. 97, § 19: exceptuão-se porém os bens castrenses, e quasicastrenses, e os adventícios extraordinarios, em que pertence aos filhos, que os têm, assim o dominio, como a administração, e usufructo; Ord. liv. 4, tit. 81, § 3, e tit. 98. ¹

§ 100. NOÇÃO DOS FILHOS ILLEGITIMOS, OU BASTARDOS.

Os filhos *illegitimos* chamão-se *bastardos*, vocabulo que comprehende não só os chamados *naturaes* (§ 95), mas também os chamados *espurijs* (cit. § 95), como se vê da Ord. Man. liv. 2, tit. 37, § 11, nas palavras: — *E isto se não entenderá nos bastardos, que forem filhos de Prelados, ou de quaesquer pessoas Ecclesiasticas* — e da Extravag. de 3 de Janeiro de 1611, nas palavras: — *nem os Bispos por razão de seus titulos, nem os filhos bastardos destes.*

§ 101. DOS BASTARDOS DOS IMPERADORES.

Os bastardos dos Imperadores, uma vez reconhecidos solemnemente pelo Imperador seu pai, precedem a todos os Grandes do Imperio, que não forem parentes legitimos do mesmo Imperador, como em iguaes circumstancias precederão sempre aos grandes do Reino os filhos bastardos dos nossos antigos Reis, dos quaes é legitimo descendente o Senhor D. Pedro II. Elles porém são excluidos da successão da Corôa pelo art. 117 da Constituição do Imperio, como já erão excluidos da successão da Corôa Portugueza os filhos bastardos dos Reis de Portugal pelas Leis Fundamentaes das Côrtes de Lamego.

§ 102. DOS DIREITOS DOS FILHOS BASTARDOS DOS PARTICULARES.

Os filhos bastardos dos Cidadãos Brasileiros, uma vez

¹ Estes são os principaes direitos dos filhos legitimos. Da successão testamentaria, e legitima havemos de tratar no livro seguinte. Neste titulo tratamos principalmente das differentes especies de filhos, dos seus direitos em geral, e dos alimentos, que os pais lhes devem, e *viceversa*.

legitimados, não differem dos legitimos no que pertence á nobreza gentilicia, ou de familia, e direitos a alimentos; porquanto participão da nobreza de seu pai, e usão das mesmas armas, com a pequena differença da quebra da bastardia; Ord. liv. 5, tit. 92, § 4, *in fine*, e Man. liv. 2, tit. 37, § 3, e têm igual direito a serem alimentados á custa dos bens do pai, segundo a sua qualidade; e posses de seu mesmo pai; Ord. liv. 1, tit. 88, § 11, e liv. 3, tit. 9, § 4, *in fine*, tit. 18, § 6, e liv. 4, tit. 99, § 1, as quaes justamente comprehendem em suas disposições assim os filhos naturaes, como os espurios; porquanto o dever de alimentar resulta naturalmente do facto da geração activa e passiva; Assent. 5º de 9 de Abril de 1772, confirmado pelo Alvará de 29 de Agosto de 1776. ¹

§ 103. DOS DIREITOS DOS BASTARDOS COM RELAÇÃO Á MÃE.

A nobreza da mãe tambem se transmite aos filhos assim legitimos, como bastardos; Ord. liv. 5, tit. 92, § 4, *ibi*: — *E se quizerem tomar somente estremes as armas da parte de suas mães* — e § 6, *ibi*: — *filhos, nem netos de fidalgos da parte de seus pais, ou mães.* — Os bastardos porém, não sendo legitimados, seguem somente a condição da mãe, uma vez provado quem esta seja por certidão de baptismo, ou por outro legitimo meio de prova; L. 24. D. *de estat. homin.*

Da mesma sorte, o que dissemos a respeito da obrigação do pai de alimentar seus filhos bastardos, é principalmente applicavel á mãe, emquanto não são legitimados por algum dos modos, por que o podem ser (§§ 79 e seguintes), se neste interim o pai não os quer alimentar; ou quando faltão ao pai os meios necessarios para o poder fazer sem risco da sua propria conservação; porquanto em cada um desses casos devem ser criados á custa das mães emquanto

Dissemos que as citadas Ordenações justamente comprehendem em suas disposições assim os filhos naturaes, como os espurios; porque a natureza olha todos os filhos sem nenhuma differença; e não tolera que a impureza da geração, a qual só é imputavel aos pais, lhes acarrete alguma infamia, ou os prive da condição e nobreza de seus pais; e ainda menos dispensa os pais do dever natural de lhes dar alimentos, segundo a sua qualidade, e faculdades do pai.

ellas tiverem por onde os criar; Ord. liv. 1, tit. 88, § 11.

§ 104. DOS EXPOSTOS.

Os *Expostos* são por direito reputados legitimos, livres, e ingenuos, e ficão emancipados de pleno direito logo que tem a idade de vinte annos completos, sem embargo da Ord. que o contrario determina; Alv. de 31 de Janeiro de 1775. §§ 7 e 8.

Elles portanto podem ser admittidos, como os demais Cidadãos ingenuos, aos Cargos Publicos, Civis, Politicos, Ecclesiasticos, e Militares, sem outra differença, que não seja a de seus talentos, e virtudes, porquanto as mesmas Leis da Igreja os considerão tambem como legitimos, e por isso aptos para as Ordens, e Dignidades Ecclesiasticas, sem excepção do Episcopado; L. ult. Cod. de *inf. exposit.* cap. 1, Tit. de *inf. et lang. exposit.* e Novell. 153.

§ 105. DOS FILHOS ADOPTIVOS, E ARROGADOS.

Como por Direito Romano entendia-se por *adopção* em sentido restricto, o acto, pelo qual alguem adoptava, ou acceitava por seu filho um filho alheio sujeito ao poder de seu pai natural, o qual declarava perante o Pretor, que o emancipava, e consentia que elle passasse á familia do adoptante: e se entendia por *arrogção*, ou *adopção em sentido lato*, o acto pelo qual alguem adoptava por seu filho um filho alheio *sui juris*, ou emancipado (§ 86); e como, por outro lado, a Ord. liv. 2, tit. 35, § 12, ibi:— *ou no filho perfilhado, que se chama em Direito adoptivo, ou arrogado*—; comprehendesse na significação dos vocabulos— *perfilhamento*— *filho perfilhado*— a *adopção*, e a *arrogção*, no sentido do Direito Romano, designado pela proposição explicativa— *que se chama em Direito*—; e além disso a Ord. liv. 1, tit. 3, § 1, declarasse pertencer ao Desembargo do Paço confirmar os *perfilhamentos*; está fóra de duvida não só, que o Direito Patrio antigo admittia assim as *arrogções*, como as *adopções*, admittidas por Direito Romano, só lhes alterando a fórma, e solemnidades; mas tambem, que na attribuição de confirmar as *adopções*, que a Lei de 22 de Setembro de 1828, art. 2, § 1, transferio para os

Juizes de primeira instancia, comprehende-se a de confirmar as *arrogações*.

E tanto mais se comprehende na attribuição de confirmar as *adopções* a de confirmar as *arrogações*, que, conceder a *adopção*, e negar a *arrogação*, seria um manifesto contrasenso; porquanto não ha razão alguma especial, pela qual, concedendo-se ao que não tem descendente, nem esperança de vir a ter um filho, attento o seu estado, ou idade, a consolação de adoptar por filho um filho ou filha estranhos, sujeito ao poder de seu pai natural, se lhe negue a consolação de adoptar filho, ou filha estranhos *sui juris*, no caso em que razões particulares de amizade, gratidão, ou outras semelhantes, determinem a sua justa vontade a adoptar antes uma pessoa *sui juris*, do que uma pessoa *juris alieni*.

Sendo assim, temos, que entre nós os direitos dos adoptivos, e arrogados, pouco differem dos direitos dos filhos legitimos a respeito do pai, ou mãe perfilhante; e que taes filhos consequentemente succedem na nobreza e bens do pai, ou mãe perfilhante (§ 452), quér por si sós, quér juntamente com filhos legitimos, se depois os veio a ter; doutrina que tambem foi adoptada, entre outros, no Cod. Civ. Fr. art. 350, e que expozemos mais detalhadamente com relação ao Direito Patrio nos §§ 87 e 88.

§ 106. DOS LEGITIMADOS.

Os legitimados por qualquer dos modos definidos nos §§ 81, e seguintes, quér sejam naturaes, quér espurios, gozão todos dos mesmos direitos, que os legitimos, no que respeita, assim ao estado de cidade, ou habilitação para os Empregos Publicos, Civis, Politicos, Ecclesiasticos, e Militares, como á condição, e nobreza dos pais, e aos alimentos.

No que pertence porém á familia, e casa do pai, e ao direito de lhe succeder abintestado, só gozão dos mesmos direitos, que os legitimos, os seguintes:

1.º Os naturaes legitimados por subsequente matrimonio (§ 81, e sua nota).

2.º Os filhos naturaes reconhecidos pelo pai por escriptura publica antes de casar; Decreto de 2 de Setembro

3.º Os filhos naturaes reconhecidos pelo pai por escriptura publica, ou testamento, não tendo legitimo descendente, e sem embargo de ter ascendente; cit. Decreto de 2 de Setembro.

Quanto aos espurios, estes só podem succeder a seu pai abintestado na falta de legitimo descendente, e na existencia de legitimo ascendente, se este consentio expressa e livremente na sua legitimação (§ 81, nota).

§ 107. DA OBRIGAÇÃO DE ALIMENTAR, EXTENSIVA A TODOS OS ASCENDENTES, E IRMÃOS.

Os pais são obrigados a dar alimentos a seus filhos, quér legitimos, quér naturaes, ou espurios; Ord. liv. 4, tit. 99, pr. e § 1. É esta a voz da Natureza, a qual tem sido attendida nos Codigos de todas as nações civilizadas, e o foi tambem nas nossas Ordenações liv. 1, tit. 88, §§ 10, e seguintes, liv. 3, tit. 9, §§ 3 e 4, tit. 18, § 6, liv. 4, tit. 99, Man. tit. 68, e Affons. tit. 92, *eod.*

Na falta, ou impossibilidade dos pais, a obrigação destes é transferida nos avós e nos demais ascendentes mais proximos em grau, que bem a poderem cumprir por suas posses, e fazenda; e na falta, ou impossibilidade do ascendente, ou ascendentes vivos, os irmãos que poderem alimentar a seus irmãos menores, ou ainda maiores, mas impossibilitados de adquirirem por si mesmo o necessario alimento; Assent. 5.º de 9 de Abril de 1772, confirmado pelo Alvará de 29 de Agosto de 1776. ¹

¹ Os alimentos distinguem-se em alimentos devidos por direito do sangue, e por força da lei, e taes são os de que tratamos, confirmados pelas Ordenações citadas, e pelo tit. D. *de agnoscend. et alend. liber.*; e alimentos devidos por estranhos em razão de contracto, ou testamento; e taes são os de que trata o tit. D. *de alim. et cibar. legat.*; distincção esta que parece que o nosso Legislador tivera em vista na Ord. liv. 3. tit. 18, § 6, quando falla de — *alimentos..... devidos por direito.*

Na palavra — *alimentos* — comprehende-se não só os naturaes, que consistem nas cousas necessarias para a conservação da vida, como o mantimento, vestido, calçado, habitação, etc.; mas tambem os civis, ou destinados á instrucção e profissão dos filhos, segundo a sua condição, e conforme a qualidade, e posses dos pais. Os primeiros são significados na Ord. liv. 1. tit. 88, § 10, pelas palavras — *criar de leite, e de toda outra criação* —, e no § 15, pelas palavras — *mantimento, vestido, calçado, e todo o mais* —; e os segundos pelas palavras do mesmo § 15 — *ler e escrever..... vida, e ensino, segundo a qualidade de suas pessoas, e fazenda* —; e pelas palavras do § 16, *serão postos a aprender os officios de seus pais, ou outros, para que mais pertencentes sejam.*

§ 108. QUEM DEVE ALIMENTAR OS FILHOS NA CONSTANCIA DO MATRIMONIO.

Os filhos legitimos devem ser alimentados pelos bens do pai, e mãe, enquanto o matrimonio não for apartado entre elles por alguma razão, que não seja a morte de um ou do outro, e que dê logar á separação dos bens do casal; Ord. liv. 4, tit. 99, in princ.; e isso quér os pais sejam casados segundo o costume, e Lei do Imperio, quér o sejam por contracto de dote e arrhas; porquanto a dita Ord. é geral; e assim, deve ser entendida sem distincção alguma.

§ 109. QUEM DEPOIS DE DISSOLVIDO O MATRIMONIO POR MORTE DO PAI.

Dissolvido o matrimonio por morte do pai, os filhos devem ser alimentados á custa de seus proprios bens, se os tiverem; Ord. liv. 1, tit. 88, § 10, e liv. 4, tit. 99, §§ 2 e 3 (paragraphos seguintes).

§ 110. QUEM NO CASO DE SEPARAÇÃO DOS CONJUGES, VIVOS AMBOS.

Separados os conjuges por sentença do Juiz Ecclesiastico, ou por qualquer outra fórma, razão, ou causa, que dêesse logar á separação dos bens do casal, pertence ao pai a obrigação de alimentar, e educar os filhos, enquanto tiver por onde o possa fazer, não incumbindo á mãe senão o dever de os criar de leite, se com razão poder, e dever criar seu filho aos peitos; Ord. liv. 4, tit. 99, pr. ibi— *E apartado o matrimonio por alguma razão sem fallecimento de cada um delles, a mãe será obrigada criar o filho..... de leite sómente, e o pai lhe fará a outra despeza necessaria para sua criação.*¹

¹ A opinião vulgar, que a mãe, se é rica, e deo causa á separação conjugal, deve alimentar os filhos, deduzida da Novell. 117. cap. 7, é insustentavel entre nós á vista da generalidade da disposição acima copiada, a qual põe a cargo do pai toda a despeza necessaria para a criação do filho, além da criação de leite, que incumbe á mãe, se ella não for de qualidade, que com razão não possa, ou não deva criar seu filho aos peitos, sem distinguir apartamento motivado pelo pai, ou pela mãe; sendo certo que, onde o Legislador não distingue, ninguem pôde distinguir. A isso accresce, que nesse

Uma vez pois separados os conjuges, como acima dissemos, os filhos, e filhas, que já não carecem de serem amamentados por sua mãe, ficão em companhia, e sob o poder do pai; e não lhe podem ser tirados senão em algum dos casos referidos no § 94. Se o pai porém é pobre, e a mãe é rica, o respectivo Juiz de Orphãos póde fixar a parte, com que a mãe deverá contribuir subsidiariamente para a alimentação, e educação dos filhos, sem os tirar do poder do pai, enquanto elle não fizer por onde lhe devão ser tirados; cit. Ord. pr., e § 2, e Novell. 117, cap. 7.

§ 111. OBRIGAÇÃO SUBSIDIARIA DA MÃE, AVÓS, E IRMÃOS.

A mãe é obrigada subsidiariamente a alimentar os filhos nos seguintes casos :

1.º Quando, não tendo o pai por onde o possa fazer, nem tendo os filhos bens proprios, ella os tenha em tal quantidade, que bem possa alimentar-se a si, e a seus filhos; cit. Ord. liv. 4, tit. 99, § 2; como porém nesse caso ella cumpro subsidiariamente uma obrigação, que competia precipuamente ao pai, bem póde repetir deste as despezas, que fez com os filhos, se elle vier a melhorar de fortuna, de sorte que as possa satisfazer, embora ella as fizesse sem protesto de as haver d'elle em qualquer tempo, em que elle podesse restituir-lh'as.

2.º Quando, morrendo o pai, e não tendo os filhos bens proprios, ella bem o poder fazer; Ord. cit. § 3, e liv. 1, tit. 88, § 10, vers. ult., e § 11, ibi — *primeiro sejam constrangidos seus pais que os criem, e não tendo elles por onde os criar, se criarão á custa das mães.*

Na falta, ou impossibilidade da mãe, o dever della é transferido nos avós, e toda a serie dos ascendentes vivos, pela ordem dos graus, e segundo as posses de cada um; e na falta, ou impossibilidade destes, nos irmãos germanos, e depois nos unilateraes, que bem o podem fazer; cit. Assent. de 9 de Abril de 1772.

estado dos conjuges a mulher não participa do usufructo, que compete ao marido no peculho adventicio do filho, se elle o tem; e nesse caso seria iniquidade onerar quem não tem commodos, para desonerar quem os tem.

§ 112. A MÃE É OBRIGADA A AMAMENTAR SEUS FILHOS.

A mãe é obrigada a criar de leite seu filho, salvo se fôr de qualidade e condição, que com justa razão não possa ou não deva criar seu filho aos peitos; Ord. liv. 1, tit. 88, § 10, e liv. 4, tit. 99, pr. Com effeito, a mãe, que sem justa causa recusa criar seus filhos aos peitos, sophisma o dever de mãe, desvia-se do seu destino, e expõe-se aos incommodos, e enfermidades, com que a mesma Natureza pune muitas vezes esses desvios das mães.

Entre nós porém que vivemos sob um clima abençoado, que accelera o desenvolvimento physico, e moral dos infantes, quanto o retarda o de Portugal, para cujos povos legislou a sitada Ord., quando extendeo até a idade de tres annos a obrigação natural, que tem as mães de amamentar seus filhos, é bastante que ellas o fação até a idade de doze mezes.

§ 113. DA OBRIGAÇÃO DOS PAIS A RESPEITO DOS FILHOS ESPURIOS.

O que temos dito a respeito do dever, que incumbe aos pais de alimentarem seus filhos legitimos, tem applicação a respeito dos illegitimos, quer naturaes, quer esurios; porquanto a natureza não conhece tal distincção; e assim, com summa razão o Direito Patrio obriga precipuamente o pai a alimentar os filhos illegitimos, a cuja existencia deo causa, e a mãe só subsidiariamente, exceptuada a obrigação principal de os criar de leite a seus peitos: Ord. liv. 1, tit. 88, § 11, e liv. 4, tit. 99, §§ 1, e 2.¹

§ 114. QUANDO A MÃE PÓDE REPETIR OS ALIMENTOS.

Como a mãe só é obrigada subsidiariamente a alimentar

¹ Não é necessario insistirmos na obrigação dos pais de alimentarem seus filhos illegitimos; porque ninguem ha que desconheça que a lei natural impõe a quem é causa da existencia de um infante o dever de o conservar, e aperfeiçoar, e por isso mesmo de o alimentar.

Devemos porém accrescentar, com relação aos filhos sacrilegos, que o Papa Benedicto XIV, de *Synod. Dioces.* liv. 13. cap. 23, decidio que os Clerigos Beneficiados erão obrigados a alimentar seus filhos illegitimos não só pelos seus bens patrimoniaes, mas tambem pelos redditos ecclesiasticos.

os filhos (§§ 11, e 13); segue-se dahi, que, se em vida do pai fizer alguma despeza necessaria para a criação do filho (sem excepção da que respeita á lactação, quando ella não pôde criar seu filho de leite aos peitos), pôde havel-a do pai, segundo for a fazenda deste, e a todo o tempo que cesse da parte do mesmo a impossibilidade de a satisfazer completamente, como dissemos no § 111; cit. Ord. liv. 4, tit. 99, pr., vers. — *Porém* — e § 1. Segue-se além disso, que, se depois da morte do pai tiver seus filhos sob sua tutoria, ou curadoria, e estes tiverem bens, por onde bem se possam criar, ella pôde cobrar dos bens delles a despeza, que fizer com a sua criação. postoque a fizesse sem protestaçoão de a cobrar; cit. Ord. § 4.

Pôde tambem, sem a dita protestaçoão, cobrar pelos bens dos filhos as despezas, que fizer ácerca dos bens delles, não sendo sua tutora, ou curadora, nem tendo a administração dos mesmos bens; cit. Ord., § 5. Não pôde porém haver pelos bens dos filhos as despezas, que fez com suas pessoas, quando, não sendo sua tutora, ou curadora, nem administrando os bens delles, as fez sem protestaçoão de as cobrar; salvo, se os filhos são ricos, e ella pobre, e a despeza é grande, segundo a qualidade da pessoa, e de seu patrimonio; cit. Ord. § ult.

§ 115. QUANDO CESSA A OBRIGAÇÃO DOS PAIS DE ALIMENTAREM OS FILHOS.

Cessa a obrigação dos pais de alimentarem seus filhos nos seguintes casos :

1.º Quando estes têm chegado á idade de poderem adquirir por si mesmo o sustento necessario; salvo, se por defeito da natureza, ou por outra justa causa, não podem trabalhar, ou exercer alguma honesta industria; Assent. 5º de 9 de Abril de 1772, ao qual foi dada a auctoridade de lei pelo Alvará de 26 de Agosto de 1776; e exceptuado tambem, no caso de não terem estabelecimento, profissão, ou occupação congruente com a sua dignidade, quando forem filhos de pessoas taes, que nao devão servir a estranhos por soldadas; argum. da Ord. liv. 1, tit. 88, § 15.

2.º Se os filhos tem bens proprios, de que se possam alimentar; cit. Assent.

3.º Se os pais não tem, ou apenas tem com que se sustentem a si próprios; cit. Assent.

4.º Se os filhos commetterão contra os pais alguma ingratião, pela qual possão ser desherdados por elles; cit. Assent.

5.º Se os filhos sem alguma justa causa se apartarão da casa dos pais, e lhes faltão com a satisfação dos obsequios, e respeito, que lhes devem; cit. Assent.

6.º Se casarão sem consentimento dos pais; cit. Assens.

§ 116. DA ACCÃO DE ALIMENTAR.

Se o pai nega a paternidade, e sob esse fundamento recusa dar alimentos ao filho, compete a este, ou á sua mãe, ou avó, o direito de demandar o pai em Juizo, para que o reconheça como seu filho, e lhe preste os alimentos que por direito lhe são devidos; Ord. liv. 3, tit. 9, § 4, vers. ult., LL. 1, e 5, D. *de agnoscend. et alend. liber.*¹

Esse direito torna-se effectivo por meio da *acção de alimentos*, a qual é tão favoravel, que não admite compensação; Ord. liv. 4, tit. 78, § 3, processa-se summariamente, e a appellação da sentença, que manda dar os alimentos, só é recebida no effecto devolutivo, para não

¹ O Senatusconsulto Planciano *de liberis agnoscendis*, o qual com o fundamento de ser o pai obrigado a reconhecer, e alimentar o filho, permittia á mulher repudiada denunciar o estado do ventre ao marido, dentro dos trinta dias subseqüentes ao repudio, sob pena de não ser o pai obrigado desse prazo em vante a ter o filho por seu, refere-se aos divorcios romanos feitos por auctoridade privada, e por isso não tem uso nenhum entre nós, porque as nossas leis e costumes não auctorisam semelhantes divorcios.

O Senatusconsulto porém que fui publicado no tempo do Imperador Adriano sobre o reconhecimento do ventre na constancia do matrimonio, e que foi compilado na L. 3, § 1. D. *de agnosc. et alend. liber.*, tem uso entre nós, intervindo a auctoridade judicial, no caso, em que a mulher sente o ventre occupado ao tempo, em que o matrimonio é dissolvido *quoad thorum et mensam*, ou quando a mulher vé que o marido se dispõe a abandonal-a.

² Além disso, tambem tem logar o exame do ventre entre nós, com citação dos herdeiros do marido fallecido, para o fim de que a mãe possa reter a posse dos bens, a que o filho tem direito no caso de vir a nascer vivo; Ord. liv. 3, tit. 18, § 7.

Tambem cabe aqui notar, que não devemos inferir do Decreto de 2 de Setembro de 1847, que os filhos naturaes, ou sua mãe não tenham mais o direito, que a Legislação antiga lhes outorgava, de accionar o pai; para que os reconheça por seus filhos para o fim de lhes dar alimentos; porquanto não se deve confundir a causa de alimentos devidos por Direito Natural com a causa da successão legitima (Mello, liv. 2, tit. 6, §§ 20 e 21, e nota.)

retardar a prestação delles, a qual não soffre demora; Per. e Souza, nots. 633 e 952. ¹

§ 117. DA PROVA DA FILIAÇÃO NA ACÇÃO DE ALIMENTOS.

Para que os pais illegitimos possam ser constringidos a reconhecer, e alimentar os filhos, é necessario que se prove que elles os gerarão. Como porém as nossas leis justamente prestão grande favor à causa de alimentos (Ord. liv. 3, tit. 18, § 9, e liv. 4, tit. 78, § 3), são bastantes as seguintes presumpções :

1.ª Prova de convivencia, ou tracto, e accesso frequente entre o pai, e a mãe.

2.ª Affectada interrupção desse accesso.

3.ª A fugida do pai, não provando este que fugio por outra causa.

4.ª A fama publica entre os vizinhos.

5.ª O facto de ter o pai dado o filho a criar de leite a alguma pessoa; porquanto de cada um destes factos resulta grave presumpção a respeito da paternidade. Vejão-se outras semelhantes presumpções em Peg. de majorat. cap. 9, n. 446, e Pheb. Decis. 77, ns. 6, 7, e 8 (Mello, § 22).

§ 118. DOS ALIMENTOS *in litem*.

Na mesma razão estão os alimentos *in litem*, pelos quaes

¹ Os alimentos devidos por contracto, ou por testamento, ainda que tambem não admittão compensação segundo a cit. Ord., pedem-se comtudo pela acção ordinaria *ex contractu*, ou *ex testamento*, e não summariamente por officio do Juiz.

E porém summaria a causa de filiação, em que o filho natural, que foi reconhecido por seu pai por meio de escriptura publica, ou por testamento, na forma do Decreto de 2 de Setembro de 1847, pede, com previa citação do herdeiro, ou herdeiros legitimos, que seja declarado filho de seu fallecido, para o fim de lhe succeder na herança, ou juntamente com os filhos legitimos, no caso de reconhecimento por escriptura publica anterior ao matrimonio, ou por si só na falta de filhos ou outros descendentes legitimos, se tal acção porém for contestada com embargos de falsidade da escriptura, ou do testamento, ou de falta de alguma solemnidade essencial, ou se for negada a filiação, taes embargos devem ser discutidos ordinariamente; e neste caso, trata-se summariamente da questão de alimentos, se estes forem pedidos, suspensa entretanto a questão principal; bastando para serem decretados, que a escriptura, ou o testamento seja corroborado com uma testemunha digna de fé.

se entende a quantia necessaria para os gastos da demanda, enquanto ella durar; porquanto pôde tambem o alimentando logo que propõe a sua acção pedir ao juiz que lhe tãxe estes alimentos ao mesmo tempo que os alimentos pessoaes, ou legitimos. ⁴

§ 119. TAMBEM SÃO DEVIDOS ALIMENTOS AOS PAIS, E IRMÃOS.

Tambem os filhos devem alimentos aos pais; porque o dever de alimentar é reciproco entre pais, e filhos, sem distincção entre legitimos, e illegitimos; cit. Assent. 5.º de 9 de Abril de 1772; e igual dever se dá tambem entre os irmãos sem differença entre germanos, consanguineos, uterinos, legitimos, e illegitimos.

Os filhos illegitimos porém, que depois de fallecidos os pais se casão sem pedirem o consentimento de seus irmãos legitimos, perdem toda a acção, que podessem ter para lhes pedirem alimentos; cit. Assent.

Os transversaes de grau inferior não são obrigados pelo direito do sangue a alimentar os transversaes; porém o são na qualidade de herdeiros, e successores daquelle, que devia dar alimentos aos taes transversaes, como, v. g., o primogenito successor de um vinculo a respeito de seu tio paterno, a quem seu pai devia alimentar.

Por identidade de razão tambem se devem alimentos *in litem*, ou provisionaes assim aos pais, como aos irmãos, os quaes da mesma sorte, que aos descendentes, lhes devem

Prova-se por qualquer modo a causa da filiação, e antes que o Juiz pronuncie sobre ella, devem ser taxados summariamente os alimentos legitimos, e os *alimentos in litem*: o que, aindaque não se ache expressamente determinado nas nossas Leis, sempre se observou no nosso fóro, talvez sob o fundamento da L. 27, § 3. D. *de inoffic. testam.*, onde na causa de desherdação, e interposição de appellação por parte do herdeiro, se diz: — *Placuit interim propter inopiam pupilli alimenta pro modo facultatum decerni, eaque adversarium ei subministrare necesse haberi usque ad finem.*

Assim os primeiros, como os segundos, uma vez taxados por sentença do Juiz, segundo as forças da fazenda do alimentante, e qualidade do alimentando, não se suspendem pela interposição de appellação, e principalmente constando que o alimentando não tem com que se possa manter, e sustentar a demanda.

Não se requer caução da parte do autor alimentando, e aindaque este não consiga triumpho na instancia final, não repõe os que tiver recebido; Valasc.

consult. 1, Cabed. p. 1. *Decis.* 66, Covar. Quest. pract. cap. 6. Mend. p. 2,

BDJur . 1, cap. 4, ns. 2, 4, e 5 (Mello § 24 e nota).

ser assignados pelo Juiz, sendo-lhe pedidos. A obrigação porém dos filhos alimentarem os pais, e os irmãos os irmãos cessa nos mesmos casos, em que cessa a obrigação do pai a respeito dos filhos (§ 115).

§ 120. DIREITO DOS PARENTES ENTRE SI.

Os agnados, e cognados, os quaes se incluem na significação geral da palavra *familia* (L. 195, § 2, D. *de verbor. significat.*), gozão de muitos direitos de familia, de que trataremos a seu tempo, podendo-se entretanto citar para exemplo o art. 72 do Código do Processo Criminal, o qual concede ao pai, mãe, tutor, curador, senhor, ou conjuge o direito de se queixar em juizo contra o offensor de seu filho, tutelado, curado, escravo, ou conjuge; a Ord. liv. 4, tit. 102, § 5, que concede a tutoria legitima do orphão ao parente mais chegado, que elle tiver no logar onde está; e as Ords. do mesmo liv. tits. 91, 92, 94, e 96, que estabelecem o direito de successão abintestado entre os parentes até o decimo grau, e depois deste chamão o conjuge sobrevivente.

TITULO VII.

Do poder marital.

§ 121. NOÇÃO GERAL DO PODER MARITAL.

Sendo o matrimonio uma sociedade de toda a vida, cujo fim importa igualmente a ambos os conjuges, e cujo laço intimo e indissolavel de algum modo os confunde em uma só pessoa, necessariamente se hão dar entre elles direitos, e deveres reciprocos, communs, e iguaes, condição indispensavel para a consecução do seu fim.

Como porém a boa ordem exige imperiosamente que haja um chefe nesta sociedade, e não póde ser senão um dos dois; e como, por outra parte, a mesma natureza indica ser o homem, por ser o mais intelligente, o mais experimentado, o mais agil em todos os negocios da vida, e ao mesmo tempo o mais forte; com razão e justiça devem

competir a este alguns direitos especiaes, os quaes constituem o *poder marital*.¹

§ 122. DOS DIREITOS COMMUNS DOS CONJUGES, EM GERAL.

Ambos os conjuges tem direito :

1.º Á fidelidade reciproca, sem que em caso nenhum a infidelidade do marido auctorise a mulher para obrar do mesmo modo ; porquanto a infidelidade desta é seguida de consequencias mais funestas, e mais fataes.

2.º Á convivencia perpetua, a qual não podem dissolver por auctoridade propria.

3.º Ao mutuo soccorro, e assistencia assim na fortuna, como na desgraça ; Cod. Civ. Fr. art. 212, Cod. da Pr. p. 2, tit. 1, arts 174 e seguintes.

§ 123. DOS DIREITOS ESPECIAES DO MARIDO ; I. EM RELAÇÃO Á MULHER.

I. Ao marido, como chefe da sociedade conjugal (Gen. cap. 3, vers. 16) compete o direito de exigir de sua mulher respeito e obediencia em tudo, que se referir :

1.º Á guarda da honestidade, e bons costumes.

2.º Á prestação dos serviços, e trabalhos domesticos, conforme suas forças, estado, e condição ; e principalmente no que pertence á criação, guarda, conservação e bem-esta dos filhos.

3.º Á abstenção de exigencias, que o marido não possa fazer honestamente por meio de seu trabalho, industria, ou bens do casal.

¹ A igualdade dos conjuges deve-se aos principios da Religião Christã ; porquanto por Direito Romano a mulher era pupilla do marido, e não podia haver entre elles communhão dos bens. Os seus deveres pessoaes achão-se consignados em quasi todos os Codigos modernos, com pequenas differenças, da maneira que vão expostos nos paragraphos seguintes : mas, emquanto á administração dos bens, todos a concedem ao marido, ainda que com muitas e notaveis differenças, conforme os costumes especiaes de cada nação. Na nossa legislação apenas ha a esse respeito algumas disposições dispersas, que citaremos pelo correr deste titulo.

§ 124. II. EM RELAÇÃO Á ADMINISTRAÇÃO DOS BENS.

II. Ao marido compete a administração da família, e dos bens do casal, e ainda mesmo da pessoa da mulher ; L. ult. *Cod. de serv. pignor. dat.*

Se o marido porém se ausentar sem deixar providencias, a mulher póde tomar a administração, requerendo auctoridade ao Juizo para os actos della, que sem isso não poderiam ter validade, como a hypotheca, e a alienação de bens, quer de raiz, quer moveis ; e se a administração é interdicta ao marido, e ella vive honestamente, e tem a precisa capacidade, é-lhe encarregada assim a curadoria do marido, como a administração dos bens do casal ; Ord. liv. 4, tit. 103, §§ 1, 2, e 6.

§ 125. III. EMQUANTO Á ALIENAÇÃO DOS MOVEIS, E DE RAIZ.

III. Emquanto aos bens moveis do casal, o marido póde validamente obrigar, vender, ou por qualquer outra maneira contractar, e estar a Juizo como autor, ou como réo, independentemente de expresso consentimento, e assistencia de sua mulher ; arg. da Ord. liv. 4, tit. 48, e tit. 64 (Lobão a Mello liv. 2, tit. 8, § 18, n. 19).

Não póde porém obrigar¹, nem alienar de maneira alguma os bens de raiz, ou estes sejam communs, ou pessoas ; nem estar validamente a Juizo em causa, que versé sobre a propriedade, ou posse delles, sem a assistencia, ou consentimento da mesma sua mulher, manifestado por meio de procuração, ou sem citação, quando elle for réo ; Ord. liv. 4, tit. 48, pr.

Se ella porém não tem bastante siso, e discrição, ou se recusa sem justa causa prestar o sem consentimento, póde este ser supprido pelo Juiz com conhecimento da necessi-

¹ Aindaque a hypotheca se approxime da alienação, contudo se ella foi feita para segurança de contracto, que o marido podia fazer licitamente sem a mulher, e do qual podia resultar lucro ao casal, reputa-se valida, e obligatoria assim a respeito da mulher, como do marido, aindaque não interviesse nella o consentimento da mulher ; Mor. de exec. liv. 6, cap. 8, n. 60. Lobão a Mell. liv. 2, tit. 8, § 18, n. 29.

dade, ou utilidade da alienação; argum. da Lei de 22 de Setembro de 1828, art. 2, § 1; Lobão cit. n. 34. ¹

§ 126. DOS EFEITOS DA FALTA DO CONSENTIMENTO DA MULHER.

A alienação dos bens de raiz feita pelo marido sem expresso consentimento da mulher é nulla. Póde porém tornar-se valida:

1.º Pelo seu consentimento expresso posterior; *Mor. de exc.* liv. 5, cap. 5, n. 16.

2.º Pela prescrição, se a mulher, ou seus herdeiros não reclamarem contra a alienação até dez annos da morte do marido; Lobão cit. ns. 36, e 38.

Dissolvida a alienação por este motivo, a parte só póde haver da mulher vencedora o preço, que deo ao marido pelo bem de raiz. se provar que o mesmo preço foi convertido em proveito della; *Ord.* liv. 4, tit. 44, § 4.

Se ella porém não tirou proveito do preço, e a parte foi sabedora, ou teve justa razão de saber, que o vendedor era casado, então esta está obrigada a restituir não só a cousa de raiz, sem poder pedir o preço, mas também os fructos, que della houve no tempo que a possuiu; *cit.* *Ord.* § 6: e se, pelo contrario, não soube, nem teve justa razão de saber que o vendedor era casado, póde pedir ao vendedor a restituição do preço, mas em todo o caso a cousa é entregue á mulher; *cit.* *Ord.* § 5.

§ 127. DOS DIREITOS ESPECIAES DA MULHER.

A mulher pertencem os seguintes direitos especiaes:

¹ As leis conferem ao marido a administração dos bens do casal, salvas as modificações convencionadas pelo contracto matrimonial; ellas porém previnem, e devem prevenir ao mesmo tempo a dissipação, e abusos, que sem isso o marido poderia commetter em fraude da mulher.

Enquanto aos bens moveis, estes em regra, são por sua mesma natureza destinados para andar em um continuo gyro de transações; e assim, tolher ao marido a facultade de os alienar sem o consentimento de sua mulher, seria embaraçal-o na administração em detrimento dos interesses communs dos conjugues; e por isso o Legislador limitou-se a deixar salvo á mulher, ou a seus herdeiros o direito de exigir a indemnisação de sua respectiva parte, no caso de manifesta dissipação, quando o matrimonio se dissolver; *Ord.* liv. 4, tit. 64. Quando porém aos bens de raiz, a alienação nada têm de commum com a simples administração.

1.º Ser alimentada pelos bens do casal, e na falta destes, pelos próprios do marido; Ord. liv. 4, tit. 103, § 1; salvo, se se apartar da casa, a não ser por sevícias; Lobão a Mello liv. 2, tit. 7, § 3, n. 3.

2.º Ser defendida por elle em sua pessoa, honra, e bens, assim em Juizo, como fóra della; Cod. do Proces. Crimin. art. 72, e Cod. da Pr. p. 2, tit. 1, art. 188.

3.º Gozar das honras e privilegios do marido, que não forem privativos do cargo, que elle occupar, favor que se estende ao tempo da viuvez emquanto ella viver honestamente; Ord. cit. liv. 1, tit. 91, § 7, liv. 2, tit. 59, § 15, e liv. 3, tit. 86, § 23.

4.º Ser nomeada cüradora de seu marido, e administradora dos bens do casal, no caso de interdição de seu marido por demencia, ou prodigalidade, se ella viver honestamente, e tiver a precisa capacidade; Ord. liv. 4, tit. 103, §§ 1, 4, e 6.

5.º Ser recebida em Juizo sem necessidade de auctoridade, nem procuração de seu marido, a demandar para si quaesquer bens, que por doação, venda, ou qualquer outro modo, seu marido traspassasse á sua concubina, ou esta lhe furtasse; Ord. liv. 4, tit. 66.

6.º Ser recebida em Juizo com expressa auctoridade de seu marido, ou supprimento della impetrado do mesmo Juizo, á revogar a venda, ou alheação de algum bem de raiz, feita pelo marido sem seu expresso consentimento; Ord. liv. 4, tit. 48, §§ 2, 4, 5, e 6.

7.º Poder exigir que se impute no quinhão do marido, ou de seus herdeiros, as doações de bens moveis, ou dinheiro, gratuitas, e avultadas, que elle fez sem seu consentimento; Ord. liv. 4, tit. 64.

8.º Poder dispor por testamento da totalidade dos seus bens, ou sómente da terça, segundo tiver, ou não tiver herdeiros necessarios; Ord. liv. 4, tit. 82, pr.

9.º Ficar em posse e cabeça do casal por morte de seu marido a respeito dos bens, em que for meeira, ou tiver algum outro direito, se com elle vivia em casa teúda e manteúda; Ord. liv. 4, tit. 95, pr.

10.º Succeder ao marido fallecido *ab intestato*, se vivia com elle em casa teúda e manteúda, e se elle não tinha pa-

rente até o decimo grau, contados segundo o Direito Civil; cit. Ord. liv. 4, tit. 94.

§ 128. DO PODER MARITAL DO MARIDO DA IMPERATRIZ IMPERANTE.

Ainda que o imperio e poder publico da Imperatriz Imperante se extenda sobre a pessoa de seu marido; porque este não tem parte no governo do Estado, e somente goza do titulo honorifico de Imperador depois que tiver da Imperatriz filho ou filha, segundo dispõe a Constituição no art. 120; ¹ comtudo a Imperatriz Imperante é sujeita ao marido nos negocios, que pertencem à sociedade conjugal, e que segundo a natureza e indole della são sujeitos ao poder do chefe da familia.

§ 129. DO TITULO, HONRAS, E SUJEIÇÃO DA AUGUSTA ESPOSA DO IMPERADOR.

A Augusta Esposa do Imperador participa da alta dignidade do Imperial Consorte, e goza do titulo de Imperatriz, e de muitas honras, prerogativas, e isenções, que lhe estão annexas; não tem porém parte alguma no governo do Estado; e por isso é sujeita não só ao poder marital, mas também ao poder publico de seu Augusto Esposo, e as Leis Civis e Criminaes do Imperio, gozando todavia, em qualquer causa crime, que por acaso podesse ser intentada contra ella, do privilegio de ser julgada pelo Senado; Constit. art. 47, § 1.

¹ Nas Leis Fundamentaes das Côrtes de Lamego lê se o seguinte, a respeito do imperio civil da Rainha Reinante sobre seu marido: — *Regina maritus nec Regis nomine utitur nisi postquam habuerit de Regina filium varonem; et quando fuerit in congregatione maritus Regina, ibit in manu marita, et maritus non ponit in capite coronam Regni.*

TITULO VIII.

Da communhão dos bens entre os conjuges.**§ 130. O QUE SEJA COMMUNHÃO LEGAL? SEU FUNDAMENTO, E EFEITO.**

O fim do matrimonio pôde muito bem obter-se, seja qual for a fórma, por que se regule o dominio, e administração dos bens dos conjuges, porque não tem com isso senão indirecta e mui remota relação. Por essa razão as leis patrias deixão aos esposos ampla faculdade de convenciona-rem a respeito de seus bens o que lhes aprouver, segundo as circumstancias, e as suas esperanças, ou temores do futuro.

Na falta porém de pacto antenupcial a esse respeito, a lei presume entre elles *sociedade universal de bens*, por ser mais analogã á união, e intimidade característica do matrimonio, e coherentemente com essa presumpção, e com o principio da igualdade, estabelece a *communhão*, ou *communicação* de todos os bens presentes, e futuros; Ord. liv. 4, tit. 46.

Esta *communhão* chama-se *legal*, por que é estabelecida por lei sob a referida presumpção; e na phrase da citada Ord. os casamentos assim contrahidos dizem-se feitos *per Carta da ametade*. O principal effeito da communhão verifica-se, quando no caso de morte, ou separação se faz necessario proceder á partilhas. ¹

¹ Antigamente aconteceu entre nós o mesmo que nas outras nações, relativamente á communhão dos bens entre os conjuges; isto é, em uns logares ella resultava immediatamente do casamento: em outros porém somente tinha logar, quando tinha sido expressamente convencionada. Não só isto consta da *Ord. Affons.* liv. 4, tit. 42, mas se conclue da variedade das expressões ainda hoje usadas —, *por Carta de ametade* —, isto é por titulo, ou convenção expressa, — e — *segundo o costume do Reino* —. Finalmente, porém, na Ord. Man. liv. 4, tit. 7, poz-se termo a essa diversidade, determinando-se geralmente a communhão legal em todo o caso, em que os esposos não tivessem contractado o contrario; e assim passou para a Ord. Philipp. tit. 46 do mesmo livro.

Convém porém estar prevenido que a nossa communhão legal é mui differente da dos Francezes. Entre estes só se communicação por força da lei os moveis anteriores ao casamento, e os adquiridos depois, moveis e de raiz; Cod. Civ. Fr. art. 1401, não se communicação porém os de raiz anteriores.

A communhão universal portanto não se dá senão sendo expressamente

§ 131. SE HA COMMUNHÃO POR DIREITO ROMANO.

Ainda que Romulo reconhecesse, e firmasse a communhão dos bens entre os conjuges, segundo affirma Dionisio de Halicarnaso (Liv. 2, das Antiquidades Romanas), contudo a Lei, porque elle a estabeleceo, teve curta duração: porquanto seguirão-se depois tres especies de casamentos, dos quaes nem um só fazia a mulher participante de bens em communhão com o marido; e erão o casamento por *confarreação*, por *compra*, e por *uso*; Ulp. in *Fragment.* Tit. 9, tit. 11, § 13, e tit. 19, § 18. ¹

§ 132. DAS CONDIÇÕES NECESSARIAS PARA HAVER COMMUNHÃO SEGUNDO AS LEIS PATRIAS.

Para que o matrimonio possa produzir a communhão dos bens entre os conjuges, quando estes casarão segundo o costume, ou por carta de metade, devem concorrer os seguintes requisitos:

1.º Que não houvesse entre os conjuges parentesco, ou outro impedimento, por que não podessem ambos casar; Ord. liv. 4, tit. 92, in princ.

convencionada: pelo contrario. entre nós ella dá-se, *quando entres as partes outra cousa não for acordada e contractada*; cit. Ord. liv. 4, tit. 46.

Entre nós portanto ella comprehende todos os bens susceptiveis de communicação (§§ 137, e seguintes), que cada um dos conjuges tinha ao tempo de seu casamento, e os que depois adquirio por justo titulo, qualquer que elle seja; e assim ella tambem differe essencial e consideravelmente da que se dava entre Wisigodos, a cujas leis os Portuguezes nossos ascendentes foram sujeitos por algum tempo, porquanto entre elles a communhão legal era restricta aos bens, que os conjuges adquirião por seu trabalho, e industria durante o matrimonio, e não comprehendia os que cada um delles já tinha ao tempo do casamento, nem os que depois adquiria por titulo hereditario, ou por favor de fortuna; liv. 4, tit. 12, L. 16.

Cabe aqui notar de passagem, que alguns Politicos combatem a communhão universal como contraria ao bem publico, e á utilidade do commercio, e pensão que ao menos se deveria prohibir entre os commerciantes ricos. Valasc. *de partit.* cap. 5. n. 8, mostra em que ella differe do contracto de companhia, ou sociedade universal de todos os bens.

¹ Tambem não se dá communhão de bens por Direito Canonico: porquanto o Papa Urbano III não a estabeleceo geralmente no cap. 2, *de donat. inter. vir. et uxor.*, como alguns supõem. Rescrevendo ao Cabido da Igreja Lexoviense da Gallia, elle nada mais fez do que decidir a questão conforme as Leis publicas, que ahí dividião os bens entre os conjuges, como nota Gonzales no cit. cap. 2, n. 6.

2.º Que o matrimonio fosse celebrado por palavras de presente á porta da Igreja, ou fóra della com licença do Prelado; Ord. liv. 4, tit. 46, § 1. ¹

3.º Que fosse consummado por copula carnal (posterior); cit. Ord. tit. 46, § 1, ibi: — *havendo copula carnal* — tit. 48, § 9, ibi: — *antes do matrimonio ser entre elles por copula carnal consummado, como nas que depois de ser consummado forem feitas* —, e cit. tit. 95, in princ. ibi: — *tanto que o casamento he consummado por copula é a mulher feita meeira de todos os bens, que hão ambos, como dissemos no Titulo 46.* ²

¹ Para que se julgue serem os conjuges meeiros, quando casarão segundo o costume, não basta provar-se que se receberam por palavras de presente, e que houve entre elles copula carnal; mas principalmente é mister que se prove tambem que o recebimento teve logar á porta da Igreja, ou fóra della com licença do Prelado; cit. Ord. § 1, vers. — *E posto que.*

A razão dessa exigencia é que a simples prova das palavras de presente, sem se provar que os contrahentes as enunciarão á porta da Igreja perante o respectivo Paracho, ou outro Sacerdote com licença delle, ou fóra da Igreja com licença do Prelado, não pôde remover a suspeita de clandestinidade, nem constituir certeza da validade do matrimonio.

Sendo a Religião Catholica Apostolica Romana a Religião do Imperio, e permitindo o art. 5 da Constituição todas as outras Religiões com seu culto domestico, ou particular, em casas para isso destinadas sem forma alguma exterior de Templo, offerece-se aqui a duvida se ha communhão de bens entre os conjuges, que, por seguirem Religião diversa da Catholica Apostolica Romana, receberão-se no Imperio segundo os ritos da sua Religião, e consequentemente sem ser á porta de alguma das nossas Igrejas, nem fóra della com licença do respectivo Prelado.

A essa duvida respondemos que só ha communhão, se os conjuges expressamente a contrahirão; porque então, provada essa circumstancia, aproveitá-lhes o versiculo — *salvo* — do fim do principio da cit. Ord. liv. 4, tit. 46.

² As palavras das citadas Ordenações — *matrimonio por copula carnal consummado* — *casamento consummado per copula* —, combinadas com as que as precedem, e com as que se lhes seguem nos logares citados, dão claramente a entender que o Legislador falla da copula carnal posterior ao matrimonio *rato*, ou celebrado á porta da Igreja, ou fóra della por licença do Prelado. Por outro lado, como as palavras — *consummar* — *consummação* — *consummado* exprimão a idéa do ultimo dos actos, que uma obra qualquer requer para seu complemento, e perfeição; e como o matrimonio só principia a existir entre nós desde que os contrahentes ratificão o seu consentimento á porta da Igreja, ou fóra della por licença do Prelado; o que constitue o que se chama *matrimonio rato*; é evidente que não é possível, sem que se inverta inteiramente a significação das referidas palavras, que o coito illicito anterior ao matrimonio *rato* o possa consummar, isto é, possa dar-lhe a ultima demão necessaria para seu complemento, e perfeição; porquanto é manifesto, que, sendo anterior ao matrimonio, e como tal *illicito*, não pôde ser o ultimo acto na ordem dos que o constituem, e consummar.

A isso accresce, que todo o coito dos dois sexos fóra do matrimonio é illicito, e torpe; e assim, é absurdo considerar um tal coito como capaz de produzir o complemento, é perfeição de uma obra tão santa, como o matrimonio;

4.º Que na falta de prova das palavras de presente, se prove que os conjuges estiverão em casa teuda e manteuda, ou em casa de seu pai, ou em outra, em publica voz e fama de marido e mulher por tanto tempo, que segundo Direito baste para se presumir matrimonio entre elles. cit. Ord. tit. 46, § 2. ¹

§ 133. SE HA COMMUNHÃO LEGAL DE BENS NO MATRIMONIO PUTATIVO

Ainda que, para a existencia da communhão legal dos bens entre os conjuges, é mister que não houvesse entre elles parentesco, ou outro impedimento, pelo qual não podessem casar um com o outro (paragrapho antecedente); comtudo, como o matrimonio putativo é reputado legitimo e valido, emquanto dura a boa fé dos contrahentes, ou ao menos de um delles; isto é, emquanto elles, ou sómente um delles ignora a existencia do impedimento, que o faz nullo; e como em razão da mesma boa fé, opera os mesmos effeitos civis, que o matrimonio legitimo, e valido (§ 74); sem duvida a communhão legal dos bens, se não for expressamente excluida por pacto em contrario, existe durante esse intervallo.

Ella porém desaparece * com todos os mais effeitos do

absurdo, que avulta mais, quando se reflecte, que, admittido tal principio, não seria perfeito o matrimonio, que não tivesse sido precedido de illicito coito entre os conjuges. Dahi pois se segue que é inadmissivel a opinião daquelles, que pensão que a copula carnal anterior ao matrimonio é bastante para produzir o effeito civil da communhão dos bens entre os conjuges.

Sem duvida; os filhos naturaes do concubinario enfermo, que casa com a sua concubina, e que fallece antes de consummar com ella o matrimonio, succedem a seu pai, como se ao tempo do seu nascimento já o matrimonio tivesse sido celebrado; porque a Ord. liv. 2, tit. 35, § 12, vers. — *Porém* — lhe attribue esse effeito; porém elle não produz o effeito civil da communhão dos bens; porque esta regula-se pelas Ordenações acima citadas, e estas a negão no caso, em que o matrimonio não veio a ser consummado por copula carnal posterior; Lobão a Mello liv. 2, tit. 8, § 4, n. 6, pensa o contrario.

¹ Provada a presença dos contrahentes, e do Parocho, ou de outro Sacerdote com licença delle, á porta da Igreja, ou em casa particular por licença do Prelado; e provado tambem que depois disso elles estiverão em casa teuda e manteuda, ou em casa de seu pai, ou em outra, em publica voz e fama de marido e mulher por tanto tempo, que segundo Direito baste para se presumir matrimonio entre elles, isto basta para os constituir meeiros, postoque se nao provem as palavras de presente, nem a copula carnal. cit. Ord. tit. 46, § 2.

² Dissemos que a communhão desaparece desde que é descoberto o im-

matrimonio, que respeitão á sua propriedade intrinseca, desde que é descoberto o impedimento; porquanto a sentença, que o declara nullo, se retrotrahê ao dia, em que elle foi contrahido, no que respeita á sua essencia, ou propriedade intrinseca — *quoad matrimonii proprietatem, que respicit suum interesse intrinsecum*.

Não cessão porém com o descobrimento do impedimento dirimente os effeitos civis do matrimonio putativo, relativamente á legitimidade, e successibilidade dos filhos, nascidos, ou simplesmente gerados na constancia do matrimonio, é durante a boa fé dos pais, ou sómente de um delles; porquanto a consideração da mesma boa fé, e do favor, que taes filhos merecem, aconselha que se lhes mantenha a posse, em que estavam, a respeito da legitimidade da sua filiação, emquanto o impedimento foi ignorado; Hontalb. *de putativis spurietatib.* p. 1, n. 27, e p. 4, § 1, n. 43.

§ 134. NÃO HA COMMUNHÃO UNIVERSAL NO REGIMEN DOTAL.

Não ha, entre nós, communhão universal de bens entre os conjuges, quando entre elles outra cousa foi acordada, e contractada; porque então se deve guardar o que entre elles foi contractado; cit. Ord. liv. 4, tit. 46, pr.

No casamento por contracto de dote, ou de dote e arrhas, não ha portanto communhão :

1.º A respeito dos bens, que a esse tempo erão, ou passarão a ser do dominio particular de cada um dos conjuges, e lhe ficarão pertencendo como *proprios* ou *pessoaes*, por virtude do contracto dotal.

2.º A respeito dos bens adquiridos por cada um delles na constancia do matrimonio por algum titulo universal, ou particular, expressamente declarado, ou evidentemente comprehendido nas estipulações expressas no mesmo contracto dotal; porquanto, fóra do pacto tacito, pelo qual os

pedimento; quando porém assim nos exprimimos, referimos-nos aos bens, que cada um dos conjuges tinha ao tempo, em que se casarão, e áquelles, que depois adquirio por direito hereditario, ou por favor da fortuna; porque a respeito dos adquiridos na constancia do matrimonio á custa de trabalho, industria; e economia de ambos, intendemos que estes se devem dividir igualmente entre ambos; Almeida e Souza, liv. 2, tit. 8, § 5, n. 4, *in fin.*

conjuges são meeiros, a cit. Ord. só manda guardar o que entre as partes fôr acordado, e contractado; o que mais se confirma pela concordancia das disposições da Ord. do mesmo livro tit. 95, § 3, ibi: — *E o que dito e não haver d logar nos casamentos feitos por Cartas de arrhas, salvo em aquelles bens, em que per bem e virtude do contracto devem ser meeiros o marido e mulher* —, e liv. 5, tit. 6, § 20, ibi: — *haverá todo seu dote e suas arrhas... tudo que houwer de haver por bem do contracto dotal.*

Dahi se segue pois, que, se as partes não se explicarão no contracto dotal a respeito dos bens, que cada um delles viesse á adquirir durante o matrimonio por herança, e doação, ou favor da fortuna, de modo que dessem claramente a intender, que tambem foi sua intenção excluir a communhão de todos esses, ou de alguns delles; deve-se intender que elles só quizerão excluir a communhão dos chamados *dotaes* ou *dote* e *arrhas*, e dos demais que forão especificadamente declarados no contracto como ficando sendo do dominio exclusivo de cada um; Lobão a Mell. liv. 2, tit. 8, § 10, e Per. e Sous. not. 772 (§ 159).

Em todo o caso porém communicão-se não só os fructos, e rendimentos dos bens incommunicaveis, e os adquiridos com as economias desses rendimentos, mas tambem os adquiridos á custa do trabalho, occupação ou industria de cada um dos conjuges; Digest. Portug. 2, art. 210.

135. SE HA COMMUNHÃO NAS SEGUNDAS NUPCIAS.

Nas segundas nupcias contrahidas simplesmente, ou segundo o costume, tambem se communicão os bens entre os conjuges, ainda que um delles, ou ambos tenham filhos de seu primeiro matrimonio, os quaes devem entretanto contentar-se com a legitima de seu pai, ou mãe fallecida.

Exceptuão-se porém :

1.º Os bens, em que o binubo, pai, ou mãe, succedeo *ab intestato* antes, ou depois das segundas nupcias a seu filho, ou filha do primeiro matrimonio, e que o dito filho, ou filha houvera de seu pai, ou mãe, ou de seu avô, ou avó, se ainda restar algum outro filho, ou filha do mesmo leito; porque então a propriedade desses bens pertence ao filho, ou filha restante, e só compete ao binubo, pai, ou mãe, o

usufructo delles, emquanto viver : Ord. liv. 4, tit. 91, §§ 2 e 4, a qual firma a regra em contrario nos demais casos (§ 457).

2.º A respeito da viuva quinquagenaria, que tem filhos, ou outros descendentes, que por Direito lhe possam succeder, as duas terças partes dos bens, que tinha ao tempo, que concertou de se casar, e as duas terças partes dos que depois de casada houve por qualquer titulo de seus ascendentes, ou descendentes (§ 136); Ord. liv. 4, tit. 105. ¹

§ 136. SE HA COMMUNHÃO NO CASAMENTO DA VIUVA, E SOLTEIRA QUINQUAGENARIA.

Assim a viuva, como a solteira, que tem, ou excede a idade de cincoenta annos completos, e que não tendo filhos, nem outros descendentes, que por direito lhe possam succeder, taes como os filhos legitimos, ou naturaes, ou descendentes destes, passa ás primeiras, ou segundas nupcias por Carta de metade, ou segundo o costume, não differe, quanto á communicação dos bens, da solteira, ou viuva, que se casa, ou se torna a casar antes de ter cincoenta annos de idade completos.

No caso contrario, porém, isto é, no caso de terem filhos, ou outros descendentes, que por direito lhes possam succeder, taes como os filhos, ou legitimos, ou naturaes, e os descendentes de uns, e outros, nem a viuva, nem a solteira communica com o marido, nem póde alhear por qualquer titulo em sua vida, nem ao tempo da sua morte as duas terças partes dos bens, que tinha ao tempo que concertou de se casar, nem as duas terças partes dos que depois de casada houve, por qualquer titulo, de seus ascendentes, ou descendentes; Ord. liv. 4, tit. 105, combinado com o tit. 92, *eod.* ²

¹ A communhão dos bens nas segundas nupcias foi prohibida pela Lei de 9 de Setembro de 1769, §§ 27, 28, e 29, no caso de restarem filhos do primeiro matrimonio; o antigo Direito porém foi restaurado, e revogado o novo introduzido por essa Lei pelo Decreto de 17 de Julho de 1778.

² Estabelecemos a respeito da solteira quinquagenaria, que passa a primeiras nupcias, tendo filhos naturaes, ou descendentes, a mesma doutrina, que a respeito da viuva quinquagenaria, que, tendo filhos, passa a segundas nupcias; primeiramente, porque, ainda que o epigraphe da Ord. liv. 4, tit. 105 — *Das mulheres viuvias, que casão de cincoenta annos, tendo filhos* — não

Esta doutrina porém não é applicavel á mulher de cinquenta annos, ou dahi para cima, que, tendo filhos naturaes, se casa com o pai delles para o legitimar por virtude da santidade do matrimonio; Dig. Portug. liv. 2, art. 276.

§ 137. QUE BENS SE COMMUNICÃO ENTRE OS CONJUGES.

A communhão dos bens, entre nós, quando outra coisa não foi acordada, e contractada entre as partes, é universal; e consequentemente comprehende todos os bens susceptiveis de communicação (§§ 135, 136, e 138), que cada um dos conjuges tinha ao tempo do casamento, e todos os demais, que depois adquirio por justo titulo, qualquer que elle seja (§ 130, e sua not.); e isto sem embargo de qualquer differença de nobreza, ou riqueza, que se dê em um delles com relação ao outro, e ainda mesmo de idade (exceptuada somente a mulher quinquagenaria, que tiver algum descendente, que por direito lhe deva succeder; Ord. liv. 4. tit. 105); porquanto isso é o que a lei presume ser a intenção dos contrahentes, quando casão simplesmente segundo o costume; Valasc. *de partit.* cap. 5. ns. 9, e 14.¹

compreenda as solteiras, comtudo as comprehende a generalidade da significação das palavras do corpo della — *Quando alguma mulher casar... tendo filhos, ou outros descendentes, que por direito lhe possam succeder* —; e em segundo logar, porque os filhos naturaes succedem por direito ás mães, segundo a Ord. liv. 4, tits. 92, e 93, vers. — *E quanto* —: e assim, estão comprehendidos nas palavras da cit. Ord. liv. 4, tit. 105, — *filhos...* que por direito lhe possam succeder —: intelligencia, a que tambem se prestão as palavras antecedentes — *alguma mulher* —, as quaes não restringem necessariamente a significação da palavra — *filhos* — aos filhos legitimos. como a restringirião as palavras — *alguma mulher viuva*.

¹ O Sr. Almeida e Souza (Notas ao Sr. Mello Freire, liv. 2, tit. 8, § 6, a n. 7), seguindo Caldas Guerreiro, e outros, opina que se um menor rico fizer um casamento desigual, e principalmente se foi enganado, ou induzido pela esposa, ou pelo tutor, e casou sem auctoridade do Juiz, esse menor, tornado maior, pôde usar do remedio da restituição, que as Leis lhe concedem para ser corrigido o erro de não ter excluido a communhão; e accrescenta que a Ord. liv. 1, tit. 88, § 19, parece confirmar a sua conclusão nas palavras — *sem induzimento de pessoa alguma*.

Essa conclusão porém parece-nos insustentavel ante a Ordenação a que o Sr. Almeida e Souza se soccorre; porquanto no citado § 19, della, em que o legislador suppõe o caso de um orphão, que faz um casamento desigual sem induzimento de alguém, o legislador veda que se lhe entreguem os seus bens até chegar á idade de vinte annos, se casou sem auctoridade do Juiz de Orphãos; porém não lhe concede o remedio da restituição para variar para o facto exclusivo da communhão.

§ 138. DE CERTOS BENS, EM QUE NÃO HA COMMUNHÃO.

Ha certos bens, que por serem indivisiveis por força das leis, que os regem, ou por deverem andar integros e precipuos em certas e determinadas pessoas, são incommunicaveis entre os conjuges, e taes são :

I. Os morgados, bens da Corôa, e capellas familiares, ou administradas por individuos da familia dos instituidores. ¹

II. Os bens emphyteuticos, ou foreiros, tambem chamados *prazos*.

Exceptuão-se porém os seguintes :

1.º O prazo, que foi concedido, ou renovado a um dos

No § 20, em que suppõe o caso de um orphão, que faz um casamento desigual por engano, ou induzimento de terceira pessoa, impõe a esta a obrigação de lhe perfazer sobre a fazenda da pessoa, com quem elle casou, tanto quanto lhe de verá ser dado em casamento com essa pessoa : e no § 21, impõe ao tutor, que casa o seu tutelado sem auctoridade do Juiz de Orphaos, a obrigação de dar ao orphão outro tanto, quanto elle tiver.

Não resta portanto senão o engano, ou induzimento do outro conju ge em desvantagem do conju ge menor. O legislador não fallou deste caso, e a razão não pôde ser outra, senão porque, por uma parte, havendo o conju ge culpado communicado com o lesado todos os seus bens por virtude do casamento, era inexequível a seu respeito a pena imposta ao terceiro, que é auctor de um tal engano; e porque, por outra parte, não quiz o legislador conceder o remedio da restituição contra o engano de não ter o menor pactuado a exclusão da communhão, unico recurso que em tal caso restava ; porque entendeo que não devia auctorisar em caso algum o perigoso principio de variarem os conjuges, na constancia do matrimonio, do pacto tacito, por que são meeiros, para outro pacto expresso contrario a elle ; principio, que o Sr. Almeida e Souza admite a n. 4, Secç. 1ª do tit. 10, § 4, e que outros rejeitão, a nosso ver, com muito mais bem fundada razão. E foi tambem por cada uma dessas duas razões, se não nos enganámos, que o legislador não fallou, nem providenciou no § 20, ácerca do caso de não ter o terceiro, que induzio o orphão, bens alguns para realisar o perfazimento ordenado.

Portanto concluímos, que ao conju ge menor mais rico não compete em caso algum o remedio da restituição contra o pacto tacito, por que ambos são meeiros, assim como não lhe compete contra os pactos antenupciaes ; Cod. Civ. Fr. art. 1309, Guerreir. tract. 3, liv. 5, cap. 11, n. 237, Stryk. de *success. abintest.* Dissert. 8, cap. 15, § 13, Peg. Tom. 7, á Ord. liv. 1, tit. 88, § 19, n. 12, e tom. 2, for. cap. 36, n. 4, onde diz o ter visto assim julgado muitas vezes. (§ 234, n. 7.)

¹ A lei de 6 de Outubro de 1835, prohibio o estabelecimento de novos morgados e capellas administradas por individuos das familias dos instituidores, e todos e quaesquer outros vinculos de igual natureza : e, conservando aos existentes durante a vida dos actuaes administradores a sua natureza de inalienaveis, mandou que por morte dos mesmos actuaes administradores ficassem desvinculados, e passassem aos herdeiros delles segundo as leis, que regulão a successão legitima.

conjuges, antes de casar, para si e para a pessoa, com quem casasse.

2.º O prazo, que na constancia do matrimonio foi concedido gratuitamente a um dos conjuges para si e para o outro, e um filho, que nascesse d'entre ambos, ou o que o derradeiro delles nomeasse; porquanto em cada um destes casos (uma vez que no primeiro se tenha verificado o casamento) os conjuges tornão-se meeiros no prazo por effeito da mesma invistidura, para o fim de que por morte de um delles o prazo passe precipuo para o que lhe sobreviver; Ord. liv. 4, tit. 37, § 6, e tit 95, § 1, *ibi—ou de emprazamento, em que a mulher não fosse nomeada.* ¹

Comtudo, se os prazos, em regra, não se communicão entre os conjuges meeiros, communica-se o seu preço, ou a sua estimação, ou valor, nos seguintes casos:

1.º No prazo perpetuo comprado pelo marido, ou mulher, ou por ambos depois de casados; Ord. liv. 4, tit. 96, § 24, *ibi—E quando o marido, ou mulher, ou cada um delles, sendo já casados por Cartá de melade, tomarem algum aforamento em perpetuo..... e por morte de cada um delles se partirá por estimação entre o que vivo ficar, e os herdeiros do que fallecer.*

2.º No prazo perpetuo, que um dos conjuges houve antes de casar, se no contracto de aforamento é conteúdo que é dado para elle e seus herdeiros e successores, ou que é dado

¹ Os bens de prazos de vidas, em regra, não se communicão nem em especie, porque são indivisiveis, para não se confundir o foro (Ord. liv. 4, tit. 36, § 1), nem na estimação, porque, segundo o espirito das leis antigas, e a opinião dos Praxistas, não constituem verdadeira propriedade dos fofeiros; e porque, lindas as vidas, extinguem-se por força da sua mesma natureza; e são antes um beneficio concedido pelo senhorio, que se não estende se não áquelles, que elle designou mediata, ou immediatamente.

Porém se o prazo foi comprado na constancia do matrimonio por ambos, ou por um só dos conjuges meeiros, o seu preço, ou estimação, conta-se entre os *adquiridos*, e communica-se: não assim, se foi comprado antes do matrimonio.

A razão da differença procede de que, no primeiro caso o preço já era commum, e seria injustiça apropriar-se o conjuge comprador da parte do outro sem o indemnisar. no segundo caso porém, o preço da compra do prazo era somente do conjuge, que o comprou antes de casar, e portanto a communicação desse prazo não pôde offender direitos, que então não existião; Lobão á Mello liv. 2, tit. 8, § 13, n. 8. Pela mesma razão não se communica o prazo adquirido por um dos conjuges, por successão, ou outro titulo gratuito, quer antes, quer durante matrimonio, como é opinião dos Praxistas, ainda que combatida por Lobão cit. ns. 9; e 10.

para elle e seus herdeiros, ou successores; cit. Ord. § 24, vers.—E se antes—, combinado com o vers. seguinte— Porém.

3.º No prazo de vidas comprado pelo marido e mulher meeiros, ou por cada um delles para si e certas pessoas, a que por nomeação deva vir; Ord. liv. 4, tit. 95, § 1, vers. —salvo—, e tit. 97, § 24.

Communicão-se tambem as bemfeitorias feitas em taes prazos durante o matrimonio, qualquer que seja o titulo, por que o marido, ou a mulher os houvesse; cit. Ord. tit. 95, § 1, vers. —salvo—, e tit. 97, § 24, vers.—E bem assi.

§ 139. DE OUTROS BENS INCOMMUNICAVEIS POR VARIAS CAUSAS.

Tambem não se communicão entre os conjuges, no casamento segundo o costume, ou por Carta de metade, os seguintes bens :

1.º Por disposição de lei, os bens, que ao binubo, pai, ou mãe, tocarão pela morte de filho do primeiro matrimonio fallecido *ab intestato*, e que este herdará de algum seu ascendente, no caso de haver mais filhos irmãos germanos do defunto; Ord. liv. 4, tit. 91, §§ 2, 3 e 4 (§ 135).

2.º Por identidade de razão, os bens, que ao binubo, pai, ou mãe, tocarão pela morte de filho do segundo matrimonio fallecido *ab intestato*, e que este herdará de algum outro seu ascendente, no caso de existirem mais filhos irmãos germanos do defunto.

3.º As duas terças partes dos bens, que tinha a mulher quinquagenaria ao tempo que concertou de se casar, e as duas terças partes dos que houve depois por qualquer titulo de seus ascendentes, ou descendentes, se tinha filhos, ou outros descendentes, que por direito lhe podessem succeder; Ord. liv. 4, tit. 105 (§ 135).

4.º Em virtude da condição, os bens doados, ou deixados a cada um dos conjuges com a condição de se não communicarem, ou com a condição de reversão no caso de não haver filhos, se este caso se verificou; Lobão, log. cit. ns. 23 e 24.

5.º O fideicommisso deixado a um dos conjuges, mas não

recebido durante o matrimonio, por viver o fiduciario; Lobão, log. cit. n. 22 (§§ 411 e 412).

6.º Pela renuncia presumida, as joias esponsalicias dadas pelo esposo antes do casamento; Voët. liv. 23, tit. 23, n. 78.

7.º Pela necessidade, e sua pequena importancia, os vestidos do uso, e cama de cada um; Guerreir. tr. 2, liv. 1, cap. 10, n. 104. ¹

§ 140. SE CESSA A COMMUNHÃO PELA SEPARAÇÃO.

Se por sentença do Juizo Ecclesiastico os conjuges são separados perpetuamente *quoad torum et habitationem*, e elles dividem entre si por inventario, e partilha judicial, de que ambos são contentes, os bens do seu casal (muitos, ou poucos); desde esse momento cessa entre elles a communhão.

Ella porém revive, se algum dia tornarem a unir-se, e a viver na mesma casa como marido e mulher; Cabed. p. 2, arest. 59, Guerreir. tract. 2, liv. 6, cap. 1, ns. 140 e 141, e cap. 8, n. 40. Digest. Portug. liv. 2, art. 328, e Almeid. e Souz. liv. 2, tit. 8, § 7.

Não cessa porém pela separação temporaria dos conjuges decretada por sentença do Juizo Ecclesiastico (porque neste caso o marido deve prestar alimentos á mulher, segundo a sua qualidade, e quantidade dos rendimentos dos bens do casal), e menos por separação por auctoridade propria dos mesmos conjuges, ou deserção de um delles do toro conjugal; porque isso repugna com a honestidade e moralidade publica, e porque não está, nem convém que esteja no poder dos conjuges alterar por sua propria auctoridade os

¹ A propriedade da herança, e legado deixado a um dos conjuges com reserva de usufructo para terceiro, é logo adquirida desde a morte do testador (Arg. da Ord. liv. 4, tit. 37, §§ 1 e 2); e portanto a sua communicação com o outro conjuje se effectua nesse mesmo momento, e consequentemente o dominio é logo traspassado nellé, embora depois o conjuje acquirente venha a fallecer antes do usufructuario.

O mesmo se verefica na doação, *inter vivos*, ainda que o doador reserve para si o usufructo (cit. Ord. § 1. Da mesma sorte se communica o valor da acção real, ou pessoal sobre os bens communs, intentada antes, ou durante o matrimonio, ainda que só se vença depois da dissolução delle. Não porém assim, quando só havia esperanças, mas não direito effectivo, como, v. g., no conjuje, que esperava herdar de seus pais, e que morreo primeiro; Lobão, log. cit. n. 2 e seguintes.

effeitos juridicos, que as leis têm ligado com o matrimonio; sendo tambem essa a razão, por que não podem variar do pacto, porque são meeiros, para outro expresso, em sentido contrario, e *vice versa* (§ 137, not. e § 153).

Esta é a doutrina, que tem prevalecido no nosso fôro, apezar de ter tambem por si grande numero de Doutores a opinião, que só admite cessação da communhão por morte de um dos conjuges.

§ 141. AS DIVIDAS ANTERIORES AO CASAMENTO NÃO SE COMMUNICÃO.

Em regra, as dividas anteriores ao casamento contrahidas por cada um dos conjuges não se communicão entre ambos; Ord. liv. 4, tit. 95, § 4. ¹ Nessa regra comprehendem-se todas as dividas, que procederão de facto anterior, embora a obrigação só se tornasse effectiva depois do casamento, como v. g., a multa imposta depois do casamento por delicto anterior a elle, ou o dote promettido a filhos do primeiro matrimonio; Lobão log. cit. ns. 16 e 19.

Se taes dividas pois são demandadas na constancia do matrimonio, os credores só podem penhorar os bens, com que entrou para o casal o conjuge devedor, ou a sua metade dos adquiridos; cit. Ord. § 4; porquanto o outro conjuge não é a ellas obrigado, nem ainda depois da dissolução do matrimonio. Exceptua-se porém nos seguintes casos:

1.º Se forão contrahidas em proveito do matrimonio,

¹ Para evitar a cada um dos conjuges o prejuizo, que lhe resultaria das dividas contrahidas pelo outro anteriormente ao casamento, quando este não tivesse entrado com bens para o casal, ou aquelles, com que tivesse entrado, estivessem demasiadamente onerados, talvez sem o outro o saber, e assim não visse os seus proprios bens consumidos pelos credores do conjuge devedor; o § 4 da cit. Ord. declara que nenhum dos conjuges será obrigado ás dividas, que o outro tinha ao tempo que casarão.

Porém, se por esse lado, o legislador seguiu os legitimos interesses do conjuge, não-devedor, tambem, por outro lado, deixou o campo aberto á fraude; porquanto não estabeleceu providencia nenhuma tendente a impedir, que o conjuge devedor não se conluiasse com o outro, para não pagar aos seus credores. Se o legislador só tivesse concedido o mencionado favor no caso, que os conjuges tivessem declarado especificadamente em escriptura publica anterior ao casamento os bens, que cada uma levaria para o casal, como se pratica pela legislação franceza (Cod. Civ. art. 1510), teria removido o referido inconveniente

como, v. g., as despesas da dispensa; *Mor. de exec.* liv. 6, cap. 8, n. 51.

2.º Se o outro conjuge teve proveito na divida, ou reconheceu a obrigação.

3.º Se voluntariamente consentio em pagal-a.

4.º Em desconto da vantagem, que indevidamente obteve na partilha, onde estas dividas não forão deduzidas; *Mor. log. cit.* n. 66. A mesma regra, e excepções têm logar no casamento por dote e arrhas.

§ 142. AS DIVIDAS POSTERIORES AO CASAMENTO COMMUNICÃO-SE.

As dividas contrahidas na constancia do matrimonio, ou o fossem por ambos os conjuges conjunctamente, ou só pelo marido, ou mesmo só pela mulher, por mandato ou consentimento do marido, communicão-se entre ambos, e por isso devem ser pagas pela massa dos bens communs; e no casamento por dote e arrhas, pelos bens adquiridos pelo trabalho e industria de ambos os conjuges durante o matrimonio, e pelos rendimentos dos bens proprios de um e outro; e na falta, ou insufficiencia desses dois meios, á custa dos bens proprios do marido, ficando sempre salvo o dote da mulher; visto que para segurança d'elle a mulher tem hypotheca tacita em todos os bens do marido com preferencia a todos os credores, de qualquer qualidade que sejam, exceptuados sómente os que tiverem hypotheca anterior (§ 75 e not.); *Alv. de 17 de Agosto de 1761, § 7, e Lei de 20 de Junho, de 1774 § 40.* ¹

¹ Exceptuão-se porém, em todos os casos: 1.º, as dividas provenientes de fianças do marido sem expresso consentimento da mulher em negocios, donde nenhum proveito podia vir ao casal; *Ord.* liv. 4, tit. 60; menos porém na parte, que respeita aos bens moveis do casal, no caso em que o marido ficou por fiador de outra pessoa em negocio de rendas publicas; *cit. Ord.*; 2.º, as dividas provenientes de condemnações pecuniarias, por causa de delicto, taes como multas, satisfação do damno causado, e em o mesmo delicto, gastos de livramento crime, etc.; se o outro conjuge não participou do delicto, ou do proveito d'elle; *Mor. de exec.* liv. 6, cap. 8, n. 61, *Cod. da Pr.* p. 2, tit. 1, arts. 385 e 390, e *Cod. Civ. Fr.* art. 424; 3.º, as dividas contrahidas pelo marido para actos damnosos á familia, como jogo, mercetrizes, etc.; *Mor. supr.* n. 64, *Lobão log. cit.* n. 56; porquanto em cada um desses casos sómente são sujeitos a taes dividas, ainda que contrahidas na constancia do matrimonio, os bens do conjuge, que as contrahio.

Na falta porém de bens próprios do marido os bens doaes são sujeitos ás dividas contrahidas durante o matrimonio para alimentos da familia; L. 13, § 1, D. *de jur. dot.*, L. 21, D. *solut. matr.*, Lobão, log. cit. § 14, n. 37, Cod. Civ. Fr. art. 1538 (§ 156, nota n. 1).

§ 143. O DELICTO DE UM DOS CONJUGES NÃO AFFECTA CIVILMENTE OS BENS DO OUTRO.

Assim como os bens pertencentes a um dos conjuges por virtude do contracto dotal, ou de Carta de metade, em caso nenhum erão sujeitos á confiscação, em que incorria o outro, que era convencido de crime, em que essa pena tinha logar (Ord. liv. 4, tit. 44, § ult., liv. 5, tit. 6, § 20 e tit. 126, § 11); assim tambem em caso nenhum são sujeitos ao pagamento de multas, custas, e satisfação de damno causado por delicto de um dos conjuges, os bens próprios do outro, ou a sua meação; salvo se participou do delicto, ou do proveito delle (§ 142, nota), ou se para eximir o seu consorte da pena de prisão, a que é sujeito na falta de bens para pagamento das multas, e satisfação do offendido, voluntariamente sujeitar os seus próprios bens. (§ 174, not. n. 1.º, e § 185 n.º 6.

§ 144. DA POSSE DA MULHER POR MORTE DO MARIDO.

São varios os effeitos, que resultão da communhão dos bens, e o principal é, que a mulher, ainda que verdadeiramente não possua em vida do marido, comtudo, se com elle vivia, como mulher com seu marido, ao tempo do fallecimento delle, fica em posse e cabeça de casal, assim a respeito de todos os bens, em que ella é meeira, como dos prazos pertencentes ao marido, em cujas bemfeitorias seja meeira, ou que o marido lhe tivesse obrigado com auctoridade e consentimento do senhorio; até que finalmente dê partilha aos herdeiros do defunto, que lh'a devem pedir de fóra, sem a perturbarem em sua posse; entretanto que, para o mesmo fim, o marido, por morte da mulher, continúa a posse velha, que antes tinha; Ord. liv. 4, tit. 95, pr. § 1. e tit. 93, §§ 15 e 24.

Não compete porém á mulher tal favor no regimen dotal, salvo a respeito daquelles bens, que por bem do contracto

são communs de ambos, ou que lhe forão obrigados pelo marido ; cit. Ord. § 3.

§ 145. DE OUTROS EFEITOS DA COMMUNHÃO. I. EMQUANTO AOS BENS IMMOVEIS.

I. É outro effeito da communhão, que nenhum dos conjuges póde, sem procuração ou expresso consentimento do outro, alienar bens de raiz, ainda que o outro, ou ambos só tenham nelles o usufructo, e quér sejam casados por Carta de metade, quér por dote e arrhas ; Ord. liv. 4, tit. 48, pr. (§ 125).

Dessa regra geral deduzem-se os seguintes corollarios :

1.º Que são nullas as doações, vendas, permutas, e qualquer outra especie de alienação de bens de raiz feita pelo marido, sem expresso consentimento da mulher, ou *vice-versa* ; e que póde a mulher revogal-a, e reivindicar os bens alienados, havendo para isso auctoridade de seu marido, ou sendo-lhe supprida pelo Juizo no caso de injusta denegação ; cit. Ord. § 2, e Lei de 22 de Setembro de 1828, art. 2, § 1, (§§ 126 e 127, n.º 6) ; o marido porém não póde reivindicar os bens que assim alienou, nem os seus herdeiros, sem expresso consentimento da mulher, ou dos herdeiros desta ; cit. Ord. § 3 ; sendo que nisso mesmo a citada Ordenação é derogatoria do Direito Romano, que expressamente o prohibe.

2.º Que não póde o marido demandar, nem ser demandado em Juizo sobre o dominio, ou posse de taes bens sem procuração, ou citação da mulher, e *vice-versa* ; o que é extensivo ás rendas, pensões, tenças, e fóros, que á alguns dos conjuges forem devidos perpetuamente, ou por vidas, ou a tempo certo de dez ou mais annos, e mesmo aos bens em que o marido, ou a mulher tenha sómente o usufructo ; Ord. liv. 3, tit. 47, pr.

3.º Que até mesmo para a alienação necessaria, ou venda judicial de taes bens, é essencial a citação da mulher, além da do marido ; Ord. liv. 2, tit. 53, § 1, vers. — *e nos bens de raiz* —, e liv. 3, tit. 86, §§ 27, e 28 *in fin.*

4.º Que é necessaria a citação de ambos os conjuges para o seguimento da appellação interposta da sentença dada no litigio sobre o dominio, ou posse dos referidos bens ; Ord. 1, tit. 79, § 22, e liv. 3, tit. 70, § 4.

5.º Que o marido, que fica por fiador de alguma pessoa sem expressa outorga de sua mulher, em caso nenhum obriga a metade dos bens de raiz, que a ella pertence ; Ord. liv. 4, tit. 60.

§ 146. II. EMQUANTO AOS BENS MOVEIS.

II. Quanto aos bens moveis, o marido póde alienar-os sem expresso consentimento da mulher (§ 125). Ella porém póde sem dependencia de auctoridade do marido, reivindicar para si as doações, e vendas de cousa movel, ou de raiz, que elle fez á sua concubina, ou á qualquer outra mulher, com quem elle tivesse carnal affeição, ou que ella lhe furtasse ; Ord. liv. 4, tit. 66.

Tambem póde exigir, quando o matrimonio for entre elles separado, em vida, ou por morte do marido, que se impute no quinhão deste, ou de seus herdeiros, as doações de bens moveis, ou dinheiro, feitas por elle á quaesquer outras pessoas sem seu consentimento, salvo, sendo remuneratorias, ou de esmola, e modicas ; Ord. liv. 4, tit. 64 (§ 127, n. 7).

Pelo contrario, a mulher, porque está sob o poder do marido, não póde alienar bem algum, ainda que movel, sem mandato, ou consentimento de seu marido ; cit. Ord. liv. 4, tit. 66, verb. — *em poder do marido*.

§ 147. QUANDO É A MULHER OBRIGADA POR CONTRACTO DO MARIDO.

É tambem um dos effeitos da communhão, e principalmente da administração, que por direito pertence ao marido (§ 124), que a mulher é obrigada por todos os contractos feitos pelo marido sem seu expresso consentimento, *que forem susceptiveis de ganho, e perda*, e cujo fim directo e principal não seja a alienação, nem sujeição de bens immoveis á hypotheca ; porquanto, como ella participa do ganho, que o marido colhe de taes contractos, como acontece ordinariamente, justo é que tambem participe da perda, quando a houver (§ 142 e sua nota) : ella tambem não é obrigada pelo contracto do marido, que só lhe póde trazer perda.

Assim, se o marido compra á credito para revender uma certa quantidade de gado, e depois por um successo fortuito lhe morre grande parte delle ; o preço da compra do

gado ha de sahir dos bens communs, ainda que para isso seja mister vender-se um bem de raiz; porquanto o dito contracto podia trazer proveito ao casal.¹

Pelo contrario, a doação de moveis, ou dinheiro, feita pelo marido, sem consentimento da mulher, a quem não tinha feito serviços uteis ao casal, que a merecessem como sua justa remuneração, não obriga a mulher, embora por deferencia á auctoridade do marido que lhe fique reservado o direito de reclamar contra ella para quando o matrimonio for apartado entre elles; Ord. liv. 4, tit, 64 (§ 127, n. 7).

Todavia, por excepção á proposição restrictiva ácima expressa — *que forem susceptiveis de ganho, e perda* —, a Ord. liv. 4, tit. 60, vers. — *E isto queremcs* — determinou por favor ao Fisco (hoje Fazenda Nacional), que a mulher ficasse obrigada, se não em geral, ao menos a respeito dos bens moveis, pela fiança do marido em favor de um terceiro em negocio de rendas publicas (§ 142, nota, n. 1, ibi — *menos porém*).

TITULO IX.

Do direito dos dotes.

§ 148. NOÇÃO DE DOTE E BENS DOTAES.

Entre os pactos accrescentados ao contracto matrimonial o dote fórma um regimen especial opposto ao da communhão, senão no todo, entre nós, ao menos quanto aos bens comprehendidos no mesmo dote. Esta palavra toma-se em duas accepções.

Na primeira, em sentido lato e vulgar, significa toda a doação, que os pais, ou outrem fazem a um dos esposos por occasião do seu casamento, ou os mesmos

¹ Foi sob o fundamento do presumido proveito do casal, que a Ord. liv. 4, tit. 60, determinou, que, se o marido tomasse para si rendas publicas, ou particulares, e desse a fiança seus bens sem outorga da mulher, todos os bens do marido e mulher, assim moveis, como de raiz, seriam obrigados aos taes arrendamentos, salvo se no contracto dotal, quando casarem for a do costume do Reino, outra cousa foi contractada.

bens, com que cada um destes declara entrar para o casal, com reserva da propriedade para si só.

Na segunda, em sentido restricto e juridico, chama-se *dote* aquelles bens, que a esposa, seus pais, ou outrem por conta della, dão ao esposo para ajuda da sustentação dos encargos do matrimonio, e manutenção da mesma esposa no estado vidual, no caso que o marido venha a fallecer antes della, com a clausula expressa de se não communicarem, e de se regularem pelas leis dos dotes. É neste sentido que aqui o empregamos, ainda que alguma vez tomemos tambem por *dote* o mesmo *contracto dotal*.

Os bens assim sujeitos ao nexu, ou direito dos dotes chamão-se *dotaes*: os outros, com que a mulher casada por dote entra para o casal, chamão-se *paraphernae* ou *extradotaes*; Mell. liv. 2, tit. 9, § 2, Lobão ao mesmo, liv. 2, tit. 8, § 8, ns. 4, e 5.¹

§ 149. DA CONSTITUIÇÃO DO DOTE: I. EMQUANTO ÀS SOLEMNIDADES.

I. O *contracto dotal* deve ser celebrado com as mesmas solemnidades, que acima ficão indicadas (§§ 57 e 58) para o *contracto sponsalicio*, devendo intervir na celebração d'elle, além dos esposos, e seus pais, ou tutores, se elles forem menores, os que constituirem o dote; Lob. a Mell. liv. 2, tit. 8, § 8, n. 3 (§§ 153 e 156).

Ainda que elle deva ser anterior ao matrimonio, nada obsta a que ainda depois os conjuges possam receber legados, heranças testamentarias, ou doações com a condição de seguirem a natureza de bens dotaes, expressa ou na escriptura do dote, ou no testamento em que é deixado legado, herança, ou doação; Ord. liv. 4, tit. 46, pr., e L. 48, § 1, D. *de jur. dot.*; porquanto quem dá, quem lega, e quem institue, póde dar, legar, e insti-

¹ Na nossa legislação somente se encontrão algumas poucas disposições dispersas sobre a vasta materia dos dotes, e por isso deve-se recorrer aos titulos *de jur. dot.*, assim do Dig., como do Cod., no maior numero dos casos. Algumas vezes o esposo dota a esposa (Ord. liv. 4, tit. 47) isso porém é uma verdadeira doação, por cujas leis se deve regular.

tuir com as condições que lhe approuver, uma vez que sejam licitas e possíveis; e nesse sentido bem pôde qualquer beneficiar o marido com exclusão da mulher e *vice versa*.

§ 150. II. EMQUANTO AO MODO.

II. O dote pôde ser constituído *estimado*, ou *inestimado*. Diz-se *estimado* quando se declara na mesma escriptura, não só os bens em que elle é constituído, mas também o seu valor em dinheiro.

Se a estimação tem por fim determinar o valor, que o marido deve restituir no caso de se desencaminharem os bens, diz-se *importar venda*: quando porém só tem por fim melhor clareza e descripção, então não importa venda. No caso de duvida, a estimação dos bens moveis presume-se importar venda; a dos de raiz não. Cod. Civil Fr. arts. 1551 e 1552.

§ 151. DO OBJECTO DO DOTE.

Podem ser objecto do dote.

1.º Todos os bens, moveis e immoveis, creditos, direitos, acções, juros, tenças, usufructo, e em geral todas as cousas, de que o marido pôde tirar utilidade, ainda que sejam litigiosas; Ord. liv. 4, tit. 10. § 11, L. ult. § 1 *in fin.* Cod. de litig.

2.º Os prazos, sendo primeiro avisado o senhorio; Ord. liv. 4, tit. 38, pr.

3.º Os bens vinculados, fideicommissos, prazos de geração, e outros, que tem successor especial, se á isso não se oppoz a lei de sua instituição, ou se o dotado fôr o mesmo, que nelles devia succeder; os rendimentos porém durante a vida do dotador podem ser dados em dote á qualquer; Carv. de testam. p. 2, n. 326.

§ 152. DA QUANTIDADE, OU VALOR DO DOTE.

A quantidade, ou valor do dote constituído por pessoa que não seja ascendente do dotado, é indefinido entre nós;

o valor porém do que é constituído por pai ou mãe, avô, ou avó, ou por ambos conjunctamente, não póde exceder a legitima do dotado, e mais a terça do pai, ou mãe, avô, ou avó, ou de ambos, se ambos lh'o fizerão; Ord. liv. 4, tit. 97, § 3, (§ 470 e § 471, not.). A razão dessa limitação é que sem ella os pais e avós poderião favorecer á uma filha, ou netta predilecta á custa da diminuição das legitimas dos seus outros filhos, ou nettos.

§ 153. DO MODO DE PROVAR O DOTE.

O dote, considerado como pacto, deve preceder á celebração, e consummação do matrimonio (§§ 148, e 149); porquanto uma vez celebrado o matrimonio com todas as solemnidades legais, e consummado por copula carnal, os bens de cada um dos conjuges ficão sendo communs entre ambos, se outra cousa não foi antes disso expressamente contractada entre elles (Ord. liv. 4, tit. 46, pr., e § 1); e não podem mais os conjuges variar para o contracto dotal (§ 140, *in fin.*) pela mesma razão por que não podem, segundo a Ord. liv. 4, tit. 65, pr., e § 1, fazer um ao outro doação, que valida seja em vida do que a faz.

Dahi se segue, que, enquanto não se provar o dote, os bens reputão-se communs. Prova-se por meio de escriptura publica (Ord. liv. 3, tit. 25, § 5); salvo sendo constituído por parente, ou por outra pessoa, a cuja escriptura se dê tanta fé, como ás escripturas publicas; Ord. liv. 3, tit. 59, §§ 11, 12, e 15, (§ 156). Póde-se porém provar por testemunhas a tradição do dote, uma vez provado por algum desses dois modos que elle foi promettido.

§ 154. DA DIVISÃO DO DOTE EM PROFECTICIO, E ADVENTICIO.

Chama-se *profecticio* o dote constituído pelo pai, ou pelo avô, ou avó do lado paterno, e *adventicio* o que é constituído pela mãe, ou pelo avô ou pela avó do lado materno, ou por estranho; L. 5. pr., e §§ 9 e 11, D. *de jur. dot.*

Esta divisão porém nenhuma utilidade tem entre nós relativamente ao fim; para que o Direito Romano a inventou: porquanto pelo Direito Patrio o dote profecticio, dissolvido o matrimonio por morte do marido, não reverte

para o pai dotador, como succede por Direito Romano (L. 6, D. *de jur. dot.*), mas pertence á dotada, e por morte della a seus descendentes, se os tem; e o mesmo se verifica a respeito do dote constituido pela mãe.

Quanto porém ao dote constituido por estranho, e ao dote constituido pelo pai, ou mãe na sua terça, no § 177, e sua nota veremos a quem elle pertence no caso, em que a dotada fallece sem descendentes.

§ 155. INSINUAÇÃO DO DOTE.

Como todas as doações, que excederem as quantias determinadas pela Ord. liv. 4, tit. 62, Man. tit. 34, e Affons. tit. 68, *eod.*, e triplicadas pelo Alv. de 16 de Setembro de 1814, devão ser insinuadas sob pena de nullidade quanto ao excesso; e como, por outro lado, a Lei de 25 de Janeiro de 1775, depois de referir as excepções, que o Imperador Justiniano estabelecêra á regra geral da insinuação das doações, estabelecida pelos Imperadores Constantino, e Theodosio, unicamente exceptuou as *doações regias* (comprehendidas no numero das excepções de Justiniano juntamente com as *doações por causa de dote*). mandando que essa unica excepção se houvesse por compilada na citada Ord. liv. 4, tit. 62, na qual fôra cavilosamente omittida pelos Compiladores; está fóra de toda a duvida, que, exceptuadas as doações regias, todas as demais, comprehendidos os dotes, quér profecticios, quér adventicios, e comprehendido mesmo o dote feito em prazo sem reserva do usufructo durante a vida dos pais dotantes (Assent. de 21 de Julho de 1797), devem ser insinuadas, sob pena de não valerem senão até as quantias acima indicadas. ¹

¹ Entende-se por *insinuação* o mesmo que *confirmação*, ou *approvação*; e esta é precedida de summaria inquirição tendente a verificar se a doação, ou dote foi feito por induzimento, arte, engano, medo, ou conluio, e se o que fez é contente que seja confirmado; cit. Ord. tit. 62, § 1.

Provado pela dita inquirição, e respostas do doador ás perguntas, que o Juiz lhe deve fazer debaixo de juramento, que o dote, ou doação foi feita bem, e como devia ser, e que aquelle, que a fez, era contente que fosse confirmada, expedia-se carta de confirmação pelo Desembargo do Paço; Ord. cit. tit. 62, § 1, e Regim. do Desembargo do Paço § 110: e devia pedir-se, quanto ás que erão feitas em Portugal, dentro de quatro mezes, e quanto ás que erão feitas no Brasil, dentro de um anno; cit. Lei de 25 de Janeiro de 1775.

§ 156. CONTINUAÇÃO DA MATERIA DO PARAGRAPHO ANTECEDENTE.

Quando o dote é constituído por pai, ou mãe, avô, ou avó, ou por ambos juntamente, sem declaração de que doção á conta de suas terças, entende-se que doção á conta da legitima da dotada; e neste caso tem-se entendido, sob o fundamento do Assent. de 21 de Julho de 1797, que não ha necessidade nem de escriptura publica, á vista da Ord. liv. 3, tit. 59, § 11, nem mesmo de insinuação, salvo se o dote é feito em prazo, e o usufructo deste é logo transferido ao dotado, ou dotada. Assim o ensinão, além de outros, Corrêa Telles no seu *Dig. Portug.* liv. 2, art. 88, e assim se tem visto constantemente julgado nos Juizos de Primeira e Segunda Instancia, e Supremo Tribunal de Justiça, podendo-se citar por exemplo o Accordão da Relação desta Provincia proferido, entre partes litigantes Francisco Gonçalves da Rocha e seu genro Zeferino da Cunha Bastos, aos 29 de Maio de 1838, o qual afinal passou em cousa julgada, por ter o Supremo Tribunal de Justiça, por Accordão de 17 de Setembro do mesmo anno, negado a revista pedida. ¹

Entre nós pertencem hoje as insinuações aos Juizes de Primeira Instancia e devem ser pedidas e averbadas no livro competente dentro de dois mezes^s depois da data das escripturas; Lei de 22 de Setembro de 1828, art. 2, §. 1; e as ditas escripturas devem pagar o sello proporcional dentro do prazo marcado pelo Governo na forma do art. 14 da Lei n. 317 de 21 de Outubro de 1843, sob pena de não serem attendidas em Juizo, salvo, sendo revalidadas, pagando em vez do sello vinte por cento do respectivo valor. (Mell. cit. liv. 2, tit. 9, § 20, e not.)

¹ Segundo o nosso humilde entender, a referida pratica forense tem contra si as palavras — *e quantias declaradas pela sobredita Ord. liv. 4, tit. 62* — que se lêem no citado Assento em seguimento destas — *para no excesso das legitimas, etc.*, — e que estão subordinadas como estas, á decisão ahi expressa.

E mais nos detem nessa intelligencia a persuasão de que das palavras do principio do mesmo Assento — *e que se hão de verificar nas terças dos mesmos pais, na maneira disposta pela mesma Ord. no fim dos §§ 3 e 4* — não se pôde concluir que elle falle e decida somente, como se suppõe, a respeito dos dotes, que os pais fazem a seus filhos á conta de suas terças; porquanto nas terças se hão de verificar tambem, na maneira disposta pela citada Ord. no fim dos referidos §§ 3 e 4, os dotes profecticios feitos á conta das legitimas, quando as excedem, e os filhos dotados, contentes com elles, não querem entrar á herança do pai, ou mãe, ou de ambos, se ambos lhes fizerão a doação, ou dote. As palavras do § 3 — *ainda que expressamente não fossem obrigadas* — não deixão a menor duvida a esse respeito; porquanto evidentemente não se referem, nem se podem referir senão aos dotes feitos á conta das legitimas, visto que, nos que forão feitos á conta das terças, ou á

§ 157. DAS OBRIGAÇÕES DOS DOTADORES.

Como o fim do dote é segurar a sustentação dos encargos do matrimonio, e a manutença da dotada no estado vidual no caso, que o marido venha a fallecer antes della (§ 148); dahi se segue :

1.º Que os doadores ficam obrigados á evicção, excepto no dote adventicio, que é feito por mera liberalidade, não intervindo dolo da parte do dotador: L. 1, Cod. *de jur. dot.* Dig. Portug. 2, arts. 93 e 94; e no dote prefecticio feito na terça do doador, se este falleceo antes que os bens dotaes fossem tirados por virtude de sentença á filha dotada.

2.º Que o devem entregar logo que o matrimonio e celebrado com as solemnidades legais; Ord. liv. 3, tit. 25, § 5; e por consequente os seus fructos e rendimentos pertencem desde então ao marido; Valasc. *de partit.* cap. 29, n. 1.

3.º Que, dotando conjunctamente pai e mãe, sem declararem expressamente a parte, em que cada um dota, cada um se entende obrigado por metade do dote, supprindo-se pela terça de cada um a parte, em que o seu quinhão do dote exceder a legitima paterna, ou materna da dotada; Ord. liv. 4, tit. 97, §§ 1 e 3 (§ 470 e 471, nota).

4.º Que no dote feito pelo pai, que administra bens proprios do filho, ou filha dotada, não se entendem comprehendidos estes; salvo, se assim se declarou, ou se, sendo esses bens da legitima, que o dotado houve de sua mãe predefunta, se declarou que o dote era feito por conta da legitima, paterna e materna; Cod. Civ. Fr. arts. 1545 e 1546.; ou emfim se o pai é pobre, e a filha é rica; Assent. 5.º de 9 de Abril de 1772.

5.º Que o dote promettido indeterminadamente deve ser

conta das legitimas, e das terças, pela mesma expressa declaração, dessa condição ficarão as terças *expressamente obrigadas*, nos termos expostos no cit. § 470 e § 471, nota.

A' vista pois de todas essas considerações, parece-nos que a razão que se dá para deverem ser insinuados os dotes prefecticios feitos por conta das terças dos dotadores (que é, segundo o mesmo Assento, *acautelar o prejuizo dos outros filhos nas suas legitimas*) se dá igualmente nos dotes prefecticios feitos por conta das legitimas: porquanto nestes, quando excederem as legitimas dos dotados, e as terças dos dotantes, e os dotados não quizerem entrar com os outros seus irmãos á herança, estes podem igualmente ser prejudicados.

liquidado segundo as posses do dotador, e circumstancias do dotado; Lobão a Mell. liv. 2, tit. 9, § 12, n. 2.

§ 158. DOS BENS PARAPHERNAES, E RECEPTICIOS.

Chamão-se *paraphernaes*, ou *extradotaes*, assim os bens que a mulher traz fóra do dote para casa do marido, e que sujeita á sua administração; como aquelles, que depois adquire durante o matrimonio por successão testamentaria ou legitima, ou por legado, doação, beneficio da fortuna, ou outro semelhante titulo; L. 8, Cod. *de pact. convent.*, Mell. liv. 2, tit. 9, § 2. E chamão-se *repticios* aquelles, que a mulher guarda, e reserva para si, sem os sujeitar, á administração do marido, nem lhe conferir direito sobre elles; Mell. *log. cit.* § 2 e nota.

Essa doutrina só tem applicação entre nós, quando os conjuges, firmando por escriptura publica seus pactos antenupciaes (§ 153), expressamente declararão nella que era sua vontade e intenção regular em tudo o contracto dotal conforme o Direito Romano, ou por outras palavras derão claramente a entender, que excluíam toda a communhão de bens assim presentes, como futuros, ou que viessem a cada um por successão legitima, ou testamentaria, legado, doação, beneficio da fortuna, ou outro semelhante titulo (§ 149); Guerreir. Tr. 2, liv. 7, cap. 15, n. 19, e cap. 16, n. 3, Vinn. ao § 23, *Inst. de act.* n. 4; porquanto se no contracto dotal não se faz expressa e declarada menção da intenção dos contrahentes de excluirem toda a communhão dos paraphernaes e recepticios, o marido adquire a respeito delles não só a administração, como nos dotaes, mas tambem o dominio natural e civil, porquanto torna-se meeiros nelles (§§ 134 e 174).

Convém porém notar, que mesmo no caso, em que a communhão dos paraphernaes, e recepticios foi expressamente excluida, a mulher não goza entre nós de tão amplos direitos, como gozavão as mulheres romanas, a respeito dessas duas especies de bens; porquanto, a respeito dos que forem de raiz, não os póde alienar, nem obrigar sem expresso consentimento do marido, pois lhe são applicaveis da mesma sorte que a seu marido, a respeito desses mesmos bens de raiz, as disposições geraes da Ord. liv. 3, tit. 47, e liv. 4,

tit. 48, nas palavras do pr. de cada um — *quér sejam casados por Carta de metade, quér por dote e arrhas.*

§ 159. DO DIREITO DO MARIDO A RESPEITO DOS BENS
DOTAES, PARAPHERNAES E RECEPTICIOS.

O direito do marido differe segundo a natureza, e qualidade juridica dos bens; e dahi vem que o seu direito a respeito dos dotaes limita-se á administração delles, e á applicação dos seus rendimentos á sustentação dos encargos do matrimonio, emquanto este não se dissolver por morte da mulher, ou por sentença de separação perpetua (§§ 177 e 179) não póde porém alienal-os, nem obrigar-os validamente aindaque seja com expresso consentimento da mulher, salvo o caso indicado na not. 75 (§ 174 e sua nota).

Quanto aos paraphernaes, e recepticio, que forão pelo contracto dotal expressamente declarados incommunicaveis como os dotaes (paragrapho antecedente); o marido tem sómente a administração nos paraphernaes, pertencendo o dominio e usufructo á mulher; nos recepticios porém até a mesma administração pertence á mulher (citado paragrapho antecedente).

A mulher portanto, no caso figurado, póde obrigar, e alienar uns e outros sem coñsentimento do marido, salvo se forem de raiz (citado paragrapho antecedente).

Em todo o caso porém compete á mulher o beneficio do Velleano, se ella por si só, ou juntamente com o marido, os sujeitar á fiança, que não seja em negocios do marido de rendas publicas, ou particulares; Ord. liv. 4, tit. 60, vers. — *E isso mesmo* —, e tit. 61, pr., e § 9 (§ 147, nota).

No caso contrario, isto é, quando no contracto dotal não foi expressamente excluida a communhão de taes bens, então elles são communs, e portanto competem ao marido sobre elles os mesmos direitos, que lhe competem sobre os bens communs em geral (§§ 145 e seguintes), Borg. Carn. liv. 1, tit. 16, § 151.

§ 160. O PAI É OBRIGADO DOTAR A FILHA.

Pela mesma razão, por que os pais, auctores da existencia dos filhos, são obrigados dar-lhes alimentos, e promover-lhes seu bem-estar segundo a qualidade e condição

dos mesmos filhos, e conforme o permittirem suas possessões, ou faculdades (§ 94); o são também, pelo que pertence ás filhas, á casal-as, e dotal-as¹; de sorte que até podem ser constrangidos judicialmente ao cumprimento desse dever, se o bem poderem fazer, segundo a L. ult. Cod. de dot. promiss., e L. 19, de rit. nupt., Barbos. á L. 1, D. solut. matrim. p. 4, ns. 1, e seguintes. Esta obrigação porém cessa nos mesmos casos, em que cessa a de prestar alimentos (§ 115).

§ 161. TAMBEM É OBRIGADO DOTAR A FILHA BASTARDA.

Reconhecida a obrigação do pai de alimentar os filhos illegitimos, assim naturaes, como espurios (§ 113); e reconhecido também que se dá para dotar a mesma obrigação, que para alimentar (paragrapho antecedente), é consequencia natural que o pai é obrigado dotar a filha illegitima, quer natural, quer espuria de qualquer qualidade, embora as conveniencias sociaes exijão differença relativamente á quantidade; Barbos. log. cit. n. 65, vers. — *Quare — Quod filia naturalis non meretur tantam dotem, quantam filia legitima.*²

§ 162. QUANDO A MÃE DEVE DOTAR A FILHA.

Por Direito Romano a mãe só é obrigada subsidiariamente a dotar a filha (legitima, porque a dureza das Leis

¹ O Sr. Mello Freire, e outros Jurisconsultos de igual nota sustentão que o pai deve dotar a filha, ainda mesmo quando esta é rica; não nos parece porém razoavel que se dê maior extensão á obrigação de dotar, do que á de alimentar; e assim, como esta cessa no caso, em que os filhos tem bens proprios, ou occupação, de que se podem alimentar (cit. § 115, n. 2); parece que também deve cessar a obrigação de dotar a filha, quando ella é sufficientemente rica para sustentar os encargos do matrimonio, o os bens do pai apenas bastão para sua propria sustentação, e principalmente se ainda tiver outros filhos sob seu poder; cit. Assent. 5º, de 9 de Abril de 1772.

² Costuma-se argumentar que as Leis Civis, e os bons costumes negão em alguns casos aos illegitimos o direito de succederem abintestado a seus pais; e que assim ha contradicção em lhes dar direito a serem alimentados, e dotados por seus pais.

Não ha porém tal contradicção; porquanto a exclusão dos filhos espurios da successão dos pais intestados é um favor aos filhos legitimos exigido pelas conveniencias sociaes sem prejuizo dos alimentos devidos *jure sanguinis* aos mesmos filhos espurios, entretanto que as mesmas conveniencias sociaes de accordo com a voz da natureza exigem que os pais alimentem seus filhos illegitimos, e consequentemente dotem as filhas, quer naturaes, quer esurias; pois que o dote se comprehende nos alimentos.

Romanas não dá aos filhos illegitimos direito a alimentos nem a dote); L. 14, Cod. de *de jur. dot.*

Como porém os casamentos, entre nós, são pela maior parte feitos por Carta de metade, segundo a Ord. liv. 4, tit. 46, *in pr.*; a mãe, a quem nesse caso pertence metade dos bens do casal, é obrigada principalmente dotar a filha da mesma sorte que o pai.

A mãe porém, que depois da morte do pai deo partilha aos filhos na fórmula da Ord. liv. 4, tits. 95 e 96, fica desonerada da obrigação de dotar a filha, a qual nesse caso deve-se contentar com a sua legitima paterna; Barbos. log. cit. ns. 89 e 90. Fóra desse caso, e na falta ou impossibilidade do pai, e da mãe, a obrigação delles é traspasada nos avós (§ 111).

§ 163. QUANDO O IRMÃO DEVE DOTAR A IRMÃ.

Na falta, ou impossibilidade dos ascendentes de dotarem a filha, ou netta (paragrapho antecedente), os irmãos della, que melhor o poderem fazer, sem nenhuma outra differença, são obrigados dotar-a á maneira de alimentos, não porém segundo a qualidade de sua pessoa e fazenda; Barb. log. cit. n. 125, Per. Decis. 28, n. 3, Themud. Decis. 35, n. 6, (cit. § 111).

§ 164. O FILHO NÃO É OBRIGADO DOTAR A MÃE.

Ainda que os filhos sejam obrigados a alimentar os pais pobres (§ 119), dahi comtudo não se segue que devão dotar a mãe, que passa a segundas nupcias, porque estas são ordinariamente prejudiciaes aos filhos do primeiro matrimonio, e por isso justamente não são favorecidas pelo nosso Direito; Ord. liv. 4, tit. 102, § 4, L. 22, Cod. de *administrat. tutor.*, Stryk. ad tit. *de jur. dot.* § 6.

§ 165. QUE PACTOS SE PODEM ACCRECENTAR VALIDAMENTE AO DOTE.

Podem-se accressentar ao dote todos os pactos, ou clausulas, que não repugnarem com as leis, e com os bons costumes, ou com a natureza e fim do mesmo dote, taes como,

v. g., o pacto de não accusar a mulher de adulterio, o de não ser o marido obrigado a restituir o dote em tempo algum; Ord. liv. 4, tit. 46, pr., e tit. 70, § 3.

É porém válido o pacto, que não havendo filhos, nem outros herdeiros necessarios da parte da mulher ao tempo de sua morte, ou mesmo sendo vivos os pais doadores, se renunciarão expressamente á successão da dotada sua filha, o marido se for vivo goze todo o dote; ou que, havendo-os, goze a terça de todos os bens da mulher; Ord. liv. 4, tit. 46, *in princ.* tit. 70, § 3, tít. 71, 72, 73, e 91, § 1, e Lei de 17 de Agosto de 1761, § 8, *in fin.* (Mell. cit. liv. 2, tit. 9, § 25, Lobão a Mello log. cit. *ibid.* á n. 6).

§ 166. AS DOAÇÕES *propter nuptias* NÃO SÃO USADAS ENTRE NÓS.

As doações *propter nuptias* não eram segundo Direito Romano outra coisa mais, do que um dote contrario da parte do marido, e differião pouco do dote da mulher, § 3, *Inst. de donat.*; porquanto tanto que o dote era constituido o esposo podia ser compellido a essa doação; e assim os pais eram obrigados a dar a seus filhos não só dote, mas tambem doações *propter nuptias*; L. ult. Cod. de dot. *promiss.* Se o dote vinha a receber augmento, devia-se augmentar na mesma proporção a doação *propter nuptias*; Novell. 97, caps. 1 e 2; porque devia-se conservar toda a igualdade entre o dote, e a doação antenupcial; Authent. *Æqualitas*. Cod. de *pactis convent.*

Taes cousas porém não convém aos nossos costumes, e por isso não estão em uso entre nós, nem entre outras nações as doações *propter nuptias* (Mell. log. cit. § 26).

§ 167. NEM TAMBEM AS ARRHAS NO SENTIDO DO DIREITO ROMANO.

A mesma coisa devemos dizer a respeito das arrhas esponsalicias, as quaes no sentido do Direito Romano são desconhecidas pelas nossas Leis, e costumes; Valasc. Consult. 2, n. 2. Tomão-se nesse Direito como penhor, que se dá em qualquer contracto, e principalmente no contracto esponsalicio, para sua segurança; e o effeito dellas é, que, seguindo-se o casamento, devem-se tornar ao que as deo, e

não se seguindo, aquelle dos esposos, que foi causa disso, restitue-as em dobro, se foi o que as recebeu, e perde-as, se foi os que as deo; LL. 3, e ult. Cod. *de sponsalib. et arrh. sponsalit.*; Covarr. *de sponsalib.* p. 2, cap. 3, §§ 7, 8, e 9, Valasc. log. cit. ¹

§ 168. QUAES AS NOSSAS ARRHAS, E COMO SE CONSTITUEM.

Entre nós chamão-se *arrhas* a quantia certa que no contracto dotal o esposo dá, ou promete dar á esposa, sem distincção alguma entre solteira, e viuva. Devem ser certas e determinadas, quanto á qualidade dos bens, e quantidade do valor delles: porque a promessa de quantidade incerta, chamada *camara cerrada*, é nulla segundo a Ord. liv. 4, tit. 47, in princ.; e não podem exceder á terça parte do dote da mulher sob pena de nullidade na parte, que mais for dada, ou promettida, qualquer que seja o estado e condição da pessoa; a mesma Ord. nas palavras — *Mandamos que pessoa alguma de qualquer estado e condição que seja, etc.*

No caso porém que o esposo seja viuvo, e tenha filho, ou filha de legitimo matrimonio, não podem exceder a terça dos bens do esposo, posto que monte em mais a terça do dote; cit. Ord. § 1. De tudo isso resultão as seguintes conclusões:

1.ª Que segundo o nosso Direito não ha arrhas onde não ha dote; cit. Ord. in princ. ibi: — *Mas poderá cada um em o contracto dotal* —, e vers. — *E se mais for promettido.*

2.ª Que não se podem prometter depois de celebrado o matrimonio; cit. Ord. § 1, ibi — *posto que a quantia promettida por arrhas no contracto dotal seja maior* — e Ord. liv. 4, tit. 65; *per tutum.*

3.ª Que não são devidas emquanto o dote não for entregue; cit. Ord. in princ. ibi: — *da terça parte do que a mulher trouxer em dote* —, Borg. Carn. liv. 1, tit. 16, § 152 (Mell. log. cit. § 29).

¹ Não para segurança do contracto sponsalicio, como no caso da compra e venda approvedo pela Ord. liv. 4, tit. 2, § 1: mas para satisfação da lesão, que o injusto repudio de um dos contractantes pôde causar ao outro; permite-lhe o nosso Direito a faculdade de definir e ajustar na escriptura dos esponsaes a quantia, que nesse caso deverá servir de indemnisação á parte lesada; Lei de 6 de Outubro de 1784 (§ 52, e not.).

Convém porém notar contra a primeira conclusão que, ainda que ella se segue naturalmente da litteral disposição da cit. Ord., a doutrina contraria, fundada na Ord. liv. 4, tit. 46, pr. vers. — *salvo quando* —, é mais razoavel, mais segura, e mais justa. Assim, bem pôde o esposo excluir a communhão promettendo á esposa arrhas, que não excedão a sua terça.

§ 169. EM CUJO DOMINIO ESTÃO E A QUEM PERTENCEM
POR MORTE DA MULHER E DO MARIDO.

As nossas arrhas, dadas e entregues á mulher, não ficão no pleno e perpetuo dominio della; porquanto, se ella morre primeiro que o marido, revertem para este; e se o marido morre primeiro, ficão em poder da mulher juntamente com o dote, mas por sua morte, ou segundo casamento, passão para os herdeiros do marido, se outra causa não foi expressamente contractada; argum. da Lei de 17 de Agosto de 1761, §§ 7 e 8¹; e dahi vem que o marido pôde ser demandado pela mulher a respeito das arrhas promettidas; mas não o pôde ser pelos herdeiros da mulher, se não o forem tambem do marido; porquanto aquelles, na constancia do matrimonio, não tem nem a administração, nem usufructo dellas, pois são dadas para sua sustentação no estado vidual; e porque, fallecendo ella antes do marido, tem cessado o fim, para que forão constituidas. Tal é o Direito de que usamos; Benedict. Egid. à L. 5, D. *de just. et jur.* p. 1, cap. 11, n. 89.

¹ Ainda que as arrhas, por morte da mulher, revertão para o marido, ou para seus herdeiros, e morrendo primeiro o marido só pertença á mulher a administração e usufructo dellas durante sua vida, mas não o dominio pleno; nada contudo impede que os contractantes pactuem o contrario, e então se deve guardar o que entre elles foi accordado e contractado na parte, que respeita ás arrhas comprehendidas dentro dos limites da lei; Ord. liv. 4, tit. 46 in princ., e tit. 47, *per totum*. A opinião de Lobão, em suas notas a Mell. liv. 2, tit. 9, § 31, n. 2; isto é, que por morte da mulher, posterior á do marido, as arrhas pertencem aos herdeiros della, quaesquer que sejam, se forão promettidas simplesmente, sem pacto de reversão aos herdeiros do marido, e se não ha filhos deste a que hajão de reverter pela disposição da L. *Fœminæ cod. de secund. nupt.*, parece-nos contraria não só ao fim das arrhas (a decente sustentação da esposa no estado vidual, se nelle vier a cahir), mas tambem á cit. Ord. liv. 4, tit. 46 in princ., emquanto, fóra do regimen da communhão universal dos bens, só manda guardar o que entre as partes fór contractado. Veja-se, além de Mell. log. cit. § 31 e sua not. Borg. Carneir. log. cit. § 152 n. 25.

§ 170. EM QUE DIFFEREM DO DOTE AS NOSSAS ARRHAS.

As nossas arrhas differem do dote em muitas cousas, assim como differem das arrhas dos Romanos, e das doações *propter nuptias*. Differem do dote :

1.º Porque não são dadas, como este, para sustentação dos encargos do matrimonio, mas para sustentação da mulher no estado vidual.

2.º Porque são constituídas por mera vontade, e não por necessidade do Direito, como o dote profecticio.

3.º Porque morrendo o marido primeiro que a mulher, esta não fica sendo plena senhora dellas, mas sómente usufructuaria, se o contrario não foi expressamente estipulado (parapho antecedente).

4.º Porque só a mulher póde demandar as arrhas prometidas, e não os seus herdeiros; Borg. Carneir. liv. 1, tit. 16, § 152, ns. 19 e seguintes (Mell. log. cit. § 32).

§ 171. EM QUE DIFFEREM DAS ARRHAS DO DIREITO ROMANO.

Differem das arrhas do Direito Romano :

1.º Porque estas podem ser dadas por cada um dos contractantes, e as nossas sómente pelo esposo.

2.º Porque as primeiras podem ser dadas; não basta porém que sejam promettidas (Covarr. *de sponsalib.* p. 2, cap. 3, § 7, ns. 7 e 8) : e as nossas podem ser dadas, e sendo simplesmente promettidas, e acceitas, são validas, e obrigatorias dentro dos limites da Lei; Ord. liv. 4, tit. 47, in princ.

3.º Porque as primeiras são validas em toda e qualquer quantia, que aprouver aos contractantes ; e as nossas não podem exceder a terça do dote, nem a terça do esposo, quando este tem filho, ou filha legitima ; cit. Ord. § 1.

4.º Porque as primeiras, seguindo-se o matrimonio, revertem para quem as deo, pois que só são constituídas para segurança do matrimonio promettido, e as nossas cedem (quanto ao usufructo posterior á morte do marido) em proveito da mulher, pois que são constituídas para sua sustentação no caso de viuvez (Mell. log. cit. § 33).

§ 172. EM QUE DIFFEREM DAS DOAÇÕES *propter nuptias*.

Differem das doações *propter nuptias* :

1.º Porque estas correspondem ao dote, entre o qual e ellas deve haver igualdade; o que nunca se dá nas nossas arrhas; cit. Ord. liv. 4, tit. 47.

2.º Porque as doações *propter nuptias* são feitas não só para sustentação dos encargos do matrimonio, senão também para segurança do dote, e as nossas arrhas não são constituídas para nenhum desses fins: Vinn. ao § 3, da Inst. de donat. n. 4.

3.º Porque as primeiras são necessarias, e as nossas arrhas voluntarias, podendo haver dote sem ellas. Veão-se outras differenças em Valasco, e Covarruvias nos logares acima citados (Mell. log. cit. § 34).

§ 173. O QUE SEJA DOTALICIO.

Dotalicio, do qual se faz menção no cap. 15 da Authent. de foro competentí, e no cap. 4. de donat. inter vir, et uxor., can. 10. caus. 36, quæst. 2, é entre nós o pacto dotal, pelo qual se assignão á mulher certos bens, fructos, rendas. pensões, ou mesadas para seus alfinetes, e principalmente para sua mais commoda e decente sustentação no estado vidual, se o marido fallecer primeiro.

Este pacto era auctorisado entre nós nos casamentos das filhas das casas nobres não só pela Lei de 17 de Agosto de 1761, e de 4 de Fevereiro de 1765, onde o dotalicio é significado pelos termos *apanagios, alimentos, alfinetes, e mesadas*, e onde (§§ 1, 2, e 3 da última) se determina que as ditas mesadas se lhes fiquem continuando no estado vidual, emquanto não passarem a segundas nupcias, e emquanto se lhes não puder separar pelo fallecimento de seus sogros a decima parte dos rendimentos annuaes da casa delles para seus alimentos viduaes; senão também pelo Decreto de 17 de Julho de 1778, o qual limitou a oito mil cruzados o maximo das joias esponsalicias, que o esposo, ou seus pais podem dar á esposa. ¹

¹ Como as leis ahi citadas com relação ao dotalicio se refirão aos casamentos das filhas das casas nobres, e lhes dessem origem a consideração de

§ 174. DOS FAVORES DO DOTE, E: I. DA INALIENABILIDADE
DOS BENS DE RAIZ DOTAES.

I. Os bens *de raiz dotaes* não podem ser alienados pelo marido, nem ainda mesmo quando a mulher consinta; pr. *Inst. quib. alien. lic.*, L. un. § 15. *Cod. de rei uxor. act.*, Mell. liv. 2. tit. 9, § 14.

Por *dotaes* para esse fim intendem-se somente aquelles bens, que forão objecto do dote, e não os que forão depois dados em satisfação do mesmo dote, ou comprados com elle; excepto, se no contracto dotal se estipulou outra cousa, ou se forão expressamente subrogados; Lobão a Mello log. cit. tit. 9, § 11, n. 2.

Na alienação comprehende-se a prescripção, a qual não corre contra a mulher nestes bens, salvo se já tinha começado a correr antes da constituição do dote; L. 16, D. *de fund. dot.*, L. 30, *Cod. de jur. dot.*

No caso de alienação illegal, a mulher póde reivindicar em vida, ou depois da morte do marido; Ord. liv. 4, tit. 48, pr., e § 2, e liv. 3, tit. 47, § 5.

A mesma cousa póde fazer o marido na constancia do matrimonio, com consentimento da mulher, ou supprimento delle, sendo porém obrigado ao comprador por perdas e interesses, além da restituição do preço, se no acto da alienação não declarou que erão dotaes; argum. Ord. liv. 4, tit. 48, § 5, vers. — *Porém* — e liv. 3, tit. 47, § 5.¹

que taes filhas, sem a liberdade do dotalicio, não terião o necessario para sua decente sustentação no estado vidual, visto que a maior parte da fazenda de taes casos consistia em bens incommunicaveis, e inalienaveis, como morgados, bens da corôa, e outros semelhantes vinculos, que por sua mesma natureza só pertencião ao filho varão mais velho; e como entre nós não haja nobreza hereditaria, nem bens dados pela corôa a particulares, é a lei de 6 de outubro de 1835, prohibindo o estabelecimento de morgados, capellas, e quaesquer outros vinculos de qualquer natureza, ou denominação, pertencentes a familias, e administrados por individuos dellas, determinasse que os existentes ficassem extinctos pela morte dos actuaes administradores legitimos, e passassem aos herdeiros destes seguindo as leis, que regulao a successão legitima; é visto que o dotalicio não tem mais uso entre nós, e que tudo se reduz ás arrhas, de que tratamos nos §§ 168 e seguintes (Mell. log. cit. § 35).

¹ Cessa o referido favor da inalienabilidade dos bens immoveis dotaes nos seguintes casos: 1º, para alimentos da familia, ou livramento da prisão do marido, ou mulher; L. 73, § 1, D. *de jur. dot.*; *Cod. Civ. Fr.* art. 1558: 2º, por dividas anteriores da mulher, ou dos dotadores; *Guerreir. Fr.* 2, liv. ap. 2, n. 95: 3º, nos contractos e arrematações de rendas publicas, ou pri-

§ 175. II. DA HYPOTHECA SOBRE OS BENS DO MARIDO.

II. A mulher tem :

1.º *Hypotheca privilegiada* sobre os seus bens dotaes (móveis, ou immoveis), que forão dados estimados, ou em preço certo, ou sobre quaesquer outros comprados com o preço delles : Lei de 20 de Junho de 1774, § 40 ; e portanto prefere a respeito delles, uma vez penhorados e arrematados, a todos os credores de seu marido, ainda que sejam anteriores ao contracto dotal.

2.º *Hypotheca legal simples*, peio dote inestimado, sobre os bens, que o marido tinha ao tempo do matrimonio, e portanto neste caso não prefere aos credores hypothecarios anteriores; Dig. Portug. 2, art. 142; e ainda menos aos privilegiados, ainda que sejam posteriores. ¹

O direito da hypotheca transmite-se a quaesquer successores ; mas o privilegio só compete a mulher, e seus descendentes ; Mell. liv. 2, tit. 9, § 19, not.

vadas, que o marido tomou para si, dando seus bens á fiança, ou hypotheca, ainda que sem consentimento de sua mulher ; Ord. liv. 4, tit. 60 vers. — *E isso mesmo* —, e decreto de 6 de Julho de 1695, o qual declarou que a citada Ord. como posterior, derogara o cap. 170 do Regim. da Fazenda de 17 de Outubro de 1516 (§ 147, nota) : 4.º, para reparos de outros bens tambem dotaes, cit. Cod. Em cada um desses quatro casos devem ser vendidos em praça publica com auctoridade do respectivo Juiz de Primeira Instancia, e prévio conhecimento da necessidade da alienação ; argum. *Regim. nov. de Desemb. do Paç.* §§ 39 e 40. Lei de 22 de Setembro de 1828, art. 2, § 1. Tambem cessa : 5.º, no caso de estarem os bens *pro indiviso*, e não admittirem commoda subrogação, ou divisão, e no caso de desappropriação forçada ; Lobão a Mell. liv. 2, tit. 9, § 14, n. 10 : 6.º, no caso de troca por outros tambem de raiz de igual, ou maior valor, consentindo a mulher, e com auctoridade do respectivo Juiz ; cit. *Regim.* §§ 39 e 40, e cit. Lei : 7.º, sendo dados em dote, pela mulher com consentimento do marido, a filhos della do mesmo ou de anterior matrimonio ; Maced. *decis.* 21, n. 20.

¹ Como não só a cit. Lei. de 17 de Agosto, e a de 20 de Junho, senão outras muitas Leis Patrias, como as que citamos na nota ao paragrapho antecedente, não deixem logar para se duvidar da adopção das leis Romanas, que concedem aos bens dotaes os privilegios de hypotheca, e preferencia, taes como a L. 1, D. *solut. matrim.*, L. 12, § 1. Cod. *qui potior in pignore.*, L. un. § 1, Cod. *de rei uzor. act.*, e L. un. Cod. *de privileg. dot.* ; parece resultarem dessa verdade conhecida, e do cit. § 40 da dita Lei de 20 de Junho de 1774, as seguintes conclusões :

1.ª Que o dote constituído em quantia certa de dinheiro, provado que o marido a recebeu, e que a empregou na compra de algum predio, fazenda, ou embarcação : ou em concertos, reparos, ou bemfeitorias de cada um desses, ou de outros semelhantes bens, ou em objectos de seu negocio, se elle negociava ; goza do privilegio da preferencia sobre o preço de cada um desses bens da mesma sorte, que o que foi constituído em fazendas esti-

§ 176. III. DA REPETIÇÃO DO DOTE, E OUTROS DIREITOS DA MULHER A RESPEITO DELLE.

III. Se a fazenda, ou bens do marido vão em decadencia, e se aproximão do estado, em que não bastarão para segurança do dote, e dos mais bens, que por virtude do contracto dotal forem do dominio exclusivo da mulher (paragrapho antecedente), a mulher pôde repetil-o durante o matrimonio, e provando a decadencia da fortuna do marido deve este ser constrangido a entregal-o á administração da mulher, com a obrigação da parte desta de applicar os seus rendimentos

madas, ou dadas em preço certo, a exemplo do que determinão os §§ 24, 25, 26, e 27 da cit. Lei de 20 de Junho; porquanto em cada um desses casos não se pôde sustentar a suspeita de conluio entre os conjuges para defraudar os credores, o qual parece ter sido o que principalmente quiz previnir o cit. § 40, quando exige que o dote consista em fazendas, e se dé estimado ao marido.

2.^a Que o dote constituindo em bens moveis, ou immoveis, não estimados (porque os moveis tambem se comprehendem na palavra — *fazendas* —, de que a Lei usa), não prefere aos credores hypothecarios anteriores geraes, nem tambem aos anteriores especiaes nos bens, que forão especialmente hypothecados a estes, ou em que a Lei lhes concede hypotheca tacita especial, como, v. g., a respeito de um navio, ao que emprestou o dinheiro para a construcção delle, por força porém da hypotheca tacita, que o Direito Romano, e a cit. Lei de 17 de Agosto concedia ao dote, e que a cit. Lei de 20 de Junho não lhe tirou no caso, de que se trata, elle prefere aos credores simplesmente chirographarios, aindaque sejam anteriores; e pela mesma razão, junta com a da prioridade da sua data (que se conta do dia da celebração do matrimonio, na fórma da Ord. liv. 3, tit. 25, § 5), prefere aos credores hypothecarios posteriores, geraes, ou especiaes, se for provado que elle foi entregue ao marido.

3.^a Que o privilegio de preferir o dote, consistente em bens estimados, ao pagamento dos credores hypothecarios anteriores, só compete á mulher, e a seus herdeiros descendentes; L. un. D. de *privileg. dot.*, e Novell. 91, cap. 1.

4.^a Que os paraphernaes da mulher (se pelo contracto dotal forão expressamente excluidos da communhão, como dissemos no § 158), assim como as joias esponsalicias, e as arrhas da Ord. liv. 4, tit. 47, estão na mesma razão do dote constituído em bens moveis, ou immoveis não estimados; isto é, gozão, como este, do privilegio da hypotheca, porém não dão preferencia; L. 29, de *jur. dot.*: todavia o nosso Codigo do Commercio, art. 874, n. 6, concede aos paraphernaes este segundo favor, observadas as condições ahi exigidas.

5.^a Que o referido direito de preferencia do dote, tem sua applicação no caso de ter o marido alienado os bens dotaes moveis, ou immoveis estimados ou não estimados; porquanto, se elles existem no casal, nesse caso pertencem á mulher, ou a seus herdeiros, e nada tem com elles os credores (§ 547, n. 5.º, e § 548, n. 8.º), desde que for provado por modo legal, que forão entregue elles ao marido. Veja-se nos escriptos dos Doutores o mais, que ha a dizer sobre esta vasta materia, e que não tem cabimento em um compendio (Mell. log. cit. § 19).

à casa, e á sustentação dos encargos do matrimonio ; podendo tambem interinamente requer sequestro nos bens dotaes, ou nos do marido, se elle alienou os dotaes, moveis ou immoveis, ou gastou o dinheiro comprehendido no dote.

Póde tambem reivindicar os immoveis dotaes alienados pelo marido (§§ 174 e 175) ; e se os bens deste já não são bastantes para perfazer seu dote, e mais bens exclusivamente seus, póde demandar os terceiros possuidores dos bens do marido, por virtude de seu direito de hypotheca indicado no paragrapho antecedente e sua nota ; L. 24, D. *solut. matr.*, Borg. Carneir. liv. 1, tit. 15, § 146, ns. 3, e seguintes, Mell. liv. 2, tit. 9, § 21.

§ 177. DA RESTITUIÇÃO DO DOTE : I. EMQUANTO AO TEMPO.

I. Na constancia do matrimonio a mulher não póde pedir o dote senão nos seguintes casos :

1.º Se a fortuna do marido tem decahido, de sorte que ella não o tenha seguro ; paragrapho antecedente.

2.º No caso de separação de bens em razão de ter sido declarado nullo o matrimonio por sentença do Juizo Ecclesiastico ; Lobão a Mello liv. 2, tit. 9, § 21, n. 8.

3.º No caso de separação perpetua *quoad thorum et mensam*, por sentença do mesmo Juizo ; Lobão log. cit. n. 9 ; Guerr. Tr. 2, liv. 6, cap. 8, n. 40 e seguintes, Cod. Civ. Fr. art. 311.

Dissolvido o matrimonio por morte do marido, a mulher, levanta o dote ; porquanto é sua propriedade durante a sua vida, como se infere da Ord. liv. 4, tit. 60, ibi — *E sendo casado por dote e arrhas não poderá obrigar os bens, que pelo contracto dotal pertencem á parte de sua mulher* — e liv. 5, tit. 6, § 20, ibi — *E se por dote e arrhas, haverá todo o seu dote e suas arrhas* ; — e tanto mais que o Direito Patrio, emquanto declarou os filhos emancipados e fóra do poder de seus pais pelo casamento (Ord. liv. 1, tit. 88, § 6), rejeitou o Direito Romano na parte, em que se sujeitava a filha viuva ao poder de seu pai juntamente com o seu dote.

Dissolvido porém o matrimonio por morte da mulher, os bens dotaes passam a seus filhos, ou successores, ou á pessoa, a quem devão reverter segundo o contracto dotal ; Mell.

liv. 2, tit. 9, § 22.¹ Se passão a filhos menores, e o pai destes é vivo, ficão na sua administração e usufructo até que elles sejam emancipados, ou casados; cit. Ord. § 6.

Se o dote consta de bens não estimados, ou de bens dados em estimação, mas tal, que não importa venda (§ 150), os herdeiros da mulher podem pedil-o logo depois da morte desta; no caso porém, em que foi dado em estimação, que importasse venda, e o marido com effeito o vendeo, só o podem pedir passado um anno; L. un. § 7, Cod. *de rei uxor act.*, Cod. Civ. Fr. arts. 1564 e 1565. O mesmo tem logar no dote consistente em dinheiro, mas em um e outro caso deve o marido, ou seus herdeiros, dar caução á restituição, se for pedida; L. 24, § 2, *solut. matr.*

§ 178. II. EMQUANTO AO MODO.

II. O marido, ou seus herdeiros, se elle é fallecido, deve restituir as mesmas cousas, em que o dote foi constituido, no mesmo estado, em que estiverem, sem prejuizo de sua responsabilidade pela deterioração, que se provar ter-lhes vindo de culpa sua, lata ou leve; e ficando-lhe a elle direito salvo a respeito da indemnisação das despezas feitas com bemfeitorias necessarias, ou uteis, á qual se lhe deve dar caução, se elle a pedir (§ 179).

Assim, o dote consistente em dinheiro de contado, ou em certa quantidade de cousas fungiveis, deve ser restituido em igual quantidade do mesmo genero; L. 42, D. *de jur. dot.* Se foi constituido em bens não fungiveis, ou immoveis, devem ser restituidos os proprios bens em especie, ficando o marido responsavel pelas deteriorações, como já dissemos; L. 17, D. *ead.*, Cod. Civ. Fr. art. 1561.

¹ O que dissemos da successão dos filhos e herdeiros da mulher nos bens comprehendidos no dote desta, entende-se no caso ordinario de não ser contida no instrumento do contracto dotal a clausula reversiva, ou fideicommissoria; porquanto, se o dote profecticio não é antecipação da legitima, como o não é quando o pai o constitue na sua terça ou parte della, elle é então mera liberalidade, e consequentemente o pai que o constitue, muito bem pôde estipular a condição, que por morte da filha, não lhe ficando filhos, ou mesmo ficando, o dote reverterá para elle, ou passará a certa e determinada pessoa. O mesmo pôde fazer no dote adventicio, assim o estranho, como o parente, que o constitue não por dever do sangue, mas por mera liberalidade; Lobão a Mell. liv. 2, tit. 9, § 22, ns. 2, 3 e 4. Borg. Carneir. liv. 1, tit. 15, § 149, n. 7.

Exceptua-se porém no caso do dote estimado, de maneira que importa venda (§ 150), porque entao restitue-se a estimação, ou o preço, ou os bens em especie, á escolha do marido, que neste ultimo caso deve repôr o que os bens menos valerem; L. 10, § 6, D., e L. 5, Cod. *eod.*

Se os bens, no caso, em que devem ser restituídos em especie, já não existem em poder do marido, ou de seus herdeiros, e a mulher não quer antes reivindicá-los dos actuaes possuidores, paga-se-lhe o que elles valião ao tempo do contracto dotal; e se forão dados estimados, paga-se-lhe a sua estimação.

Nº dote do usufructo, creditos, ou acções (§ 151), o marido satisfaz, entregando os titulos; L. 7, § 2, D. *eod.* Finalmente o marido não só restitue o que recebeu, mas tambem o que deixou de receber por sua culpa. ¹

§ 179. III. EMQUANTO AOS FRUCTOS.

III. O marido percebe todos os fructos do dote vencidos na constancia do matrimonio, para satisfação dos encargos deste (§ 159); e portanto só é obrigado a repôr os que recebeu, vencidos antes da celebração, ou depois da dissolução do matrimonio; L. 20, Cod. *de jur. dot.*

Os fructos do ultimo anno, contados da celebração do matrimonio, ou da entrega do dote, se esta foi posterior, partem-se *pro rata* entre o marido, e a mulher ou seus herdeiros, na proporção do tempo do dito ultimo anno, que decorreo até a cessação da convivencia; LL. 5, 6 e 7, D. *solut. matr.*, Mello liv. 2, tit. 9, § 22. ²

¹ A prova do recebimento do dote incumbe á mulher, ou a seus herdeiros, que pedem a restituição delle, emquanto não forem passados dez annos da celebração do matrimonio, ou da epocha fixada para a solução; passado esse praso, a presumpção é contra o marido; Novell. 100, cap. 1, Cod. Civ. Fr. art. 1569.

² Esta disposição do Direito Romano, seguida pelas Praxistas Portuguezes, é razoavel; porque sendo o dote dado para sustentação dos encargos do matrimonio, é visto que o marido só deve receber os rendimentos do dote emquanto desempenha esses encargos, convivendo com sua mulher.

A rateação feita por outra maneira muitas vezes daria em resultado uma desigualdade e injustiça manifesta, porquanto, se o anno se contasse de colheita a colheita, alguns maridos ratearião somente os fructos colhidos e capazes de se colherem por toda a duração do ultimo anno da convivencia do marido com a mulher; e outros ratearião ou fructos da colheita do anno

§ 180. IV. EMQUANTO ÀS BEMFEITORIAS.

IV. O marido, porque a respeito do dote é equiparado ao usufructuário, deve satisfazer pelos rendimentos dos bens dotaes os encargos reaes, a que elles estiverem sujeitos, e fazer todos os concertos e reparos ordinarios, de que elles precisarem, entendendo-se por taes, os que não excederem a quarta parte do seu rendimento liquido annual; argum. da Ord. liv. 4, tit. 97, § 13 vers. — *As quaes escolhas* —; não porém assim as bemfeitorias propriamente ditas, *necessarias*, ou *uteis*, tambem chamadas *proveitosas*; porquanto, como umas e outras melhorão o estado, e augmentão o valor dos bens dotaes, concede-se ao marido, ou a seus herdeiros a retenção dos mesmos bens até que sejam indemnizados dellas; argum. Ord. liv. 4, tit. 54, § 1, e tit. 95, § 1.

Dando-se porém caução idonea á somma, que fôr julgada, e principalmente depois de avaliadas as bemfeitorias, sem duvida devem-se entregar os bens dotaes.

Por Direito Romano sómente se concede a retenção pelas bemfeitorias *necessarias*; LL. 4 e 5. D. *de imp. in rem dot.*; quanto ás *uteis*, ou *proveitosas*, concede-se, depois de restituído o dote, a acção de mandato, ou de gestão de negocio, para se haver a indemnisação dellas; L. un. § 5, Cod. *de rei uxor. act.*

As voluptuarias, ou de mero recreio, não querendo a parte pagal-as, póde o marido, ou seus herdeiros levantar-as, se o poder fazer sem damnificação do bem dotal; L. 9, D. *de imp. in rem dot.*

seguinte ao ultimo da convivencia. Este methodo comtudo é rejeitado por Lobão a Mell. log. cit. n. 8, fundado na auctoridade de Voet. *ad Pand.* liv. 24, tit. 3, n. 12, e *de Domat. des lois*; liv. 1, tit. 10, *introd.*, os quaes somente attestão não ser elle usado em algumas provincias. O Cod. Civ. Fr. art. 1571, adoptou-o unicamente a respeito dos bens dotaes immoveis, aindaque não seja facil conceber a razão da differença, quanto aos immoveis incapazes de fructos propriamente ditos, como os predios urbanos: o Cod. da Sard. porém, art. 1563, applicou essa disposição a todos os bens moveis, e immoveis.

TITULO X.

Das doações entre marido e mulher, e quanto á sua concubina.

§ 181. NOÇÃO DA DOAÇÃO EM GERAL.

Doação é o contracto, pelo qual alguém transfere a outro gratuitamente o dominio de algum bem movel, ou de raiz, ou algum direito, ou acção.

Divide-se principalmente em doação *inter vivos*, e doação *mortis causa*. Pela primeira o doador transfere immediatamente a propriedade da coisa doada, e o contracto fica irrevogavel pela aceitação; pela segunda a transferencia só se ha de verificar pela morte do doador. Aqui só tratamos da doação feita *inter vivos* pelo marido á sua mulher, ou *vice-versa*, e pelo marido á sua concubina.

§ 182. DA DOAÇÃO ENTRE MARIDO E MULHER POR DIREITO ROMANO.

As doações *inter vivos* feitas pelo marido á sua mulher, ou *vice-versa*, são nullas por Direito Romano; o que foi principalmente estabelecido para impedir, que o amor conjugal não levasse os conjuges a despojar-se reciprocamente de seus bens; L. 1 e L. 31, § 7. D. *de donat. inter vir. et uxor.*; ou, como se diz na L. 3. D. *eod.*, para que não parecesse que os conjuges vivião em harmonia por virtude do dinheiro — *ne concordia pretio conciliari videretur*.

Todavia com o andar dos tempos foi modificado um pouco o rigor deste direito pela L. 32, § 3. D. *eod.*, da qual se infere que a doação feita por um dos conjuges ao outro, posto que não valesse em vida, ficava comtudo confirmada pela morte do doador, se não a tinha revogado, e o donatario lhe sobrevivia.

§ 183. ESTE DIREITO NÃO FOI RECEBIDO POR TODAS AS
NAÇÕES.

Este direito como fundado em razões meramente civis não foi recebido por todas as nações; porquanto entre os Wisigodos só erão prohibidas as doações entre os conjuges dentro do primeiro anno do casamento; L. 5, tit. 1, liv. 3, e L. ult. tit. 2 do Liv. 5. Entre os Francos, Germanos, e outros povos tambem não foi recebido, como mostram Schilt. *Exercit. 36 ad Pand.*, e Stryk. ad tit. *de donat. inter vir. et uxor.*

§ 184. QUANDO FOI RECEBIDO ENTRE NÓS.

O Direito Romano nesta parte foi finalmente recebido entre nós; porquanto foi approvedo no Codigo Affonsino liv. 4, tit. 14, do qual foi trasladado para o Manuelino tit. 9, e deste para o Filippino tit. 65 do mesmo livro.

O citado tit. 14 do 4º livro do Codigo Affonsino diz assim — *Costume foi dantigamente usado em estes Regnos, e escripto em a nossa Chancellaria em tempo de El-Rei D. Affonso o terceiro em esta fórma que se segue: Costume he, que se o marido dá em sua vida a sua mulher alguma herdade, depois da morte do marido aduga a mulher essa herdade a partiçom com os filhos do marido ou dambos.*

§ 185. DA DOAÇÃO ENTRE MARIDO E MULHER POR DIREITO
PATRIO.

O Direito Patrio abraçou assim a regra, como a excepção do Direito Romano, isto é, prohibio as doações entre marido e mulher; mas, por excepção, declarou valida a doação, emquanto não exceder a quantia, em que é necessaria insinuação, se o conjuge, que a fez, falleceu primeiro, que o donatario, sem que ella houvesse sido revogada por algum destes modos; isto é, ou *ipso jure*, pelo nascimento posterior de algum filho d'entre ambos, se nenhum tinham ao tempo da doação, ou por acto da livre vontade do doador; Ord. liv. 4, tit. 65.

Assim, somente são prohibidos entre nós :

1.º As doações entre conjuges; não porém os outros contractos, uma vez que não sejam simulados para fraudar a Lei.

2.º As doações, que são feitas entre conjuges depois de recebidos, e não as que forão feitas entre esposados, que depois casarão por dote e arrhas (§ seguinte n. 1º); porque, se casarão conforme o costume, os bens doados por um ao outro antes do casamento tornão-se communs depois deste, e se partem por fallecimento de qualquer delles entre os herdeiros do defunto, e o que vivo ficar; cit. Ord. pr. vers. — *E assim se fará.*

3.º As que forão feitas na constancia do matrimonio, e não as que um fez ao outro depois de separados perpetuamente por sentença do Juizo Ecclesiastico, se não tornarão a unir-se, e a viver na mesma casa como marido e mulher (§ 140).

4.º As que são feitas entre vivos, e não as que são feitas *mortis causa*.

5.º As que fazem o doador mais pobre, e o donatario mais rico, e não as que não produzem esse effeito, como, v. g., a remissão, que a mulher faz ao marido do direito de hypotheca no predio deste, para que elle o possa vender; L. 18, *D. quæ in fraud. creditor.*

8.º As que são de grande valor, e não as que consistem em modicos presentes, nem as que se fazem por commiseracão, como, v. g., para reparar a casa incendiada, para remir o marido do captiveiro, ou da prisão, etc.; Borg. Carneir. liv. 1, tit. 16, § 154, Lobão a Mell. liv. 2, tit. 10, § 4, de n. 1 a n. 28.

§ 186. RESUMO DO DIREITO PATRIO SOBRE DOAÇÕES ENTRE CONJUGES.

Resumindo a Ord. liv. 4, tit. 65, tirão-se della as seguintes conclusões :

1.ª A doação feita por um dos conjuges ao outro antes de recebidos fica revogada pelo casamento, se casarão por Carta de metade; cit. Ord. pr. vers. — *E assim se fará* — ; não porém assim, se casarão por dote e arrhas (paragapho ante-

cedente), porque então a doação fica comprehendida nas arrhas, emquanto estas não excederem os limites, que lhes fixou a Ord. liv. 4, tit. 47.

2.^a A doação feita depois de recebidos os conjuges, posto que entre elles ainda não tivesse intervindo copula, é revogavel *ad libitum* do doador, e fica revogada *ipso jure* (paragrapho antecedente), se o doador não tinha a esse tempo filho algum, e depois lhe veio a nascer d'entre ambos; cit. Ord. pr.

3.^a A doação feita depois de casados, e na existencia de algum filho nascido d'entre ambos, fica confirmada por morte do doador (se o donatario lhe sobrevive) emquanto não passar a quantia, em que é necessaria insinuação, segundo a Ord. liv. 4, tit. 62, e Alv. de 16 de Setembro de 1814, se o conjuge doador falleceo abintestado, sem ter revogado a doação, e sem deixar descendentes, nem ascendentes legitimos; ou, se os deixou, até onde a doação não exceder a dita quantia, nem offender as legitimas destes, contada a doação na massa da herança; cit. Ord. § 1.

4.^a Se o doador falleceo com testamento, em que dispoz da sua terça, sem revogar a doação, esta se computa na massa da herança para se calcular a terça e até onde esta chegar é valida a doação, reputada como legado preferivel ás disposições conteudas no testamento, sendo distribuida conforme ao mesmo testamento somente a parte que sobejar da terça depois de preenchida a doação, embora esta exceda a taxa da Lei, pois que neste caso é reputada como legado; cit. Ord. § 1, vers. — *E se o que fez a doação* — combinado com os paragraphos seguintes.

5.^a São validas desde logo as doações, que o Direito Romano exceptuou, taes como as que não fazem o doador mais pobre, nem o donatario mais rico, as que são de pequeno valor, e as que são feitas por commiseração: em qualquer destes casos não se desfalca na doação, emquanto os herdeiros poderem haver toda a sua legitima pela herança do defunto sem a terça, ou sem tanta parte da terça, que não reste della tanto, quanto a doação; cit. Ord. § 3, vers. — *Em tal caso*.

6.^a Não podendo os herdeiros haver sua direita legitima sem a doação, por esta ser superior á terça, calculada como dissemos na quarta conclusão, então desfalca-se na terça e

na doação em proporções iguaes (*soldo á livra*), quanto for mister para ser supprida a legitima; e, feito assim o desfalcamento, o que sobejar da doação havel-o-ha o donatario, e o que sobejar da terca será distribuido conforme ao testamento; cit. Ord. § 2, combinado com o § 3, no vers. — *E não bastando a terca para isso.*

§ 187. DA DOAÇÃO FEITA PELO MARIDO Á SUA CONCUBINA.

A doação de coisa movel, ou immovel, feita pelo marido á sua concubina, ou a qualquer outra mulher, com quem tinha carnal affeição, é revogavel a arbitrio da mulher em todo o tempo que estiver no poder do marido, e mais quatro annos completos contados do dia do apartamento delles por morte ou por qualquer outra maneira; sendo de notar que para a mulher poder fazer esta demanda em vida do marido, não precisa de auctoridade, nem procuração d'elle, e que a coisa, que ella assim demandar, e vencer, fica sendo sua propriedade exclusiva; Ord. liv. 4, tit. 66, Man. tit. 8, e Affons. tit. 13 (§ 127, n. 5°).

Igual direito compete á mulher no caso em que alguma coisa movel, ou immovel seja apenhada, vendida, ou por qualquer outro modo traspassada por seu marido á sua concubina, ou que por esta lhe fosse furtada, ou roubada; e se a mulher fallece em vida do marido sem ter usado desse direito, e lhe ficão filhos, ou outros descendentes, ou ascendentes, a elles compete demandar a dita coisa, se quizerem, até quatro annos contados do dia da morte da mulher; cit. Ord. vers. — *E tudo isto.*

TITULO XI.

Das Tutorias.

§ 188. NOÇÃO GERAL, E FUNDAMENTO DAS TUTORIAS.

O Direito Natural, que approva a sociedade civil como o unico meio de verdadeira e commoda existencia da especie humana, approva igualmente que a mesma sociedade, por

intermedio das auctoridades, que crea, cure com muita diligencia e zelo do bem-estar dos individuos, de que ella se compõe, defendendo-os em suas pessoas, e em seus bens, direitos, e acções; e principalmente aquelles d'entre elles, que, sendo insufficientes para si, por sua tenra idade, inexperiencia, e fraqueza, ou não tem pai conhecido, que delles cure, ou que forão pela morte de seu pai privados da sua protecção, e defesa; porquanto a sociedade, obrando assim, aperfeição e melhora de dia em dia a condição da sua existencia.

Na verdade; o Direito natural, que impõe aos pais a sagrada obrigação de proverem ao bem de seus filhos, quanto estiver ao seu alcance, necessariamente approva não só, que os pais, no desempenho dessa grande e importantissima obrigação, e em prevenção da morte, que os póde roubar a seus filhos na infancia, impuberdade, ou menoridade destes, lhes escolhão com antecipação um tutor, ou curador, que na sua falta os defenda e proteja, e cure da educação delles, e da administração dos bens, que lhes pertencerem; mas tambem que a sociedade civil não só auctorise, e sancçione por meio de suas leis essa escolha dos pais (que natural e ordinariamente deve ser a melhor possivel); mas além disso crie, e regularise uma auctoridade, que dê tutores, ou curadores aos menores, que, ou não tiverem pai conhecido, ou o tiverem perdido antes que elle tivesse tido tempo para commetter esse encargo a um amigo experimentado, em quem elle podesse confiar-se; e que lhes tome contas de sua administração, e vele incessantemente pelo bem-estar dessas infelizes creaturas; fixando por meio de boas leis as attribuições, deveres, e responsabilidade assim dessa auctoridade, como dos mesmos tutores, e curadores.

E de feito, é immenso e incalculavel o bem, que vem aos Estados do exacto cumprimento dessa obrigação, cuja importancia o mesmo Imperador Justiniano reconheceo no § 6. *Inst. de Atil. tutor. — Impuberes in tutela esse, naturali juri conveniens est, ut is, qui perfectæ ætatis non sit, alterius tutela regatur.* — E é precisamente com vistas nesse grande bem, que todas as nações civilisadas tem consagrado no respectivo Codigo de seu Direito Publico muitas disposições tendentes a regular pelo melhor modo possivel as attribuições, deveres, e responsabilidade da auctoridade orphanologica, e dos tutores, e curadores.

§ 189. O QUE SEJA TUTORIA, E SUAS ESPECIES.

Tutoria é o poder e auctoridade, que as leis conferem ao tutor para defesa do pupillo, que por sua pouca idade não se pôde defender — *Vis ac potestas in capite libero ad tueudum eum, qui per ætatem se ipsum defendere nequit* ; § 1, Inst. de tutel. ; — tutor porém é a pessoa idonea, que o pai, a Lei, ou o Juiz designa para o exercicio desse poder, e auctoridade. — *Tutores autem sunt qui eam vim ac potestatem habent, ex qua re ipsi nomen ceperunt* ; § 2, Inst. eod.

A tutoria, assim por Direito Patrio, como por Direito Romano, é *testamentaria*, *legitima* e *dativa* ; Ord. liv. 4, tit. 102. Trataremos de cada uma de per si, e primeiramente da testamentaria, que é a principal. ¹

§ 190. QUEM SÃO OS QUE ESTÃO EM TUTORIA.

Estão, ou devem estar em tutoria, somente os pupillos, isto é, os impuberes de um e outro sexo, cujo pai é morto ² natural, ou civilmente, ou está physica, ou moralmente

¹ Os vocabulos *tutoria*, *curadoria*, *tutor*, e *curador*, de que usamos, são estrangeiros, e as idéas, que elles significão, erão significadas por nossos maiores por meio das palavras — *guarda*, e *guardador* — ; Ord. Alfons. liv. 4, tit. 82, ibi — *Disserom os Sabeedores que em tres maneyras podem ser estabelecidos os Guardadores, que se chamam em Direito tutores e curadores dos moços, que ficam orfãos. A primeira é, quando o Padre estabeleceo Guardador a seu filho em testamento, a que chamam em latim tutor testamentarius, etc. Na mesma significação forão tomadas nas Leis das Partidas ; tit. 16 in princ., e LL. 1 e 2, partit. 6 ibi — Que cosa es guardar, a que dizem em latim tutela. . . . quando el padre establece guardador a su hijo en su testamento, a que lhamam en latim tutor testamentarius.*

² Dizemos — *cujo pai é morto* —, porque entre nós, assim como entre os Romanos, a tutoria, e curadoria não se exerce senão sobre orphãos de pai ; porquanto, se morre a mãe, o pai é, sim, obrigado a fazer inventario, dar partilha aos filhos, e conservar-lhes os bens, quanto a propriedade, para lh'os entregar pelo inventario, quando forem emancipados, ou casarem ; Ord. liv. 1, tit. 88. § 6 ; não se suspendem porém os effeitos do patrio poder, nem as Justças tem que se embaraçar com a administração dos bens, uma vez que o pai lhes conserve salva a propriedade ; porquanto é seu legitimo administrador, e usufructuario, emquanto tiver seus filhos em poder ; cit. Ord. § 6 ibi — *por Direito é seu legitimo administrador. . . e somente pôde gastar as rendas, e novidades dos ditos bens, emquanto tiver seus filhos em poder* —, e § 5 ibi — *e mais se for seu pai, será privado do uso e fructo de seus bens* —, e Aviso n.º 16 de 8 de Janeiro de 1856.

Exceptuão-se porém quanto aos bens castrenses, e quasi-castrenses, e adventícios extraordinarios, se algum dos filhos os tiver ; porque a respeito deste é o pai obrigado a dar conta dos seus rendimentos, por não lhe competir o usufructo delles (§ 99 in fin.).

impedido de exercer o patrio poder; (§ 91, ns. 1.º e 2.º), porquanto os puberes, isto é, os varões maiores de quatorze annos, e as femeas maiores de doze até os vinte e um annos completos, estão em curadoria, e não em tutoria; Ord. liv. 4, tit. 104, § 6 combinado com o Decreto de 31 de Outubro de 1831, § 3. *Inst. de tulet.*, pr. *Inst. de curat.* ¹

§ 191. QUANDO SE DÁ TUTOR AO IMPUBERE EM VIDA DO PAI.

Ainda que em regra não se dá tutor ao impuber em vida de seu pai, porque este é por direito seu defensor natural, e legitimo administrador, e usufructuario de seus bens (paragpho antecedente, e sua nota); comtudo varios casos ha, em que essa razão cessa, e em que por isso mesmo se deve dar tutor aos impuberes em vida de seu pai; e taes são:

1.º O de demencia, ou furor do pai; Ord. liv. 1, tit. 88, § 6 vers. — *E se o pai.*

2.º A ausencia do pai por longo tempo em logar incerto; Barbos. á cit. Ord. n. 8.

3.º A condemnação do pai a banimento, desnaturalisação, ou galés perpetuas, e em geral em cada um dos mais casos, em que se perde o patrio poder sem perder a vida, referidos no § 90.

§ 192. DA TUTORIA TESTAMENTARIA EM GERAL, E I. DE NOMEAÇÃO DO PAI.

I. A *tutoria testamentaria* é a mais frequente de todas entre familias ricas. Ella dá-se quando o pai, mãe, avô,

¹ Hoje, á semelhança dos Romanos, fazemos differença entre tutores, e curadores; porque antigamente, como o dissemos no paragpho antecedente, só usavamos da palavra *guardador*. Os Gregos tambem não tinha vocabulos proprios, que separassem a curadoria da tutoria, segundo atesta Sam. Petit. ad legg. Attic. tit. *de tutel.*

A respeito dos povos da Germania, e da Gallia atesta a mesma cousa Beyer: *Dissert. de different. tutor et curator. Jur. Germanic.*, onde diz que os antigos ignoravão a differencia entre menores, e impuberes. As nossas Leis porém a recebem do Direito Romano, e dilinirão do mesmo modo os annos da puberdade, menoridade, e idade legitima e perfeita: Ord. liv. 3. tit. 41, §§ 8 e 9, tit. 42, § ult., e liv. 4. tit. 104, § 6. Quanto á idade legitima e perfeita, ultimamente apartou-se do Direito Romano, e Patrio antigo o citado Decreto de 31 de Outubro de 1831.

avó, ou estranho, nomea em testamento tutor a seus filhos, ou netos legitimos de menor idade.

O que é dado pelo pai, ou avô, se um e outro é testavel, e perfeito e solemne o seu testamento, e se o tutor nomeado é pessoa, que por direito o póde ser, é logo tutor sem dependência de confirmação da autoridade orphanologica, e sem obrigação de dar fiança alguma ; Ord. liv. 4, tit. 102, § 1, Man. liv. 1, tit. 67, § 20, Affons. liv. 4, tit. 82, pr. *Inst. de satisdat.*, e LL. 1 e 2. D. *de confirmand. tutor.* ¹

§ 193. II. DE NOMEAÇÃO DA MÃE, AVÓ, PAI NATURAL, E ESTRANHO.

II. O tutor testamentario dado pela mãe, ou avó, a seu filho, ou netto, ou pelo pai a seu filho natural, ou por estranho ao pupillo estranho, que instituiu herdeiro, precisa de confirmação (Ord. liv. 4, tit. 102, § 2, e Man. liv. 1, tit. 67, § 21), a qual consiste em uma summaria inquirição sobre a capacidade civil, idoneidade, e faculdades do tutor, e sentença confirmatoria da sua nomeação; e deve ser mais escrupulosa a respeito do tutor dado por estranho: porque a lei justamente presume que os pais tomãc por seus filhos maior interesse, do que os estranhos, e que esse mesmo interesse os excita a excogitar e abraçar a favor delles o melhor conselho; Lobão a Mell. liv. 2, tit. 11, § 7.

§ 194. QUE PESSOAS NÃO PODEM SER DADAS POR TUTORES EM TESTAMENTO.

Não podem ser dados por tutores em testamento os seguintes:

1.º Os Doutores em Leis, Canones, e Medicina; Ord. liv. 4, tit. 104, § 5.

¹ O Juiz de Orphãos deve informar-se sobre a capacidade civil, idoneidade, e faculdades do tutor testamentario, e regental-o, se adquirir certeza de que é pessoa, que por direito não o póde ser; porquanto esse dever lhe é imposto nas palavras do cit. § 1 da ord. liv. 4, tit. 102. — *E saberá, outrosim, se deixou por tutor, ou curador pessoa, que por direito o póde ser.*

Sendo porém pessoa, que por direito o póde ser, não é necessaria nenhuma confirmação expressa, qual se requer nos casos do § 2, da cit. Ord.; e sem exigencia de fiança alguma deve o Juiz mandar-lhe entregar por inventario feito perante elle todos os bens dos seus tutelados; Ord. cit. in princ.; LL. 1, 2, 4, e 7. D. *de confirm. tutor.*

2.º O demente, ou furioso, o inimigo do orphão ¹, o escravo ², e o Religioso; Ord. liv. 4, tit. 102, § 1.

3.º O que é pobre ao tempo da facção do testamento, se não tiver qualidades, que supprão a falta da riqueza. ³

4.º Os impedidos de algum impedimento perpetuo (cit. Ord. § 1), taes como os mudos-surdos, os cegos, os paralyticos, os condemnados a galés, ou prisão perpetua.

5.º Os estrangeiros, e os Brasileiros, que estão privados de todos os seus direitos de Cidadão Brasileiro, como os banidos, e os desnaturalizados; porquanto a tutoria é um munus publico, que requer na pessoa, á quem é commettido, que esteja no gozo e livre exercicio de todos os direitos civis, que requerem authoridade do Direito Civil Brasileiro; condição, que não se dá nem nos estrangeiros, nem nos Brasileiros banidos, ou desnaturalizados; Ord. liv. 2, tit. 26, § 28, liv. 4, tit. 81, § 6, Constit. art. 7, e Aviso de 8 de Junho de 1837 (§§ 33, 34, 35, e 36).

6.º O filho-familias, e o menor de vinte e um annos completos, aindaque tenha impetrado Carta de supprimento de idade; Ord. liv. 4, tit. 104, § 3, harmonisado com o Decreto de 31 de Outubro de 1831: a nomeação porém de cada

¹ O credor, ou o devedor do orphão, e o que traz demanda com elle, é suspeito de parcialidade e infidelidade da mesma sorte, que o inimigo; e por isso deve-se julgar comprehendido na razão da disposição da lei.

² O escravo, á quem o testador, seu senhór, deu a liberdade por disposição de sua ultima vontade, muito bem pôde ser nomeado tutor; § 1. *Inst. qui testam. tutor. dar. poss.*

Isto porém, entre nós entende-se no caso de ter o tal escravo, assim libertado, as demais qualidades necessarias para o bom desempenho da tutoria, o que raramente se achará em algum dos nossos escravos.

³ É assim que devemos entender as palavras da Ord. liv. 4, tit. 102, § 1 — *ou pobre ao tempo do fallecimento do defunto* —; porquanto, se o tutor nomeado pelo testador, *maxime* se este é pai legitimo, já era pobre ao tempo da facção do testamento, e se o *Juiz* *houver por verdadeira informação que elle é pessoa honesta e digna de fé, e que bem rege e governa sua pessoa e fazenda*, deve-se presumir que o testador o nomeou por consideração dessas qualidades; e portanto deve-se-lhe commetter a tutoria, emquanto não fizer cousa por onde ella lhe deva ser tirada; cit. Ord. § 1 vers. — *E onde tutor* — e § 5, vers. — *E não sendo abonado*.

Pelo contrario, se o tutor nomeado era rico ao tempo da facção do testamento, e se acha pobre ao tempo da morte do testador, certamente não se lhe deve commetter a tutoria; porquanto deve-se suppr, que a riqueza tambem influio mais ou menos na escolha do testador. A mesma cousa se deve entender no caso de alguma outra mudança no estado do nomeado, como, v. g. se ao tempo da morte do testador se acha interdito, ou ausente em lugar incerto.

um deste produz os seus effeitos, se ao tempo da morte do testador o nomeado já for *sui juris*, ou emancipado; cit. Ord. liv. 4, tit 102, § 1 ibi — *ao tempo do fallecimento do defunto.* ¹

7.º As mulheres; cit. Ord. § 3 in fin; exceptua-se porém a mãe, e avó, se viverem honestamente, e renunciarem ao beneficio do Senatusconsulto Velleano, obrigando-se ao mesmo tempo, que, havendo de contrahir novas nupcias, pedirão ao Juiz que nomeie novo tutor; cit. Ord. §§ 1 e 3.

§ 195. DA TUTORIA TESTAMENTARIA EX DIE, AD DIEM, E SUB CONDITIONE.

A tutoria testamentaria *ex die*, ou *a certo tempore, ad diem*, ou *usque ad certum tempus*, e a tutoria *condicional*, ou *sub conditione*, admittidas pelo direito justiniano no § 3, Inst. *Qui testam. tutor. dar. poss.*, e na L. 8, § 2, D. *de testam. tutel.*, póde muitas vezes ser mais util ao pupillo, do que a legitima, ou dativa; como, v. g., quando o testador, tendo bem fundada confiança em um amigo, que elle sabe que ha de estar ausente em logar longiquo por dois ou tres annos da data do testamento, o nomea tutor a seus filhos, para o ser desde que chegar (*ex die*); ou quando, sabendo que um seu amigo tem de se ausentar, v. g., ao fim de seis annos, o nomea tutor, emquanto não se ausentar (*ad diem*); ou quando emfim, sabendo, que seu amigo tem pendente em Juizo um litigio de grande valor, ou que tem contractado esponsaes com Maria, tia de seus filhos, nomea um, ou outro por tutor a seus filhos, aquelle debaixo da condição eventual — *se vencer o litigio* —, e este debaixo da condição mixta — *se casar com Maria, minha irmã.*

¹ Por Direito Romano assim o menor, como o furioso, dado por tutor em testamento, era effectivamente tutor logo que recobrava o perfeito uso da razão, ou tinha chegado á idade legitima (§ 2, Inst. *Qui testam. tutor. dar. poss.*), e entretanto dava-se ao menor o tutor, ou curador Atiliano, pela regra da L. 11, D. *de testam. tutel.*, a qual não dava lugar á tutoria legitima, emquanto havia esperanza da testamentaria.

Nesta parte o Direito Romano não foi recebido entre nós; porquanto a ord. liv. 4, tit. 102, § 1, expressamente exige que o tutor nomeado em testamento seja ao tempo da morte do testador pessoa tal, que por direito o possa ser; e isso sem duvida, porque ãa falta de tutor idoneo, que possa logo entrar no exercicio da tutoria, é manifestamente mais razoavel, que o encargo della seja committido definitivamente a outra pessoa, que bem o possa desempenhar, na forma da cit. Ord. §§ 1, e seguintes.

Em taes casos pois, e outros semelhantes, parece-nos que muito bem se póde admittir taes tutorias, nomeando o Juiz aos pupilos, nos intervallos, um tutor legitimo, ou dativo. Quanto porém á nomeação de tutor sob condição impossivel, a condição reputa-se não escripta, porque ha absurdo na admissão de semelhante condição.

§ 196. DA TUTORIA LEGITIMA.

Á tutoria testamentaria segue-se a *legitima*, assim chamada, porque é fixada pela lei entre os parentes do pupillo, que podem vir a succeder-lhe abintestado.

Esta por Direito Romano era differida :

1.º Aos agnatos; *Inst. de legitim. agnator. tutel.*

2.º Aos patronos, a respeito de seus libertos impuberes; *Inst. de legitim. patronor. tutel.*

3.º Aos pais, a respeito do filho, ou filha, que emanciparão na impuberdade; *Inst. de legitim. parent. tutel.*

4.º Aos tutores *fiduciarios*, assim chamados em razão da confiança, que as leis punhão na affeição natural de taes tutores para com o pupillo; e taes erão :

1.º O pai, e na falta deste o tio paterno do pupillo, por morte do avô paterno, que o tinha emancipado.

2.º O irmão mais velho do pupillo por morte do pai, que o tinha emancipado; *Inst. de tut. fiduciar.*

Como porém as nossas leis não fação differença entre *agnatos*, e *cognatos* (e até o Imperador Justiniano já a tinha abolido na Novell. 118, cap. 5, assim na successão hereditaria, como nas tutorias); e como, por outro lado, os pais não tenham, entre nós, o poder de emancipar seus filhos na impuberdade, ou idade pupillar, nem o irmão, fallecido o pai, seja tutor fiduciario, mas legitimo de seu irmão impubere; é visto que dessas especies de tutorias só a dos patronos póde ter applicação entre nós com relação aos filhos dos seus libertos, ou a estes mesmos, se forem impuberes ao tempo de sua alforria.

Por Direito Patrio a tutoria legitima é deferida a mãe; avô, ou avó, ou algum dos outros parentes do pupillo; por que o pai, emquanto vive, exceptuado o caso de algum legitimo impedimento, é defensor natural, e legitimo admi-

nistrador de seus filhos menores ; Ord. liv. 1, tit. 88, § 6, (§ 191).

§ 197. DEFFERE-SE: I. Á MÃE, AVÔ, OU AVÓ.

I Não tendo o pai dado tutor a seus filhos menores em testamento solemne e perfeito, é deferida a tutoria delles á mãe, se viver honestamente, e a quizer ter, obrigando-se perante o respectivo Juiz de Orphãos de bem e fielmente administrar as pessoas e bens de seus filhos, e que, havendo de tornar a casar, lhe pedirá antes de o fazer que lhes dê tutor, ou curador; e além disso renunciando ao beneficio do Senatusconsulto Velleano, e dando fiança bastante á fazenda dos pupillos, no caso de não ter bens sufficientes para segurança della; Ord. liv. 1, tit. 62, § 37, e liv. 4, tit. 102, § 3.

Na falta, ou incapacidade da mãe, defere-se ao avô, e na falta, ou incapacidade do avô, defere-se á avó, se a quizer ter, obrigando-se pelo mesmo modo, que dissemos a respeito da mãe; cit. Ord. liv. 4, tit. 102, § 3, e tit. 104, pr., Man. tit. 67, § 22, deduzida da Novell. 118, cap. 5, e da *Authent. Matr. et avicæ*: e Cod. *quand. mul. tutel. offic. fung. pot.* ¹

§ 198. AOS PARENTES MAIS PROXIMOS EM GRAU, E MAIS IDONEOS.

Se a mãe, ou avó na falta do avô, não quizerem encarregar-se da tutoria de seus filhos, ou nettos; Ord. liv. 4, tit. 102, § 3 *ibi—e quizerem—*; ou se não tiverem as qualidades, ou não prestarem as garantias exigidas nessa mesma Ordenação e paragrapho, defere-se então á algum dos outros parentes mais proximos em grau,

¹ Pela nossa legislação antiga a tutoria legitima só era deferida á mãe, ou avó, na forma acima declarada, pelo respectivo Juiz de Orphãos, quando a fazenda de seus filhos, ou nettos, não excedia a quantia de sessenta mil réis, triplicada pelo Alvará de 16 de Setembro de 1814; porquanto, se excedia essa quantia, devia ser requerida a tutoria ao Desembargo do Paço, cit. Ord. liv. 1, tit. 62, § 37, e Regim. do Desembargo do Paço, § 112. Hoje em todos os casos compete ao Juiz de Orphãos de cada Termo, ou Municipio; Lei de 22 de Setembro de 1828, art. 2 § 4, e Regul. n.º 143 de 15 de Março de 1842, cap. 4; assim como tambem ao Juiz de Direito em correição; Regul. n.º 834 de 2 de Outubro de 1851, cap. 5.

sem diferença entre agnatos e cognatos ¹ preferindo o Juiz dentre os que os orphãos tiverem no termo do seu domicilio o mais idoneo e pertencente para isso, o qual é obrigado a prestar fiança, e não se pode escusar de aceitar a tutoria, salvo no caso de justa e legitima razão de escusa; Ord. liv. 1, tit. 88, §§ 3, e 13, liv. 4, tit. 102, §§ 5 e seguintes, e tit. 104 *per totum*.

O parente mais chegado, que se escusa da tutoria sem alguma das legitimas causas mencionadas na cit. Ord. liv. 4, tit. 104, perde o direito de succeder ao pupillo, ou pupillos, no caso de virem a fallecer na idade pupillar; cit. Ord. tit. 102, § 6.

§ 199. DA TUTORIA DATIVA.

Na falta de tutor testamentario, e de tutor legitimo, tem lugar o dativo, ou Atiliano, que o Juiz de Orphãos deve nomear *ex officio* dentro de um mez, do dia, em que os menores ficarão orphãos; Ord. liv. 4, tit. 102, pr., e § 7, Man. liv. 1, tit. 67, §§ 17 e 27, e Affons. liv. 4, tit. 85. ² Não deve porém nomear estranho, emquanto houver no lugar algum parente dos Orphãos, que possa bem desempenhar o encargo da tutoria; cit. Ord. § 5 vers. — *E emquanto*.

Esta funcção, e as demais que se comprehendem na jurisdicção do Juizo de Orphãos, pertencem ao Juiz de Orphãos do Termo, ou Municipio do domicilio dos orphãos, ainda que outro fosse o domicilio do defunto (§ 328, nota),

¹ Os agnatos não preferem entre nós aos cognatos, que estão no mesmo grão, por virtude dessa qualidade, se não tiverem a de serem mais idoneos e mais pertencentes para a tutoria; cit. Ord. tit. 102, § 5 vers. — *E se tiver*.

E nada obsta a esta doutrina a Ord. liv. 1, tit. 88, § 13, nas palavras — *E havendo dois em igual grau, precederá o da parte do pai, que for mais abastado* —; porquanto aqui a precedencia é dada pela razão da maior abastança, qualidade, que, se se der no da parte da mãe, dará igual precedencia a este, como se segue *a contrario sensu* dessa disposição.

No caso pois de haver um agnato, e um cognato no mesmo grau, deve o Juiz escolher o que for mais abastado, ou o que o for bastantemente, ainda que não tanto, quanto o outro, se por verdadeira informação conhecer que é pessoa mais honesta e digna de fé, e que rege e governa melhor sua pessoa e fazenda; cit. Ord. § 5 vers. — *E não sendo abonado*.

² As pessoas, que não podem ser dadas por tutores em testamento, indicadas no § 194 e suas notas, também não podem ser encarregados da tutoria legitima, nem da tutoria dativa.

e não são do logar, onde os seus bens, ou alguns delles estão situados, em cujo caso o primeiro deve deprecar ao desse lugar que lhes dê curador, e lh'os faça entregar por escripto ; Ord. liv. 1, tit. 88, §§ 3, 4, e 24, e liv. 4, tit. 102, § 8, combinado com o § 5 da Ord. liv. 3, tit. 11.

§ 200. DA TUTORIA PACTICIA.

Como á qualidade de pai seja inherente a obrigação de prover ao bem-estar de seus filhos em todo e qualquer evento (§ 188), o pai, por Direito Natural, não só pôde, mas deve dar tutor idoneo a seus filhos menores *por meio de pactos*, para que os tome sob sua guarda, e protecção no caso que elle falleça, ou se inhabilite por doença, ou por outra causa durante a menoridade delles.

Dissemos *por meio de pactos* ; porque as disposições testamentarias são insufficientes, quando lhes falta o auxilio, e protecção das leis civis, ao que accresce que nem sempre os pais tem facilidade de fazer testamento. ¹

§ 201. DAS PESSOAS QUE PODEM ESCUSAR-SE DA TUTORIA.

Podem escusar-se de toda a especie de tutoria, d'entre as pessoas habeis para o bom desempenho desse encargo, as seguintes :

1.º O pai, ou avô, que tiver em seu poder cinco filhos ou nettos legitimos, entre varões e femeas, contando-se nesse numero os que tiverem morrido na guerra, ou indo para ella ; Ord. liv. 4, tit. 104 pr.

¹ Chama-se *tutoria pacticia* o encargo de guardar e defender os filhos impuberes de outrem, e de curar de seus bens, que a pedido do pai alguém prometteo tomar sobre si no caso, em que o pai falleça ou se inhabilite para isso, por doença, ou outra causa, durante a menoridade delles ; § 9, *Inst. de excusat. tutor.*, L. 15, § 1, D. *eod.*

As nossas leis não fazem menção desta especie de tutoria : todavia, como ellas tem em grande conta a tutoria testamentaria do pai pela confiança, que põem no amor paterno ; por identidade de razão a tutoria pacticia do pai, na falta da testamentaria, um vez provada legalmente, deve ser preferida com esta á tutoria legitima e dativa, se o tutor pacticio for idoneo e pertencente para isso ; porquanto em tal caso deve-se respeitar o juizo do pai como de pessoa interessada mais que ninguem na felicidade de seus filhos ; *Gam. Decis.* 231, *Valasc. Consult.* 7, *Pinheir. de testam. Disp.* 2, *sect.* 4, § 5, e *Disp.* 6, *sect.* 3, § 3.

2.º Os membros, officiaes, e empregados dos Tribunaes de Justiça, Juizes de Direito, Municipaes, e de Orphãos, e seus Escrivães, e em geral todos os demais empregados da Justiça, como Promotores Publicos, Procuradores, Contadores, Carcereiros, etc.; cit. Ord. § 1.

3.º Os membros, officiaes, e empregados dos Tribunaes, e Repartições de Fazenda; cit. Ord. § 2.

4.º Por identidade de razão, todos os demais funcionarios publicos civis, politicos, ecclesiasticos, e militares, e em geral, todos os que servem no exercito e marinha.

5.º Os maiores de setenta annos; cit. Ord. § 3.

6.º Os que padecem enfermidades chronicas, que os impossibilitem; cit. Ord. § 4.

7.º Os doutores em Leis, Canones, e Medicina, aos quaes até é vedado aceitar-a, para que ella não os distruia de suas importantes *funções*; cit. Ord. § 5. Esta ultima especie de escusa chama-se *necessaria*.

§ 202. DA FIANÇA DOS TUTORES.

Os tutores nomeados pelo pai, avô, ou mãe, em testamento solemne e perfeito não são obrigados a prestar fiança; Ord. liv. 4, tit. 102, *in fin*, e § 2. O avô encarregado da tutoria testamentaria ou legitima de seus nettos tambem não é obrigado a presta-la; cit. Ord.

A mãe porém, e a avó são obrigadas a presta-la no caso de não terem bens de raiz correspondentes à fazenda dos pupillos; Ord. liv. 1, tit. 62, § 37, e liv. 4, tit. 102, § 3 vers. — *E não tendo*.

Os outros tutores, quer testamentarios, quer legitimos, tambem a devem prestar, além da caução juratoria, que é commum a todos, porque a tutoria é munus publico; cit. Ord. tit. 102, § 5 vers. — *Porém antes* — e vers. — *E além disto*.

São porém dispensados da fiança, se tem bens de raiz bastantes, e os obrigão à tutoria por termo, ou auto lavrado nos autos do inventario, e assignado pelo Juiz, e pelo tutor, e duas testemunhas, o qual tem a mesma fé, que a escriptura publica; cit. Ord. § 3; vers. — *E não tendo* —, e § 5, vers. — *Porém, se o tutor*.

Tambem são dispensados da fiança os tutores testamen-

tarios, e legitimos, que não sendo abonados, jurarem aos Santos Evangelhos que não podem achar fiador, se ao mesmo tempo o Juiz se convencer por verdadeira informação, que a pessoa, de que se trata, é honesta e digna de fé, e que bem rege, e governa sua pessoa, e fazenda ; cit. Ord. § 5, vers. — *E não sendo.*

Os bens, que o tutor, ou seu fiador obriga á fiança, devem ser situados no Districto, ou Municipio, onde se contrahe a obrigação ; Alvará de 24 de Julho de 1713, § 10 : um e outro porém póde obter dispensa (hoje, do respectivo Juiz de Orphãos) para obrigar seus bens á fiança, ainda que situados fóra do Districto ; Regim. do Desembargo do Paço §§ 112 e 114, e Lei de 22 de Setembro de 1828 art. 2, § 4, *in fin.*

Quanto aos tutores dativos, estes não são obrigados á prestar fiança, bastando que sejam abonados, discretos, e dignos de fé, a juizo do respectivo Juiz de Orphãos ; cit. Ord. § 7, onde não se faz menção de fiança, e sómente o § 9, sujeita taes tutores á prisão, quando, finda a tutoria, e acabada a conta, que devem dar, não entregarem ao novo tutor até os nove dias primeiros seguintes todos os bens, e rendas dos orphãos, até quo da cadêa com effeito paguem, e entreguem tudo.

§ 203. DO OFFICIO, AUCTORIDADE, E ADMINISTRAÇÃO DO TUTOR.

O *officio* do tutor é quasi o mesmo que o de pai, em cujo logar succede. no que pertence á auctoridade, e administração, que lhe é conferida pela Lei, e pela confirmação, ou nomeação do Magistrado.

A *auctoridade* do tutor diz respeito aos actos judiciaes, e extrajudiciaes do pupillo, para que tenham effeito, e validade ; Ord. liv. 3, tit. 29, § 1, e tit. 41, §§ 8 e 9 : e comprehendendo o poder de approvar, e confirmar os actos, que o pupillo fez por si só com evidente proveito seu, sendo bastante para isso qualquer consentimento, ou expresso, ou mesmo tacito, prestado na practica do acto, ou depois da consumação d'elle por escripto, carta, ou mensageiro. Não era assim por Direito Romano no tit. da Inst. de *auctor. tutor.*, e nas Pand. de *auctorit. et consens. tuter. et curator.*

A *administração* porém refere-se aos bens, e á pessoa do

pupillo, e principalmente a esta. Deve portanto o tutor educar liberalmente o pupillo segundo a qualidade da sua pessoa, e fazenda, ou applical-o a algum officio mechanico, se for pobre; e defendêl-o de toda a injustiça assim em Juizo, como fóra delle; Ord. liv. 1, tit. 38, §§ 10, 13, 15, 16 e 18, e liv. 3, tit. 29, § 1, e tit. 41, §§ 8 e 9; e quanto aos seus bens, deve administral-os como bom e diligente pai-familias, e observar exactamente tudo quanlo a este respeito está providente e sabiamente determinado na Ord. liv. 1, tit. 88, §§ 22 e seguintes.

O pupillo pois adquire direito ao cumprimento da promessa alheia, que acceitou, e que lhe traz proveito (§ 207 *in fin*); não se obriga porém a si proprio sem actoridade de seu tutor; este porém pôde fazer quasi tudo sem o consentimento do pupillo, comprehendida a adição da herança, e outros semelhantes actos mais solemnes por Direito Romano; Thomas. not. *ad inst.* liv. 1, tit. 21.

Nas cousas porém de grande momento, como esponsaes, demandas judiciais, nomeação de procuradores judiciais, e extrajudiciais, e em tudo, que pôde trazer damno ao pupillo, este deve ser ouvido desde que tiver tocado a idade da puberdade; Ord. liv. 3, tit. 29, § 1, e tit. 41, § 8.

Em cousas momentosas, como essas, e quaesquer outras de maior importancia é tambem necessario o consentimento e decreto do Juiz de Orphãos; porque, ainda que por Direito Romano só era necessario o decreto do Magistrado, quando se tratava de alienação de bens de raiz, ou de cousas preciosas do pupillo; comtudo entre nós requer-se auctoridade, consenso, e decreto do Juiz assim para a alienação dos moveis, como dos immoveis, para a locação, ou arrendamento destes, para dar dinheiro a juros, para contrahir, e distractar dividas, para assoldadar o pupillo, para o seu casamento, e outras cousas semelhantes; Ord. liv. 1, tit. 88, §§ 22 e seguintes; menos porém na alienação de cousas susceptiveis de prompta corrupção, no pagamento de dividas, que devem ser pagas em tempo fixo, como rendas; ou pensões annuaes, juros, e outras cousas, sobre que não ha duvida, e que não dependem de previo conhecimento, e decisão do Juiz.

§ 204. DA RESPONSABILIDADE DO TUTOR, DA OBRIGAÇÃO DE DAR CONTA, E ONDE DEVE RESPONDER.

O tutor é responsavel por todo o damno, que o seu pupillo receber por sua culpa, ou negligencia ; Ord. liv. 3, tit. 41, § 3, *ibi* — e *haver emenda do damno, que por culpa, ou negligencia do seu tutor, ou curador receber* — Cald. ad leg. *Si curatorem* 3, *verbis* — *sine curatore* — ns. 6 e 7 ; e para esse fim póde ser demandado ou no fôro do seu domicilio, ou perante o Juiz, por quem foi dado tutor ; Ord. liv. I, tit. 88, § 49, e liv. 3, tit. 11, § 3.

Perante o mesmo Juiz é obrigado a dar contas da sua administração nos seguintes termos :

1.º O dativo, de dois em dois annos ; Ord. liv. 1, tit. 88, § 49, e liv. 4, tit. 102, § 9.

2.º A mãe, ou avó, no mesmo tempo ; Ord. liv. 1, tit. 62, § 37.

3.º Os demais tutores legitimos, e testamenteiros, de quatro em quatro annos ; *cit.* Ord. liv. 1, tit. 88, § 49.

4.º Além disso, uns e outros, quando o Juiz for informado que o tutor rege mal a tutoria (*cit.* Ord. tit. 88, § 50), e quando o orphão for emancipado ; *cit.* § 49, *in fin.*

Esta obrigação é transmissivel aos herdeiros do tutor ; Pon. cap. 3, n. 3, e Guerreir. tract. 4, liv. 1, cap. 2, n. 68, e Ord. liv. 3, tit. 41, § 9, *verbis* — e *por seus bens.... ou de seus herdeiros*. Quanto ao pai administrador dos bens do filho, veja-se o § 210.

§ 205. DA RESPONSABILIDADE DOS FIADORES, E DO JUIZ.

Os *fiadores* do tutor tambem são responsaveis *in solidum* pelo damno, que o pupillo receber por culpa, ou negligencia do seu tutor ; Ord. liv. 4, tit. 102, § 5, *ibi* — *dará fiador abonado, que por elle se obrigue* — ; e podem ser demandados para esse fim, não pelo pupillo, que não póde estar a Juizo (Ord. liv. 3, tit. 41, § 8), mas pelo tutor, ou curador, que se seguir ao tutor alcançado ; L. 9, § 6, D. *de tut. et rat. distrah.* ; e perante o Juizo da fiança ou do seu domicilio, segundo mais convier ao novo tutor ; Ord. liv. 3, tit. 11, § 3.

O mesmo Juiz de Orphaos, perante quem forão dadas as contas, tambem póde *ex officio* constranger o fiador a res-

ponder perante elle pela damno causado pelo tutor seu affiançado: Schilt. *exercit. ad Pand.* 37, § 174.

Da mesma sorte, o Juiz de Orphãos tambem é responsavel subsidiariamente pelos damnos, e prejuizos, que por sua culpa, ou negligencia os menores receberem; Ord. liv. 1, tit. 88, § 3, vers. — *E o Juiz* — § 16, vers. — *E o Juiz* —, § 24, vers — *E faça* — § 26, vers. — *E vendendo-se* — § 44, vers. — *E mais* — liv. 3, tit. 41, § 9, ibi — *por seus bens, ou do Juiz, que o deo, ou de seus herdeiros* — e liv. 4, tit. 102, § 8, vers. — *E faça o dito Juiz*.

§ 206. DA EXCLUSÃO, E REMOÇÃO DO TUTOR.

A exclusão differe da remoção do tutor; porquanto *exclue-se* sómente o tutor testamentario, ou legitimo, que ainda não tomou conta da tutella, e que segundo o direito não pôde ser tutor; Ord. liv. 4, tit. 102, § 1, ibi — *E saberá outrosi, se deixou por tutor, ou curador pessoa que por direito o pôde ser* —, e § 5, in fin. — *E emquanto for achado parente do orphão idoneo e pertencente para ser seu tutor, não seja constrangido a isso algum estranho* —, e tit. 104: e remove-se aquelle que já começou a servir; cit. Ord. tit. 102, § 1, ibi — *emquanto o fizer bem, e como deve, a proveito do orphão, ou menor; e não fizer cousa, por que deva ser tirado da dita tutoria, ou curadoria* —, e § 9, in fin. — *E assi se faça cada vez que algum tutor for removido*.

As causas para uma e outra são as mesmas, que já foram indicadas nos §§ 194 e 201; mas além dessas pôde ser causa para a remoção a incapacidade, negligencia, infidelidade, ou fraude do tutor na gerencia da tutella. Elle porém deve ser ouvido, e motivada a decisão, da qual pôde appellar sem suspensão da sua execução.

§ 207. DAS FUNÇÕES DO TUTOR: E I. EMQUANTO Á PESSOA DO PUPILLO.

I. As funções do tutor reduzem-se á direcção da pessoa, e administração dos bens do pupillo.

Emquanto á pessoa, a direcção consiste;

1.º Em cuidar, com o zelo, e fidelidade de um bom pai de familia, da sua criação, e educação, conforme as suas
ildades.

2.º Em pol-o a aprender algum officio, se as circumstancias, e qualidade, o exigirem, e permittirem.

3.º Em vigiar o seu procedimento, e corrigil-o moderadamente, quando for necessario, como faz um bom pai a respeito de seu filho ; Ord. liv. 1, tit. 88, §§ 10 e seguintes.

4.º Em represental-o em todos os actos judiciaes, e extrajudiciaes, em que for interessado, emquanto for impubere; e completar a sua personalidade juridica a respeito dos mesmos actos, auctorisando-os com a sua assistencia, ou consentimento expresso, desde que for pubere até que seja emancipado, ou casado; Ord. liv. 3, tit. 29, § 1, e tit. 41, § 8.

Cabe porém notar aqui de passagem, que, aindaque os contractos do menor sejam nullos, quando não interveio a auctoridade do tutor, ou curador, comtudo, se lhe forem proveitosos, a parte não póde impugnal-os com este fundamento (§ 203); L. 38, pr. D. *de pact.*, pr. *Inst. de auct. tutor.*, L. 34, Cod. *quand. ex fact.*

§ 208. II. EMQUANTO AOS BENS DO PUPILLO.

II. Na administração dos bens do pupillo o tutor deve igualmente haver-se com o cuidado, diligencia, zelo, e fidelidade, que um bom pai de familia costuma ter na administração dos bens de seus filhos; L. 39, § 3, D. *de admin. et peric.* É por tanto obrigado :

1.º A curar da conservação, e melhoramento dos predios do pupillo, cobrar a tempo os seus rendimentos, e satisfazer os seus encargos; e em geral bem aproveitar tudo o que pertence ao seu tutelado.

2.º Vender opportunamente por seus justos preços, por auctoridade do Juiz, e em praça publica, os bens moveis, que for mais proveitoso venderem-se; Ord. liv. 1, tit. 88, § 25; e por auctoridade propria, e pelos preços do mercado os fructos, e novidades assim dos outros moveis, como dos de raiz.

3.º Arrendar os bens de raiz a quem mais der, em praça publica, e com auctoridade do Juiz, ou aproveitall-os, se não derem por elles cousa arrazoada; cit. Ord. § 23.

4.º Responder por meio de seus proprios bens pelas dam-

nificações, que soffrerem por sua culpa os do seu pupillo, pelas dissipações dos seus fructos, e rendas, e até mesmo pelos fructos, que se podião colher, e que não forão colhidos, por sua negligencia, incuria, ou deleixo; cit. Ord. § 22, e L. 3, § 2, D. *de admin. et peric.*

§ 209. DOS MODOS POR QUE A TUTORIA ACABA.

A tutoria acaba, da parte do tutelado, por qualquer dos seguintes modos, ou causas :

1.º Pela sua morte ; e então compete aos seus herdeiros obrigar o tutor a dar contas com effectiva entrega dos bens, e da somma, em que se achar alcançado, procedente dos rendimentos, e de cobranças de creditos (cit. Ord. liv. 1, tit. 88, §§ 23 e seguintes).

2.º Pelo facto de ter entrado na idade da puberdade, a qual começa, nos varões aos quatorze, e nas femeas aos doze annos completos ; Ord. liv. 4, tit. 81, pr. ; porquanto desde então o menor já começa a gozar de direitos, de que não gozava na impuberdade ; e por isso, na linguagem juridica, não está mais em tutoria, mas começa a estar em curadoria ; Ord. liv. 3, tit. 29, § 1, e liv. 4, tit. 104, § 6.

Neste caso porém o mesmo tutor, até então conservado no exercicio desse encargo, continúa no exercicio de suas funcções como curador, sem necessidade de outra expressa auctorisação do respectivo Juiz de Orphãos, bastando o seu tacito consentimento, emquanto não for removido por alguma das causas indicadas no § 206, ou exonerado a pedido seu, no caso de ser tutor dativo, e de estar findo o biennio, por que era obrigado a exercer esse encargo ; Ord. liv. 4, tit. 102, §§ 1 e 10.

Da parte porém do tutor a tutoria acaba :

1.º Pela morte natural do mesmo tutor, ou por algum outro impedimento, por que não possa de facto, ou de direito exercer esse encargo (§ 194, ns. 4 e 5).

2.º Pela verificação da condição (§ 195).

3.º Pela remoção (§ 206).

4.º Pela terminação do biennio, na tutoria dativa, se o tutor não quer continuar, tendo exercido bem a tutoria : cit. Ord. §§ 9 e 10.

5.º Pelas segundas nupcias da mãe, ou avó tutora ; cit. Ord. § 3.

§ 210. DAS CONTAS DO TUTOR, E EXECUÇÃO PELO ALCANCE.

Pela natureza da tutoria todo o tutor, assim testamentario, como legitimo, ou dativo, é obricado a dar contas, com effectiva entrega dos bens, e da somma, em que estiver alcançado, se o seu encargo é findo ; assim como, nesse caso, o menor é obrigado a indemnisal-o, se lhe dever ; ou sem essa entrega, se o seu encargo ainda não é findo.

Para esse fim (na primeira hypothese figurada) o tutor tem a acção *directa*, e o menor a acção *contraria de tutela*. Entre nós porém são pouco usadas essas acções, porque o seu fim consegue-se de ambas as partes pelas contas, que o Juiz de Orphãos deve tomar *ex officio* ao tutor em cada um dos casos, e epochas declaradas nos §§ 204 e 209 : e isso ainda que o testador o tenha desobrigado de dar contas, (argum. Ord. liv. 1, tit. 62, pr., L. *quidam*, L. 5, § 7, D. *de admin. tut.*), e aindaque o menor transigisse com o tutor sobre ellas ; Peg. á Ord. liv. 1, tit. 88, § 24, gloss. 26, n. 55.

Se a mãe torna a casar sem dar contas da tutoria, os bens do marido são obrigados ao alcance, que dellas resultar ; L. *Si mater Cod. quib. caus. pign.* Mend. I. liv. 3, cap. 21, n. 28. Se o tutor, citado para as dar dentro de determinado prazo, não o faz, sequestrão-se-lhe seus bens, ou se lhe tomão as contas a sua revelia, se bem se poder fazer á vista das contas anteriores, e informação jurada do menor, e outras pessoas ; Peg. For. cap. 3, n. 703.

O pai porém não é obrigado á dar conta dos rendimentos dos bens adventicios do filho, que está sob seu poder ; not. 89.

§ 211. DA TUTORIA DO IMPERADOR MENOR.

A tutoria do Imperador menor é conferida a quem seu pai lhe tiver nomeado em testamento ; na falta deste á Imperatriz mãe, enquanto não tornar a casar ; e faltando esta á Assembléa Geral Legislativa compete nomear-lhe tutor, comtanto que nunca seja tutor aquelle a quem possa tocar

a successão da Corôa na falta do Imperador ; Constituição, art. 130.

O referido direito de nomear tutor em testamento ao Imperador menor compete assim ao Imperador marido da Imperatriz Imperante, como ao Imperador Imperante, já porque é inherent e à qualidade de pai, e já porque a Constituição não fez distincção.

TITULO XII.

Das Curadorias.

§ 212. O QUE SEJA CURADOR.

Curador, em differença de *tutor*, se diz aquelle, a cujo cuidado é commettida a guarda, e defesa, não do pupillo, ou impubere, mas do menor pubere orphão de pai, e juntamente a administração dos seus bens ; Ord. liv. 4, tit. 104, § ult.

Á exemplo dos menores tambem se dão curadores :

- 1.º Aos dementes, ou furiosos, declarados taes por sentença ; Ord. liv. 4, tit. 103.
- 2.º Aos prodigos, privados da administração dos seus bens ; cit. Ord.
- 3.º Aos bens dos ausentes ; Ord. liv. 1, tit. 90.
- 4.º A' lide, ou litigio ; Ord. liv. 3, tit. 41, § 8.

§ 213. DA DIFFERENÇA ENTRE TUTORES, E CURADORES.

Os Jurisconsultos Romanos estabelecêrão muitas differenças entre tutores e curadores, e Modestino as refere na L. 20, D. *de tutorib. et curatorib. dat.* Entre ellas as principaes são as seguintes :

- 1.º Que os impuberes são constrangidos a acceitar tutor, mas não curador ; e aos menores somente se dão curadores, quando elles o pedem (exceptuados tres casos, em que são obrigados a acceitar curador ; e taes são : 1.º, para tomar contas ao tutor ; L. 7, Cod. *qui pet. tutor.* : 2.º, para o liti-

gio—*in litem*, seu *ad certam causam*—; § 2. *Inst. de curator.*: 3.º, para receber o pagamento da dívida; L. 7, § 2. *D. de minorib.*)

2.ª Que o tutor é dado principalmente à pessoa, e o curador principalmente aos bens.

3.ª Que não se dão curadores legítimos, porque os menores podem preterir em seus testamentos os agnatos próximos, e privar-os da successão.

4.ª Que a auctoridade do tutor deve ser interposta pessoal e puramente (§ 2, *Inst. de auctorit. tutor.*), e o consentimento do curador pode ser dado de qualquer modo.

Todas essas diferenças porém não tem uso nem utilidade alguma entre nós; porquanto, segundo o nosso direito, o poder, auctoridade, deveres, e funcções dos curadores são os mesmos, que os dos tutores, e não ha entre uns e outros senão as seguintes diferenças:

1.ª Que o tutor é dado aos impuberes, e o curador aos puberes, ou menores: Ord. liv. 4, tit. 104, § ult.

2.ª Que a autoridade do tutor é mais ampla, do que a do curador, porque o tutor representa o pupillo em todos os actos judiciaes, e extrajudiciaes relativos à sua pessoa, e bens, sem necessidade da intervenção pessoal do mesmo pupillo (§§ 203 e 207); e o curador assiste ao menor em cada um desses actos, para completar a sua personalidade juridica ainda incompleta por si só, e tornar valiosos, e obrigatorios os ditos actos; Ord. liv. 3, tit. 29, § 1, e tit. 41, § 8.

3.ª Que a tutoria acaba na idade da puberdade, e a curadoria na idade legitima; Ord. liv. 4, tit. 101, § ult.

§ 214. DA DIVISÃO DA CURADORIA DOS MENORES.

A curadoria divide-se da mesma sorte que a tutoria, em *testamentaria*, *legitima* e *dativa*. A *testamentaria* é a que é deixada em testamento solemne e perfeito pelo pai, ou avô, mãe, ou avó, ou por extranho, a seus filhos, ou nettos menores, ou a estranho tambem menor, a quem o testador instituiu herdeiro; Ord. liv. 4, tit. 102, §§ 1, 2, 3, e 4, e tit. 104, § ult.; e lhe é applicavel tudo que dissemos no titulo antecedente a respeito da tutoria testamentaria, com

as limitações das tres excepções referidas na ultima parte do paragrapho antecedente.

A *legitima* é deferida á mãe, ao avô, ou avó, ou aos mais parentes dos menores orphãos de pai, da mesma sorte que a tutoria legitima; e a *dativa* é deferida a estranho pelo Juiz de Orphãos na falta, ou no caso de incapacidade, ou impedimento dos parentes; Ord. liv. 4, tit. 102, §§ 5 e 7, e tit. 104, § ult.

A uma e outra portanto é applicavel tudo que dissemos no titulo antecedente a respeito da tutoria legitima, e da tutoria dativa, com as limitações das tres excepções referidas na ultima parte do paragrapho antecedente.

§ 215. DE ALGUMAS PARTICULARIDADES DESTA CURADORIA.

Por Direito Patrio a curadoria é dada, primeiramente, aos varões maiores de quatorze, e ás femeas maiores de doze annos até vinte e cinco perfeitos e acabados; Ord. liv. 4, tit. 103 pr., e tit. 104, § ult.; hoje porém, entre nós, somente até os vinte e um completos; Decreto de 31 de Outubro de 1831.

Acaba porém antes dessa idade, em vida dos menores em cada um dos seguintes casos:

1.º Logo que se casão; Ord. liv. 1, tit. 88, § 6, *ibi* — *porque segundo stilo de nosso Reino, sempre como o filho é casado, é havido por emancipado, e fóra do poder de seu pai.*

2.º A respeito daquelles que impetrarão carta de supprimento de idade; cit. Ord. § 27 *ibi* — *ou levar Carta de supprimento de idade* — e Lei de 22 de Setembro de 1828 art. 2, § 4.

Aquelle porém, que se casou sem licença do respectivo Juiz de Orphãos, não se entregão os seus bens, emquanto não chegar á idade de vinte annos; salvo, se o casamento foi mais daquillo, que podéra achar segundo a qualidade de sua pessoa e fazenda; cit. Ord. § 19 e 28.

Quanto aos emancipados por Carta de supprimento de idade, estes entrão na administração dos seus bens, mas não podem por modo algum alhear, nem obrigar os de raiz sem licença do Juiz de Orphãos, emquanto não tiverem a idade legitima; cit. Ord. § 28, e liv. 2, tit. 42, § 2, (§ 93).

§ 216. DA CURADORIA DO DEMENTE, OU FURIOSO.

Além dos curadores, que são dados aos menores orphãos de pai (§ 212), dão-se outros, pelo mesmo Juizo de Orphãos, aos maiores de vinte e um annos, que por enfermidade accidental, ou por vicio natural, não tem a capacidade, e discernimento necessarios para bem regerem, e governarem suas pessoas, e bens; taes como os furiosos, e dementes, ou mentecaptos, significados na Ord. liv. 4, tit. 103, pr., aquelles pela palavra — *sandeo*; e estes pelas palavras — *desasisados*, e *desmemoriados*.

Os primeiros, se tem intermissões, ou lucidos intervallos, não deixão por isso de estar sujeitos à curadoria que lhes foi dada logo que por sentença forão declarados interdictos, durante o tempo das intermissões, mas podem administrar os seus bens emquanto durar o estado de placida e lucida razão; cit. § 3.

Dos mentecaptos, ou dementes, devem-se distinguir os melancolicos sem desarranjo mentel, os simples, e os estupidos, ou menos avisados, se tem sufficiente intelligencia, e discernimento para se governarem, e administrarem seus bens; Barbos. à Ord. liv. 4, tit. 91, *ad princ.*, n. 9.

O Juiz porém não defere esta curadoria sem que primeiro se prove a insanía, ou demencia, e ordinariamente costuma-se, e deve-se consultar nestas causas, sempre que fôr possível, o juizo dos facultativos.

§ 217. A QUEM SE DEFERE ESTA CURADORIA?

A curadoria, assim do furioso, como do mentecapto, ou demente, é legitima, ou dativa. A legitima defere-se primeiramente ao pai; na falta deste ao avô paterno, ou materno, que mais idoneo fôr; depois destes ao filho varão de idade legitima, sendo idoneo; não o tendo, ao irmão para isso pertencente, maior, e que tenha casa manteúda, em que viva; na falta deste, ao parente mais chegado, que se seguir, sendo idoneo, e abonado em tantos bens, que bastem para segurança da fazenda do desasisado; e não havendo parente com essas qualidades, então tem lugar a curadoria dativa, deferida pelo Juiz a estranho, que as tenha; Ord. liv. 4, tit. 103, *per totum*.

A cada um, assim parente, como estranho, que tiver as

referidas qualidades, e não tiver legitima escusa, o Juiz deve constranger, se não quizer voluntariamente aceitar o encargo, e deferindo-lhe o juramento, que bem e fielmente governe a fazenda e bens do desasisado, e cure delle por si e por m̄edicos com boa diligencia, segundo a qualidade da sua pessoa, e fazenda.

Deve pois mandar-lhe entregar por inventario judicial todos os bens, moveis, e de raiz, e assignar da renda delles a sua mulher, se a tiver, o necessario para seu mantimento, e dos filhos, e para vestir, e calçar, etc.: conforme a qualidade da sua pessoa, e fazenda; tambem deve mandar escrever por seu escrivão todas as despezas, que o curador fizer assim com o desasisado, com sua mulher e filhos, para tudo vir á boa arrecadação; cit. Ord. § 1.

Se a mulher porém quizer encarregar-se da guarda, e cura de seu marido, tendo entendimento e discricão, e vivendo honestamente, a ella deve mandar entregar todos os seus bens, sem ser obrigada a fazer inventario, nem dar conta; cit. Ord. § 1, vers. — *Porém* —, e § 2.

§ 218. DA CURADORIA DO PRODIGO.

Como *prodigo*, segundo a Ord. liv. 4, tit. 103, § 6, seja aquelle, que desordenadamente gasta, e destróe sua fazenda, ou, como diz Cícero no liv. 12 *de offic.*, aquelle que desordenadamente gasta seus bens em banquetes, viscerações, distribuições de dinheiro a gladiadores, e apparatus de jogos, e caçadas e outras semelhantes cousas, que nenhuma, ou só breve memoria lhe podem deixar; é visto que um tal homem pouco dista do furioso; porquanto, ou não conhece que seus desordenados gastos hão de infallivelmente reduzil-o a si, e a sua mulher e filhos, se os tem, á pobreza, e mendicidade; ou, se o conhece, não tem discernimento e fôrça de espirito bastantes para se corrigir, e parar na carreira dos desperdicios, em que uma vez se precipitou; e em qualquer destes casos a humanidade, e o bem das familias exige que se lhe tire a administração dos seus bens, dando-se-lhe um curador, e principalmente, se elle tem mulher, e filhos, ou somente uma d'essas duas cousas. ¹

§ 219. DA VIUVA PRODIGA.

A viuva, que maliciosamente, ou sem razão desbarata, ou alheia seus bens, sendo provado como assim o faz, é privada da administração delles pelo mesmo Juiz de Orphãos do lugar, o qual os entrega a quem delles tenha carrego (Ord. liv. 4, tit. 107, in princ.), procedendo em tudo o mais como dissemos no paragrapho antecedente a respeito do prodigo; porquanto parece-nos que a reserva, que na citada Ordenação o Legislador fez para si, de prover nesses bens em maneira, que os que os houverem de herdar não recebam damno, não tem mais logar, por ser o Poder Judicial independente, e ser a Lei igual para todos, quer proteja, quer castigue.

Tambem não vemos que haja utilidade publica em se manter á viuva prodiga, que foi mulher de Desembargador, ou Cavalleiro o privilegio, que lhe concede o paragrapho final da citada Ordenação, de não ser privada da administração dos seus bens pelas justicas da terra antes de o fazerem saber ao Imperante, para mandar o que for direito sem escandalo de sua geração; e por isso entendemos revogado esse dito paragrapho pelo art. 179, § 16 da Constituição, e comprehendida a dita viuva na generalidade do principio da mesma Ordenação.

muita cautella, para que não tome por prodigalidade o que muitas vezes não é se não liberalidade um pouco excessiva, ou profusão, que talvez não exceda aos rendimentos annuaes da pessoa; e para que não se deixe illudir por talsas provas de prodigalidade, a que ás vezes recorrem parentes ambiciosos, e cobertos de vicios.

Não basta que as testemunhas da justificação da prodigalidade affirmem que o justificado é prodigo, mas é mister que narrem factos praticados por elle, que, comparados com as forças do seu patrimonio, constituão prova de prodigalidade.

Notaremos tambem de passagem que para esta justificação, sem a qual ninguém pôde ser declarado prodigo, e privado da administração dos seus bens sob esse fundamento, deve ser citado o supposto prodigo, e o doutor curador geral, sem o que labora em nullidade insanavel a sentença, que fôr proferida sobre ella contra o justificado.

Com essa moderação, pois, defere-se esta curadoria pelo juizo de orphãos, pelo mesmo modo e fórma por que dissemos no paragrapho antecedente que se deferia a curadoria do furioso, e do mentecapto; e dura assim como a destes enquanto o prodigo permanecer no seu mão governo; assim como a do furioso, e do mentecapto dura enquanto permanecem no furor, e desaranjo mental; Ord. liv. 4, tit. 103, §§ 6, 7, e 8.

§ 220. DO TUTOR, OU CURADOR CLERIGO.

Tudo o que temos dito até aqui tem lugar, assim no leigo, como no Clerigo; porquanto, como o Clerigo seja membro da familia brasileira, e goze por beneficio das Leis do direito de succeder abintestado aos seus parentes (Ord. liv. 2, tit. 18, § 5), no qual tem seu fundamento a obrigação dos consanguineos de serem tutores, e curadores uns dos outros; é manifesto que o Clerigo é sujeito da mesma sorte, que o leigo, ao encargo da tutoria ou curadoria, e que escusando-se, sem legitima causa, da tutoria, ou curadoria legitima a respeito de algum seu parente impubere, perde o direito de lhe succeder abintestado; Ord. liv. 4, tit. 102, § 6, e tit. 104, § ult.

E tanto mais, que não póde soccorrer-se ao privilegio do fôro; porquanto, limitado o fôro ecclesiastico pelos arts. 8 e 155, § 4 do Codigo do Processo Criminal ás materias puramente espirituaes, os clerigos ficarão desde então sujeitos ás Justiças Seculares do Imperio em todas as materias puramente temporaes.

Tem porém legitima escusa de toda a tutoria, e curadoria os Clerigos, que tem cura d'almas, e todos os que estão addidos ao serviço de alguma Igreja, aos quaes deve aproveitar a L. 52, Cod. de *Episc. et Cleric.*, e a Novell. 123. cap. 5, para que não sejam constrangidos a acceital-a com detrimento e prejuizo das suas funcções ecclesiasticas.

Segue-se pois do que fica dito, que em regra os Clerigos podem ser constrangidos pelo Juizo Secular a acceitar o encargo da tutoria, ou curadoria, e a dar conta della perante o mesmo Juizo; e que este póde igualmente dar curador á pessoa, e bens do Clerigo furioso, mentecaptó, ou prodigo.

§ 221 DA CURADORIA ORDINARIA DOS BENS DO AUSENTE.

Se alguma pessoa está ausente em logar incerto, sem se saber se é viva, ou morta, e se os seus bens estão desamparados, por não ter no logar da situação delles nem mulher, nem pai, ou procurador, que os deva administrar; o Juiz de Orphãos do logar deve dar-lhes curador, que os administre, guardando assim em o dar, como em fazer administrar os bens, a mesma ordem, que a lei manda guardar s bens dos orphãos; Ord. liv. 1, tit. 90, pr.

Se houver portanto no logar algum parente do ausente, idoneo, e abastado, a esse deve ser deferida a curadoria, obrigando-se elle a entregar os bens ao ausente logo que appareça, ou a quem n'elles tenha direito, e prestando fiança da mesma sorte que se presta na tutoria legitima (§ 202). Não havendo porém parente, que possa ser encarregado dessa curadoria, incumbe ao Juiz nomear pessoa estranha, que della se encarregue.

Quanto ao curador, este, ou seja legitimo, ou dativo, é obrigado a dar conta nas mesmas epochas, em que a devem dar os tutores, e curadores dos menores (§§ 204, 209, 210) com effectiva entrega dos rendimentos, deduzidas as despesas, os quaes devem ser recolhidos aos cofres publicos, para serem entregues ao ausente, se apparecer, ou a quem de direito pertencerem; Leis de 3 de Novembro de 1830, e 30 de Novembro de 1841, § 17, e Regulamento n.º 160 de 9 de Maio de 1842, art. 1, § 2, e arts. 28 e 30. Passados dez annos desde o desaparecimento, ou das ultimas noticias do ausente, começa a presumpção de ser fallecido, e então acaba esta curadoria, e tem logar o procedimento indicado nos paragrafos seguintes.

§ 222. DA CURADORIA PROVISORIA DOS PARENTES.

Passados dez annos desde o desaparecimento, ou das ultimas noticias do ausente, começa a presumpção de ter fallecido, e então os parentes que lhe succederião abintestado, se com effeito elle fallecesse ao tempo, em que essa presumpção começa¹, podem pedir, (ainda mesmo que

¹ O Cod. Civ. Fr. art. 120 defere a curadoria provisoria, ou *imissão na posse provisoria dos bens do ausente*, aos que erão seus herdeiros presumptivos no dia do seu desaparecimento, ou de sua ultima noticia.

A cit. Ord. porém no dito § 38. vb. — *e como não ha outros parentes mais chegados que elle, e os que mais nomear que o são* — claramente a defere aos que forem herdeiros presumptivos ao tempo que começa a presumpção da sua morte pela falta de noticia d'elle pelo espaço de dez annos; e até é isso o mais razoavel; porquanto não ha coherencia em se chamarem os que erão herdeiros presumptivos do ausente ao tempo, em que a lei ainda não o presumia morto, isto é, ao tempo do seu desaparecimento, ou de sua ultima noticia.

O Cod. da Pr. p. 2, tit. 18, arts. 821 e seg. concorda com a dita Ord., emquanto manda entregar os bens aos herdeiros legitimos do ausente, que o forem ao tempo que passar em julgado a sentença de habilitação.

Todavia, se ao depois se provar o tempo certo, em que o ausente falleceo

elle deixasse procurador, porque a procuração caduca pela presumpção da sua morte; Ord. liv. 3, tit. 27, § 2) a entrega dos bens d'elle, a qual, se o ausente não deixou testamento¹, lhes é deferida, por inventario e partilha, a titulo de *curadoria provisoria*; Guerreir. Tr. 4, cap. 12, n. 21.

A mesma cousa tem lugar no fim de dois annos, á respeito do ausente, que partio em um navio com destino certo a outro porto, quando não ha noticia, dentro desse espaço, ainda mesmo nas viagens mais dilatadas, nem da chegada do navio a seu porto, ou a algum outro, nem das pessoas, que forão nelle; porque neste caso reputa-se perdido o navio, e fallecidos os que nelle partirão; Decreto n. 6 de 15 de Novembro de 1827.

Para se obter a entrega dos ditos bens é de mister:

1.º Que se habilitem por artigos perante o Juiz de Orphãos do lugar, onde são sitos os bens, ou a maior parte delles, com audiencia, no Municipio da Côrte, do Procurador da Fazenda, e nas Provincias, do respectivo Procurador Fiscal, seu Ajudante, ou Collector, e citação pessoal do administrador, curador, ou possuidor dos mesmos bens, e citação edictal do ausente, e mais interessados; argum. da Ord. liv. 1, tit. 62, § 38; Lei de 22 de Setembro de 1828, art. 2, § 4, cit. Regulam. n. 160, arts. 28 e 32, e Cod. Civ. Fr. art. 114.

2.º Que declarem o nome do ausente, e de seu pai, e mãe, onde morava, e que officio tinha; e os nomes de todos os parentes mais chegados, e onde são moradores; e além disso que provem como são passados dez annos que não ha noticia do ausente, e que se reputa morto; e como são elles, e os demais nomeados os seus parentes mais chegados e herdeiros abintestado.

3.º Que se obriguem a entregar á fazenda, ou á parte que fôr entregue a cada um, ao ausente, se apparecer, ou a quem nella tiver direito; e que todos (ou um só, se fôr

os seus bem devem ser restituídos aos que a esse tempo erão seus herdeiros, ou aos herdeiros destes, se elies forem fallecidos; porquanto é da natureza das presumpções o cederem á verdade, quando esta é provada.

¹ Se o ausente deixou testamento solemne e perfeito, abre-se e executa-se este, entregando-se os bens ao herdeiro, ou herdeiros nomeados nelle, que este caso os curadores provisionarios, se não houve preterição de herdeiros sarios; Cod. Civ. Fr. art. 123, e Ord. liv. 4, tit. 82, § 1.

um só o parente mais chegado, que pedir a entrega dos bens) dêem um só abonado, que seja morador, e possuidor de bens de raiz no lugar, onde a dita fazenda estiver, e que se obrigue por escriptura publica, e com outorga de sua mulher, se fôr casado, como depositario, e principal pagador : cit. Ord. § 38. ⁴

§ 223. DOS EFFEITOS JURIDICOS DA SENTENÇA, QUE
A DEFERE.

A sentença, que defere a curadoria, desde que passa em cousa julgada, fixa a época presumida da morte do ausente ; e portanto :

1.º Desde então já elle não adquire direitos, nem obrigações, nem por consequente succede na herança de qualquer que venha a fallecer depois, salvo, se se provar que realmente vivia a esse tempo ; Cod. Civ. Fr. arts. 135 e 136.

2.º Os bens que lhe pertencião, e que tem successor especial, ou legal, como os prazos, e os vinculados, passam para este ; Ord. liv. 4, tit. 36, pr., Peg. á Ord. liv. 1, tit. 50, rubr. n. 226.

§ 224. DE ALGUMAS PARTICULARIDADES DESTA CURADORIA.

Esta curadoria contém, além da administração, a preocupação dos bens, e immissão dos herdeiros na posse delles ; e por isso :

1.º Como é deferida a titulo de successão legitima, quando o ausente não deixou testamento valido (not. 102), são chamados a ella os mais proximos parentes do ausente, sem prejuizo do direito de representação (§ 439), e sem distincção de sexo, idade, capacidade, intelligencia. Lobão á Mello, liv. 2, tit. 12, ns. 12, 13, 19 e 21.

2.º Os herdeiros do ausente recebem os bens por inven-

⁴ Pela cit. Ord. liv. 1, tit. 62, § 38, vers. — *E isto* — a entrega dos bens do ausente aos curadores provisorios competia aos Provedores das Comarcas, se os bens não excedião a quantia de cem mil réis (triplicada pelo Alvará de 16 de Setembro de 1814) ; excedendo essa quantia, ou sendo dentro das cinco leguas da Côte, competia ao Desembargo do Paço ; Regim. do Desembarg. do Paç. § 50. Entre nós compete ao Juiz de Orphãos do lugar, sem limitação de quantia, cit. Lei de 22 de Setembro de 1828 art. 2, § 4.

tario, e partilha, e prestação caução fidejussoria; e sendo muitos são excluídos os que não a derem (§§ 221, e 222).

3.º Sendo muitos, repartem-se os bens entre todos, conforme as partes, que lhes competirão na herança, se fôr certa e provada a morte do ausente; e cada um, fallecendo, transmite a seus herdeiros a sua parte, com a obrigação, com que a recebeu; § 222, n. 3.º

4.º Podem pedir contas aos administradores, ou curadores anteriores, e usar de todas as acções, assim activa, como passivamente, que lhes competirão na qualidade de herdeiros effectivos; Lobão log. cit. n. 10.

5.º Não são obrigados a dar contas annualmente; Lobão log. cit. n. 11.

6.º Não podem alienar, nem hypothecar os bens de raiz antes da presumpção definitiva da morte do ausente (§ 225); Cod. Civ. Fr. art. 128.

§ 225. DO SEU FIM, OU ACABAMENTO.

Desde que o ausente completa a idade de setenta annos, presume-se definitivamente morto; Lobão, Coll. Diss. 2.ª §§ 24, e 27, Cod. da Pr. p. 2, tit. 18, art. 830; e por isso termina desde então a curadoria provisoria, ficando aliviados da caução os herdeiros, a quem ella fôra deferida, e podendo alienar os bens; Digest. Portug. 2, arts. 761, e 762.

Como porém a presumpção cede á verdade (not. 101), ainda neste caso ficam obrigados a entregal-os ao ausente, se apparecer, ou a seus descendentes, ou outros parentes mais proximos, que elles; Cod. Civ. Fr. arts. 132, e 133; ou provando-se o tempo certo da sua morte, áquelles, a quem então pertenceria a herança, se lhes não obstar a prescripção; cit. Cod. art. 130, Lobão Diss. cit. §§ 28, e 29.

§ 226. DA RESTITUIÇÃO DOS RENDIMENTOS.

Como a curadoria provisoria é deferida aos mais proximos parentes do ausente, legalmente presumido morto (§ 222), a titulo de herdeiros, reconhecidos de boa fé; dahi resulta:

1.º Que, quando os curadores provisorios tem de restituir

os bens, se a restituição se verifica até quinze annos, somente restituem a quinta parte dos rendimentos liquidos ; de quinze até trinta annos a decima parte ; e se depois de trinta annos, nenhuns rendimentos restituem ; cit. Cod. art. 127, Lobão, log. cit. §§ 42 e seguintes.

2.º Que, finda a curadoria pela idade dos setenta annos do ausente, só restituem os bens existentes no estado, em que estiverem, ou os subrogados no logar delles, e o preço dos que tiverem sido alienados depois dessa época, mas sem rendimentos ; cit. Cod. art. 132. ¹

§ 227. DO CURADOR Á LIDE.

Entre os Romanos o pupillo carecia de tutor para o representar em Juizo, quér elle fosse autor, quér fosse réo ; mas, em regra, não se lhe dava curador á lide ; L. 1, Cod. *qui legit. person. stand. in jud. hab. vel non*. Da mesma sorte o pubere era representado pelo curador, sem que se lhe desse outro especial para a lide ; L. 2, Cod. *cod*. Se o tutor porém tinha de litigar com o pupillo, e havia contutores, então estes é que o defendião, e só na falta delles se nomeava ao pupillo, para a lide agitada entre elle e seu tutor, um curador *ad hoc*, que elle devia acceitar ; L. 1, Cod. *de in lit. dand. tutor. vel curat*.

Entre nós porém, como os negocios judiciaes requerem conhecimentos juridicos não vulgares, e que não se encontram no geral dos tutores, generalisou-se essa disposição, de sorte que o tutor constitue procurador letrado para defender em Juizo o seu pupillo, ou este seja autor, ou réo, e o Juiz logo no principio da causa deve dar juramento a esse procurador letrado, para que bem e verdadeiramente defenda o pupillo ; com o que fica o dito procurador constituido curador á lide ; Ord. liv. 3, tit. 29, § 1.

Na falta porém de procurador nomeado pelo tutor, deve o Juiz nomear por curador ao menor, pubere, ou impubere,

¹ Por Direito Romano nada se legislou sobre ausentes, que possa ter uso entre nós ; e nas leis patrias. que ahi citamos, omittirão-se muitas especies que muito convinha que fossem determinadas, como são a fixação da morte presumida do ausente com a relação á idade, a entrega dos bens á outros herdeiros, a restituição dos rendimentos, e outras, que frequentemente se apresentam na pratica.

um dos melhores Advogados da sua audiência, deferindo-lhe o juramento ; Ord. liv. 3, tit. 41, §§ 8, e 9.

A falta de curador constituído por um, ou outro desses dois modos, importa nullidade dos autos e da sentença dada sobre elles ; cit. Ord. liv. 3, tit. 41, § 9, Cod. *de in integr. restit.* Comtudo a sentença dada a favor do menor é valida ; L. 14. Cod. *de procurator*, L. 1. Cod. *qui legit. person. stand. in. jud. hab. vel non.*

TITULO XIII.

Da Restituição in integrum.

§ 228. NOÇÃO E FUNDAMENTO DA RESTITUIÇÃO.

A *restituição in integrum* é o beneficio concedido por lei aos *menores*, e a *outras pessoas*, que lhes são equiparadas (§ 235), de poderem reclamar contra quaesquer actos judiciaes, ou extrajudiciaes, aliás validos, mas injustos, ou lesivos ; ou contra quaesquer omissões, de que lhes tenha provindo prejuizo, ou damno, durante a sua *menoridade*, *impedimento*, *interdicção*, ou *ausencia* ; porquanto, aindaque as leis declarem irrevogaveis, assim os actos judiciaes, ou extrajudiciaes, que são feitos com as solemnidades prescriptas por ellas, desde que findarão os seus termos legaes ; comtudo ellas concedem esse beneficio a cada uma das ditas pessoas pela consideração de cada uma das referidas circumstancias.

Esse beneficio porém, por isso mesmo que é um remedio extraordinario, não se concede senão na falta de remedio ordinario, e nos casos, e pela fórma determinados em direito ; Ord. liv. 3, tit. 41, §§ 2, e 7 ; e cessa, não só com a emancipação, aos vinte e um annos completos, mas tambem com a impetração de Carta de Supprimento de idade, ou com a idade de vinte annos, quanto aos casados, e aos expostos, a respeito das lesões, prejuizos, ou damnos, que lhes sobrevierem depois de realisada uma, ou outra dessas tres condições ; Ord. liv. 1, tit. 88, § 28 ; e liv. 3, tit. 42, §§ 2, e 3 ; Alvará de 31 de Janeiro de 1775, §§ 7, e 8 ; salvo, se um dos conjuges for menor de vinte annos ; cit. Ord. § 4.

§ 229. EM QUE NEGOCIOS TEM LOGAR.

Este beneficio tem logar :

1.º Em todos os actos, ou omissões, quér judiciaes, quér extrajudiciaes, de que tenha provindo lesão ao menor ; exceptua-se porém, quanto á sentença, que foi dada segundo o merecimento dos autos do processo, quando não se omittio neste cousa alguma, de que viesse damno ao menor ; Ord. liv. 3, tit. 41, § 1, e tit. 42, § 1.

2.º Quér a lesão acontecesse por dolo, quér por outra qualquer causa ; L. 5, Cod. *de in integr. restit.* ; menos porém, se proveio do acaso ; L. 11, §§ 4, e 5, D. *de minor.*

3.º Aindaque o acto fosse praticado pelo tutor, ou pelo mesmo menor com auctoridade, e consentimento do seu tutor, ou curador ; cit. Ord. tit. 41, § 2.

Se o acto porém é nullo não tem logar o remedio extraordinario da restituição, mas a acção de nullidade, ou embargos de nullidade oppostos á execução, se esta ainda não está finda ; cit. Ord. tit. 41, § 2, e tit. 87, §§ 1, e 2.

§ 230. EM QUE TEMPO, E PERANTE QUE JUIZ SE DEVE IMPLORAR.

Este beneficio póde ser implorado pelo menor não só até a maioridade, ou emancipação, mas ainda nos quatro annos immediatos, os quaes se contão seguidos desde que o menor completou os vinte e um annos, ou se emancipou ; mas, se teve legitimo impedimento, concede-se-lhes mais outro tanto tempo, quanto o impedimento durou ; cit. Ord. tit. 41, § 6, combinado com o Decreto de 31 de Outubro de 1831, L. 26, § 8, D. *ex quib. caus. maj.*

No caso de emancipação por casamento antes da idade de vinte annos, o quatriennio só corre desde essa idade ; Ord. liv. 1, tit. 88, § 28, e liv. 3, tit. 42, § 2.

Deve ser implorado perante o Juiz Ordinario (Juiz Municipal), que principalmente desembargou o feito, ou em cujo Districto for morador aquelle, com quem o contracto lesivo foi celebrado ; cit. Ord. liv. 3, tit. 41, § 6, e tit. 42, pr.

Não se concede porém senão depois de provada a idade do imperante, e a lesão, que soffreo ; nem se conce de mai

de uma vez na mesma causa, ou artigo; cit. Ord. tit. 41, pr., e §§ 1, e 7, e tit. 86, § 6; nem o Juiz pôde applicar a restituição, se o interessado não requerer; E. 69, D. *de reg. jur.*

§ 231. DAS PESSOAS, A QUEM APROVEITA.

Ainda que a restituição seja um favor concedido aos menores, comtudo transmite-se:

1.º Aos seus herdeiros; L. 18, § 5, D. *de minor.*; e para estes o quadriennio, ou a parte d'elle, que ainda não tinha corrido para o menor, conta-se desde a adição da herança; ou se o herdeiro tambem era menor, desde que este completou a idade legitima; L. 19, D. *eod.*

Não aproveita porém ao fiador; L. 13, D. *eod.*, nem aos coherdeiros, ou socios maiores, salvo, se o objecto, sobre que versa, for indisivel; Ord. liv. 3, tit. 80, § 3.

2.º Competindo a um dos conjuges, tambem aproveita ao outro, ainda que já fosse maior a esse tempo; cit. Ord. liv. 3, tit. 42, § 4.

§ 232. DO PROCESSO DA RESTITUIÇÃO.

Este beneficio pôde ser implorado, ou por via de *acção*, tendente a revogar a sentença, ou o acto já consumado, e a repetir a redução das cousas ao antigo estado, ou a indemnisação do prejuizo, que o menor soffreo: ou aliás por via de *excepção*, ou *embargos* tendentes a obstar a execução do acto, ou da omissão, segundo o estado do processo; Lobão á Mell. liv. 2, tit. 13, § 8, n. 12.

Como porém a idade, e a lesão devem ser provadas (paragraphe antecedente), convém que se articule sobre uma, e outra, para que se possam provar na dilação probatoria, seguindo-se depois os mais termos legaes da causa até final sentença.

§ 233. DOS SEUS EFEITOS JURIDICOS.

Os effeitos juridicos da *acção* de restituição *in integrum* são os seguintes:

1.º Que desde que ella é proposta em Juizo nada se pôde

innovar até a decisão final; excepto, quando é pedida maliciosamente para demorar a execução, ou pedida pelo executado em nome de sua mulher menor, porque em taes casos, dando o exequente caução pignoratícia, ou fidejussoria, póde proseguir na execução; cit. Ord. 3, tit. 41, §§ 4, e 5.

2.º Dada e passada em cousa julgada a sentença proferida a favor da restituição, deve voltar tudo ao estado anterior ao acto, que é rescindido, ou desfeito, e cada uma das partes deve repor tudo o que tinha recebido da outra com seus rendimentos, e accessões, e reembolsar as despesas necessarias, e proveitosas; L. 24. § 4, e L. 39, § 1 D. *de mino.r.*, e L. *un. Cod. de reputat. quæ fiunt.*

§ 234. DOS CASOS, EM QUE NÃO TEM LOGAR.

Não se concede a restituição nos seguintes casos:

1.º Quando é pedida depois de findo o termo legal, não tendo havido legitimo impedimento; cit. Ord. § 6.

2.º Quando não se allega e prova lesão, prejuizo, ou damno; cit. Ord. § 1.

3.º No caso de delicto, ou quasi delicto; Cod. Civ. Fr. art. 1310.

4.ª Quando o menor *maliciosamente* se inculcou maior no acto, que pretende rescindir; L. 3, Cod. *si min. se maj. dix.*

5.º Quando tem cessado a presumpção da falta de conhecimento, como se depois de maior ratificou o acto expressa, ou tacitamente; Lobão á Mell. log. cit. ns. 28 e seguintes.

6.º Se o menor exercia algum commercio, arte, ou officio, nas obrigações contrahidas em negocios da sua profissão; cit. Cod. Civ. Fr. art. 1308.

7.º Nos sponsaes, e contractos matrimoniaes, se foram celebrados com as solemnidades da lei, e se o matrimonio se effectuou; *ibid.* art. 1309 (§ 137, nota).

8.º Quando é pedida contra-sentença, que foi dada segundo o merecimento dos autos do processo, e não se omitio neste cousa alguma, de que viesse damno ao menor; Ord. liv. 3, tit. 41, § 1 (§ 229).

§ 235. DAS PESSOAS EQUIPARADAS AOS MENORES
PARA ESSE FIM.

À maneira dos menores também se concede a restituição :

1.º Aos interdictos, isto é, aos mētecaptos, furiosos, ou prodigos privados da administração dos seus bens por meio de sentença, a respeito de actos judiciaes, ou extrajudiciaes, e de omissões, de que lhes tenha provindo lesão ou prejuizo durante o tempo da interdicção ; cit. Ord. liv. 3, tit. 41, § 4, vers. — *O que haverá lugar.*

2.º Ao ausente, que apparece depois de deferida a curadoria provisoria dos seus bens, ou depois da definitiva entrega destes a seus herdeiros (§§ 221 e seguintes).

3.º Ao Estado, ou Fazenda Nacional (Instrucç. de 10 de Abril de 1851, art. 17), assim como também ás Igrejas. Mosteiros, Confrarias, Hospitaes, e Camaras Municipaes, pelos factos, ou omissões dos seus agentes, ou administradores ; Lobão á Mell. liv. 2, tit. 13, § 9, ns. 2 e seguintes.

O quadriennio para os primeiros, conta-se do dia, em que cessou a interdicção ; para o segundo, do dia, em que cessou a ausencia ; e para os ultimos do dia, em que tiverão conhecimento da lesão ; Lobão, log. cit. n. 7. Pelo Assento de 19 de Março de 1814, foi declarado que a restituição não competia ás viúvas.

TITULO XIV.

De outras divisões das pessoas.

§ 236. DA DIVISÃO DAS PESSOAS EM MAIORES, E MENORES.

Segundo o estado social, os homens ou são *maiores* ou *menores*. Dizem-se *maiores* todos os que têm a idade legitima, ou a excedem ; isto é, todos os que tem a idade de vinte e um annos, ou mais ; porquanto a idade legitima entre nós é hoje a de vinte e um annos completos ; Decreto de 31 de Outubro de 1831 ; os expostos porém são havidos por

maiores logo que chegam á idade de vinte annos completos ; Alvará de 31 de Janeiro de 1775, §§ 7 e 8 (§ 104).

Dizem-se porém *menores* todos os que ainda não tem a idade legitima.

§ 237. DE UMA SUBDIVISÃO DOS MAIORES.

Como os casados (com consentimento de seus pais, ou por auctoridade do respectivo Juiz de Orphãos, se são orphãos de pai), que tem a idade de dezoito annos, e os que impetrarão Carta de Supprimento de idade (§ 239), gozão quasi dos mesmos direitos, que os maiores ; (Ord. liv. 1, tit. 68, §§ 27, e 28, e liv. 3, tit. 42, §§ 2, e 3) ; dahi vem que os maiores se subdividem em *maiores propriamente ditos*, e *quasi-maiores*.

Os primeiros estão habilitados para todos os actos da vida civil (citado Decreto) ; podem ser admittidos aos Cargos Publicos, civis, Politicos, Ecclesiasticos, e Militares, segundo seus talentos e virtudes ; e, se não estão mais debaixo do poder paterno, isto é, se não são filhos-familias, mas emancipados, tem a plena e livre administração dos seus bens ; os segundos porém são havidos por emancipados, e fóra do poder de seu pai (Ord. liv. 1, tit. 88, § 6, *ibi* — *porque segundo stilo de nosso Reino sempre como o filho he casado, he havido por emancipado, e fóra do poder de seu pai*, — e liv. 3, tit. 42, § 1) ; não podem porém ser admittidos a Cargos Publicos, emquanto não tiverem a idade legitima (Ord. liv. 1, tit. 94, pr. combinado com o citado Decreto) ; e ainda que administração os seus bens, e podem estar a Juizo, da mesma sorte que os maiores, não podem comtudo alienar, nem hypothecar, ou obrigar os seus bens de raiz sem auctoridade de Justiça ; Ord. liv. 3, tit. 42, §§ 2, e 3.

O orphão menor porém, que se casou sem auctoridade do respectivo Juiz de Orphãos, e menos vantajosamente, do que podéra achar, segundo sua qualidade e fazenda, não póde haver entrega dos seus bens antes de chegar á idade de vinte annos ; cit. Ord. liv. 1, tit. 88, § 19. Incorre na mesma pena aquelle que casar com orphã sem a dita auctoridade ; cit. § 19 *in fin.* ; salvo, se provar capacidade moral ; Regim. do Desembargo do Paço § 79, e Lei de 22 de Setembro de 1828, art. 2, § 4.

§ 238. DA SUBDIVISÃO DOS MENORES.

Como a capacidade, juízo, e discernimento, de que depende o livre exercício dos direitos civis, desenvolvem-se, e crescem progressivamente com a idade; d'ahi vem que o periodo da menoridade tem sido subdividido pelos Jurisconsultos em outros tres, que são o da *infancia*, o da *impuberdade*¹ e o da *puberdade*.

A *infancia*, dura até os sete annos; a *impuberdade*, ou *idade pupillar*, dos sete até os doze annos nas femeas, e até os quatorze nos varões; e a *puberdade*, dos doze, ou quatorze até os vinte e um annos completos, em que principia a virilidade.

Nos infantes, posto que proximos á idade pupillar, ainda não se reconhece juízo, nem discernimento, e por isso os seus actos não produzem effeito juridico nenhum: nos impuberes proximos á puberdade já se reconhece algum juízo, ainda que pouco firme, e algum discernimento e por isso já podem ser ouvidos em alguns dos negocios, que lhes dizem respeito, e obrigar-se civilmente, sendo assistidos por seus pais, ou tutores, como, v. g., sobre esponsaes.

Seus pais porém, ou seus tutores, podem tratar todos os seus outros negocios, quer judiciaes, quer extrajudiciaes, sem intervenção delles; Ord. liv. 3, tit. 41, § 8 pr.

Finalmente nos puberes já se reconhece capacidade bastante para se obrigarem civilmente, quer em Juízo, quer fóra do Juízo, uma vez, que sejam assistidos por seus pais, ou por seus curadores; cit. Ord. § 8, vers. — *E sendo maior de quatorze annos.*

§ 239. DA SUBDIVISÃO DOS PUBERES.

A *puberdade* subdivide-se:

1.º Em *menos plena*, a qual dura nos varões desde os

¹ Accursio ao § 9. *Inst. de inutilib. stipulationib.*, e á L. 1, *de novat.*, divide em tres periodos, ou grãos, a *impuberdade*, ou *idade pupillar*. O primeiro comprehende a *infancia*; e, dividindo o espaço que vai da *infancia* á *puberdade*, em duas partes iguaes, chama proxima á *infancia* a primeira, e proxima á *puberdade* a segunda, e dahi deduz varios effeitos iuridicos, segundo o acto é praticado em um, ou outro periodo.

quatorze até os vinte annos, e nas femeas desde os doze até os dezoito; sendo por isso que os varões, tanto que chegão á vinte annos, e as femeas á dezoito, podem logo impetrar Carta de Supprimento de idade; Ord. liv. 3, tit. 42 pr., (§§ 93, e 237), e que os casados com auctoridade do respectivo Juiz de Orphãos, tendo dezoito annos, e os casados sem ella, tendo vinte, entrão na administração dos seus bens, e são havidos por maiores; Ord. liv. 1, tit. 88, §§ 27, e 28, e liv. 3, tit. 42, § 3 (§ 237).

2.º Em *plena*, a qual dá-se desde que se tem entrado no ultimo anno da idade legitima.

3.º Em *plenissima*, a qual dá-se em um ou outro sexo aos vinte e um annos completos, em que principia a virilidade, acabando a menoridade; e em que *ipso jure* se é habilitado para todos os actos da vida civil, independentemente de justificação de capacidade, e de carta de emancipação; cit. Decreto de 31 de Outubro de 1831, e Aviso de 23 de Novembro de 1855, e de 8 de Janeiro de 1856. Essa disposição porém não é applicavel ao filho-familias, posto que de idade legitima, enquanto estiver sujeito ao poder de seu pai, o qual póde obstar á sua emancipação, provando, que nelle não se da á capacidade natural, que a Lei presume, em geral, nos que tem completado a idade de vinte e um annos (§ 237).

§ 240. O QUE PODEM, E O QUE NÃO PODEM FAZER OS MENORES.

Os menores não podem servir officios publicos, nem cargos da Republica; porquanto para isso requer-se puberdade *plenissima* (§ antec. n.º 3), isto é a idade de vinte e um annos completos; Ord. liv. 1, tit. 94 pr. combinado com o cit. Decreto; idade, que se exige tambem naquelle, que houver de servir em nome de outro algum officio publico; cit. Ord. pr. ibi — *nem o possa servir em nome de outro* — (§ 237).

Tambem não podem ser procuradores judiciaes os menores de vinte e um annos; cit. Ord. liv. 1, tit. 48, §§ 3 e 20, combinados com o citado Decreto; podem porém ser procuradores extrajudiciaes os que tiverem deseseto annos perfeitos; Ord. liv. 3, tit. 9, § 5, vers. — *Porem quando* — e § ult. *Inst. qui et quib. ex caus.*; devendo queixar-se de si mesmo, no caso de falta de exacto desempenho da procuração, aquelle que constituiu tal procurador.

Basta porém a puberdade menos plena para poder fazer testamento, e dispor por este modo dos seus bens, guardadas as limitações da lei, o menor, que os tem, e que não está debaixo do poder de seu pai; salvo se dispozer sómente dos seus bens castrenses, ou quasi-castrenses; Ord. liv. 4, tit. 81, pr., e § 3, tit. 83, § 1, e tit. 91, § 1, pr. *Inst. quib. non est perm. fac. testam.*, LL. 10 e 11, *Cod. qui testam. fac. vel non*; Lobão á Mello liv. 3, tit. 5, § 21, ns. 1 e 2.

§ 241. DOS MENORES COM RELAÇÃO A ACTOS JUDICIAES.

Nem os menores impuberes, nem mesmo os menores puberes, se obrigão validamente em Juizo, sem que intervenha a auctoridade, e consentimento de seu pai, tutor ou curador; Ord. liv. 3, tit. 41, § 2, *ibi — porque se o feito fosse tratado por elle mesmo sem auctoridade de tutor, ou curador, a sentença dada contra elle será por direito nenhuma.*

Pelo contrario, o tutor faz por si só sem o pupillo todos os actos judiciaes pertencentes a este; cit. Ord. § 8, pr. O curador porém do pubere não faz por si só, mas juntamente com elle, os negocios e actos judiciaes, em que o pubere é autor; e não pôde ser citado e demandado validamente na qualidade de curador do pubere, se este não o for tambem; Ord. liv. 3, tit. 29, § 1, e tit. 41, § 8.

§ 242. DOS MENORES COM RELAÇÃO AOS ACTOS EXTRAJUDICIAES.

Semelhantemente os menores impuberes, ou puberes, não se obrigão civilmente nos negocios extrajudiciaes, e contractos feitos por elles sem auctoridade de seu tutor, ou curador; Ord. liv. 3, tit. 41, e liv. 4, tit. 102, e tit. 103; porquanto, na censura de direito ainda não se presumem sufficientemente desenvolvidas nelles as faculdades intellectuaes, e moraes, e por essa razão se lhes dá tutor, ou curador; é consequente que, em regra, não se podem obrigar civilmente sem que intervenha a auctoridade, ou expresso consentimento do seu tutor, ou curador.

Se elles porém entendem o que fazem, sem duvida obrigão-se naturalmente, ou no fôro da consciencia; mas essa obrigação não produz effeitos civis, se ella trouxer prejuizo, ou damno ao pupillo, ou menor, que a contrahio: quando

porém lhe traga proveito, aquelle, que contractou com elle não póde allegar a nullidade do contracto sob o fundamento de falta da auctoridade do tutor; L. 6, Cod. *de legib.*, e L. 19, D. *de reg. jur.*

Quanto ao pupillo, ou impubere, o seu tutor faz por si só todos os negocios, contractos, e actos relativos á administração dos bens, que forem do pouco momento: os de maior importancia porém, quando o pupillo já conhece o que faz, são feitos por elle com auctoridade do tutor, e licença do respectivo Juiz de Orphãos, nos casos em que esta se requer, como nos esponsaes do pupillo, alienação, aforamento ou locação dos seus bens, etc.; Ord. liv. 1, tit. 78, §§ 19, 23, 25 e 26, e Lei de 6 de Outubro de 1784, § 4 (§ 238).

Da mesma sorte é necessario o consentimento do menor, ou pubere nos negocios extrajudiciaes, e contractos, que dizem respeito ao seu patrimonio, ou parte delle, e outros de igual importancia. Os demais de menor momento podem ser feitos só pelo curador, e principalmente se o menor está presente, e não se oppõe; Guerreir. Tr. 3, liv. 5, cas. 5, 6, 7 e 8, e liv. 6, caps. 6, 7, 41, 12 e 14 (§ 46).

§ 243. DOS MENORES COM RELAÇÃO AO DAMNO PROVENIENTE DO DELICTO.

Os menores, assim puberes, como impuberes, e ainda mesmo infantes, obrigão-se civilmente nos delictos, e quasi delictos, praticados por elles pensada, ou impensadamente na ausencia e sem sciencia prévia de seu tutor, ou curador, na parte que respeita á satisfação do damno causado; Cod. Crim. art. 10, § 1, e art. 11, e Lei de 3 de Dezembro de 1841, art. 68 (§ 51).

§ 244. DE OUTRA DIVISÃO DAS PESSOAS.

Finalmente os maiores, ou são filhos-familias, ou emancipados (§ 237), varões, ou femeas, moços, ou velhos, solteiros, ou casados, marido, ou mulher, viuvo, ou viuva.

As mulheres, por attenção ao pudor, e á fraqueza do seu sexo, são mais favorecidas pelas leis, do que os homens.

Dahi vem:

1.º Que em logar da pena de galés são condemnadas a

prisão pelo mesmo tempo com serviço analogo ao seu sexo ; Cod. Crim. art. 45, § 1.

2.º Que o pudor do sexo é impedimento para comparecerem pessoalmente em Juizo como autoras ; e por isso podem accusar por procurador ; Ord. liv. 5, tit. 124, § 16, e Lei de 3 de Dezembro de 1841, art. 92.

3.º Que, obrigando-se por alguma pessoa, são relevadas de tal obrigação, nos termos da Ord. liv. 4, tit. 61 ; exceptuada a mulher, que commercêa, segundo o Ass. de 2 de Dezembro de 1791.

Os moços solteiros de idade de dezoito até trinta e cinco annos, são sujeitos ao recrutamento, e os maiores de trinta e cinco, e menores de dezoito, ou casados não ; Alvará de 15 de Dezembro de 1809, Lei de 6 de Outubro de 1835, e mais Leis, Regulamentos, e Instrucções reguladoras do recrutamento.

Os maiores de setenta annos são escusos de toda a tutoria, ou curadoria, e dos demais encargos publicos ; Ord. liv. 4, tit. 104, § 3, e liv. 2, tit. 54, Man. tit. 24, e Affons. tit. 48.

Os conjuges gozão entre si dos mesmos direitos, e são reciprocamente restituídos pelo beneficio da idade ; Ord. liv. 3, tit. 42, § 4. A viuva goza do direito e dos privilegios de seu fallecido marido ; Ord. liv. 2, tit. 59, § 15 ; e, se vive honestamente, não póde ser demandada contra sua vontade fóra do fóro do seu domicilio ; Ord. liv. 3, tit. 5, §§ 3, e 5, e tit. 12, pr. e § 1. Não goza porém do beneficio de restituição *in integrum* ; Assent. de 29 de Março de 1814 (§ 235).

LIVRO II.

Do direito em relação ás cousas.

TITULO I.

Das cousas em relação á sua natureza, e qualidade.

§ 245. NOÇÃO DAS COUSAS.

Em sentido juridico dizem-se *cousas*, ou *bens*, tudo aquillo, que, servindo de utilidade aos homens póde ser submettido ao seu poder, e por isso mesmo ser objecto de direitos exclusivos. Nesta generalidade comprehendem-se não só as cousas corporaes, mas também as accções, ou factos, e os mesmos direitos, emquanto se considerão como objecto de propriedade; L. 23 D. *de verb. signif.*

Ha porém cousas, que apesar da sua utilidade, não são objecto de direito, por serem taes, que não se podem sujeitar ao poder do homem, como são, v. g., o ar, a luz, etc.¹; e ha outras, que estão fóra de commercio, ou sobre as quaes é prohibido aos homens exercerem direitos exclusivos, como são as cousas sagradas, e algumas outras.

Para classificar as cousas em geral, podemos consideral-as :

1.º *Em si mesmas.*

2.º *Emquanto ao seu destino, e aos seus possuidores.*

¹ Ainda que o ar, a luz, e outras semelhantes creações naturaes, consideradas philosophicamente, sejam inapprehensíveis; comtudo, consideradas em relação á outros bens, ou como accessorios delles, reputão-se objecto de direito.

Assim o dono de um predio tem direito ao ar perpendicular á todo o espaço occupado pelo predio; Ord. liv. 1, tit. 68, § 32. Os rios navegaveis, e os caudaes, de que se formão os navegaveis, os portos, e os mares contiguos ás praias até onde alcanção os canhões das fortalezas de uma nação, ou um tiro de peça atirado do mar para terra, reputão-sé, por direito das gentes, propriedade desta com exclusão das outras; *Selden. Mare clausum, Strauch. de dominio maris.*

§ 246. DA CLASSIFICAÇÃO DAS COUSAS, E I. EM CORPOREAS, E INCORPOREAS.

I. As cousas, consideradas *em si mesmas*, classificão-se : I. em *corporeas*, ou *incorporeas*. Chamão-se *corporeas* todas as que tem existencia, ou natureza physica, ou palpavel, e que por isso mesmo se nos manifestão pelos sentidos, como, v. g., um animal, uma casa. Mas, assim como admittimos em Jurisprudencia pessoas moraes (§ 2), assim tambem supponmos objecto de direito seres incorporeos, ou moraes, que não existem, senão por ficção, como, v. g., as *servidões*, os mesmos direitos, e as acções ; §§ 1, e 2, Inst. de reb. incorpor.

§ 247. II. DAS COUSAS MOVEIS, E IMMOVEIS.

II. Em segundo logar as cousas corporeas classificão-se em *moveis*, e *immoveis*. Chamão-se *moveis* aquellas que se podem transportar de um para outro logar, sem se destruirem, quér por si mesmas, como os animaes, a que por isso se dá o nome distinctivo de *semoventes*, quér por meio de força estranha, como os seres inanimados ; L. 39, D. de verb. sign. Os navios, e embarcações são contados entre as cousas moveis para todos os effeitos juridicos, que a lei não exceptúa ; Cod. Comm. art. 478. ¹

¹ Nas leis, contractos, e testamentos achão-se muitas vezes empregadas as palavras — *moveis*, *bens moveis*, *effeitos moveis*, (*mobilia*) *trastes*, *alfaias*—, as quaes nem sempre exprimem a mesma idéa, e sobre cuja significação discrepão Mello (no liv. 3, tit. 7, § 19), e Lobão (no seu Tractado das casas, § 360 e seguintes).

A mesma difficuldade de definir os vocabulos correspondentes se nota no Digesto, nos titulos *instruct. vel instrum. leg.*, *de supellect. leg.*, *de aur. arg. leg.*, e no Cod. Civ. Fr. art. 534, e seguintes, e no da Pr. p. 1, tit. 2, art. 14, e seguintes.

Segundo a linguagem commum, e de conformidade com o Cod. Civ. Fr. podem-se estabelecer sobre este objecto as seguintes regras :

1.^a Deve-se procurar conhecer o sentido das referidas palavras por aquellas, que as precedem, ou que se lhes seguem, e pelo modo de fallar do logar, ou pelas circumstancias, em que ellas são empregadas : e assim, se o testador lega á um o seu *movel*, e á outro o seu *imovel*, pôde-se concluir que na primeira expressão quiz comprehender todos os bens, que não fossem os immoveis.

2.^a Se d'ahi porém não se poder tirar algum indício, então na simples expressão de *movel*, *bens moveis*, ou *effeitos moveis*, não se comprehende o *dinheiro de contado*, *baizella*, *creditos*, *acções*, *joias*, *livros*, e *equipagens*,

Dizem-se porém *immoveis* ou *de raiz* :

1.º Aquellas cousas, que ou absolutamente não se podem transportar, como os predios rusticos, ou que só se podem transportar, desfazendo-se, ou mudando-se sua fórma, ou estado, como os predios urbanos, as arvores, etc.

2.º Para certos fins juridicos, certos e determinados bens moveis são contados entre os *immoveis*, ou por sua intima connexão com estes, ou porque são pertenças delles, como destinados a serem empregados no seu perpetuo uso, ou por alguma outra razão (§§ 248, 253, e 256) ; L. 13, § ult., e L. 17, § 7, D. *de act. empl. et vend.*, Alv. de 6 de Julho de 1807, e de 21 de Janeiro de 1809. ¹

§ 248. A QUAES DESTAS PERTENCEM AS INCORPÓREAS.

Como as cousas, ou bens incorpóreos, e os direitos, e acções não tem existencia, ou natureza physica (§ 246), contão-se entre as cousas moveis, ou *immoveis*, conforme a

nem os *semoventes*, nem os *vestidos*, nem os *fructos* e *generos* arrecadados, ou de commercio ; Mell. log. cit., e Cod. Civ. Fr. art. 533.

3.ª As palavras *trastes* (*mobilía*) *alfaias de casa* (*supellex*), na falta de declaração, não comprehendem senão os bens destinados ao uso domestico, e ornato das casas, como, as *cadeiras*, *leitos*, *mesas*, *espelhos*, *relogios*, e outros semelhantes objectos, bem como as *estatuas*, *quadros*, *porcellanas*, se ahi estiverem para decoração, e não para outro fim, como v. g., para ajuntar em collecção ; cit. Cod. Civ. Fr. art. 534, Lobão, log. cit. § 564.

4.ª Nestes termos se entende a *venda* ou *legado de uma casa mobiliada*, ou *com todos os moveis* : porém, se se disser — *a casa com tudo que nella se acha* — comprehende-se nesta expressão todos os objectos moveis em geral, á excepção do dinheiro de contado, e dos creditos, porque são uma terceira especie de bens distincta dos moveis, e *immoveis*, como representantes, ou provas de valores ; L. 92, § 1, D. *de Legat. 3.º*, Cod. Civ. Fr. art. 536.

¹ Assim, pela *connexão*, dizem-se *immoveis* os moinhos de vento, ou agua, ainda que sejam assentes em pilares ; as arvores, enquanto pegadas á terra ; as aguas, e as cales para as transportar ; os fructos, enquanto pendentes, e todas as partes componentes dos edificios.

Em razão do *destino*, dizem-se *immoveis* todas as cousas, que os proprietarios destinão exclusivamente para o serviço, e laboração de um predio, como os animaes de carro, as ferramentas de lavoura, as sementes, os estrumes, as colméas, os lagares, alambiques, toneis, engenhos de fabricar assucar ; as caldeiras, e as fórmas, etc. ; cit. Alvará de 6 de Julho de 1807, e de 21 de Janeiro de 1809.

Os de raiz propriamente taes chamão-se *predios*, e dizem-se *urbanos* os edificios destinados para habitação, ou ainda para recreio, como os jardins ; e chamão-se *rusticos* todos os outros, e ainda mesmo os edificios, se são destinados para á cultura, ou colheita, como os celleiros, os moinhos, os lagares, etc ; LL. 198, e 211. D. *de verb. sign.*

natureza do objecto sobre que versão. Assim o direito de exigir de um terceiro que pague certa quantia de dinheiro, ou certa quantidade de outras cousas moveis, considera-se *movel*; e a acção de reivindicação de um predio, e mesmo o simples direito a ella, as servidões, e o usufructo, considerão-se *immoveis*.

Tambem é contado entre os *immoveis* o direito de pedir rendas, foros, pensões, e tensas perpetuas, ou de vidas: Ord. liv. 3, tit. 47, pr. Da mesma sorte as apolices de bancos, e companhias, e os titulos de divida publica são para certos effectos juridicos, equiparados pelas leis aos *immoveis*; Lei de 21 de Junho de 1776, Lei de 15 de Novembro de 1827, art. 27, e Officio de 29 de Fevereiro de 1836. Para outros effectos porém os direitos e acções formão uma terceira especie de bens distincta dos moveis, e *immoveis*; Lei de 20 de Junho de 1775, §§ 17, 26 e 29.

§ 249. III. DAS COUSAS FUNGIVEIS, E NÃO-FUNGIVEIS.

III. Em terceiro logar, as cousas corporeas classificão-se em *fungiveis*, e *não-fungiveis*.¹

Dizem-se *fungiveis* aquellas, de que não se pôde usar sem se consumirem, ou ao menos sem lhes alterar a natureza; e taes são ordinariamente as que constão de conta, peso e medida, como, v. g., o vinho, o trigo, a manteiga, etc.

¹ Esta distincção tem muito uso na Jurisprudencia: ella porém não é tão exacta, que possa servir de base a todas as conclusões juridicas; porquanto muitas cousas, que se consomem pelo uso, são ás vezes reputadas nas leis, convenções, e testamentos, como não-fungiveis, e *vice-versa*.

O essencial da distincção consiste antes:

1.º Em que a cousa fungivel, por isso mesmo que é susceptivel de conta, peso, ou medida, e que existe por toda a parte em maior ou menor abundancia, ao mesmo tempo que na variedade das suas especies, e das qualidades de cada uma destas sempre se acha uma, ou outra especie de qualidades perfeitamente iguaes ás de que se trata, pôde ser substituida por outra da mesma quantidade, e da mesma qualidade.

Assim, se eu empresto dez patações a Pedro, que os dá logo a Paulo, e depois de algum tempo Pedro me torna dez patações, evidentemente estes não são os mesmos em especie, que eu lhe emprestei; mas é a mesma cousa, que se o fossem; porquanto são perfeitamente iguaes em quantidade, qualidade, e valor aos que eu emprestei.

2.º Em que a cousa *não fungivel* é individual, e não é susceptivel de conta, peso, nem medida, e por isso não pôde ser substituida por outra, que lhe seja igual em especie, quantidade, e qualidade. Assim, se eu empresto um cavallo, este mesmo me deve ser restituído, porque difficilmente se achará outro, que lhe seja em tudo igual.

Entre estas é contado o dinheiro (moeda metálica, ou papel), porque não podemos usar d'elle sem o gastar.

Dizem-se porém *não-fungiveis* aquellas de que se pôde usar sem se consumirem, como os animaes de lavoura, ou carrego, os predios, etc.; Ord. liv. 4, tit. 50, pr., e tit. 53, § 1, § 2, Inst. de usufr. ¹

§ 250. IV. DAS COUSAS DIVISIVEIS E INDIVISIVEIS.

IV. Em quarto logar, as cousas classificão-se em *divisiveis*, e *indivisiveis*, *physica* ou *legalmente*. Uma coisa corporal é *physicamente divisivel*, quando, sem se destruir inteiramente, se pôde dividir em porções reaes, das quaes cada uma fórma depois da divisão um todo particular, e independente.

As partes de uma coisa assim dividida chamão-se na linguagem do Direito Romano *partes certæ*, e os que possuem estas partes possuem *pro diviso*. Quando se dá o contrario, então a coisa é *physicamente indivisivel*, e se muitos a possuem, diz-se possuírem *pro indiviso*.

Uma coisa porém é *legalmente divisivel*, sem aliás se distinguir se a sua divisão é, ou não, physicamente possível sem sua destruição, quando nenhuma lei obstá á sua divisão, e muitas pessoas a podem possuir em *commum*, isto é, por partes intellectuaes (*partes incertæ*); ellas possuem então *pro indiviso*, ou *rem habent communem*; L. 8, de rei vind; L. 6, § 1, D. Comm. præd. Pelo contrario uma coisa

¹ Convém estar prevenido, para concordar as leis romanas com as leis patrias, de que naquellas a palavra — *genus* — é empregada para significar o que nas sciencias se chama *especie*, como v. gr., um escravo; e a palavra — *species*, — é empregada para significar uma coisa individualmente determinada, como, v. gr., o escravo João (nota antecedente).

Quando o genero é determinado por conta, ou numero, chama-se em Direito Romano *quantitas*, v. gr., dez patações, dez alqueires de trigo; L. 54, pr. D. de verb. oblig., e L. 3, § 21, de adquir. poss. É ainda neste sentido que na Ord. liv. 4, tit. 50, pr. se emprega a palavra — *genero*, — e no tit. 53, § 1, a palavra — *specie*.

Convém, além disso, notar, que, para certos effeitos, uma coisa fungivel pôde occupar o logar da não-fungivel, e *vice-versa*: assim se o testador legar o vinho do tonel A, o herdeiro deve dar ao legatario o vinho desse mesmo tonel, como se o vinho fosse coisa não-fungivel: se legar uma das suas casas, o herdeiro pôde dar qualquer dellas (não sendo a peor; § 321), como se as casas fossem cousas fungiveis; Macheldey, Man. do Direito Romano, § 149.

é *legalmente indivisível*, quando alguma lei obsta á sua divisão, como, v. gr., a respeito dos bens vinculados; ou quando não é concebível em direito a idéa de uma parte, como se verifica nas servidões.

§ 251. V. DAS COUSAS EXISTENTES, E DAS COUSAS FUTURAS.

V. Consideradas debaixo da relação da sua existencia real, ou possível, as cousas classificão-se, em quinto lugar, em *existentes*, e *futuras*, segundo existem já realmente, ou se espera a sua existencia; sendo que pouco importa que esta dependa do curso ordinario da natureza, ou que dependa da eventualidade, ou acaso.

§ 252. VI. DAS COUSAS PRINCIPAES, E ACCESSORIAS, OU PERTENÇAS.

VI. Em sexto lugar classificão-se as cousas em *principaes*, e *accessorias*, ou *pertenças*. Dizem-se *principaes* aquellas, que existem por si, e para si; e *accessorias* ou *pertenças*, aquellas, que estão exteriormente unidas á principal ou seja por effeito da natureza, como a alluvião, o feto, os fructos, ou por effeito da vontade do homem, com o fim de as fazer servir ao uso perpetuo das principaes, como, v. gr., os animaes de cultura a respeito do prediõ cultivavel; Cop. da Pr. p. 1, art. 2, e seguintes. Emquanto á estas, pôde-se estabelecer a regra geral de que a disposição, que regula a cousa principal, comprehende a accessoria, uma vez que não seja expressamente exceptuada.

§ 253. DOS FRUCTOS.

Entre as *accessões*, ou *pertenças*, comprehendem-se os *fructos* (paragrapho antecedente). Esta palavra em sua accepção propria significa os productos corporeos organicos provindos naturalmente de alguma cousa. Em sentido lato porém significa toda a utilidade, ou rendimento, que se pôde tirar de qualquer cousa, como os juros, ou alugueres, o fôro, etc., e a estes chama-se *fructos civis* (§ 510, n.º 7.º).

Quando para a producção dos fructos concorre com as

forças da natureza o trabalho, ou industria do homem, então chamão-se *fructos industriaes*. Relativamente ao seu estado, os fructos naturaes, e industriaes dizem-se *pendentes*, emquanto estão unidos á cousa, que os produzio; *percebidos*, ou *colhidos*, depois que estão separados della; e estes dizem-se *existentes* ou *consumidos*, segundo ainda existem, ou não, em poder do possuidor da cousa.

Finalmente dizem-se *percipiendos* aquelles, que por dolo, ou culpa lata deixarão de se perceber. Os fructos pendentes das cousas immoveis reputão-se tambem immoveis para os effeitos juridicos, excepto quando se dispõe delles, para serem separados.

§ 254. DAS BEMFEITORIAS.

Entre as cousas accessorias, ou pertenças, tambem se comprehendem as bemfeitorias, ou despezas, que se fizerão para conservar, ou melhorar alguma outra cousa. Se estas tem por fim conservar a existencia da cousa, ou perserval-a de deterioração, chamão-se *despezas*, ou *bemfeitorias necessarias*; L. 79, D. *de verb. sign.*, e aquelle, que as fez e cousa alheia, póde exigir a sua indemnisação, excepto o ladrão; L. 38. D. *de hæred. petit.*, e L. 5, Cod. *de rei vind.*

Chamão-se *uteis*, ou *proveitosas* aquellas, que não erão necessarias, mas que augmentarão o valor da cousa; e *voluptuarias*, ou de *mero recreio*, aquellas, que tem por fim servir ao gozo, ou regalo de quem as fez, sem augmentar o valor da cousa.

A restituição das *uteis* varia conforme a boa, ou má fé, com que forão feitas, e outras circumstancias: quanto porém ás *voluptuarias*, aquelle que as fez, não tem outro direito, senão levantar-as, se o proprietario não lh'as quizer pagar, e elle o poder fazer sem damnificação da cousa, a que estão unidos; L. 38 D. *de rei vind.* ¹

¹ Para alguns effeitos juridicos é mister emquanto ás bemfeitorias necessarias dos bens de raiz, distinguir entre bemfeitorias de pequeno valor, como reparos, e concertos; e bemfeitorias de grande valor, como a reedificação de edificios, que se arruinarão, ou de partes delles; porquanto alguns possuidores, como o usufructuario, sómente são obrigados ás primeiras. Da mesma sorte os possuidores de predios, que são obrigados a restituir rendimentos, não pedem estes reparos, quando se lhes faz a conta pelos juros do valor dos bens, porque neste caso já se lhes fez o respectivo desconto na avaliação; podem porém pedil-os, se a conta dos rendimentos se faz por diferente maneira.

§ 255. DAS DETERIORAÇÕES.

As bemfeitorias oppõem-se as *deteriorações*, ou *damnificações*, isto é, os estragos que a coisa soffreo, e que lhe diminuirão o valor, provenientes de dolo, ou da falta do necessario cuidado, ou de opportunos reparos. Aquelle, que lhes deo causa, ou seus herdeiros, deve indemnizal-as conforme o grau de culpa, que lhe for imputavel; Ord. liv. 4 tit. 70, § 1, Mor. *de exc.* liv. 2, cap. 9, e seguintes, Guerreir. Tr. 4, liv. 2, cap. 11.

TITULO II.

Das cousas em relação ao seu destino, e possuidores.

§ 256. DA DIVISÃO DAS COUSAS EM RELAÇÃO AO SEU DESTINO, E POSSUIDORES.

As cousas consideraveis em relação ao seu destino, e aos seus possuidores, dividem-se em *cousas de direito divino*, e *cousas de direito humano*; L. 1, D. *de rer. divis.*; sendo que umas e outras se subdividem em *moveis*, e *immoveis*; e estas em *immoveis por sua mesma natureza*; *immoveis por seu destino*; e *immoveis por ficção*, ou por consideração do objecto, em que ellas consistem (§§ 247, 248, e 253).

Os predios rústicos, os predios urbanos, e mesmo os fructos, emquanto pendem das arvores, ou estão adherentes ao solo, são exemplos de cousas immoveis por natureza: os instrumentos, utencilios, animaes, e escravos, empregados na laboração dos engenhos de fabricar assucar, e que não se podem separar delles sem interrupção dos respectivos trabalhos, são exemplos de immoveis por destino: finalmente o usufructo, as servidões, etc., são exemplos de immoveis por ficção.

As *cousas de direito divino* subdividem-se em *sagradas*, *santas e religiosas*. As *cousas de direito humano* porém subdividem-se em *nacionaes*, *provinciaes*, *municipaes*, *estabelecimentos publicos*, *do Imperador*, *dos particulares*, *hereditarios*, e *adquiridos*.

§ 257. DAS COUSAS SAGRADAS.

Entendemos por cousas sagradas todas as que são consagradas pelos Bispos, ou por outros sacerdotes com licença delles ao culto de Deus, como os templos, os oratorios particulares admittidos desde os seculos oitavo e nono, os altares, os vasos sagrados, e outras cousas semelhantes destinadas ao culto divino, das quaes se distinguem as cousas ecclesiasticas; porque estas são destinadas á usos diversos, como ornamentos, e reparações dos templos, sustentação dos ministros delles, etc., etc. ¹

§ 258. DOS DIREITOS DELLAS.

As cousas sagradas chamão-se de direito divino, não porque estejam no dominio de Deos, porque no dominio de Deus está tudo quanto o céu e a terra em si encerrão; mas porque são especialmente consagrados ao culto divino, e não se póde applicar á usos profanos. Neste sentido ellas estão fóra do commercio, e da propriedade dos particulares. A guarda e administração dellas, mas não o seu dominio, pertence aos sagrados ministros da Igreja; cap. 2, *dedonal ibi* — *Episcopus et quelibet Prælati ecclesiasticarum rerum sit procurator, non dominus.* ²

¹ Os escriptores costumão chamar promiscuamente *sagradas, santas, e religiosas* as cousas, que destinadas a usos pios por meio da consagração, bênção, ou especial dedicação, não são susceptíveis de commercio. Propriamente porém chamão-se *sagradas* as cousas que por meio das solemnidades da consagração, ou ao menos por bênção especial são dedicadas a Deus; Gilbert. *Corp. Jur. Canonic.* tom. 2, tract. post. *de Eccles.* tit. 24; Wiestner ad lib. 3, tit. 40, n. 10.

Deve-se pois distinguir das outras cousas, e bens ecclesiasticos moveis e immoveis, pertencentes ás Igrejas, ou aos Ecclesiasticos, de cuja differença, e direitos especiaes não cabe aqui tratar-se. Veja-se Murator tom. 4, *Antiquit. Ital. med. æv.*, Dissert. 67: *de modis, quibus Ecclesiæ, Episcopi, Canonici et monasteria terrenis opibus et commodis aucta sunt.*

² As cousas ecclesiasticas, de qualquer genero que sejam, não estão no pleno e verdadeiro dominio dos Bispos, nem mesmo da Igreja, ou do Príncipe. — Quanto aos Bispos, a cousa é liquida á vista do citado cap. 2, *de donat.*, caps. 1 e 2, *de permut.*, e cap. 1, *de pignorib.*; porquanto, ainda que no principio a alienação dellas fosse deixada ao arbitrio e poder dos Bispos (Cann. 66 e 73, causa 12, quæst. 2), comtudo, como muitas vezes abusassem desse poder em detrimento das Igrejas (Van Espen. p. 2, sect. 3, tit. 12, cap. 4, § 2.), refreados desde o seculo 4.º por varios Concilios, e

§ 259. DAS COUSAS SANTAS.

Não temos cousas *santas* no sentido do Direito Romano ; porquanto nenhuma santidade é inherente aos nossos muros, ou ás portas das nossas Cidades. Se quizermos porém derivar essa palavra dos vocabulos latinos — *Sanctum facere* — dar a alguma cousa o privilegio da inviolabilidade, — então podemos dizer que são cousas santas entre nós todas aquellas, que estão protegidas contra qualquer violação, ou offensa por uma sanção, ou pena especial. ¹

§ 260. DAS COUSAS RELIGIOSAS.

Tambem entre nós não se faz religioso, por simples acto

Constituições Pontificias referidas, entre outros, pelo Clarissimo Riegger. *Inst. Jurisprud. Eccles.* p. 1, sect. 2, § 442, e p. 3, tit. 13, forão emfim geralmente privados do poder de as alienar, exceptuados certos casos.

Quanto á Igreja, se algum dominio lhe pertence sobre as cousas que tem adquirido por permissão das Leis, elle não pôde ser tal, que lhe confira o poder de dispôr dellas livremente, e sem as solemnidades requeridas por Direito ; porquanto, nesta parte, a Igreja deve ser reputada como o pupillo, que, ainda que senhor dos seus bens, não pôde alienar-os sem auctoridade do seu tutor ; princ., e § 2, da *Inst. quib. alien. licet. vel nom.*

Finalmente ; quanto ao Principe, ou chefe da sociedade civil, certamente as cousas ecclesiasticas estão sob sua guarda, tutela, e suprema inspecção : porém não sob seu dominio.

Elle pois não pôde dispôr dellas arbitrariamente, mas só para evidente proveito e utilidade da Igreja, ou da Republica. E assim ; como lhe incumbem velar sobre o bem da Igreja, com o qual o da Republica está intimamente ligado, elle pôde, e deve prohibir as alienações, e apenamentos das cousas ecclesiasticas, e outros semelhantes contractos feitos sobre ellas sem sua licença, e prévio conhecimento de causa.

Por virtude deste direito foi que os Imperadores Leão, e Anthemio prohibirão na L. 14, Cod. *Sacros. Eccles.* ao Bispo e Clero de Constantinopla a alienação dos bens ecclesiasticos ; Anastacio na L. 17. Cod. *eod.* a todas as Igrejas do Patriarchado de Constantinopla, e Justiniano nas Novellas 7, e 120 a todas as Igrejas em geral.

O nosso Direito Patrio nunca definiu os casos, em que seria permittida a alienação dos bens ecclesiasticos ; mas deixou a decisão delles ao prudente arbitrio do Principe, segundo as circumstancias occorrentes, como se deprehende da Ord. liv. 2, tit. 24, e do Alvará de 22 de Junho de 1768, ao qual se refere o de 6 de Julho de 1776.

De conformidade com essas Leis antigas, a de 9 de Dezembro de 1830 conferio ao Governo o poder de conceder licença para a alienação de taes bens ; e desse poder ainda elle usou em 1857 pela Resolução Imperial de 27 de Março desse mesmo anno.

² Neste sentido erão santas entre nós as Igrejas ; porque o que violava a sua santidade, arrancando dentro dellas espada, ou punhal para ferir outrem, era punido com a pena especial de degredo perpetuo além da pena, em que incorresse pelo ferimento ; Ord. liv. 5, tit. 40.

de qualquer individuo, no sentido do Direito Romano, o lugar, onde algum defunto é sepultado; porquanto não está no poder, e vontade de alguém fazer religioso algum lugar; isso depende da auctoridade ecclesiastica, e de ritos solemnes.

Um lugar tornado religioso por esse modo diz-se estar fóra do commercio, não porque não esteja no dominio da Cidade; mas porque não é licito usar d'elle para fins profanos e promiscuos. Na erecção de cemiterios deve portanto intervir a auctoridade civil, e a auctoridade episcopal. ¹

§ 261. DO DIREITO DOS PODERES CIVIL, E ESPIRITUAL SOBRE AS SEPULTURAS.

Aos Bispos pois pertence, entre outras cousas, consagrar o lugar com preces, e ritos solemnes, constituir os ritos ecclesiasticos dos funeraes, e conceder, ou denegar sepultura ecclesiastica; e ao Poder Civil compete assignar na cida-

¹ Por Direito Romano qualquer particular podia por seu mero arbitrio fazer religioso um lugar proprio, enterrando nelle algum defunto: § 6 da *Inst. de divis. rer.* A humanidade, e o bem da sociedade certamente exigem que se enterrem, ou queimem os cadaveres: e uma e outra cousa se usou entre os Gregos, e os Romanos, segundo affirma Cicero *ad famil.* lib. 4, Epist. 12.

Os Christãos porém sempre se abstiverão de os queimar, segundo Tertuliano *de anim.* cap. 51, e *de resurrect. carn.* cap. 1. Sabe-se que pelas leis de Solon, e das Doze Taboas era prohibido sepultar na Cidade: os Imperadores o prohibirão tambem, e por essa razão os Romanos sepultavam fóra da Cidade em terrenos proprios, e nas estradas publicas, pondo ás vezes nestas, nos logares das sepulturas, a inscripção — *Siste, viator.*

Os primeiros Christãos, odiados e perseguidos pelos pagãos, não podião achar logares publicos para sepultura dos seus, e por isso os sepultavam em cavernas retiradas. Mas como com o andar dos tempos os pagãos passassem a sepultar na Cidade os seus Imperadores, e os varões insignes em piedade e virtude (Cicer. *de legib.* lib. 2, 23), os Christãos, depois que a paz foi restituida á Igreja, transladarão para a Cidade e Templos della os restos mortaes de seus irmãos; e dahi resultou que, ainda que as Leis dos Imperadores pagãos, e legitimos o prohibião (L. 6, Cod. Theod. *de sepulcr. violat.*), muitos desejaram ser sepultados ao pé dos martyres; e com o andar dos tempos, e principalmente desde o seculo 6.º passarão a ser sepultados primeiramente os Bispos, os Clerigos, os Monges, e os Leigos mais dignos, e por fim todos indistinctamente não só na Cidade, e á roda das paredes das Igrejas, mas até dentro dellas; Thomas *de discipl. eccles.* p. 3, liv. 1, cap. 65, § 7.

É porém mister reconhecer que na admissão das sepulturas nas Igrejas não se attendeo ao bem dos vivos; porquanto os putridos miasmas, que os corpos em dissolução enterrados nellas exhalão incessantemente, infectão o ar sem cessar, e o tornão summamente nocivo á saude publica. Veja-se o Concil. Bracar. anno 363, can. 18 em Aquirra Collec. Concilior. Hispan., e Cod. *de l'humanité* verb. *Cimetière.*

de, ou fóra della terreno sufficiente para os enterramentos dos mortos, estatuir penas contra os violadores dos sepulchros, prohibir os profanos usos delle, cohibir a audacia dos que impedem que um cadaver seja sepultado sob o pretexto de falta de paga da sepultura, estabelecer leis funerarias, definir o lucto publico e particular, prover em ordem a que se dê sepultura a todos, ou gratuitamente, ou por modico preço ; e finalmente reprimir os abusos, e máos costumes, que porventura se introduzão. ¹

§ 262. DAS COUSAS, OU BENS NACIONAES, E PROVINCIAES.

São *nacionaes* as cousas, ou bens, que pertencem á nação. Estas dividem-se em duas classes. Na primeira comprehendem-se todos aquelles bens, sem os quaes a nação não se poderia conservar, e attingir o seu fim.

Esses bens são, entre alguns outros, os seguintes : — os

¹ A igreja pertence principalmentê não só definir os ritos ecclesiasticos dos funeraes, senão tambem conceder ou denegar sepultura ecclesiastica; porquanto é regra geral da Igreja. — *Quibus vivis communicavimus, moriis quoque communicare possumus; quibus vivis non communicavimus, nec mortuis communicare debemus*, Cann. 1, 3, e 6, caus. 24, quest. 2.

Ao Poder Civil porém pertence :

1.º Defender as sepulturas das injurias dos homens, e dos usos profanos por meio de penas determinas por lei.

2.º Assignar logar certo para sepulturas, ou cemiterios publicos, e offerecel-o ao Bispo Diocesano, para que o consagre segundo os rites da Igreja ; L. 6, Cod. *de sepulcr. violat.*

3.º Prover em ordem á que se dê sepultura gratuita, ou por modico preço á todos, e principalmente aos pobres ; Concil. Meld. can. 72, e cann. 14 e 15, caus. 13, quest. 2, caps. 8 e 9 *de simon*, Guill. Hier. Brukner. Dissert. *de sepultura gratis concedenda*.

4.º Reprimir as immoderadas extorções dos Ecclesiasticos nos officios divinos cantados pelos mortos, á cujo respeito é digna de se ver a Carta Regia do Senhor D. João V. á todos os Bispos do Reino, dada aos 8 de Mrio de 1715.

5.º Refrear a audacia e ambição dos Parochos, que definem á seu arbitrio o preço das sepulturas, e que as denegão, si não se lhes paga adiantado : L. 38 *de relig. et sumptib. funer.*, L. ult. Cod. *de sepulcr. violat.*, Novell. 40. cap. 1, e Novell. 115. cap. 5 § 1.

6.º Definir as despezas dos funeraes e do lucto ; Pragmatica Sancção de 24 de Maio de 1749.

Os herdeiros do defunto são obrigados, e podem ser constringidos no seu fóro á pagar as despezas funerarias competentemente definidas : aquelle porém, que por sua vontade lizer estas despezas, pôde repartil-as dos herdeiros por meio da *ucção funeraria*, ou *de gestão de negocio* ; porque se presume havel-as feito, não com o animo de doar, mas por humanidade ; L. 12, § 2 *de relig. et sumptib. funer.*, a qual se funda em boa e publica razão ; e por isso deve-se observar por força e virtude da Lei de 18 de Agosto de 1769.

impostos, ou contribuições publicas ; as terras devolutas, e mattas virgens, comprehendidas nos limites do seu territorio, e que ficarão sem dono particular ao tempo, em que ella se constituiu ; os bens vagos, a que não é achado senhor certo (§ 301) ; os terrenos de marinha, as praias do mar, e o mesmo mar até a distancia de tiro de peça do mar para a terra, e as ilhas adjacentes ; os estabelecimentos publicos, ou nacionaes, ou veeiros, ou minas de ouro, e prata, e de qualquer outro metal, ou mineral (§ 303) ; Ord. liv. 2, tit. 26, liv. 4, tit. 43 ; Extrav. de 9 de Fevereiro de 1591, e 18 de Maio de 1605 ; Provisão de 16 de Junho de 1606 ; Decreto de 20 de Fevereiro de 1783 ; Alvará de 4 de Maio de 1805 ; Decreto de 21 de Janeiro de 1809, e de 13 de Julho de 1820 ; Lei de 15 de Novembro de 1831 ; art. 51, § 14 ; Const. art. 15, § 15, e art. 115, §§ 2 e 7. *de rer. divis.* Exceptuão-se porém os veeiros e minas existentes em terrenos do dominio de particulares, aos quaes a sua propriedade é garantida em toda a sua plenitude ; Const. art. 179, § 22.

Na segunda classe porém comprehendem-se todos aquelles, que não obstante pertencerem á nação, comtudo o seu uso é patente á todos sob certos encargos, ou contribuições, ou sem ellas¹ ; e taes são as estradas, e ruas publicas, as praças, os rocios, os theatros, e passeios publicos, os rios navegaveis, e os de que se fazem os navegaveis, se são caudaes, que corrao em todo o tempo, as praias, e os portos de mar, os ancoradouros, e caes, e outros semelhantes.

São porém bens *provinciaes* os que pertencem a cada uma das provincias, de que se compõe o Imperio ; e taes são os tributos, ou impostos sobre os generos do consumo interno, e sobre as exportações dos productos da Provincia ; Lei da Reforma da Const. de 12 de Agosto de 1834, art. 10, § 5, e art. 13 ; e além desses impostos, os quaes se subdivi-

¹ O uso de algumas das cousas publicas pertence á todos indistinctamente com as condições, e onus que a Nação tiver estabelecido sobre ellas, como succede, v. gr., á respeito dos portos, rios navegaveis e caudaes, praias do mar, etc.

Ha outras, cujo uso pertence exclusivamente á Nação, ou Governo ; e outras cujo uso a Nação concede a particulares por arrendamentos, aforamentos, sesmarias, etc., como ás vezes succede á respeito dos edificios publicos, ou nacionaes, e des terraenos de marinha, etc.

dem em muitos ramos (como sejam, v. g., a decima dos predios urbanos, os dizimos, a siza dos escravos, o sello de heranças, e legados, e os novos e velhos direitos de empregos provinciaes); pertencem tambem a cada provincia os bens do evento, os estabelecimentos, edificios, e estradas provinciaes, e os mais bens, que fôrem marcados por lei geral na fórmula do art. 11. § 4, da citada Lei da Reforma.¹

§ 263. DOS BENS MUNICIPAES.

Dizem-se *municipaes* os bens, que pertencem aos povos de cada Municipio, e cuja administração, sob a immediata inspecção do Governo da Provincia, está a cargo da respectiva Camara Municipal.

Estes tambem se podem dividir em duas classes: na primeira comprehendem-se aquelles, cujo uso pertence a todos os habitantes do Municipio; e taes são os rios, lagos, lagôas, e mattas municipaes, e os baldios, e maninhos, e todos os demais terrenos destinados para logradouros, ou servidões publicas, e pasto de gados.

Na segunda classe porém comprehendem-se aquelles, cujos rendimentos são arrecadados, e applicados pela respectiva Municipalidade á satisfação das necessidades particulares do Municipio; e taes são, v. g., as rendas, e fóros de edificios, e de terrenos proprios da Municipalidade, o producto das afferições de pesos, e medidas, e de licenças, as multas por contravenções ás suas Posturas, o pedagio de pontes, e estradas municipaes, etc.; Ord. liv. 1, tit. 66, §§ 11 e seguintes, liv. 4, tit. 43, §§ 9, 10, 12, e 15; Decreto de 20 de Maio de 1734, e de 11 de junho *ejusd.*; Lei de 23 de julho de 1766; Alvará de 11 de Abril de 1815, § 4; Lei de 1 de Outubro de 1828, arts. 40, 41, 42, 44, e 46; e citada Lei da Reforma art. 10, §§ 8, 9, e 10, e art. 11, § 4. -

§ 264. DOS ESTABELECIMENTOS PUBLICOS.

Os estabelecimentos publicos, taes como as Igrejas, Mos-

¹ Quanto ao uso dos bens provinciaes, dá-se pouco mais, ou menos o que fica indicado na nota antecedente.

teiros, Hospitaes, Universidades, Academias, Lyceos, e Seminarios Episcopaes, e outros semelhantes, e seus respectivos bens, são, para os effeitos juridicos, equiparados aos bens dos particulares com as excepções, e privilegios, que as leis lhes concedem.

§ 265. DOS BENS DO IMPERADOR.

Os bens que pertencem ao Imperador, ou são *patrimoniaes* ou *domaniaes*. Os *patrimoniaes* são todos os que constituem o seu patrimonio particular, e que consequentemente estão no seu pleno e livre dominio : os *domaniaes* porém são aquelles que lhe forão dados pela Nação para si, e seus successores, e de que consequentemente não é pleno senhor, mas administrador, e usufructuario ; taes são os Palacios, e Terrenos nacionaes possuidos actualmente pelo Senhor D. Pedro II, e as acquisições, e construcções, que no correr dos annos a Nação julgar convenientes para sua conveniencia e recreio, e da sua Familia ; Const. art. 115.

§ 266. DOS BENS DOS PARTICULARES.

Os bens dos particulares são os que constituem a propriedade exclusiva de cada um dos individuos, e que fazem o objecto principal do Direito Civil. Estes ou são *allodiaes* ou *emphyteuticos*, ou *de vinculo*, isto é, *morgados*, *capellas*, *familiares*, e outros semelhantes.

Chamão-se *allodiaes*, ou *livres* aquelles sobre os quaes a pessoa, que os possui, tem o dominio pleno de tal sorte que para os poder alienar, se está no pleno gozo dos seus direitos civis, não depende da vontade, ou consentimento de outrem, nem é obrigado a alguem, em razão delles, por alguma prestação, exceptuados somente os onus, ou impostos publicos, a que estão sujeitos os bens de todos.

Chamão-se *emphyteuticos* aquelles, cujo dominio util foi transferido a outro pelo senhor delles, para os cultivar, ou beneficiar, e usufruir perpetuamente, ou por vidas, com a condição de prestar ao senhorio uma certa pensão annual. Destes havemos de tratar no titulo especial do *direito emphyteutico*.

Quanto aos *morgados*, e *capellas familiares*, não é ne-

cessario gastar tempo com elles, visto que a Lei de 6 de Outubro de 1835, prohibio o estabelecimento de outros novos, e determinou que os existentes a esse tempo ficassem extinctos pela morte dos actuaes administradores legitimos, passando então a seus herdeiros, segundo as leis, que regulão a successão legitima, os bens, em que taes vinculos forão constituídos.

§ 267. DOS BENS HEREDITARIOS, E ADQUIRIDOS.

Intende-se por *bens hereditarios* aquelles, que nos vêm por herança legitima; e por *bens adquiridos* aquelles, que adquirimos por meio do nosso trabalho, industria, commercio, ou emprego, ou por beneficio da fortuna, ou que nos forão deixados em testamento, ou dados *inter vivos*; Lei de 9 de Setembro de 1769, abrogada pelo Decreto de 17 de Julho de 1778.

§ 268. DOS DIREITOS DAS COUSAS.

Chamão-se *direitos* certas faculdades, ou poderes juridicos, que nos competem; e como estes ou recahem sobre pessoas, que estão constituídas em alguma obrigação para conosco, ou sobre cousas susceptiveis de dominio, ou de algum dos *direitos reaes* comprehendidos nelle (Introd. § XXVII, 3.º); dahi vem dividirem-se em *direitos pessoaes*, e *direitos reaes*.

São *direitos reaes*, o *dominio*, o *usufructo*, a *servidão*, o *penhor* e a *hypotheca*; e são especies de direitos pessoaes o direito de exigir a indemnisação das despezas, que fizemos para conservação dos bens de alguém sem seu mandato durante a sua ausencia; o direito de exigir a reparação do dãmno, que alguém nos fez, etc. Trataremos de uns e de outros, e primeiramente do dominio, e suas especies, e dos modos de adquirir assim naturaes, como civis.

TITULO III.

Do Dominio, e Posse.

§ 269. O QUE SEJA DOMINIO.

A palavra *dominio*, tomada em sentido restricto, exprime a idéa de propriedade; e consiste, segundo sua natureza, e essencia, em que a cousa, ou cousas corporaes, que formão o seu objecto, são propriedade nossa, pertencem-nos exclusivamente.¹ Elle é portanto um direito *exclusivo* e *illi-*

¹ A *Propriedade*, como o revela a etymologia deste vocabulo, exprime a idéa de uma cousa exclusivamente propria de um, ou de outro individuo, e da qual este pôde usar, gozar, e dispor livremente com exclusão de todos os outros homens. A palavra — *Bem* — contém uma significação mais ampla, do que a palavra — *Propriedade*. Tudo que é *propriedade*, physicamente fallando, inclue-se na classe dos bens, mas nem todo o bem material se inclue na classe das propriedades, porquanto são bens os animaes silvestres, os peixes do mar, etc., etc., e todavia não são propriedade de ninguem, enquanto não forem apprehendidos por alguma pessoa com o animo de os appropriar. Emfim, são bens e bens muito preciosos o ar, a luz, etc.; e todavia não são propriedade de ninguem; porque não são susceptíveis de appropriação.

Como pois a propriedade consiste no direito exclusivo, que temos sobre uma, ou outra cousa, é logico e necessario concluir dahi com o Jurisconsulto Celso, que a propriedade de uma cousa qualquer não pôde pertencer *in solidum* á duas, ou mais pessoas; L. 5, § 15. D. *Comm. vel. contra*.

Sem duvida, uma só e mesma cousa pôde pertencer a muitos, que a possuem em *commum*, ou *pro indiviso*; mas cada um desses consenhores não terá nella com exclusão dos outros, senão uma parte intellectual, ou uma porção ideal, com a qual não se compadece a idéa de exclusão physica, ou material. *Proprio*, e *commum*, portanto, como sabia e discretamente observa Pothier, são duas cousas absolutamente contradictorias, que se excluem reciprocamente.

Estão todavia fóra dessa regra as cousas, que por sua natureza são indivisíveis, como, v. g., as *servidões*; porquanto, o direito *commum*, que dous ou mais tem sobre ellas, está essencialmente integro no poder de cada um. Esta excepção tem por fundamento a propriedade e a indivisibilidade da cousa possuida em *commum*; e por isso mesmo não pôde ser considerada senão como uma confirmação da regra geral sobre a posse e propriedade das cousas divisíveis.

O que acabamos de dizer ácerca da propriedade ordinaria não é applicavel ao credito; porquanto, aindaque uma mesma cousa não possa pertencer *in solidum* a muitas pessoas, ella pôde ser devida *in solidum* a muitos credores. Por exemplo, Sancho vendeo um cavallo, primeiro a Pedro, e depois a Paulo, sem o entregar nem a um nem a outro, e recebendo o preço de cada um: neste caso Pedro e Paulo são credores de Sancho a respeito do mesmo cavallo; pôde portanto cada um de per si exigir de Sancho, que lh'o entregue: uma vez feita porém a tradição do cavallo a qualquer delles, este fica proprie-

mitado; e comprehende outros muitos direitos parciaes, que são:

1.º O de usar, gozar, e usufruir a cousa, e seus fructos, com exclusão dos outros homens.

2.º O de defender e sustentar a posse della por todos os meios legaes, que estiverem ao nosso alcance, e até o de constringer por meio do moderado uso da força propria o injusto invasor á desistir da invasão.

3.º O de a reivindicar, no caso de ter passado, sem o consentimento de seu legitimo dono, para o poder de outro.

4.º O de dispor da mesma cousa por qualquer modo, assim entre vivos, como por consideração da morte.

Acontece porém muitas vezes, que esses diversos direitos achão-se, ou divididos por outras pessoas¹, ou restringidos pelos direitos, que outrem exerce sobre a mesma cousa²; e em cada um destes casos o dominio, e a propriedade dizem-se *dominio menos pleno*, *propriedade dividida*, *limitada*, *imperfeita*, ou *gravada*.

Outras vezes a propriedade, quer livre, ou plena, quer limitada, compete a muitas pessoas *pro indiviso*, e então diz-se *propriedade commum*, *co-propriedade*, *con-dominio*, e as ditas pessoas *con-senhores*, *co-proprietarios*.

tario do cavallo com exclusão do outro por força da dupla razão do titulo, e da posse.

A *propriedade* portanto, precisamente fallando, exprime o objecto do *dominio*, ao passo que este exprime o poder legal, que o proprietario exerce, ou pôde exercer sobre o objecto do seu dominio. Todavia, apezar dessa distincção, que na linguagem metaphysica parece mui justa, os vocabulos *dominio*, e *propriedade* muitas vezes se tomão um pelo outro, até mesmo na linguagem das leis.

¹ Verbi gratia, no bem emphyteutico, ou prazos, o dominio directo pertence ao senhorio, e o dominio util ao senhorio util, ou foreiro.

² Verbi gratia, o direito de servidão, que alguém tem sobre o nosso predio.

³ Cabe aqui mencionar a *propriedade litteraria*; hoje reconhecida por todas as nações civilizadas. Ella cconsiste no direito exclusivo, que tem o autor de qualquer obra litteraria ou scientifica, de a publicar pela imprensa, ou por outro modo, e cousequentemente o direito de obstar a que qualquer outro o faça. A mesma cousa devemos dizer a respeito das cartas geographicas, composições de musica, gravuras, invenções, e descobertas.

§ 270. DO DOMÍNIO, OU PROPRIEDADE REVOGAVEL.

O domínio, ou propriedade em sentido restricto, é por sua mesma natureza *irrevogavel* ou *irresoluvel*; isto é; *uma vez adquirida validamente a propriedade*, o proprietario não pôde ser privado della sem seu consentimento expresso, ou presumido; L. 11. D. *de reg. jur.*

Algumas vezes porém ella é revogavel, ou resoluvel; e isto pôde acontecer por cada um dos modos seguintes:

1.º Quando a revogação deriva dos termos, ou clausulas do acto, pelo qual a propriedade foi transferida, como v. g., no caso da clausula *de retro vendendo*; e então o antigo proprietario não só pôde reivindicar a cousa, mas recebe-a livre dos encargos, que o segundo lhe impozesse, pela regra — *resoluto jure concedentis, resolvitur jus concessum*; — L. 3. D. *quib. mod. pign.*, e L. 105. *de condit. et demonstr.*

2.º Quando depois sobreveio alguma circumstancia, pela qual a lei permite reaver-se a propriedade alienada, como, v. g., no caso da revogação da doação por ingratidão; Ord. liv. 4, tit. 63: neste caso porém só pôde ser repetida do proprio donatario, e não de terceiro, a quem elle a transferio, e subsistem os encargos nella impostos antes da resolução; L. 10, Cod. *de revocand. donat.*

3.º No caso de desappropriação por necessidade, ou utilidade nacional, ou provincial; Const. art. 179, § 22, e Lei de 9 de Setembro de 1826.

§ 271. DOS DIREITOS DO PROPRIETARIO.

Como a propriedade suppõe um direito *exclusivo*, e em geral *illimitado* (§ 269); segue-se que o proprietario pôde:

1.º Alienar, e dispor arbitrariamente da cousa e suas pertencas, e até mesmo destruil-a. uma vez que não offenda direitos de outrem, nem alguma disposição das leis; L. 21, Cod. *mand.*

2.º Empregal-a nos usos, que bem lhe aprouver, ainda que desse uso resulte prejuizo a terceiro, uma vez que não seja feito por acinte, ou emulação, e sem interesse proprio; L. 151, D. *de reg. jur.*, Lobão, *Casas* § 56.

3.º Excluir os outros do uso della, ainda que desse uso

não lhe venha immediato prejuizo ; L. 16, D. *de servit. præd. rust.*

4.º Perceber todos os fructos, e interesses.

5.º Defendel-a pelos meios legaes ; L. 3, § 7, D. *de incend., ruin., naufr.*

§ 272. RESTRICÇÕES LEGAES DA PROPRIEDADE : I. EM GERAL.

1. O direito de propriedade, ainda que seja um direito natural, exclusivo e illimitado (§ 269), comtudo é muitas vezes restringido não só pela vontade do proprietario, mas tambem pelas leis civis ; porquanto, se o homem quer gozar das vantagens, que a sociedade lhe offerece, garantindo-lhe o seguro e livre uso da sua propriedade, tambem deve sujeitar-se ás obrigações, que ella lhe impõe para a consecução do fim social.

Estas restricções legaes tem em vista o bem publico, e muitas vezes tambem o mesmo bem particular das familias, e dos indiyduos ¹. Assim :

1.º O proprietario pôde ser privado da sua propriedade, se a necessidade, ou utilidade publica o exigir, sendo préviamente indemnizado de conformidade com a determinação das leis (§ 270 3.º)

2.º Os donos de edificios arruinados, que ameação perigo

¹ O poder social, no qual se comprehende o *dominio eminente* sobre os bens dos Cidadãos, algumas vezes indispensavel para a consecução do fim social (Ord. liv. 3, tit. 71, § 2 in fim, e Const. art. 15, § 9, e art. 179, § 22) ; pôde sem duvida alguma circumscrever em certos limites a livre faculdade dos Cidadãos de usarem, e disporem dos seus bens como lhes aprouver, e impedir que do mau uso dessa faculdade não venha damno á Republica, ou aos outros membros della.

Nesse legitimo poder é que se fundão os direitos dos tutores, e curadores, as prescripções, a necessidade da insinuação das doações, a successão legitima, as solemnidades dos testamentos, e das convenções, a curadoria dos furiosos, prodigos, e desasistados, e muitas outras disposições mais ou menos restrictivas dos effeitos da propriedade.

Quanto pôrem ao direito de excluir os outros do uso do que é nosso pelo emprego de nossa propria força, coadjuvada por nossas familias, parentes, e amigos, se for necessario, e possivel (Ord. liv. 4, tit. 58, § 2), esse não pode ser restringido por Lei alguma no caso, em que o recurso á authoridade social não pôde impedir, por tardio, o sermos esbulhados da nossa propriedade ; e é por isso que a cit. Ord. concede ao que é forçado na posse de alguma cousa não só defendel-a com força, mas ainda recobral-a por esse modo, comtanto que não haja grande intervallo entre o esbulho, e a recuperação da posse.

aos vizinhos, ou passageiros, podem ser constrangidos a reedificá-los, ou demolí-los até que cesse o perigo; L. 7, e L. 46 D. *de damn. inf.*,

3.º Os proprietários são sujeitos ás leis e regulamentos de policia administrativa, e especialmente os de bens de raiz aos regulamentos sobre alinhamento, e construcção de edificios, reparos, tapumes, e valles, córtes de arvores, etc.

§ 273. II. EMQUANTO AOS ENCRAVADOS.

O predio encravado póde ser desapropriado a instancias do dono do predio, que o cerca; se não exceder o valor de duzentos mil réis; assim como tambem o predio contiguo, no caso de ser preciso para evitar notavel deformidade em algum grande edificio, ou propriedade murada consideravel; Decreto de 17 de Julho de 1778. Da mesma sorte, as arvores sitas em terreno alheio, podem ser desapropriadas pelo dono deste; Lei de 9 de Julho de 1773, § 11. ¹

§ 274. DISTINCCÃO DO DOMÍNIO.

Nas nossas Leis acha-se a distincção do dominio em *universal, particular, pleno, menos pleno, directo, util, verdadeiro, ficticio, natural e civil.*

Dominio *universal*, tambem chamado *eminente* (§272, nota) é o que compete á nação sobre todas as cousas comprehendidas no seu territorio, e em virtude do qual póde, não só restringir aos particulares a livre faculdade de usar, e dispôr da sua faculdade, impôr-lhes tributos sobre ella, etc.; senão ainda dispôr da mesma propriedade delles, quando o bem publico legalmente verificado o exigir, sendo os particulares previamente indemnizados do valor della; Ord. liv. 3, tit. 71, § 2, in fin ibi — *que ficção ao Rei em signal e reconhecimento de universal e supremo senhorio*, — Const. art. 15, §§ 9 e 10, e art. 179 § 22; e Lei de 9 de Setembro de 1826.

¹ A maior parte destas restricções pertence ás servidões, das quaes havemos de tratar em titulo especial.

Dominio particular é o que compete a cada um dos individuos sobre os seus bens ; Ord. liv. 4, tit. 43 in fin ibi—*deixem seus donos lograr-se dellas, pois são seus.*

Dominio pleno é aquelle, que comprehende todos os direitos especiaes, que naturalmente se encerrão no dominio, como são o de usar, e gozar das cousas proprias, e dos seus fructos com exclusão dos outros, o de dispôr da substancia dellas como nos approuver, o de as conservar, e defender por meio da força, e o de as recuperar, ou reivindicar ; Ord. liv. 4, tit. 11, tit. 23, in princ. ibi—*ninguem pôde reter a casa alheia, nem morar nella sem consentimento da pessoa, cuja fôr, — e tit. 58, § 2.*

Dominio menos pleno porém é aquelle, de que está separado algum dos referidos direitos, como, v. gr., no caso da substituição compendiosa ; Ord. liv. 4, tit. 87, § 12.

Dominio directo é o que o senhorio de algum bem de raiz se reserva para si, e seus herdeiros, e successores, quando o dá em aforamento a alguma pessoa ; e *dominio util* é o que esta pessoa adquire sobre a cousa aforada ; Ord. liv. 4, tits. 36, 37, 38, 39, e 40.

Dominio verdadeiro é o que foi adquirido por titulo justo e real, como a venda, a troca, a doação, a herança, e o legado ; e *ficto* é o que as Leis tem imaginado para ter logar em certos casos, como v. gr., no caso do presumido abandono do senhorio ; Ord. liv. 4, tit. 3, § 1.

Dominio natural é o que se adquire pelo facto da posse corporal da cousa ; Ord. liv. 4, tit. 7, in princip. ; e *dominio civil* é o que se adquire por virtude da Lei civil sem dependencia do facto da posse corporal ; Alvará de 9 de Novembro de 1754. Tambem se chama *natural* o dominio que a mulher conserva nos bens dotaes, e *civil* o que o marido tem nelles.

§ 275. DA DETENÇÃO, E DA POSSE JURIDICA.

A *detenção*, no sentido grammatical, é um facto, que consiste em determos debaixo do nosso poder physico alguma cousa corporea com o fim de usarmos, e dispormos della, quando quizermos, e como nos agradar. Essa relação physica entre uma pessoa, e uma cousa, chamada *detenção*, é a base de toda a idéa de posse ; L. 1, pr. D. *de acquir. vel amitt. poss.* Todavia, para que esse estado puramente de facto

possa transformar-se em uma *possejuridica* (*possessio*), e dar nascimento a certos direitos, é de mister que o detentor ajunte ao mesmo facto da detenção o animo, ou intenção de possuir a coisa como sua (*animus possidendi*), com exclusão de todos os outros homens. ¹

Assim, quando a intenção do detentor de uma coisa é detel-a, ou guardal-a como coisa alheia, elle não a possui juridicamente fallando, mas a detem, ou possui em nome de outro, como, v. g., o depositario, o commodatario, o rendeiro, o inquilino, etc.; L. 1, § 3, L. 13, pr., L. 18, L. 25, § 1, e L. 30, § 6, D. *eod.*, Ord. liv. 3, tit. 45, § 10 *verb.* — em cujo nome possui — e tit. 86, § 1, *ibi* — *nem per si, nem per outrem fique por via alguma em posse.*

§ 276. DAS CONDIÇÕES NECESSARIAS PARA A AQUISIÇÃO DA POSSE JURIDICA.

Dous elementos pois se requerem sempre para a aquisição da posse juridica; e são:

1.º A apprehensão da coisa, isto é, um facto material (*corpus*), por meio do qual aquelle que quér adquirir a posse da coisa tenha chegado a submettel-a ao seu poder physico de sorte que possa dispor della, quando, e como quizer, com exclusão de todos os outros homens.

2.º Intenção, ou deliberada vontade (*animus*), coexistente com o facto material, de dispor da coisa como propriedade sua. Desde que estas duas condições, *apprehensão* e *intenção*, se achão reunidas, a posse juridica está adquirida; mas não basta uma sem a outra; L. 3, § 1, D. *de adquir. vel amit. poss.*

§ 277. DO MODO DE EFFEITUAR-SE A APPREHENSÃO.

A apprehensão effectua-se por qualquer facto natural, que dê ao acquirente a faculdade physica de dispor da coisa a todo o tempo, e como lhe agradar; e esse facto póde

¹ Convém não confundir a *posse* com a *propriedade*. Póde uma pessoa ter a posse juridica de uma coisa sem ter a propriedade della, e, *vice-versa*, póde ter a propriedade della sem ter a posse juridica; L. 25, pr. D. *eod.*

ser exercido, ou praticado por qualquer dos modos referidos no § 285.

§ 278. DA-INTENÇÃO, E DAS PESSOAS INCAPAZES DELLA.

A intenção necessaria para a aquisição da posse juridica (§ 275) consiste na livre determinação da vontade do detentor de adquirir a cousa para si, e de dispor della como sua propriedade, quando, e como lhe aprouver. Aquelle pois, que não tem vontade livre não póde adquirir a posse juridica; e taes são :

1.º As corporações de mão morta, a respeito dos bens de raiz, sem dispensa do Poder Legislativo; Ord. liv. 2, tit. 18, pr., Lei de 9 de Setembro de 1769, §§ 10 e 21, Ass. 1.º de 29 de Março, 4.º e 5.º de 5 de Dezembro de 1770, e 2.º de 21 de Julho de 1797, e Regulam. de 2 de Outubro de 1851, art. 49, § 2, e L 1, § 22, D. *de acquir. vel amitt. poss.*

2.º Os impuberes, e os menores sem auctoridade de seu pai, tutor, ou curador, na falta ou impedimento do pai; L. 1, § 3, e L. 32, pr. e § 2, D. *eod.*, e Ord. liv. 4, tit. 98, § 3, in fin ibi — e o filho a houver sem seu consentimento — combiuado com a Ord. liv. 3, tit. 29, § 1, e tit. 41, § 8.

3.º Os dementes e furiosos; L. 1, § 3, L. 18, § 1, *eod.*, e Ord. liv. 4, tit. 103.

§ 279. DOS EFEITOS DA POSSE JURIDICA.

A posse juridica firma em favor do possuidor o direito de se soccorrer aos interdictos possessorios, e estabelece a presumpção do dominio, emquanto outro não provar que lhe pertence a elle, e não ao possuidor; L. 128, D. *de reg. jur.*, e L. 2, Cod. *de probat.* Ella emfim conduz o possuidor por meio do *usucapião* á definitiva aquisição da propriedade do seu objecto, se este não foi reivindicado antes de terminar o curso da prescripção. Dahi pois dimanão ainda entre nós os seguintes effeitos juridicos:

1.º Que o possuidor póde dispor do objecto da sua posse, e transferil-o a quem o quizer.

2.º Que póde defender, e recobrar a sua posse por meio da força, nos casos e pelo modo determinados na Ord. liv. 4

3.º Que também a póde defender em Juizo por meio de acções, ou interdictos possessorios, tendentes a ser mantido nella, ou a ella restituído, segundo foi simplesmente perturbado, ou foi esbulhado della; cit. Ord., e liv. 3, tit. 48.

4.º Que, dando-se boas razões para temer que alguma certa pessoa o perturbe, ou esbulhe da sua posse por auctoridade propria, póde requerer ao Juiz ordinario do logar, que o segure contra o seu justo temor, impondo á dita pessoa o preceito de não o perturbar em sua posse sob comminação de prisão, ou de cincoenta cruzados, no caso de contravir o preceito judicial; Ord. liv. 3, tit. 78, § 5, Gom. *Man. Pract.* p. 1.ª cap. 26, n. 8; Lobão, *Tr. dos interd.* § 101.

§ 280. CONTINUAÇÃO DA MATERIA DO PARAGRAPHO ANTECEDENTE.

5.º Que, se o possuidor for forçado em sua posse, e não poder desforçar-se *logo* pessoalmente, póde soccorrer-se ao Juiz do logar, expondo-lhe o esbulho, com declaração do dia e hora, em que foi commettido, e requerendo-lhe mandado de reintegração na posse, e notificação ao forçador; que não o inquiete mais, sob pena de prisão, ou de cincoenta cruzados.

A concessão desse remedio judicial, sem outra formalidade além do juramento do forçado, evidentemente se contém no espirito da Lei; porquanto haveria manifesta incoherencia, e manifesto contrasenso em conceder-se ao forçado a faculdade de se desforçar *logo* por auctoridade propria (o que é sempre mais ou menos arriscado, e perigoso), e negar-lhe um remedio judicial o mais prompto possivel contra a audacia do forçado; remedio, que aliás não é arriscado, como o desforçamento pessoal; *Silv.* á Ord. liv. 3, tit. 78, § 3, ns. 5, 6, e 7; Gom. cit. cap. 26, n. 14; *Corr. Tell. Doutr. das Accç.* not. 430.

6.º Que não aproveita ao forçador, para deixar de restituir a posse ao forçado, o provar que a cousa é sua; porquanto em todo o caso deve restituil-a, e depois litigar ordinariamente, se quizer, sobre a propriedade della; L. 7, *Cod. Unde vi*, Ord. liv. 3, tit. 40, § 2, tit. 78, § 3, e liv. 4, tit. 58, pr. e § 1.

§ 281. CONTINUAÇÃO DA MESMA MATERIA.

Os effeitos da posse juridica indicados nos dous paragraphos antecedentes, e chamados entre os Romanos *jura possessionis*, são os mais notaveis por sua importancia. Resta porém observar o seguinte :

1.º Que o direito de invocar qualquer dos interdictos possessorios presuppõe a existencia de uma posse juridica; quaesquer que sejam as outras qualidades della. Aquelle pois, que possui injustamente, póde, em regra geral, invocar os interdictos, se outro o perturbar violentamente na sua posse; porquanto o possuidor, quér justo, quér injusto reputa-se senhor, emquanto o contrario não for provado por quem tiver nisso legitimo interesse; L. 1, § 19, e L. 2, D. *requir. vel absent. damnand.*, Ord. liv. 3, tit. 48, e liv. 4, tit. 58, pr. e § 1.

2.º Que o *usucapião* suppõe tambem a existencia de uma posse juridica: esta condição porém não basta por si: só é ainda de mister, não só que a posse tenha *começado* por modo justo, e com boa fé da parte do possuidor; mas tambem que a cousa, que fórma o objecto do usucapião, seja capaz de ser adquirida por esse modo. Por Direito Romano só se requer a boa fé no *começo* da posse; entre nós porém requer-se em todo o curso do tempo do usucapião; Ord. Liv. 4, tit. 3, § 1 in fin, e tit. 79, pr.

§ 282. DAS DIFFERENTES ESPECIES DE POSSE JURIDICA.

A posse juridica, segundo já se póde colligir da doutrina dos paragraphos antecedentes, é de duas especies, que são *possessio ad usucapionem*, e *possessio ad interdicta*; isto é, posse, que conduz o possuidor por meio do usucapião à definitiva aquisição da propriedade do objecto della; e posse, que dá direito ao possuidor para invocar os interdictos possessorios.

A posse *ad usucapionem* é portanto destinada a produzir alguns effeitos mais, do que a posse *ad interdicta*, a qual se contém sempre naquella; não porém *vice-versa*; L. 16. D. *ad usurp. et usucap.* Assim, aquelle, que possui *ad usucapionem*, tambem póde invocar os interdictos; salvo, se este direito pertencer, por uma razão particularissima, a

alguma outra pessoa, como, v. gr., ao credor pignoratício a respeito do objecto do penhor.

As expressões particulares, de que se servem os Jurisconsultos romanos, para indicarem as relações legais dessa posse com o usucapião, e com os interdictos, referem-se à notada diferença entre as duas espécies de posse acima indicadas. A posse *ad usucapionem* chama-se *posse civil*; e dahi vem dizer-se que possui civilmente aquelle, cuja posse reúne as qualidades para o usucapião; L. 3, § 15. D. *ad exhib.*, L. 26, pr. D. *de donat. inter vir. et uxor.*, L. 1, § 4, D. *de acquir. vel amitt. poss.*, e L. 1, §§ 9 e 10. D. *de vi et vi arm.* Qualquer outra posse que não reúna essas qualidades como a posse apenas própria para os interdictos, e a simples detenção, chama-se *posse natural*, por opposição à posse civil.

§ 283. EM QUE A POSSE NATURAL DIFFERE DO DOMINIO.

A posse natural differe do dominio :

1.º Em que a posse natural consiste no facto physico, ou real da apprehensão da coisa, praticado com direito, ou sem elle, e com a intenção de deter a coisa como própria; e o dominio consiste no direito, ou poder juridico de usar, gozar, ou usufruir, e de dispor da coisa *ad libitum* com exclusão de todos os outros homens. O dominio portanto presuppõe na sua aquisição, não só justa posse (parapho seguinte), mas também justa causa, ou justo titulo (citado parapho seguinte); L. 12. D. *de acquir. vel amitt. poss.*

2.º Em que o dominio, como coisa consistente em direito, ou poder juridico, passa para os herdeiros do sujeito d'elle, por sua morte, *ipso jure*, isto é, por virtude da lei, independentemente de facto algum da parte dos herdeiros, e até algumas vezes sem elles o saberem (Alvará de 9 de Novembro de 1754); entretanto que a posse natural não passa, porque consiste no facto real da detenção da coisa, e esse cessou pela morte do detentor.

§ 284. EM QUE A POSSE NATURAL DIFFERE DA POSSE CIVIL -

A posse natural differe da posse civil .

1.º Em que a posse civil, da mesma sorte que o dominio, adquire-se *ipso jure* (citado Alvará), e conserva-se com o animo, ou simples intenção de deter a coisa como propria; e por isso, assim como o dominio, não se perde só porque se perdeu a posse natural, e passa para os herdeiros juntamente com o dominio com todos os effeitos da posse natural (citado Alvará, e Ass. de 16 de Fevereiro de 1786); entretanto que nada disto se dá na posse natural.

2.º Em que a posse natural perde-se pelo facto de ser o seu objecto occupado, com fôrça, ou sem ella, por qualquer outra pessoa; e não se perde por tal facto, nem a posse civil, nem o dominio, se não interveio o livre consentimento do senhor; Ord. liv. 3, tit. 48, e liv. 4, tit. 58 pr. verb. — *seja logo constrangido restituil-a ao que a possuia, e perca todo o direito que nella tinha.*

§ 285. DE OUTRAS DIVISÕES DA POSSE, EM GERAL.

Em relação á causa, pela qual se possui, ou simplesmente se detém uma coisa, a posse distingue-se em *justa*, e *injusta*. Diz-se *justa* a que foi adquirida por modo conforme a direito, e com causa legitima; e diz-se *injusta* quando lhe faltão essas duas condições, ou somente um dellas. Ella porém não se reputa injusta só porque versa sobre coisa alheia, se o possuidor o ignora, não tendo razão de o saber, emquanto durar a sua boa fé. Dahi vem que o possuidor de boa fé faz seus fructos, emquanto está existir; § 35. Inst. de rer. divis.

Entre as causas que vicião a posse, devem-se distinguir principalmente a *violencia*, a *clandestinidade*, e o *precario*; L. 19, § 9, e L. 2, D. *Uti possid.* A regra — *Nemo sibi ipsi causam possessionis mutare potest* —, á qual deo lugar a causa, pela qual se possui, não se applicava senão ao antigo usucapião *pro herede*: parece porém que, mais tarde, ella mudou de significação, e applicou-se não só ao caso do simples detentor da coisa alheia, o qual não póde por sua unica vontade mudar a sua detenção em posse juridica (L. 2 §§ 18 e 20); mas tambem ao caso daquelle, que só tem

a posse natural, para não poder por sua simples vontade mudal-a em posse civil; L. 1, § 2, D. *pro hered. vel pro possessor.*

§ 286. DA POSSE DE BOA, E DE MÁ FÉ, E DE SEUS EFEITOS.

A posse diz-se *de boa fé*, quando o possuidor da coisa a reputa sua, não sabendo, nem tendo razão de saber que ella é alheia; L. 109, D. *de verb. signific.* e L. 27, D. *de contrah. empt.* Pelo contrario diz-se *de má fé*, quando sabe, ou tem razão de saber, que é alheia; § 35, *Inst. de rer. divis.*, e L. 38, D. *de usurp. et usucap.* O possuidor de boa fé faz seus os fructos da coisa, emquanto dura a sua boa fé; cit. § 35, *Inst. de rer. divis.*, Ord. liv. 3, tit. 66, § 1, v. — *E quanto*: — o possuidor *de má fé* porém é obrigado a restituir, não só os fructos, que percebeo durante a sua posse, mas tambem os que podéra ter percebido, e que não percebeo por sua culpa; cit. § 38, *Inst. eod.*

§ 287. DA POSSE, COM RELAÇÃO AO TEMPO DA SUA AQUISIÇÃO, E AOS MODOS POR QUE SE ADQUIRE.

A posse, quanto ao tempo da sua aquisição, divide-se em *nova, velha, de breve, longa, e longuissima data*, e *memorial*. Esta divisão tem frequente uso, e principalmente nas prescripções, como se vê pela leitura da Ord. liv. 4, tit. 3, § 1, tit. 13, §§ 1 e 5, tit. 79, e outros. *Justa*, ou *injustamente*, ella adquire-se por qualquer dos seguintes modos:

1.º *Judicialmente*; isto é, por virtude de sentença, mandado, ou despacho de Juiz competente, com prévia citação do actual possuidor, se o ha, para a ver tomar, e largar a que tem; Ord. liv. 1, tit. 78, § 8, v. — *Emquanto ás posses*; — ou por *Tabellião Publico* em cada um dos casos declarados na Ord. liv. 4, tit. 58, § 3.

2.º *Extrajudicialmente*; isto é, por auctoridade propria do acquirente, como quando, estando a coisa vaga, ou não occupada por alguém, toma posse della; cit. Ord. § 1.

3.º *Natural*, ou *corporalmente*, como quando se apprehende corporalmente a coisa com animo de appropriação (§ 277).

4.º *Ficticia*, ou *symbolicamente*, como quando se adquire,

não pela apprehensão real da cousa, mas por symbolos. ou signaes, que a representão, como, v. g., pela entrada na propriedade rural pelo cortamento de algum ramo, etc.; ou pela tradição das chaves da casa, etc.; e então se chama *posse symbolica*; ou quando se mostra a cousa de longè, indicando-a com a mão, e então se chama *possessio longa manu*; ou quando enfim o possuidor aliena o objecto da posse, e ao mesmo tempo fica na posse delle por outro titulo, como, v. g., por locação, ou commodato; e então chama-se *possessio brevi manu*.

5.º *Civilmente*, ou *ipso jure*; isto é, sem dependencia de algum facto real, como quando o possuidor fallece; em cujo caso a posse civil da sua herança é logo traspassada em seus herdeiros com todos os effeitos da posse natural, por virtude da lei; Alvará de 9 de Novembro de 1754. Esse effeito da lei não impede que os herdeiros repudiem a herança, se quizerem; e então a posse civil é tida como não traspassada nelles.

O facto real da apprehensão, de que depende a posse corporal, ou natural, póde ser executado, ou pelo mesmo acquirente, ou por qualquer outra pessoa em nome delle, como procurador, tutor, etc.

§ 288. DA CONTINUAÇÃO DA POSSE.

A posse civil, da mesma sorte que o dominio, uma vez adquirida, continúa na pessoa do possuidor, emquanto a cousa possuida não fôr transferida a outra pessoa com todos os direitos reaes a ella annexos, ou por acto de livre e espontanea vontade do possuidor, ou por effeito de execução de sentença passada em cousa julgada. Quanto porém á posse natural, a sua conservação, e continuação não cessão de pleno direito, durante a vida do acquirente, nem por effeito do não exercicio do seu poder physico sobre a cousa possuida, uma vez que não lhe falte a possibilidade de usar e dispôr della; nem por superveniencia de alienação mental do possuidor; L. 27, D. *de acquir. vel amitt. poss.*; nem enfim pelo facto da occupação da cousa por um terceiro, emquanto o mesmo facto não fôr conhecido pelo possuidor; L. 46, D. *eod.*

§ 289. DA PERDA DA POSSE NATURAL POR EFEITO DE FACTO PRÓPRIO, OU ALHEIO.

A posse natural da coisa móvel perde-se por facto próprio do possuidor ainda que involuntário, como no caso, em que elle perdeu a coisa; e perde-se por facto alheio, como no caso, em que um terceiro se apossa da coisa violenta, ou clandestinamente; L. 15, D. *de acquir vel amitt. poss.* Perde-se porém a posse natural de coisa imóvel, por impossibilidade sobrevinda ao possuidor, quando este, por um successo natural, não pôde mais exercer sobre a coisa o seu poder physico, como, v. gr., se o rio, ou o mar occupou o seu predio rural; L. 3, § 17, e L. 30, § 3, D. *cod.* É perde-se por facto alheio, quando o possuidor foi esbulhado da coisa imóvel violenta, ou clandestinamente; neste caso porém, é-lhe permittido recobrar a posse por meio da força, dentro de um prazo razoavel, segundo as circumstancias; Ord. liv. 3, tit. 48, e liv. 4, tit. 58, § 2, L. 1, § 17, e L. 17, D. *de vi et vi arm.*

§ 290. DA PERDA DA POSSE POR SIMPLES EFEITO DA INTENÇÃO DO POSSUIDOR.

A posse perde-se por simples effeito da intenção do possuidor desde que este manifestou *expressa* ou *tacitamente*, que não quer mais possuir a coisa, que fórma o objecto della: *expressamente*, quando declara por palavra, ou por escripto, que demitte de si a posse da coisa, e a traspassa a certa, e determinada pessoa, sem todavia intervir o facto da tradição real da coisa; L. 30, § 4, e L. 48, D. *de acquir. vel amitt. poss.*; e *tacitamente*, por derelicção, ou abandono da coisa; L. 37, § 1, D. *de usurp. et usucap.*

§ 291. DA PERDA DA POSSE PELO FACTO, E INTENÇÃO.

Perde-se a posse pelo facto, e intenção simultaneos, quando o possuidor entrega a coisa a outro, para que este a possua como sua; L. 33, e L. 18, § 2, D. *de acquir. vel amitt. poss.* A convenção, por virtude da qual aquelle, que possuía uma coisa como sua, não a fica mais possuindo, senão em nome de outro, e como representante

deste, chama-se entre os modernos *Constituto possessorio*: tal é, por exemplo, o facto, pelo qual se estipulou no contracto de compra e venda, que o proprietario vendedor conservará a posse da cousa, como locatario, durante o tempo da locação, simultaneamente contractada; L. 18, pr. D. *eod.*, e L. 77, D. *de rei vindic.*

§ 292. DA PERDA DA POSSE POR FACTO DE TERCEIRO:

Assim como se póde adquirir a posse por facto de terceiro, assim tambem se póde perder, e se perde com effeito em cada um dos seguintes casos:

1.º Perde-se por facto de terceiro detentor da cousa em favor deste mesmo, quando elle tem manifestado por actos physicos a resolução de possuir a cousa como sua: tal é, v. g., o facto physico, pelo qual o ladrão opera fraudulenta subtração de uma cousa movel alheia; L. 3, § 18, D. *de acquir. vel amitt. poss.* Exceptua-se porém o caso, em que o detentor se acha sob o poder do possuidor, como, v. g., o escravo, por cuja fuga o senhor não perde a posse delle; porque este não póde interverter a causa da posse (§ 285). Tal é tambem o facto violento, ou clandestino, pelo qual o possuidor da cousa immovel é esbulhado de sua posse; L. 25, § 2, L. 46, D. *eod.*, L. 18, pr. D. *de vi et vi arm.*, Ord. liv. 4, tit. 58.

2.º Perde-se a posse por facto do terceiro que detém a cousa em nome do possuidor della, em todos os casos, em que este a teria perdido, se a cousa estivesse sob seu immediato poder physico, como, v. g., no caso, em que a cousa movel foi furtada, ou roubada ao que a detinha em nome do possuidor (L. 3, §§ 15 e 16, e LL. 15 e 25, D. *de acquir. vel amitt. poss.*), e no caso, em que o rendeiro, ou locatario de cousa immovel é expellido della violentamente por outra pessoa; sendo que neste caso o locador perde logo a posse, antes mesmo de ter noticia do facto; L. 1, § 22, D. *de vi et vi arm.* No caso, porém, em que o detentor, por dolo, culpa, ou negligencia, consentio que outro se apossasse da cousa, a posse desta não é perdida para o possuidor, senão quando, querendo recuperal-a, é repellido pelo espoliador; ou quando não tentou recuperal-a em tempo razoavel, segundo as circumstancias; Ord.

liv. 4, tit. 58, § 2, L. 12, Cod. *de acquir. vel retin. poss.*, L. 25, § 2, e L. 46, D. *de acquir. vel amit. poss.*

§ 293. DA CON-POSSE, OU POSSE COMMUM.

Toda a posse, segundo a sua mesma noção, é essencialmente exclusiva; porquanto aquillo, que um possue, não pôde ser possuído simultaneamente por outro em sua integridade; L. 3, § 5, D. *eod.*, e L. 5, § 15, D. *Commod. vel contra*. Podem porém muitas pessoas possuir a mesma coisa por partes intellectuaes ou ideaes; e isso se chama — *pro indiviso, vel partibus, indivisis possidere*, — e modernamente — *con-possessio*. — Tambem nada impede, que muitas pessoas possuão a mesma coisa debaixo de relações diferentes, e com effeitos igualmente diferentes; e isto succede, v. g., no objecto do penhor; porquanto, neste caso, o devedor tem sobre elle a posse civil (*possidet ad usum capionem*), e o credor a posse propriamente dita, isto é, a posse natural (*possidet ad interdicta*); L. 16 D. *de usurp. et usucap.*

§ 294. DA QUASI POSSE.

Propriamente fallando, não são susceptíveis de posse, senão cousas corporeas, porque só a respeito destas se pôde conceber apprehensão, ou detenção; L. 4, § 27, D. *eod.* Como porém a posse juridica de uma coisa corporea reduz-se ao exercicio *de facto* da propriedade, concebe-se facilmente, que em materia de servidões, consideradas como direitos particulares segregados da propriedade, e transmitidos pelo proprietario a outra pessoa, que os exerça como direitos seus, existe alguma coisa semelhante á posse. Esse exercicio de facto combinado com a intenção do seu autor chama-se em Direito Romano — *Juris quasi possessio* — (L. 3, § 17, D. *de vi et vi arm.*); e acha-se, á respeito dos interdictos, e do usucapião, na mesma relação, que a posse das cousas corporaes. São portanto applicaveis á quasi posse das cousas incorporeas, taes como, as servidões, os interdictos, e usucapião, ou prescripção acquisitiva.

TITULO IV.

Da Acquisição do dominio das cousas.

§ 295. DAS CONDIÇÕES GERAES DA ACQUIÇÃO DA PROPRIEDADE.

A aquisição da propriedade exige o concurso das seguintes condições:

1.^a Uma pessoa capaz de adquirir ; porquanto a lei declara em geral incapazes de adquirir todos aquelles, que não podem ter vontade, como, v. g., os dementes, e os furiosos ; L. 6 e 63. D. *de acquir. vel amit hered.*; ¹ exceptua-se porém nos casos, em que a vontade do acquirente nenhuma influencia juridica tem.

2.^a Uma cousa, que possa ser objecto da aquisição ; L. 6, § 2, D. *de acquir. rer. domin.*

3.^a Modo legal de adquirir ; § 6. Inst. *per quas person. nob. acquir.*, L. 1, D. *eod.*

§ 296. NOÇÃO GERAL DOS MODOS LEGAES DE ADQUIRIR O DOMINIO.

Os modos legaes de adquirir o dominio ², ou são de Direito Natural, e das Gentes, ou de Direito Civil (isto é,

¹ Os infantes, impuberes, dementes, furiosos, e prodigos, interdictos da administração de seus bens, adquirem por intermedio de seus pais, tutores, ou curadores ; §§ 207, 214, e 216.

² É mister não confundir *titulo* com o *modo de adquirir o dominio* ; porquanto são cousas essencialmente differentes.

Na aquisição do dominio intervem sempre duas causas, uma chamada *proxima*, que é aquella, pela qual uma pessoa adquire o dominio de alguma cousa *imediatamente*; e outra chamada *remota*, que é aquella, pela qual, e por motivo da qual ella se torna *mediatamente* senhora da mesma cousa.

Por exemplo: se eu comprei uma cousa a quem era verdadeiro senhor della, e elle m'a entregou, eu tornei-me senhor della, e neste caso a tradição, é causa remota. Nesse mesmo exemplo a causa proxima do dominio chama-se *modo de adquirir*, e causa remota chama-se *titulo*.

Mas o *modo*, e o *titulo* differem tambem no effeito; porque:

1.^o *Pela causa remota, ou titulo, adquire-se o jus ad rem, e pela causa proxima, ou modo adquire-se o jus in re.*

ou são *naturaes*, ou *civis*), L. 1. D. *de acquir. rer. domin.* Neste titulo tratamos sómente dos *naturaes*, os quaes se subdividem em *originarios*, e *derivativos*. Aos *originarios* referem-se a *occupação* e a *accessão*; e aos *derivativos* a *tradição*.

§ 297. DA OCCUPAÇÃO.

Occupação é esse modo de adquirir a propriedade de cousas corporeas, que repousa neste principio — *Res nullius cedit occupanti*, — isto é, — *Aquelle, que apprehende uma cousa que não tem dono, com o animo de a ter e possuir como sua, adquire por isso mesmo a propriedade della. Quod enim nullius est, id ratione naturali occupanti cum animo sibi habendi conceditur*; — L. 3. D. *de acquir. rer. domin.*

O direito Romano admitte tres especies de *occupações* :

1.^a A *Occupação* de cousas animadas, que não tem dono, em cujo numero se comprehendem todos os animaes bravios, ou não domesticados, terrestres, aquaticos, e volateis, suppondo todavia que elles estão em sua liberdade natural, ou que, tendo já tido dono, a recobrarão; §§ 12 e 16, *Inst. de rer. divis.*

2.^o A *occupação* de cousas inanimadas, que não tem dono; §§ 18 e 47, *Inst. eod.*

3.^a A *occupação* bellica; § 17, *Inst. eod.*

§ 298. DA OCCUPAÇÃO COM RELAÇÃO ÀS COUSAS PUBLICAS, OU COMMUNS.

Como a *occupação* é a *apprehensão* de cousa corporal,

2.^o Consequentemente, por virtude do *titulo* eu só tenho acção pessoal contra aquelle, com quem contractei; e por virtude do *modo de adquirir* eu tenho acção real contra qualquer possuidor da cousa; L. 72, D., e L. 15, *Cod. de rei vind.*, L. 3, D. *de obl. et act.* e L. 20, *Cod. de pact.*

Assim, se eu comprei a Pedro um cavallo, e Pedro antes de m'o entregar o vendeo, e entregou a Paulo, eu tenho acção pessoal contra Pedro, para que me torne o preço, que lhe dei, com seu interesse; mas não tenho acção real contra Paulo, para que me entregue o cavallo, allegando que já me estava vendido, quando elle o comprou; porque a condição de Paulo é melhor do que a minha: em mim só ha titulo, e nelle ha titulo, e modo de adquirir.

Quanto á divisão do titulo, e qualidades, que nelle se requerem, veja-se o § 614.

que não tem dono, feita com o animo de se appropriar — *rerum corporalium nullius adprehensio cum animo sibi habendi* (paragrapho antecedente): segue-se dahi, que os mares proximos ás praias, as mesmas praias¹, os terrenos de marinha, os rios navegaveis, e os caudaes, de que se fazem os navegaveis, e outras muitas cousas, que por Direito Romano se chamão *publicas*, *communis*, ou de *universidade*, não cedem ao occupante, porque são propriedade da Nação, da Provincia, ou da Municipalidade, nos termos dos §§ 262 e 263.

§ 299. DA OCCUPAÇÃO BELLICA.

As cousas tomadas ao inimigo publico durante a guerra não pertencem ao occupante, mas á Nação, em cujo nome e a cujas expensas a guerra é feita; e isso sem distincção entre cousas moveis, immoveis, e tomadas em guerra publica por cada um dos militares individualmente, ou por todos collectivamente; porquanto em todos os casos são adquiridas, não para o occupante, mas para a Nação, de quem os soldados são instrumentos; Extravag. de 20 de Dezembro de 1713, que nessa parte revogou a Ord. liv. 2, tit. 32, § 1, que parecia ceder taes cousas ao primeiro occupante.

§ 300. DA CAÇA, E PESCA.

Os animaes silvestres, aves bravias, e peixes, quér do mar, quér de rios, lagos, e lagoas de uso publico, cedem ao occupante; porque não estão no dominio privado de ninguém. Como porém a caça, e a pesca, sendo meios industriaes de abastecer a população de mantimento, podem todavia tornar-se damnoso pelo abuso, que delles se faça; pertence ás Camaras Municipaes regular por meio de Posturas o modo como esses dous meios de industria hão de ser exercidos; e comminar penas contra os infractores dellas; Ord. liv. 1, tit. 66, §§ 28 e seguintes, e Lei de 1 de Outubro de

¹ Comtudo, aindaque as praias do mar seião publicas, as perolas, as pedras preciosa, e outras cousas adespostas, ou sem dono, achadas nellas pertencem ao inventor, e não á Nação; e varios casós julgado nesse sentido a respeito do ambar achado em nossas praias são referidos por Caved. p. 2, Decis. 48, ns. 9 e 10, e Portug. de donat. liv. 3, cap. 13, n. 92.

1828, art. 66, § 10, ibi — e sobre quanto possa favorecer a agricultura, commercio, e industria dos seus districtos.

§ 301. DAS COUSAS ACHADAS, E ABANDONADAS.

As cousas achadas ou já tiverão, ou ainda não tiverão dono; no primeiro caso devem-se restituir a seu dono; e se é desconhecido, o inventor deve manifestar a achada ao Juiz de Paz do districto dentro de quinze dias, sob pena de furto; Cod. Crim. art. 260: é porém devida ao inventor a indemnização das despezas feitas por elle para conservação da cousa achada.

O mesmo se entende a respeito das cousas, ou fardos de mercadorias, que vem ter á costa dos nossos mares em consequencia de naufragios; Ord. liv. 2, tit. 32, deduzida das Leis das Côrtes de Coimbra feitas no anno de 1211, no reinado do Senhor Rei D. Affonso II, e das Côrtes de Atouguia feitas no anno de 1375, no reinado do Senhor D. Fernando I.

Se não apparece dono aos bens assim achados, estes se devolvem á Fazenda Nacional da mesma sorte, que os chamados *vacantes*, ou *vagos*; exceptuados os chamados *do evento*, como escravos, gados, ou bestas, a que não é achado dono, os quaes se devolvem á Fazenda Provincial, com o encargo para uma e outra, de entregar á seus donos, quando appareção competentemente habilitados, o producto da arrematação de taes bens, deduzidas as despezas, e direitos, que pertencem a cada uma; e são arrecadados, os primeiros, isto é, os chamados *vagos*, pelo Juizo de Orphãos, e os segundos, ou do *evento*, pelos Juizes Municipaes, nos seus respectivos districtos; Ord. liv. 1, tit. 62, § 38, liv. 2, tit. 26, § 17, liv. 3, tit. 94, Lei de 24 de Outubro de 1832, arts. 83 e 91, Lei de 3 de Outubro de 1834, art. 36, Lei n. 243 de 30 de Novembro de 1841, art. 17, e Decreto n. 160 de 9 de Maio de 1842.

Tambem se devolvem á Fazenda Nacional as embarcações, e navios, que se perdem, e dão á costa nas praias do Imperio, e seus carregamentos, no caso de serem de inimigos, ou corsarios; Regulamento das Alfandegas de 22 de Junho de 1836, arts. 301 até 305, citada Lei de 30 de Novembro de 1841, art. 17, citado Decreto de 9 de Maio de 1842, art. 3, § 5.

As cousas porém, que nunca tiverão dono, como perolas, pedras preciosas, etc., pertencem ao que as achar (§ 298, nota); assim como pertencem ao primeiro occupante as cousas, que seu dono lança a alguma multidão; porque por esse seu facto mostra que abdica todo o direito, que nellas tinha.

§ 302. DOS THESOUROS.

Chama-se *thesouro* um antigo deposito de dinheiro, ou de outras preciosidades, escondido por dono, de que não ha noticia, e finalmente achado por acaso — *condita ab ignotis dominis tempore vetustiore mobilia*; — L. un. Cod. de thesaur.

Elle pertence *todo* ao inventor, se este o achou por acaso, e em terreno proprio, ou ainda em terreno sagrado, ou religioso: pertence-lhe porém só metade, se o achou em terreno alheio, porque então a outra metade pertence ao dono do terreno, quer seja algum particular, quer seja o Fisco, ou Cidade; L. 39, Inst. de rer. divis., e L. un. Cod. de thesaur.

Esta doutrina sempre nos pareceo mais razoavel, e mais justa, do que a que dava ao Rei os thesouros achados, como implicitamente comprehendidos na generalidade da significação das palavras da Ord. liv. 2, tit. 26, § 17. — *E todos os bens vagos, a que não é achado senhor certo*: — todavia nós seguimos esta na primeira edição desta obra não só por veneração e respeito ao insigne Jurisconsulto Mello Freire, que a sustenta; mas tambem por convicção propria de que a referida disposição da citada Ord. effectivamente comprehendia em sua generalidade os thesouros, visto que estes são realmente *bens vagos, a que não é achado senhor certo*.

Tendo porém ultimamente reflectido que o direito de propriedade é garantido em toda a sua plenitude (Constit. art. 179, § 22), intendemos hoje que ao proprietario do terreno onde foi achado um thesouro, está garantida a propriedade da totalidade do mesmo thesouro, se foi elle mesmo quem o achou; ou uma parte delle, se outro foi o fortuito inventor; porquanto neste caso é justo, que elle, ainda que senhor do terreno, reparta o beneficio da fortuna com aquelle, de quem a fortuna se servio para o beneficiar.

Dahi pois inferimos que o citado § 17 da referida Ord. não se póde mais applicar, entre nós, aos thesouros achados, por lhe obstar a disposição do citado art. 179, § 22 da

Constituição. E assim, concluímos que a doutrina do Direito Romano sobre thesouros, é a que hoje deve prevalecer entre nós.

§ 303. DAS MINAS DE METAES, E MINERAES.

Os veeiros, e minas de ouro, ou prata, ou de qualquer outro metal, ou mineral, pertencião ao Rei pela citada Ord. liv. 2, tit. 26, § 16. Hoje porém que a lei fundamental do Imperio traspassou para a Nação, a quem pertencem, todos os bens, e direitos, que outr'ora pertencião aos nossos antigos Reis sob a denominação de direitos reaes, as minas de metaes, e mineraes pertencem á Nação.

Isto porém se deve intender a respeito das minas, que se acharem em terrenos da Nação; porquanto as que forem achadas em terrenos de particulares, de corporações, ou de municipalidades, pertencem aos donos desses terrenos, visto que o direito de propriedade, o qual comprehende assim o centro, como a superficie do solo (§ 492), é garantido em toda a sua plenitude; Constit. art. 179, § 22.

Convém porém notar que já mesmo no tempo, em que taes minas pertencião ao Rei, se concedia a exploração dellas a particulares, e a sociedades, ou companhias, que se organisavão para esse fim, obrigando-se a pagar ao Fisco um certo imposto chamado *direito senhoreal dos quintos*, cuja taxa tem variado segundo os tempos; Ord. liv. 2, tit. 34, § 4, Lei de 3 de Dezembro de 1750. Decreto de 16 de Setembro de 1824, Lei de 26 de Outubro de 1827, Decreto de 5 de Novembro de 1828, e de 27 de Janeiro de 1829, e Leis dos Orçamentos annuaes sob a rubrica — *Direitos de vinte e cinco por cento sobre o ouro*.

§ 304. DA ACCESSÃO EM GERAL.

Intende-se por *accessão* (segundo modo originario de adquirir o dominio por Direito Natural (§ 296)), o direito de adquirir o dominio do incremento, que sobrevem a alguma coisa corporal, que nos pertence; porquanto é natural, que o accessorio pertença áquelle, de quem é o principal, como, v. g., que os fructos da arvore pertencão ao dono desta. Ella divide-se em *natural*, *industrial* e *mixta*.

A *natural* é aquella, que é operada simplesmente pelas forças da natureza; como, v. g., a *alluvião*, o *fêto dos animaes*, etc.: a *industrial* é aquella, que é operada por arte, ou industria do homem, como, v. g., a mesa que outrem fez com madeira minha; e a *mixta* é aquella, que é operada por actos simultaneos da natureza, e do homem, como, v. gr., os fructos da cultura das terras.

§ 305. DA ACCESSÃO NATURAL.

A *accessão natural* comprehende: I. O *fêto da substancia animada* (o fêto dos animaes), e os *productos*, ou *fructos da substancia inanimada*, provenientes da acção das suas mesmas forças naturaes, sem nenhum auxilio da industria, ou trabalho humano: II. As *ilhas*: III. A *alluvião*: IV. A *apulsão*, ou *adjecção*: V. A *mudança do leito do rio*.

I. Por *feto da substancia animada* intende-se o incremento operado pela geração; resultado da união dos dous sexos, dos quaes o feminino é evidentemente o que ministra à semente da geração toda a materia, de que ella carece para seu desenvolvimento, e crescimento; e dali vierão os dous seguintes axiomas:

1.º *Quidquid ex ventre matris in dominio nostro constitutæ nascitur, nostrum est*, L. 4, e L. 6, D. de *acquir. rer. domin.*

2.º *Partus sequitur ventrem*, § 19. *Inst. de rer. divis.*

Isto porém só se intende a respeito dos filhos dos animaes, e dos filhos das nossas escravas (sem se indagar quem seja o pai, nem quem seja o dono, ou senhor deste); porquanto, a respeito dos filhos de mulheres libertas, ou ingenuas, estes seguem a condição e nobreza do pai, se são legitimos, e a condição e nobreza da mãe somente, se são illegitimos; L. 24, D. de *stat. homin.* (§§ 99 e 103).

II. As *ilhas* nascidas na parte do mar occupada pela Nação, ou nos rios navegaveis, ou caudaes (§ 262), pertencem à Nação, e não aos particulares, donos dos terrenos contiguos ás duas margens do rio, como decidio Justiniano no § 22. *Inst. de rer. divis.*

III. *Alluvião* é o incremento lenta e paulatinamente accrescentado ao campo de outrem pela correnteza do rio, Este incremento pertence ao dono do campo, como acces-

sorio, porque nessa hypothese ninguem pôde provar que porção de terra foi tirada do seu campo, e accrescentada ao campo, de que se trata ; § 20, *Inst. eod.*, e L. 7, § 1, *de acquir. rer. domin.* Isto porém se entende no caso de ser *arcifinio* o campo, de que se trata, isto é, no caso de ter limites naturaes, como montes, rios, etc. porquanto, se tem limites artificiaes, como cercas, ou marcós plantados por mão do homem, então o incremento pertence á Nação ; *Ord. liv. 2, tit. 26, § 17, L. 16, D. de acquir. rer. domin.*, e L. 1, § 7, *D. de flum.*

IV. *Appulsão*, ou *adjecção*, é a separação de uma porção integra do campo de um, operada pela violencia do curso do rio, e sua conducção para o campo de outro. Este incremento, como se pôde distinguir, pôde ser reivindicado pelo primeiro dono, emquanto não prescrever ; L. 7, § 1, *D. de acquir. rer. domin.*, e § 21, *Inst. de rer. divis.*

V. Se o rio mudou de leito, abandonando o antigo, este continúa á pertencer ao dono do rio, e por conseguinte á Nação, se o rio é publico (§ 262). Neste caso porém os particulares, donos do terreno occupado pelo novo leito, devem ser indemnizados, se o requererem, e não se provar que dahi lhes veio proveito. A esse respeito não tem pois applicação entre nós a L. 7, § 5, *D. de acquir. rer. domin.* Vejam-se os caps. 1 e 33, do *Regimentos das Lisirias e paús de 1576*, *Grot. de jur. bell. ac pac.*, e *Dig. Portug. 3, arts. 59 e seguintes.*

§ 306. DA ACCESSÃO INDUSTRIAL.

A *accessão industrial* subdivide-se em *adjuncção*, *especificação*, e *commixtão*.

A *adjuncção*, dá-se quando alguém junta á alguma cousa, que lhe pertence, alguma outra cousa, ou materia alheia : o que se pôde fazer por varios modos, quaes são, segundo o *Direito Romano*, os que se seguem :

1.º *Por inclusão*, como, v. gr., se alguém engasta em aanel proprio um diamante alheio.

2.º *Por afferruminação*, como quando, v. gr., á folha da espada, que me pertence, junto copos alheios.

3.º *Por intextura*, como quando, v. gr., alguém borda panno proprio com fio d'ouro alheio.

4.º *Por inedificação*, como quando, v. gr., alguém edifica em terreno alheio com materiaes proprios, ou em terreno proprio com materiaes alheios.

5.º *Por escriptura*, como, v. gr., quando alguém escreve em pergaminho alheio.

6.º *Por pintura*, como quando alguém pintou em taboa ou panno alheio.

§ 307. DAS REGRAS SOBRE A ADJUDICAÇÃO DAS COUSAS EM QUALQUER DAS DIFFERENTES ESPECIES DE ADJUNÇÕES.

As differentes especies de adjunções referidas no paragrapho antecedente, exceptuando sómente a pintura, são sujeitas, segundo o Direito Romano, á regra geral — *Accessorium sequitur principale* — L. 29, § 13, D. *de aur. arg.*, L. 27, D. *de acquir. rer. domin.*, e §§ 26, 27, e 34, Inst. *de rer. divis.*

Como porém essa regra em muitos casos se desvia da equidade natural; e como, além disso, as disposições singulares do mesmo direito á respeito da especie denominada *inedificatio*, além de intrincadissimas, são sujeitas ao mesmo inconveniente; sem duvida são-lhes preferiveis as seguintes regras deduzidas dos Codigos da Prussia, e da França:

1.ª Se as cousas unidas por qualquer das especies de adjunções referidas no paragrapho antecedente se poderem separar commodamente, assim se deve fazer á costa daquelle que as unio; Cod. da Pr. p. I, tit. 9, art. 297.

2.ª Se as cousas forem do mesmo genero, e qualidade, o todo fica sendo commum, e deve-se repartir em proporção da parte anterior de cada um dos donos; L. 3, § 2, D. *de rei vind.*

3.ª Se a separação não se poder fazer commodamente, o todo pertence ao dono da cousa principal, com o encargo de satisfazer ao dono da accessoria o justo valor desta; entendendo-se, para esse fim, por *cousa principal* aquella, para cujo uso, ornato, ou complemento a outra lhe foi applicada; Cod. Civ. Fr. arts. 566 e 567.

4.ª Se por esse principio não se poder decidir qual seja a *principal*, reputa-se tal a que for de maior volume, no caso de serem iguaes os valores; cit. Cod. art. 569.

5.ª O dono da cousa accessoria, se esta for de maior va-

lor, do que a principal, e se a adjunção foi feita sem sua sciencia, póde pedir que se separe para lhe ser entregue, ainda mesmo que da separação possa resultar alguma degradação á cousa principal ; cit. Cod. art. 568.

§ 308. CONTINUAÇÃO DAS REGRAS SOBRE A REFERIDA
ADJUDICAÇÃO.

6.^a Em consequencia, a mão d'obra empregada em objecto alheio convertido por ella em uma nova especie (*specificativo*), é reputada *accessorio*, se o preço da mão d'obra não exceder muito o valor da materia; e nesse caso o dono da materia, quer esta possa, ou não possa retomar a sua antiga forma, tem direito de pedir a nova especie, reembolsando ao auctor della o preço da mão d'obra; cit. Cod. art. 570.

7.^a Se pelo contrario, o preço da mão d'obra exceder muito o valor da materia, como succede muitas vezes na pintura, e na esculptura, então a industria é reputada a parte principal, e o industrioso tem direito de reter a nova especie, reembolsando ao dono da materia o seu justo valor; cit. Cod. art. 571.

8.^a Se a materia pertencia em parte ao auctor da nova especie, e em parte a um terceiro, a nova especie torna-se *commum*, na razão, emquanto a este, da materia, que lhe pertencia; e emquanto áquelle, na razão da materia, que era delle, e do preço da mão d'obra; cit. Cod. art. 572.

9.^a Se na formação da nova especie se empregarão materias de muitos donos differentes, e nenhuma destas poder ser considerada como principal; aquelle, sem cuja sciencia se fez a nova especie, póde reclamar a separação, se esta for commodamente possivel: no caso opposto porém a cousa torna-se *commum*, na proporção da quantidade, qualidade, e valor da materia pertencente a cada um; cit. Cod. art. 573.

10.^a Se a materia pertencente à um terceiro era muito superior á outra por sua quantidade e seu preço, esse terceiro póde reclamar a nova especie, satisfazendo ao auctor della o valor da sua materia com o preço da mão d'obra; cit. Cod. art. 574.

11.^a Quando a cousa se torna *commum* entre os varios

donos das materias, de que ella se fez, deve ser vendida em proveito de todos, nas devidas proporções; cit. Cod. art. 575.

§ 309. CONTINUAÇÃO DAS MESMAS REGRAS.

12.^a Em todos os casos, em que o proprietario de alguma porção de materia empregada sem sua sciencia na formação de outra especie, póde reclamar a propriedade desta, cabe-lhe a escolha de pedir a restituição da sua materia na mesma natureza, quantidade, qualidade, peso, medida, e bondade, ou pedir o seu justo valor; cit. Cod. art. 576.

13.^a Aquelles, que empregarão materias pertencentes a outros sem sciencia destes, podem tambem ser condemnados em perdas, e interesses, sem prejuizo das acções crimines, que se possam intentar contra elles; cit. Cod. art. 577, Mackeldei. Man. § 250.

14.^a Aquelle, que edificou em terreno proprio com materias alheios, deve pagar ao dono destes o seu justo valor com seu interesse; mas não póde ser constrangido a restituir os mesmos materiaes; cit. Cod. art. 554.

15.^a O dono do solo, em que outro edificou com materias proprios, tem o direito de reter as construcções, reembolsando ao que as fez o valor dos materiaes, e o preço da mão d'obra, sem nenhuma attenção ao maior, ou menor augmento de valor, que dahi resultou para o seu predio; ou de obrigar o constructor a retirar as construcções á sua custa; podendo até, neste caso, exigir a satisfação do prejuizo, que soffreo, se o houve: este utlimo direito porém lhe é denegado, em attenção á boa fé do constructor, no caso, em que este não foi condemnado por sentença á restituição dos fructos; porquanto então o proprietario só tem a opção ou de lhe reembolsar o valor dos materiaes, e o preço da mão d'obra, ou de lhe pagar uma somma igual á do augmento de valor, que dahi resultou para o seu predio; cit. Cod. art. 555.

16.^a Os edificios feitos por pessoa. que tem sobre o solo o dominio resolovel, como, v. g., o usufructuario, seguem a propriedade, por se presumirem feitos somente para o uso, e gozo do possuidor, salva a indemnisação da emfeitoria; Lobão, *Casas*, § 52.

§ 310. DA ESPECIFICAÇÃO.

Intende-se por *especificação* (segunda especie de accessão industrial, § 306) a nova especie, ou nova coisa, que alguém fez, com materia alheia, como quando alguém fez, v. g., de ouro alheio um anellão, ou de panno alheio uma casaca.

Dous são portanto os elementos constitutivos da especificação.

1.º Emprego de materia alheia.

2.º Reducção dessa materia á uma nova fórma.

Isso posto, resta saber a quem pertence a nova especie. Os Sabinianos a davão ao dono da materia pela razão de que sem esta a fórma não podia existir ; pelo contrario, os Proculianos davão-na a seu auctor (*ao especificante*) pela razão de que a fórma é que dá o ser ás cousas ; L. 7, § 7, D. *de acquir. rer. domin.* Por fim de tudo porém Justiniano decidio no § 25, Inst. *de rer. divis.*, que a nova especie pertencia ao dono da materia no caso, em que ella podesse ser reduzida á antiga fórma ; e que no caso contrario pertencia ao especificante.

O Codigo Civil Francez porém approxima-se mais da equidade natural, emquanto confere ao dono da materia a propriedade da nova especie com o encargo de satisfazer ao especificante o preço da mão d'obra, exceptuando sómente no caso, em que este exceda muito ao valor da materia ; porque então a nova especie pertence a seu autor com o encargo de reembolsar ao dono da materia o justo valor desta com seu interesse ; cit. Cod. arts. 570 e 571. São portanto tambem applicaveis á esta segunda especie de accessão industrial as regras expostas nos §§ 307, 308, e 309.

§ 311. DA COMMIXTÃO.

Intende-se por *commixtão*, (terceira especie de accessão industrial, § 306), a mistura de *cousas áridas*, ou *liquidadas*. — A primeira chama-se *commixtão*, tomada em sentido restricto ; a segunda chama-se propriamente *confusão*.

As *cousas áridas*, conservão integra a sua substancia depois da *commixtão*, como se observa quando se mistura,

v. g., avêa e trigo ; todavia a sua separação é muito difficil, e trabalhosa no maior numero de casos ; e por isso, quando pertencem à muitos convém, que se adjudiquem à um delles com o encargo de indemnisar os outros.

As cousas liquidas porém soffrem sempre depois da *confusão* maior, ou menor mudança na sua substancia, como se observa quando se mistura, v. g., vinho e cerveja, ou vinagre e aguardente.

As regras expostas nos §§ 307, 308, e 309 são tambem applicaveis à esta terceira especie de accessão industrial, porquanto são mais equitativas e mais justas, do que as que à este respeito se achão na L. 7, §§ 8 e 9, D. *de acquir. rer. domin.*, L. 5, pr. e § 1, D. *de rei vind.*, e §§ 27 e 28, Inst. *de rer. divis.*

§ 312. DA ACCESSÃO MIXTA.

Chama-se *mixta* a accessão, que participa de beneficio da natureza, e da industria do homem (§ 304) ; e taes são a *plantação*, a *sementeira*, e a *percepção dos fructos*.

A esta são tambem applicaveis as mesmas regras determinadas para a accessão industrial nos §§ 307, 308, e 309. Assim, a arvore plantada por um extranho no meu terreno pertence-me desde que estiver pegada ; e da mesma sorte me pertence a sementeira, que outrem fez nelle sem sciencia minha ; L. 7, § ult., e L. 9, pr. D. *de acquir. rer. domin.* e § 32, Inst. *de rer. divis.* A equidade natural porém ordena-me que restitua as despezas da plantação, sementes e cultura ; porquanto ninguem deve locupletar-se com o prejuizo alheio ; L. 9, pr. D. *de acquir. rer. domin.*, e § 32, Inst. *de rer. divis.*

Os fructos tambem em regra pertencem ao dono da propriedade, ou a quem em nome deste os percebe, como o locatario, ou usufructuario, com o encargo comtudo de indemnisar o trabalho empregado para a sua existencia ; L. 36, § 5, D. *de hered. petit.* L. 25, pr. *de usur. et fruct.*

Quanto á arvore plantada na extrema de duas herdades eilla é *commum pro indiviso*, emquanto ahi permanecer, e portanto os fructos repartem-se entre os senhores dellas ; L. 7, § ult., e L. 8, D. *de acquir. rer. domin.* ; uma vez arrancada porém torna-se *commum pro diviso* ; e portanto a sua madeira e lenha deve partir-se entre ambos ; L. 19, *comm. div.*, Lobão, *Fascic.* tom. 1, Diss. 8, §§ 48 e 50.

§ 313. DA TRADIÇÃO.

Por *tradição* (modo derivativo de adquirir a propriedade (§ 296), assim chamado, porque por meio d'elle a propriedade é transferida por aquelle, que a tem, na pessoa de outro, que a aceita), entende-se o acto, pelo qual o legitimo dono de alguma cousa corporea a transfere á outra pessoa, demittindo de si toda a posse, e dominio que nella tinha.

A tradição portanto só recae sobre cousas corporeas; porquanto na alienação de cousas incorporeas, como direitos, e acções, dá-se *quasi-tradição*, a qual consiste na paciencia de um, e no exercicio do outro; L. 1, § ult. D. *de servit. præd. rust.*

Se attendermos somente á simplicidade natural, devemos dizer, que para traslação do dominio é bastante a simples palavra, o qualquer outro acto externo significativo da vontade do transferente, e do acceptante; por Direito Romano porém a tradição da cousa, cujo dominio se quer transferir, acompanhada, ou precedida de titulo habil para esse mesmo fim ¹ é de necessidade indeclinavel; L. 20, Cod. *de pact.*

O mesmo acontece por Direito Patrio; Ord. liv. 4, tit. 7, e Alvará de 4 de Setembro de 1810. Assim, se eu comprei, v. gr., o escravo Pedro, cuja tradição não se seguio, e cujo preço paguei logo ao vendedor, e se este o vendeo depois á Ticio, e lh'o entregou; Ticio, e não eu (apesar de ser eu primeiro na compra) adquirio o dominio do escravo

¹ Dissemos que a tradição, para operar a transferencia do dominio, devia ser acompanhada, ou precedida de titulo habil para esse fim, por duas razões:

1.^a Porque para a aquisição do dominio não basta o titulo sem a tradição, nem a tradição sem o titulo; L. 31. pr. D. *de adquirir. rer. domín.*; e § 4, Inst. *de rer. divis.*

2.^a Porque o titulo inhabil para transferir o dominio é como se não existisse. Assim, se eu comprei uma cousa qualquer á quem não era verdadeiro senhor della, ou á quem, aindaque senhor della, não podia validamente vendel-a, como, v. gr., o interdicto, ou o menor sem auctoridade de seu pai, tutor ou curador; a compra e venda em cada um destes casos é titulo inhabil para transferir o dominio: e assim, aindaque se lhe seguisse a tradição da cousa, nem por isso se effectuaria a transferencia do dominio desta. O mesmo se deve dizer, se a tradição for feita, não com o animo de transferir o dominio, mas com outro absolutamente differente, como, v. gr., se a cousa foi dada em deposito, guarda, penhor, etc.

Pedro, porque a condição da tradição não se cumpriu á meu respeito. ¹

Neste caso pois eu só tenho acção pessoal contra o vendedor, para que me restitua o preço, que dei-lhe, com seu interesse; mas não tenho acção real de reivindicação, para exigir de Ticio que me entregue o escravo, vendido primeiro á mim, do que á elle, porque esta acção só compete á quem tem o dominio, e este me falta no caso figurado; L. 72, D., L. 15, Cod. *de rei vind.*, e L. 3, D. *de obl. et act.*, e Ord. liv. 4, tit. 7, § 2, e not. 124.

§ 314. DOS MODOS DE ADQUIRIR O DOMINIO POR DIREITO CIVIL.

Até aqui temos tratado dos modos de adquirir o dominio

¹ Convém porém advertir, que, fóra do caso figurado da venda da mesma coisa feita á um, e depois á outro, o dominio é transmittido independentemente da tradição real, quando a alienação é celebrada por escriptura publica (e mesmo por escriptura privada, nos casos, em que esta pôde ter logar), e o alienante declara nella, que demitte de si, e transfere ao acquirente todo dominio e posse, que na coisa tinha; arg. liv. 4, tit. 1, *in fin* pr. e tit. 8, § 3, v. — *E depois da Carta feita.*

Tambem importa advertir, que, aindaque a Ord. liv. 4, tit. 8, lançando á cargo do comprador todo o perigo, e perda, que acontecer á coisa depois que a venda é de todo perfeita, ainda no caso, em que aconteça antes que ella lhe seja entregue, parece estar em contradicção com o tit. 7, § 9; porque se o dominio não é transferido antes da tradição, parece que todo o perigo acontecido á coisa antes de ser entregue ao comprador deve correr por conta do vendedor, em quem ainda está o dominio: comtudo tal contradicção é puramente apparente: porquanto, se a causa de não ser logo entregue ao comprador a coisa vendida provém delle mesmo, ou se é elle que está em mora em a receber, e não o vendedor em lh'a entregar; é manifesto que o seu proprio facto não deve prejudicar ao vendedor. Ora, é em casos perfeitamente iguaes á estes que a cit. Ord. lança á cargo do comprador o perigo e perda da coisa: e portanto não existe a lembrada contradicção.

Feita essa advertencia, resta notar que a tradição divide-se, á semelhança da posse, em *verdadeira*, ou *facta, symbolica, brevi manu, e longa manu*. A *verdadeira* dá-se nas cousas moveis, quando o transferente as passa da sua para a mão do acquirente.

Nos bens immoveis a imissão na posse, e nas cousas incorporaes, ou nas servidões o uso de uma das partes, e a paciencia da outra, reputão-se por tradição.

A entrega das chaves da casa, operando a tradição desta, e a tradição do titulo em vez da coisa, sao especies de tradição symbolica.

A venda da coisa locada feita pelo locador ao locatario encerra uma especie de tradição *brevi manu, etc.*; Ord. liv. 4, tit. 1, *in princ.*, e §§ 44 e 45 da Inst. *de rer. divis.*

Parece desnecessario advertir-se que a tradição de uma coisa feita por quem não é o dono della, nem seu bastante Procurador, ou sem justa causa e titulo, ou não acceta por aquelle, a quem é feita, não pôde operar a trans-

ferencia do dominio da coisa; L. 54, D. *de reg. jur.*; L. 31, *de adquerind. domin.*, e L. 55, *de obligat. et act.*

simplesmente determinados pelo Direito Natural. Quanto aos que tem sido introduzidos pelo Direito Positivo Social, estes segundo o Direito Romano, assim como segundo o Direito Brasileiro, dividem-se em *universaes*, e *singulares*

Aos *universaes* pertence hoje somente a *herança*, a qual ou se defere por testamento, ou abintestado; e aos *singulares* pertence principalmente o *usucapião*, ou *prescrição*, da qual trataremos á seu tempo.

TITULO V

Da Herança, e dos modos por que se adquire, e se perde.

§ 315. O QUE SEJA HERANÇA.

Herança, tomada objectivamente, significa o *patrimonio de um defunto com os seus encargos*; ou, segundo Pothier, a *universalidade dos direitos activos, e passivos de um defunto considerada independentemente da sua transmissão na pessoa do herdeiro*. O Direito Romano considera-a *jacente*, emquanto não é adida, ou occupada por aquelle, que tem á ella exclusivo direito; e essa qualidade lhe attribue tambem, nas mesmas circumstancias, a Ord. liv. 3, tit. 80, § 1, verbis — *fazendo a herança por partir entre elles*.

O mesmo Direito considera a herança jacente como pessoa juridica representando, segundo Úlpiano (L. 34, D. de *acquir. rer. domin.*), a pessoa do defunto; e segundo Pomponio (L. 24, D. de *novat*) a pessoa do herdeiro.

Estas ficções são entre nos inteiramente inuteis; porquanto a posse civil com todos os effeitos da posse natural é logo traspassada no herdeiro legitimo, e testamentario, pela morte do defunto, por força do Alvará de 9 de Novembro de 1754, e Assent. de 16 de Fevereiro de 1786; e se não ha herdeiro legitimo, nem testamentario, que tome conta della, dá-se-lhe curador (Ord. liv. 1, tit. 90), que defenda e sustente os direitos do defunto, e represente a pessoa delle, como dizem os Jurisconsultos. ¹

¹ Convem porém notar que, ainda que o dominio, e a posse civil dos

§ 316. DA HERANÇA DEBAIXO DE VARIAS RELAÇÕES.

A herança póde ser considerada :

1.º Emquanto a pessoa do successor.

2.º Emquanto á disposição, ou distribuição dos bens, que a compõem.

3.º Emquanto á *modalidade* da mesma disposição.

Emquanto á pessoa do successor, este ou é *herdeiro* ou *legatario*. Diz-se *herdeiro* o que succede na herança, ou patrimonio do defunto; e pode ser *legitimo*, ou *testamentario*.

Herdeiro legitimo é o que é chamado pela Lei á herança do defunto, ou *necessariamente*, como os seus descendentes, e na falta destes os ascendentes, ou *hypotheticamente*, como os collateraes, no caso, em que o fallecido abintestado não deixou descendentes, nem ascendentes, que lhe devão succeder necessariamente.

Herdeiro testamentario porém, é aquelle, que é nomeado por testamento na universalidade da herança, de maneira que fique representando o testador, e póde ser um só, ou muitos, e estes em partes iguaes, ou desiguaes.

Finalmente o *legatario* é aquelle, á quem é deixada, ou uma quota parte da herança, ou uma, ou muitas cousas especificadamente determinadas; e essa quota parte, essa cousa, ou cousas especificadas chamão-se *legado*; Cod. da Pr. p. 1, tit. 12, art. 6.

Quando a herança, ou parte della, é deixada em fideicommisso, aquelle, que é encarregado de o executar, chama-se *fiduciario*, e aquelle, á quem tem de transmittir a herança, ou parte della, chama-se *fideicommissario* (§ 410).

bens da herança se devolvão ao herdeiro logo por morte do defunto sem dependencia de facto algum, a effectividade da transmissão fica suspensa até que o herdeiro se pronuncie pela acceitação, ou renuncia. Se a acceita, ou pratica algum acto significativo da sua acceitação (*pro herere se gerere*) está realisada a transmissão; se a renuncia, devolve-se ao outro, á quem compete, como se nunca se devolvêra ao que a renunciou. Se ha mora no herdeiro em deliberar-se á acceitar ou á habilitar-se, nomea-se curador á herança; cit. Ord. liv. 1, tit. 90.

§ 317. ESPECIES DE LEGATARIOS.

Alguns admittem tres especies de legatarios:

1.^a *Legatario universal*; isto é, aquelle, a quem é deixada a universalidade da herança, de que o testador podia dispor; Cod. Civ. Fr. arts. 1003 e 1004 (§ 414 e sua not.): este é equiparado ao herdeiro; succede activa e passivamente nos seus direitos, e obrigações. ¹

2.^a *Legatario por titulo universal*; isto é, aquelle, a quem é deixada uma quota parte da herança; v. gr., a terça, a totalidade dos moveis, etc.; cit. Cod. art. 1010: este succede activa e passivamente nos direitos, e obrigações do testador na proporção do valor do legado; cit. Cod. art. 1012.

3.^a *Legatario particular*; isto é, aquelle, a quem é deixada uma quantia, ou uma, ou muitas cousas especificadamente determinadas.

§ 318. DA LIBERDADE DO HERDEIRO.

Entre nós não se dão herdeiros *necessarios*, nem *seus e necessários*, no sentido do Direito Romano, isto é, de tal sorte sujeitos á vontade do testador, que, uma vez instituidos, não podião deixar de acceitar a herança, : taes erão os escravos, e filhos-familias, instituidos por seus senhores, ou por seus pais; L. 12, D. *de condit. instit.*, LL. 15 e 16, D. *de adquir. vel omitt. heredit.* Porquanto por Direito Natural, e Civil Patrio é livre ao filho acceitar, ou repudiar a herança (§ 315, nota).

Todos os herdeiros pois, entre nós, são voluntarios, o que já assim era entre os mesmos Romanos pela Novell. 115, cap. 3. Tambem não tem logar entre nós a differença entre herdeiros *seus*, e *emancipados*, quér na successão legitima, quér na testamentaria; porquanto em uma, e outra a herança é deferida *ipso jure* (§ 315). Todavia, resta-nos um vistigio da *suidade*, assim na substituição *pupillar*; Ord.

¹ Como a instituição de herdeiro era, por Direito Romano, essencial aos testamentos, só se dava o nome de legado universal á herança deixada em fideicommisso; § 12, Inst. *de fideicomm. hered.*

liv. 4, tit. 87, § 7, como na tutoria; Ord. liv. 4, tit. 102, § 2.¹

§ 319. OS DESCENDENTES LEGÍTIMOS SÃO HERDEIROS IPSO JURE.

Os filhos, e mais descendentes legítimos, emancipados ou sujeitos ao poder paterno, e mesmo o simplesmente gerados, ou *nascituros*, não differem entre nós quanto ao modo de adquirir a herança; porquanto uns e outros a adquirem *ipso jure*, isto é por força e virtude da Lei, independentemente do juízo, e vontade do pai; e sem necessidade de a adirem expressamente (§ 315).

A sentença pois da L. 14, D. *de suis et legit. hered.* — *In suis heredibus aditio non est necessaria, quia statim ipso jure heredes existunt* — é applicavel tanto aos filhos-familias como aos emancipados, e posthumos.

§ 320. PORQUE MODO SE ADQUIRE, E SE REPUDIA A HERANÇA.

Os filhos legítimos, e naturaes legitimados *per subsequens matrimonium*, por escriptura publica, ou por testamento, nos precisos termos do Decreto de 2 de Setembro de 1847, adquirem pois a herança, ou pelo menos a sua porção legítima, por força e virtude da Lei; Ord. liv. 4, tit. 96, pr., e cit. Alvará de 9 de Novembro de 1754. O mesmo se deve dizer, assim dos ascendentes na falta de descendentes do defunto, capazes de lhe succederem (Ord. liv. 4, tit. 91, combinado com o tit. 93), como dos collateraes na falta de descendentes, e ascendentes (Ord. liv. 4, tit. 94).

Quanto porém aos estranhos instituidos em testamento,

¹ Como, segundo a Novell. 145, cap. 3. não só o filho, e filha, senão também os nettos, depois de fallecido, ou desherdado seu pai, ou mãe, devão ser instituidos, ou desherdados nomeadamente pelo pai, ou mãe, avô ou avó; porque a Lei os chama proximamente à successão, e porque, sendo preteridos, rompem o testamento; segue-se que o direito de *suidade* foi inteiramente abolido por Justiniano na successão legítima; e que assim não ha mais herdeiros *seus*, nem necessarios no sentido do Direito Romano antigo, ainda que os descendentes, e ascendentes podem-se dizer entre nós herdeiros *seus* e *necessarios* em outra significação, qual é a de deverem ser necessariamente instituidos, ou desherdados com expressa declaração da legítima causa da desherdação; Ord. liv. 4, tit. 82, §§ 2 e 4, e tits. 88 e 89.

estes, como recebem a herança por virtude da vontade do testador, não a adquirem, emquanto por palavras, ou por factos, não tiverem significado que querem ser herdeiros. No primeiro caso temos a acceitação expressa, que os Romanos chamavão — *adire hereditatem* —; e no segundo caso a acceitação tacita, que chamão — *pro herede se gerere*.

A herança porém é renunciada expressamente, quando os herdeiros declarão por palavras, ou por escripto que não querem ser herdeiros; e tacitamente, quando se abstem de praticar actos, donde se possa inferir que a tem acceitado.

Todavia, a abstenção da herança, quando tem por fim subtrahir o herdeiro, quer legitimo, quer testamentario, ao pagamento das dividos do defunto, deve ser feita por termo judicial, notificando aos credores por meio de edictos.

§ 321. SE SE PÓDE ACCEITAR A HERANÇA SOMENTE EM PARTE, DEBAIXO DE CONDIÇÃO, E POR PROCURADOR.

Como a herança é o *patrocínio* do defunto com os seus encargos, ou a universalidade dos direitos activos e passivos, que lhe competião emquanto vivo (§ 315); é consequente, que o herdeiro é obrigado á satisfação indivisivel de todos os encargos, que oneravão os bens do defunto durante a sua vida, além daquelles, que elle porventura lhe impoz em seu testamento, salva a legitima dos herdeiros necessarios, relativamente a estes; e dahi se segue que a herança é tambem indivisivel, de sorte que o herdeiro deve acceital-a toda, ou repudial-a na sua universalidade; porquanto, se lhe fosse licito acceital-a em parte, e com condições a seu arbitrio, estaria na sua mão prejudicar como quizesse aos credores, e legatarios do defunto; LL. 1, 2, e 55, D. *de adquir. vel omitt. hered.*, Almeid. e Sous. nota ao § de Mello, a que este corresponde, e Digest. Portuguez, tom. 2, art. 981.

Póde porém o herdeiro acceitar, ou repudiar a herança no todo, ou por si, ou por procurador munido de poderes especiaes para esse acto; porquanto a regra *12 de reg. jur. en 6.º* — *Qui facit per alium, est perinde, ac si faciat per se ipsum* — é geralmente adoptada entre nós. Adida porém a herança, não póde mais ser repudiada, salvo pelo beneficio da restituição concedido aos menores. (§§ 228 e seg.)

§ 322. DOS HERDEIROS INCAPAZES DE ADIR, E RENUNCIAR
A HERANÇA.

Os furiosos, mentecaptos, infantes, e impuberes são incapazes de adir, e repudiar a herança; os primeiros, isto é, os furiosos, e mentecaptos, por causa da lesão de seu entendimento, e os ultimos por não terem ainda bastante entendimento: elles pois adem, ou renunciaram a herança por intermedio de seus pais, tutores, ou curadores; L. 18, Cod. de jur. deliber., e L. ult. § 3, Cod. de curat. furios.

Os menores, e filhos-familias adem, e repudião a herança por si mesmos com auctoridade de seus pais, tutores ou curadores; e se ella lhes é recusada, podem requerer ao respectivo Juiz de Orphaos que lhes suppra o consentimento do pai, ou tutor, para acceitarem, ou repudiarem a herança; Ord. liv. 4, tit. 98, § 3, e Lei de 22 de Setembro de 1828, art. 2, § 4.

§ 223. O HERDEIRO SUCCEDE EM TODOS OS DIREITOS
DO DEFUNTO.

O herdeiro representa a pessoa do defunto, e succede-lhe em todos os seus direitos activos e passivos; Ord. liv. 4, tit. 48, § 3, e liv. 1, tit. 88, § 4, nas palavras — *todas as dividas, que se deverem a esses orphaos, ou em que elles a outrem forem devedores* —; e pela adição adquire definitivamente, não só todos os direitos da herança, mas tambem a posse, ainda que não haja o facto de apreensão corporal; Alvará de 9 de Novembro de 1754: não era porém assim por Direito Romano na Lei 23 in princip. D. de adquir. vel amit. possess.

O herdeiro pois é obrigado cumprir os contractos celebrados pelo defunto; Ord. liv. 4, tit. 42 in fin., e tit. 45, §§ 1, 2, e 3; assim como goza dos mesmos direitos activos, de que o defunto gozava, e que forem susceptiveis de transmissão; Ord. liv. 3, tit. 11, § 2, tit. 38, § 6, e tit. 59, § 12.

Ha todavia alguns direitos, que não são transmissiveis aos herdeiros, por serem personalissimos, taes como o que tinha o defunto de demandar o seu devedor por acção de cendiararia; Ord. liv. 3, tit. 25, § 10, o de revogar a doação por causa de ingratição; Ord. liv. 4, tit. 63, § 8, etc.

§ 324. QUANDO NÃO É OBRIGADO ALÉM DAS FORÇAS
DA HERANÇA.

Aquelle, que uma vez adio a herança puramente, póde, segundo Direito Romano, ser demandado *in solidum* pelos credores do defunto, ainda que as forças da herança não sejam bastantes para isso; L. 8, D. *de adquir. vel omitt. hered.*, e L. 10, Cod. *de jur. deliber.*

Esta doutrina foi admittida no nosso fôro como subsidia-ria do nosso Direito; e ella nada tem de reprovavel; porquanto o Direito Nacional não condemna que responda pela totalidade das dividas do defunto o herdeiro, que acceitar a herança sem a reserva do *beneficio do inventario*; porquanto, acceitando a herança sem essa reserva, tacitamente contrahe com os credores, e legatarios a obrigação do pagamento, ainda que seja por seus proprios bens, visto que podendo conserval-os desobrigados por meio da referida reserva, assim o não fez.

A isso accresce, que sem o inventario judicial dos bens da herança o herdeiro não tem uma prova real, segura e legitima, pela qual possa convencer os credores, e legatarios a respeito da quantidade, qualidade, e valor dos bens comprehendidos na herança. Veja-se Almeida e Sousa. Adições a Mello liv. 3, tit. 6, § 8, e a sua dissertação ahi citada por elle.

§ 325. DO BENEFICIO DO INVENTARIO.

Intende-se por *beneficio do inventario* o direito do herdeiro de adir a herança sem se obrigar pelos encargos do defunto, além das forças da mesma herança, contanto que faça inventario delles dentro do termo determinado por Lei, e que faça expressa reserva deste beneficio antes de praticar algum acto, que o constitúa herdeiro, L. ult. Cod. *de jur. deliber.*

O Sr. Mello Freire comquanto diga que este beneficio não fôra recebido ~~em~~ nós, reconhece a utilidade delle nas palavras *non bene tamen rebus suis consulere videtur, qui, hoc beneficio neglecto, hereditatem adierit*. Outros porém affirmão que elle fôra admittido na praxe do Reino, de que outr'ora fomos parte. Veja-se Almeida e Sousa. Adições a Mello liv. 3, tit. 6, § 8, e os auctores ahi citados por elle, e Cod. Civ. Fr. art. 802.

§ 326. DO DIREITO DE DELIBERAR.

O Direito Patrio não determina o tempo, em que a herança deve ser adida. Como porém a praxe admittio entre nós o *beneficio do inventario* (paragrapho antecedente), admittio tambem assignar o Juiz ao herdeiro presente, a requerimento dos credores, dos legatarios, ou do substituto, oito dias para deliberar, e decidir-se, com a comminação, em cada um dos dous primeiros casos, de ser a herança reputada como adida por elle, e no ultimo caso de ser reputada como repudiada, e passar ao substituto, ou a quem por direito pertencer; Valasc. Cons. 96, n. 7, e *de partit.* cap. 7, n. 33, e Nett. *de testam.* liv. 5, tit. 10, n. 6.

Quanto porém aos bens de pessoas fallecidas com testamento, ou sem elle, de que se sabe, ou se presume haverem herdeiros ausentes; assim como a respeito dos bens desamparados de pessoas ausentes, de que não se sabe, se são vivas ou mortas, e das heranças jacentes, bens vagos, e do evento; procede-se logo officialmente á sua arrecadação, e inventario, como se verá no paragrapho seguinte.

§ 327. DAS PESSOAS, QUE DEVEM FAZER INVENTARIO JUDICIAL.

Devem fazer inventario judicial todos aquelles, que são encarregados da administração de bens alheios, porque tem de dar conta delles. Tambem o devem fazer, além dos herdeiros, que não quizerem sujeitar os seus proprios bens ao pagamento das dividas do defunto (§ 325), os que se acharem comprehendidos em algum dos seguintes casos:

1.º O marido por morte da mulher, e a mulher por morte do marido, quando fica algum filho tido d'entre ambos. ou algum outro descendente legitimo, que seja de menor idade; Ord. liv. 1, tit. 87, § 8.

2.º O coherdeiro, ou outra pessoa, que fica na posse dos bens do defunto abintestado, se entre os chamados pela Lei á sua herança houver algum de menor idade; cit. Ord. § 4, vers. — *E dara juramento.*

3.º Os herdeiros testamentarios, ou legitimos, que não forem descendentes, nem ascendentes do defunto; porquanto todos os demais além destas duas especies

são obrigados ao pagamento do imposto denominado *sello da herança*, assim como os legatarios são obrigados ao pagamento do *sello* dos legados, quer sejam da propriedade, quer do usufructo; e portanto é necessario o inventario feito judicialmente com prévia citação do Procurador Fiscal, ou de quem suas vezes fizer nos Termos de fóra das Capitaes das Provincias; Alv. de 17 de Junho de 1809, §§ 8 e 9, Ordem de 23 de Janeiro de 1824: Lei n. 243 de 30 de Novembro de 1841, art. 17, e Decreto n. 156 de 28 de Abril de 1842; e são tambem obrigados ao pagamento do *sello* proporcional ao valor dos quinhões hereditarios, e legados, estabelecidos pelos arts. 12 a 15 da Lei n. 317 de 21 de Outubro de 1843, sem exclusão dos herdeiros descendentes, e ascendentes.

4.º O pai, avô, filho, ou outro parente do furioso, mentecapto ou prodigo, a quem for incumbida a guarda de sua pessoa, e a administração de seus bens; Ord. liv. 4, tit. 103 in princ., e §§ 1, 4, 5 e 6.

5.º O herdeiro do ausente, que requer a entrega da herança, obrigando-se a entregar-lh'a, quando appareça; Ord. liv. 1, tit. 62, § 38.

6.º O juizo de orphãos nas heranças de defuntos e ausentes, que não tiverem no lugar nem conjuges, nem herdeiros presentes notoriamente conhecidos; Ord. liv. 1, tit. 90, cit. Lei n.º 243, Decreto n.º 160 de 9 de Maio de 1842, n.º 422 de 27 de Junho de 1845, e Circular de 25 de Setembro do mesmo anno¹

O pai, mãe, ou qualquer outra pessoa, que reunindo á qualidade de cabeça de casal a de coherdeiro, fizer inventario, em que seja coherdeiro algum menor, e dolosamente sonegar alguma cousa, é multado no dobro do valor della, e na perda do direito, que nella tinha: e se não é coherdeiro, é condemnado no dobro do valor da cousa; cit. Ord. liv. 1, tit. 88, § 9, Lobão, *obr. recipr.* §§ 730 e 733.

¹ Cabe aqui notar de passagem, que todos os actos judiciaes e administrativos, relativos á heranças jacentes, e á bens vagos, existentes no territorio do Brasil, e pertencentes á estrangeiros subditos de Nação, entre a qual e o Brasil haja tractados, eu concordatas sobre a arrecadação de seus bens, no caso de fallecerem com testamento, ou sem elle; o inventario e arrecadação se fazem perante as Justiças do Imperio com assistencia do respectivo Consul, ou de pessoa por elle auctorizada, ou á sua revelia, se, avisado, não comparecer (cit. Decreto n. 160, art. 43, e cit. Circular).

§ 328. DO TEMPO, E LOGAR, EM QUE SE DEVE FAZER O
INVENTARIO JUDICIAL.

O inventario judicial deve ser começado dentro de trinta dias, contados daquelle, em que a herança foi adida, ou em que ficou vaga, ou jacente, citados pessoalmente, ou por edictos, segundo fôrem ou não conhecidos, e sabido o lugar da sua residencia, os herdeiros do defunto; e acabar-se dentro de sessenta dias contados daquelle, em que começou; Ord. liv. 1, tit. 88, § 4, liv. 4, tit. 102, pr., Regulamento n.º 156 de 28 de Abril de 1842, arts. 7.º e 8.º, L. ult. Cod. de jur. delib., e Novell. 1, cap. 2, §§ 1 e 2. Deve porém fazer-se:

1.º Perante o Juiz de Orphãos do fôro do domicilio dos herdeiros orphãos, menores, ou interdictos, se os houver, ainda que d'entre muitos seja um só; Ord. liv. 1, tit. 88, §§ 3, 4, 22, e 24, e liv. 4, tit. 103, pr. vers.—*E os bens.*

2.º Perante o Juiz de orphãos do fôro da situação dos bens, quanto aos chamados *bens de defuntos e ausentes*; Ord. liv. 1, tit. 90, e Regulamento n.º 160 de 9 de Maio de 1842, arts. 1.º, 2.º e 11.º

3.º Perante o Juiz Municipal do fôro da situação dos bens, quanto aos chamados *bens vagos, e do evento*; Ord. liv. 1, tit. 62, § 38, e liv. 2, tit. 26, §§ 17 e 20, e cit. Regulamento, §§ 21, 37, 44, e seguintes,

4.º Perante o Juiz dos Feitos da Fazenda (na Côrte), ou perante o Juiz Municipal (nas Provincias) do fôro do domicilio do conjuge, ou do herdeiro do defunto, que ficou em posse dos bens, e que os deve dar á inventario, se todos ou alguns dos mesmos bens fôrem situados no Municipio do seu domicilio, no caso, em que a herança é sujeita á taxa denominada do *Sello* ou *Decima*, e em que todos os herdeiros são de maior idade, e estão no livre gozo, e pleno exercicio de seus direitos civis; Alvará de 17 de Junho de 1809, §§ 8, e 9, e Regulamento n.º 156 de 28 de Abril de 1842, arts. 1.º, 2.º e 7.º

Sé pois os bens do defunto existem; parte no Municipio da Côrte, e parte no Municipio de alguma das provincias do Imperio, fazem-se dous inventario; um pelo Juizo dos Feitos da Fazenda na Côrte, porque a taxa do *Sello* da herança, quanto aos bens situados no Municipio della.

pertencem á Fazenda Nacional ; e outro no Municipio da Provincia, onde são situados os outros bens, porque o Sello destes pertence á Fazenda Provincial ; cit. Regulamento, arts. 1.º e 2.º¹

¹ Do principio de Direito — *O herdeiro segue o fóro do defunto*, sancionado pela Ord. liv. 3, tit. 11, § 2, verb.— *E neste caso seguirá o citado o fóro daquelle, cujo herdeiro he*, — inferirão alguns erradamente que o inventario deve ser feito no fóro do domicilio do defunto, sem reflectirem, que não é possível aceitar-se como absoluto um tão extravagante principio, visto como não milita á favor deste caso a mesma razão, que milita á favor dos credores, e devedores do defunto.

A respeito dos credores, e devedores, o herdeiro segue o fóro do defunto, porque as dividas activas e passivas do defunto comprehendem-se na sua herança, e passão com essa para os seus herdeiros. Mas, se assim é, o herdeiro não pôde ter, como tal, nem mais nem menos direitos, do que tinha aquelle, cujo herdeiro é; e consequentemente de necessidade ha de responder aos credores do defunto, que o demandarem, no fóro, perante o qual o defunto *podéra ser citado por a tal causa* por cada um delles; porquanto, se assim não fosse, os direitos dos credores, legalmente adquiridos por meio do contracto celebrado com o defunto, ficarião diminuidos pelo facto da morte deste, em proveito de seu herdeiro ; o que era absurdo, e destructivo da fé dos contractos.

Da mesma sorte, o herdeiro de necessidade ha de demandar os devedores do defunto, se demandar-os quizer, no fóro, perante o qual cada um delles *podéra ser citado por a tal causa* pelo mesmo defunto, segundo a expressão da Ord. liv. 3, tit. 11, § 2, acima citada; porquanto, se o herdeiro do defunto podesse citar os devedores deste, contra a vontade delles, para outro fóro que não aquelle, em que pelo contracto se obrigarão (tacita, ou expressamente) á responderem ao seu mesmo credor, ou á seus herdeiros, ou successores, as condições do contracto, expressas, ou presumidas *ipso jure*, serião alteradas, contra a vontade dos devedores, em prejuizo destes, e proveito do herdeiro, e violada brutalmente a fé dos contractos.

Mas, se são essas as razões, que auctorisão o principio juridico— *O herdeiro segue o fóro do defunto*, — sancionado pela citada Ord. liv. 3, tit. 11, § 2, cujas palavras — *poderá o Juez ordinario mandar citar o que fór herdeiro de outro, que morava no seu territorio, e que perante elle podéra ser citado por a tal causa* — não dão logar á duvidar-se da exactidão das razões acima indicadas ; é de pura e clara intuição, que nenhuma dellas se pôde applicar ao caso de factura de inventario de bens de defunctos; porquanto não se conhece em Direito que se alguém obrigado á fazer inventario dos seus bens, e dar partilha delles á seus herdeiros, e a quem mais pertencer, durante a sua vida, perante o fóro do seu domicilio; e portanto não pôde por sua morte ser traspassada no seu herdeiro essa obrigação, que elle não tinha.

Concluimos portanto, que o tal principio — *O inventario deve ser feito no fóro do domicilio do defunto* — só pode ser acceito como principio predominante, ou absoluto, por quem, para subtrahir-se ao trabalho de examinar á fundo ás causas, e ás razões das cousas, acceita sem exame, e sem criterio, como principios absolutos, principios relativos, enunciados por outros respectivamente a um, ou outro caso especial : sendo que, se tanto nos alargamos sobre esta questão, é porque temos visto mui frequentes decisões judicarias summamente injustas, por não terem outro fundamento senão esse *falso principio*. Dizemos *falso principio*, porque os principios capitaes, e predominantes, nesta especie, são.

1.º O fóro do domicilio dos herdeiros privilegiados (orphãos, menores, interdictos, e viúvas : Ord. liv. 3, tit. 6, §§ 2 e 3, e tit. 12, § 1).

§ 329. A HERANÇA DEFERIDA, MAS NÃO ADIDA, NEM REPUDIADA, É TRANSMISSIVEL.

Os herdeiros, ainda que sejam extranhos, que fallecem depois do testador, não tendo ainda adido, nem repudiado a herança pura, transmittem-na á seus herdeiros; porquanto a herança deixada puramente é deferida, e traspassada nos herdeiros, testamentarios, ou legitimos, por virtude e força da lei no mesmo momento, em que fallece aquelle, de quem elle era, ou que á ella tinha direito, embora não tivesse ainda deliberado sobre sua acceitação, ou rejeição; Alv. de 9 de Novembro de 1754.

Não tem pois uso algum entre nós o que foi estabelecido por Direito Romano a respeito da transmissão da herança pelo principio da *suidade*, pelo *direito do sangue*, e pelo *direito de deliberar*. Pelo contrario, fallecendo o herdeiro testamentario, ou legitimo em vida daquelle, de quem é herdeiro, nada transmittê á seus herdeiros, porque não ha herança de pessoa viva.

§ 330. NA HERANÇA CONDICIONAL TRANSMITTE-SE A ESPERANÇA *debitum-iri*.

Fallecendo o herdeiro depois da morte do testador, pendente a condição, debaixo da qual foi instituido, e cujo exito não depende da sua pessoa o direito eventual, que elle tinha de haver a herança no caso de vir a realizar-se a condição, é logo traspassado nos seus herdeiros do mesmo modo, que a herança é traspassada no herdeiro instituido puramente, logo que o testador fallece (paragrapho antecedente).

O Direito Romano, transmitindo aos herdeiros do contractante defunto, nos contractos condicionaes, o direito

2.º Quando nenhum dos herdeiros é orphão, menor, interdicto, ou viuva, o fóro da situação dos bens, ou da maior parte destes.

3.º O fóro do domicilio do conjuge, ou do herdeiro inventariante, combinado com a situação dos bens, ou da maior parte delles; e principalmente se é inventariante uma viuva honesta, que, como tal, ambem goza do privilegio do fóro (cit. Ord. tit. 12, § 1); ou se todos, ou a maior parte dos herdeiros morão em um dos Municipios da situação dos bens, embora fosse o defunto domiciliario do outro; porquanto essa circumstancã não tem em cada um dos referidos casos o menor valor juridico.

eventual, que os Romanos chamavão *spes debitum-iri* (L. 57, D. *de verb. obligat.*, e § 4, da Inst. *eod.*); dá por caduco o testamento, quando o herdeiro fallece depois da morte do testador sem se ter realisado a condição; LL. 4 e 5, § 2, D. *quando dies legat. vel fideicomm. cedat.*¹ Entre as razões que se costumão dar da diversidade dessas disposições, as principaes são as seguintes :

1.^a Que os contractos adquirem força de presente, e os actos dos que testão suspendem-se.

2.^a Que nos contractos o contraente contrahe para si e para seus herdeiros ; e na herança, e legados a vontade do testador é favorecer a pessoa lo que instituiu por herdeiro, ou legatario, e não os seus herdeiros, que muitas vezes lhe são desconhecidos.

Taes razões certamente não satisfazem ; porquanto ainda que os actos do testador se suspendão até a morte, comtudo resolvem-se quando esta chega. e desde logo principião a ser devidas as cousas, que no testamento forão deixadas puramente ; e quanto aquellas, que são deixadas debaixo de alguma condição possivel, ainda que incerta ou eventual, é logo adquirido para o herdeiro, ou legatario o direito eventual de as haver, quando venha a realizar-se a condição.

Por outro lado ; não é exacto, que no caso, de que se trata, a vontade do testador fosse favorecer somente a pessoa do herdeiro, que instituiu, ou do legatario, e não os seus herdeiros ; porquanto sempre que a vontade do testador é sómente essa, nada ha tão natural, como determinar que a herança, ou legado passará por morte do herdeiro, ou do legatario, não aos seus herdeiros, mas á pessoa, ou pessoas, que lhe approuver declarar.

Não obstante, veja-se Almeid. e Sous. Adições a Mello, Souz. liv. 3, tit. 6, § 13, e os muitos DD. ahí citados por elle, e além desses o Digesto Portuguez, III, art. 118, e Cod. Civ. Fr. arts. 1040 e 1041.

¹ Cabe porém aqui notar, que, se a condição fór impossivel é tida por não escripta, e a herança reputa-se deixada puramente ; cit. L. 5, § 4, D. *eod.* (§ 372 e sua nota) ; e se a condição depende da vontade do herdeiro, ou do legatario, e de outra pessoa (como, v. gr., a condição—*se casar com Maria*—); e deixar de se verificar por falta de vontade dessa pessoa, querendo o herdeiro, ou o legatario cumpril-a pela sua parte, a herança, ou o legado lhe é devido ; cit. L. 5, § 5.

§ 331. QUEM NÃO PÓDE SER NOMEADO HERDEIRO, NEM LEGATARIO.

Póde cada um nomear, ou instituir seus herdeiros universaes á quem lhe aprouver, não tendo *herdeiros necessarios*; ou sómente herdeiros da sua terça, no caso de os ter; Ord. liv. 4, tit. 82 in pr. e Decreto 2.º de 11 de Agosto de 1831. (§ 392).

Com a mesma restricção póde nomear legatarios á quem quizer. Exceptuão-se porém em um e outro caso os exceptuados por falta de capacidade civil ¹ e outras causas referidas no § 389.

§ 332. DOS DIREITOS, E OBRIGAÇÕES GERAES DO HERDEIRO, E LEGATARIO.

O herdeiro póde pedir a herança a quem estiver na posse della; o legatario porém póde pedir o legado aos herdeiros testamentarios, e na falta destes aos legitimos: na falta porém de uns e outros, os mesmos legatarios são para esse fim reputados herdeiros; Mell. liv. 3, tit. 5, § 54; excepto, se o testador tiver incumbido especialmente a solução dos legados á algum dos herdeiros, ou dos mesmos legatarios.

A coisa legada passa com todos os encargos, a que estava sujeita ao tempo da morte do testador, arg. Ord. liv. 4, tit. 3, pr., e Cod. da Pr. art. 325. Se estava hypothecada pelo testador, o herdeiro não é obrigado desempenhala, se o testador não lh'o ordenou expressamente; mas o legatario pagando ao credor hypothecario, fica subrogado no direito desde contra o herdeiro; é portanto, além do direito, que nasceu para elle da disposição da ultima vontade do testador á seu respeito, de exigir do herdeiro a tradição da coisa legada, cabe-lhe o de repetir do mesmo herdeiro a importancia da divida paga por elle, até onde chegarem os bens da herança, ou até onde che-

¹ A capacidade *civil* do herdeiro, ou legatario basta que exista ao tempo da morte do testador, no qual, segundo o nosso Direito, se defere a successão; ou ao tempo da verificação da condição, se a deixa é condicional; Mell. liv. 3, tit. 5, § 37, Cod. da Sard. art. 706. Por Direito Romano (L. 49, § 1, D. *de hered. inst.*); exigia-se em tres epochas, *id est*, ao tempo da facção do testamento, ao da morte do testador, e ao da adição.

gar a terça, se o herdeiro é necessario ; L. 6, Cod. de *fidei-comm.*, e Ord. liv. 4, tit. 82, §§ 1 e seguintes. Exceptua-se porém no caso, em que o testador expressamente sujeitou o legatario á desobriga da hypotheca ; Cod. Civ. Fr. arts. 1020 e 1624. ¹

As despezas, e riscos da entrega do legado são por conta do legatario, se o testador não dispoz o contrario ; cit. Cod. da Pr. art. 312 : exceptua-se porém no caso de dolo, mora ou culpa lata da parte do herdeiro.

O legatario sob condição suspensiva, ou *ex die*, póde pedir caução ao herdeiro, se disso o testador não o desobrigou ; e *vice-versa*, o herdeiro ao legatario instituido sob condição resoliativa, isto é, no legado deixado *ad diem*, ou em forma de fideicommisso ; L. 1, § 6, L. 18, D. *ut legator, seu fideicommissor. serv. caus. cav.*

§ 333. DA DISPOSIÇÃO DOS BENS, QUANDO HA HERDEIROS NECESSARIOS.

O testador, que deixa herdeiros necessarios, só póde dispor da sua terça ; Ord. liv. 4, tit. 82, pr. Portanto, se não os desherda legalmente, o testamento é válido até onde não offender as legitimas delles : offendendo-as, podem taes herdeiros annullal-o na parte, em que os prejudica : cumprem-se porém os legados até onde chegar a terça ; cit. Ord. § 1.

O mesmo tem logar no caso de não proceder a desherdação ; cit. Ord. § 2. Annulla-se porém *in totum* o testamento se o testador os preterio porque os reputava mortos ; cit. Ord. § 3 ; ou se depois lhe sobreveio descendente legitimo, ou se, tendo-o, não era disso sabedor, e o tal descendente é vivo ao tempo que elle fallece ; cit. Ord. § 5.

§ 334. QUANDO HA IRMÃOS.

O que não tem herdeiros necessarios póde dispor da to-

¹ Na L. 57, D. *de legat.* 1.º, e na L. 6, Cod. *de fideicommiss.* impõe-se ao herdeiro a obrigação de desempenhar a cousa legada, não havendo presumpção de ter sido outra a vontade do testador. Se não a desempenhar ; ou o legatario paga, e então tem logar a doutrina, á que esta nota se refere ; ou o credor a faz arrematar, e então o legatario tem acção contra o herdeiro para haver a estimação della.

talidade de seus bens como lhe aprouver, sem necessidade de desherdar expressamente seus irmãos, ou outros collateares; Ord. liv. 4, tit. 90, pr. Ao irmão preterido porém cabe a acção de *querella de testamento inofficioso*, para invalidar o testamento quanto á instituição, se o herdeiro instituído pessoa é vil, ou torpe; cit. Ord. § 1. Exceptua-se:

1.º Se elle é igualmente vil, ou torpe.

2.º Se, ainda sendo torpe o herdeiro instituído, o tal irmão commetteo contra o testador alguma destas ingratições: I. se lhe procurou a morte: II. se teve ajuntamento com a mulher d'elle: III. se lhe fez alguma accusação crime, ou lhe procurou perda de todos os bens, ou da maior parte delles, cit. Ord. liv. 4, tit. 90, § 2, Inst. de *inoff. test.*, e L. 27, Cod. *eod.* Esta acção prescreve por cinco annos, L. 8, § ult. D. *eod.*

§ 335. DA DISTRIBUIÇÃO DOS BENS EM GERAL.

O testador, que não tem herdeiros necessarios (§ 333) póde dispor de todo, ou de parte de seu patrimonio; instituir um só, ou muitos herdeiros, ou distribuir sua fazenda em legados, como lhe aprouver; Mell. liv. 3, tit. 5, § 26, Cod. da Pr. p. 1. tit. 12, arts. 45 e 46.

Se não nomea herdeiro universal, o residuo que sobejar. satisfeitos os legados, e mais disposições, pertence aos herdeiros legitimos; argum. da Ord. liv. 6, tit. 82 pr., cit. Mell. § 32, Lobão, Acc. Summ. Dias. 8, §§ 5 e, seg.

§ 336. DA DISTRIBUIÇÃO DOS BENS ENTRE OS HERDEIROS NOMEADOS

Se muitos forão instituídos herdeiros na universalidade da herança, sem determinação de partes, succedem todos por igual, dividindo-se a herança por cabeças; § 6, Inst. de *hered. ins.*: excepto, se alguns forão nomeados conjunctamente com indícios de os ter o testador considerado como uma só pessoa, como neste caso — *Instituo Plinio, e os filhos de Ticio*; — Ll. 11 e 23. Digest. *eod.* Nesta hypothese, metade da herança pertence a Plinio, e a outra metade aos filhos de Ticio, que a dividem entre si *in capita*; L. 7, D. de *usufr. accresc.*

Se o testador determinou a quarta parte de cada um, e por outro lado, deu claramente á intender, que só queria beneficiar os herdeiros por elle nomeados, então o que sobejar depois de satisfeita as disposições pertence á todos proporcionalmente á sua respectiva parte; § 7, Inst. de *hered. inst.*, Cod. da Pr. p. 1, tit. 12, art. 264.

Se forão determinadas as partes de alguns, e as de outros não, divide-se entre estes igualmente o residuo, que ficar dos primeiros; cit. Cod. art. 286.

Se não ficar residuo, desfalca-se *pro rata* nas partes determinadas quanto for necessario para perfazer aos ultimos uma parte igual á menor das partes determinadas; cit. Cod. art. 296, e Cod. d'Austr. arts. 254 e seguintes.

Se o testador porém não deo claramente á intender que quiz dispor da universidade da herança em favor dos herdeiros nomeados, e determinou as partes destes, o residuo, que houver depois de satisfeitas as suas disposições, pertence aos herdeiros legitimos; paragrapho antecedente.

§ 337. DA DISTRIBUIÇÃO DOS BENS: I. ENTRE OS HERDEIROS E LEGATARIOS.

I. Quando o testador assignou á algum dos co-herdeiros uma cousa determinada, ou seja com preferencia aos outros, ou como constituindo a sua parte da herança, este deve ser considerado como legatario particular desta cousa: cit. Cod. da Pr. arts. 262 e 263; e por conseguinte não entra no residuo, nem na quotisação para o perfazimento das porções dos herdeiros, a quem o testador não as fixou, tendo-as fixado á respeito dos outros; cit. Cod. art. 271.

Se é herdeiro necessario, e esse legado lhe foi deixado com preferencia, pertence-lhe emquanto não exceder a sua legitima, e a terça do testador; e se exceder, deve indemnizar os demais herdeiros necessarios; Ord. liv. 4, tit. 97, § 3, cit. Cod. art. 272, e Cod. Civ. Fr. art. 919.

Se os legados absorverão toda a herança, os herdeiros instituidos na universidade della, não sendo descendentes, nem ascendentes do testador, nada podem pedir por esse fundamento; porquanto entre nós nunca foi usada a Lei Falcidia, nem o Senatusconsulto Trebeliano; Mell. liv. 3, tit. 7, §§ 21 e 22, cit. Cod. da Pr. art. 275.

¹ A Lei Falcidia concedia ao herdeiro instituido a faculdade de tirar livre

§ 338. II. ENTRE OS MESMOS COM RELAÇÃO ÀS DIVIDAS,
E ENCARGOS.

II. Os legatarios á titulo universal (§ 317) são sujeitos ás dividas, e encargos da herança *pro rata*, ou concorrão sós, ou com herdeiros; Cod. Civ. Fr. arts. 871 e 1012.

Concorrendo porém com herdeiros necessarios, estes recebem as suas legitimas por inteiro, e só no caso de serem co-legatarios na terça partilhão *pro rata* com os demais co-legatarios as dividas, e encargos correspondentes á terça; cit. Cod. art. 1013. Não porém assim os co-legatarios particulares; salvo, se a universalidade da herança foi distribuida em legados particulares; porque então as dividas e demais encargos devem ser satisfeitas por todos *pro rata*; Cod. da Pr. p. art. 352.

Quanto ao legatario universal, este responde pela totalidade das dividas, e encargos da herança (§ 317).

§ 339. NOÇÃO DO DIREITO DE ACCRESCER NAS HERANÇAS,
E LEGADOS.

Intende-se aqui por *direito de accrescer* aquelle, pelo qual um co-herdeiro, ou co-legatario adquire a porção de outro, que tendo sido nomeado conjunctamente com elle não quiz, ou não pode acceital-a, ou porque morreo antes do testador, ou por algum outro impedimento ou motivo.

§ 340. DO DIREITO DE ACCRESCER NAS HERANÇAS, E
LEGADOS, SEGUNDO O DIREITO ROMANO.

Entre os Romanos o direito de accrescer tinha logar assim nas heranças, como nos legados.

Quanto ás heranças deduziño-no no duplo principio da indivisibilidade da herança, e da ignominia, á que suppunhão que ficava sujeito aquelle que morria *pro parte testa-*

para si a quarta parte da herança (*quadrans*), descontando-a nos legados, se fosse necessario; L. 1, pr. Dig. *ad Leg. Falcid.* Igual favor foi concedido pelo *Senatusconsulto Trebelliano* ao herdeiro fiduciario, que tinha de restituir a herança deixada em fideicommisso, L. 1, § 20, Dig. *ad Senat. Treb. Lobão*, Diss. 9 ás Acc. Summ., sustenta o uso destas Leis entre nós, contra a opinião de todos os praxistas (§§ 434 e 435).

tus, e pro parte intestatus. Assim, se tendo o testador instituído conjunctamente, v. g., á Mevio, e Sempronio, sem determinação de partes, um destes repudiava a sua porção da herança, ou não a podia acceitar, por ter fallecido, ou por qualquer outro impedimento, como morte civil, etc., a sua dita porção accrescia ao outro co-herdeiro nomeado conjunctamente com elle; porque, se se devolvesse abintestado ao mais proximo consanguineo do testador, este haveria fallecido em parte testado, e em parte intestado, o que elles tinham por ignominioso.

Quanto porém aos legados deduzião o direito de accrescer da presumida vontade do testador, a qual inferião da conjuncção de duas, ou mais pessoas no mesmo legado.¹ Assim, se o testador legava o mesmo objecto á Mevio e Sempronio, e um destes não acceitava, porque não podia ou não queria, a sua porção accrescia ao outro.

Entre o direito de accrescer dos herdeiros, e o dos legatarios havia portanto estas differenças :

1.^a Nos herdeiros elle era forçado, ou necessario, e nos legatarios ordinariamente era voluntario.

2.^a Nos herdeiros era sempre acompanhado dos encargos ; nos legatarios porém era sem encargos no maior numero dos casos.

3.^a Aos herdeiros o testador não o podia prohibir, aos legatarios podia ; L. 57, § 1, D. *de usufruct.*, e L. 7, D. *de reg. jur.*.

¹ A conjuncção dividia-se em *Re, Verbis*, e *Mixtim*, ou *Re et verbis*.

Dizão-se *conjuncti re* os que são chamados á mesma cousa por meio de proposições diversas, como neste exemplo : *Lego á Mevio o sitio corneliano ; lego á Sempronio o mesmo sitio.* Ahi não se dava verdadeira conjuncção, porque os nomes dos legatarios occorrião em proposições diversas.

Dizão-se *conjuncti verbis* os que são chamados á mesma cousa por uma só proposição, como neste exemplo : *Lego á Mevio e Sempronio o sitio corneliano, áquelle áquem, e á este além do rio.* Tambem aqui não havia verdadeira conjuncção ; porque os legatarios não são aqui chamados precisamente á mesma cousa ; L. 1, pr. D. *de usufruc. ad cresc.*

Dizão-se finalmente *conjuncti mixtim*, ou *re et verbis*, aquelles á quem a mesma cousa era legada pela mesma proposição sem determinação de partes, v. gr., neste exemplo ; *Lego á Mevio e Sempronio o sitio corneliano ; L. 142, D. de verb. signif.*

§ 341. DOS REQUISITOS DO DIREITO DE ACCRESCER SEGUNDO DIREITO ROMANO, QUANTO AOS LEGADOS.

Para ter logar o direito de accrescer nos legados, requeirão-se duas cousas :

1.^a Que antes da morte do testador faltasse algum dos co-legatarios; porque, se todos lhe sobrevivião, ainda que fosse por um só momento, a porção do co-legatario fallecida depois do testador devolvia-se a seus herdeiros, e não accrescia ao outro co-legatario; L. un., § 5, Cod. *de caduc. toll.*

2.^a Que os co-legatarios fossem *conjunctos*, isto é, chamados conjunctamente á mesma cousa (*ad eandem rem vocati*), como, v. gr., neste exemplo : *Lego a minha casa A á Mevio, e Sempronio* : porque, se o testador dizia, v. gr., — *Lego á Mevio a minha casa A, e á Sempronio o meu sitio B* — ; então havia ahí dois legados, e pela falta de um dos legatarios nada accrescia ao outro, mas ficava na herança o objecto legado á esse.

§ 342. DO DIREITO DE ACCRESCER ENTRE NÓS.

Como o direito de accrescer nas heranças, e legados só se funda na vontade presumida do testador, quando este se enunciou por termos taes, que não se manifesta por elles claramente, se quiz, ou não beneficiar o outro co-herdeiro, ou co-legatario com a porção do que não accitou, quer fosse porque não quiz, quer porque não poude; e como, por outro lado, a Lei de 9 de Setembro de 1769, ao mesmo tempo que proscreevo d'entre nós os principios supersticiosos dos Romanos, taes como o de não poder ninguem morrer em parte testado, e em parte intestado, considerou a successão legitima como mais conforme a boa razão, e mais favoravel, do que a testamentaria; e como além disso a Lei de 18 de Agosto desse mesmo anno já tinha declarado, que o Direito Romano só era admittido nos casos omissos na legislação patria no que fosse conforme com a boa razão; por todas essas considerações o illustre Senador Mello Freire, liv. 3, tit. 7, § ult., excluiu da nossa jurisprudencia o direito de accrescer; isto é, emquanto ás heranças, por força das disposições das citadas Leis de 18 de Agosto, e 9 de Se-

tembro de 1769; e emquanto aos legados, porque toda a vez que o testador não se expressou á respeito do direito de accrescer, nesse estado de duvida a presumpção deve ser em favor dos herdeiros legitimos.

Esta opinião, aindaque Lobão *Diss. 8, Supplem. ds Acç. Summ.* § 30, e not., se declare pela admissão do referido direito á respeito dos legados; aindaque, á esse mesmo respeito, o sabio auctor do Digesto Portuguez, 3, arts. 1145 e 1746, se incline pela doutrina do Cod. Civ. Fr., art. 1044; e aindaque um insigne Jurisconsulto moderno (Coelho da Rocha, § 697) o admitta assim nas heranças, como nos legados, pelas razões, que elle expõe na nota á esse mesmo paragrapho; nós a julgamos preferivel, por ter fundamento em melhores razões deduzidas das Leis patrias. ¹

§ 343. A QUEM PERTENCE A EXECUÇÃO DOS TESTAMENTOS.

São obrigados ao cumprimento dos testamentos os testa-

¹ O direito de accrescer foi constituido pelo Direito Civil em consequencia da interpretação dos Sabios ás Leis das Doze Taboas: quanto aos herdeiros legitimos, porque estes erão obrigados pelas mesmas Leis á encarregar-se de toda a familia do defunto; e quanto aos herdeiros escriptos, porque no testamento toda a familia era comprada *per aes et libram*, e o herdeiro representava a pessoa do defunto; o que deo origem á regra *Testati e intestati*.

Entre os legatarios porém foi introduzido, não por necessidade de Direito, mas por effeito de meras conjecturas, ou presumpções da vontade do testador, as quaes inferião de uma, ou outra das seguintes conjuncções: — *re, verbis, re et verbis* (nota antecedente).

Vêse porém claramente que semelhantes razões são em parte supersticiosas, taes como as que são deduzidas da compra da familia, da representação da pessoa do defunto, e da regra *Testati*; e em parte falsas, ou pelo menos arbitrarías, e muito falliveis, taes como as que são deduzidas por conjecturas da vontade do testador. Porquanto o testador, que, sabendo, ou tendo razão de saber que existem Leis sobre a successão legitima, cuja execução tem logar, quando não dispõe dos seus bens, como lhe é permitido, institue dois, ou mais herdeiros em porções certas, ou *pro indiviso*, sem declarar expressamente, que, não accetando algum delles, por não poder, ou não querer, a parte delle accrescerá ao outro; dá com isso á entender que só quiz deixar á cada um delles a sua porção; e dahi se segue que se algum delles a repudiar, ou não a poder haver, ella deve pertencer aos herdeiros legitimos, e não ao co-herdeiro escripto.

Pelo que pertence aos legados, raciocina quasi do mesmo modo Schilt. *Exercit. 39 ad Pand.* § 16, onde diz — *Adcedit et ratio civilis, seu legislatoriae prudentiae quod in materia legatorum favor legatarii minor est, quam heredis, atque in dubio presumatur testator voluisse ut exiguum aeris legatario praestet, ut cum Papiniano Ulpianus loquitur, l. Si ita 14 h. t. Praesumitur itaque testator hoc in casu partem vacantem heredi potius, quam co-legatario relinquere voluisse, nisi alterum alteri substituerit, aut rem utrique in solidum relinquere.* Veja-se *Exercit. 17, §§ 53 e 55.*

menteiros nomeados nelles, e na sua falta, ou impedimento algum dos herdeiros, á quem a herança pertence. Antiga-mente competia assim ao Juiz Ecclesiastico, como ao Civil constringer os testamenteiros a cumprir os testamentos, e obrigar-os á dar conta da execução delles, qual primeiro prevenisse a jurisdicção por meio da citação ; Ord. liv. 1, tit. 62, § 4.

Hoje porém a jurisdicção do Juizo Ecclesiastico acha-se restringida ás materias puramente espirituaes ; e por isso tudo que pertence á execução dos testamentos é hoje da exclusiva competencia do Juizo Civil ; Lei de 27 de Agosto de 1830. Hoje pois, tudo quanto pertence á execução dos testamentos, e codicillos compete aos Juizes Municipaes, assim como tambem aos Juizes de Direito, em suas correições ; Lei de 3 de Dezembro de 1841, art. 114, § 2, e art. 119.

§ 344. DOS TESTAMENTEIROS.

Chama-se *testamenteiro* a pessoa encarregada de cumprir as disposições do testador. Se não ha testamenteiro testamentario, ou porque o testador não o nomeou, ou porque os que nomeou, se escusarão, ou não forão admittidos por inhabeis, ou finalmente forão removidos, por serem achados em dolo, ou culpa ; são então testamenteiros legitimos os herdeiros testamentarios, e, não os havendo, os legitimos ; e depois d'uns e outros os legatarios, e finalmente quem o Juiz nomear, chamado *testamenteiro dativo*.

Este encargo pois compete :

1.º Aquelle, a quem o testador o commetteo.

2.º Ao herdeiro, na falta da nomeação, ou no caso de recusa, ou de escusa dos nomeados pelo testador ; isto é, ao mais beneficiado, se são muitos, e desiguaes as porções ; e ao legatario principal, se a herança for dividida em legados ; Guerreir. Tr. 1, liv. 4, cap. 6, n. 76.

O testamenteiro póde escusar-se ; excepto se recebeu o legado, que lhe foi deixado para esse fim ; cit. Guerreir. n. 34 e seguintes.

Não póde ser testamenteiro quem não se póde obrigar, como os menores, e as mulheres casadas, sem auctoridade dos maridos ; Cod. Civ. Fr. arts. 1028, 1029, e 1030. Sendo itos póde cada um praticar os actos necessarios ; todos

porém são solidariamente responsaveis, se o testador não lhes separou as funcções ; cit. Cod. art. 1033.

§ 345. SUAS FUNCÇÕES EM GERAL.

O testamenteiro deve :

1.º Cuidar do enterro e funeral do defunto ; L. 12, § 4, *Digest. de relig. st. sumpt. fun.*

2.º Dar cumprimento ás disposições do testador dentro de anno e mez contado do fallecimento ; Ord. liv. 1, tit. 62, § 2 ; excepto, se o testador marcou outro prazo ; se interveio legitimo impedimento, ou algum litigio sobre o testamento, ou sobre a herança ; cit. Ord. §§ 1 e 2.

3.º Póde obrigar o herdeiro á ministrar-lhe os meios de satisfazer os legados, e nomear á execução os bens da herança, se é demandado, e executado pelos legatarios, ou credores do defunto ; Lobão á Mell. liv. 3, tit. 6, § 15, n. 2, *Moraes de execut.* L. 6, C. 7, n. 72.

4.º Se obra com dolo, ou não cumpre o testamento no tempo marcado, póde, e deve ser removido, e perde o premio, que o testador lhe tiver deixado ; cit. Ord. §§ 12 e 23.

5.º Não póde comprar, nem haver para si, nem para outrem, por si, nem por interposta pessoa, bem, ou cousa alguma, que ficasse por morte do testador, se este não lh'a deixou ; e se o contrario fizer, e a cousa for achada em seu poder, é tornada á fazenda do defunto, e elle condemnado no valor della em dobro para os Residuos ; e se a cousa é de raiz, só prescreve o perdimento della para os Residuos no fim de quatro annos ; cit. Ord. §§ 7 e 22. Esta prohibição porém cessa desde que os herdeiros entrão na posse dos seus quinhões, e o testamento é julgado cumprido em todas as suas disposições.

6.º Os seus poderes não se transmittem á seus herdeiros ; cit. Cod. Civ. Fr. art. 1032.

§ 346. SUAS FUNCÇÕES ADMINISTRATIVAS.

Se o testador encarregou ao testamenteiro a administração da herança, ou de parte della, quér directa, quér indi-

rectamente, como mandando-lhe entregar aos herdeiros o residuo dos legados; então é equiparada ao cabeça de casal; e portanto:

1.º Deve fazer inventario; cit. Ord: § 19.

2.º Póde vender os bens em hasta publica, e com as formalidades legaes, se isto for necessario para o cumprimento das disposições do testador; Pinheir. *App. Testam.* n. 84; em nenhum caso porém póde compral-os para si directa, ou indirectamente (parapho antecedente).

§ 347. É OBRIGADO A DAR CONTAS.

O testamenteiro é obrigado a dar contas, ainda que o testador o desobrigasse; cit. Ord. pr.; sendo que essa obrigação só prescreve, quanto aos bens de raiz, e seus rendimentos por vinte e cinco annos, e quanto aos moveis, por quinze; cit. Ord. §§ 8 e 22.

As verbas da despeza devem ser provadas ordinariamente; podem porém ser provadas pelo seu juramento as despezas usuaes, e de pequena monta, de que não se costuma passar recibo; assim como tambem as que lhe forão encarregadas pelo testador em segredo; cit. Ord. § 21, Guerreir. cit. n. 311: deve-lhe porém ser abonado todo o desenbolso, que fez com o cumprimento do testamento; Cod. Civ. Fr. art. 1034.

Se o testador não lhe assignou um premio em compensação do seu trabalho pessoal, o Juiz lh'o póde arbitrar em proporção das forças da herança, costume do lugar, e trabalho da liquidação, com os recursos legaes, comtanto que não exceda de cinco por cento; Decreto n. 1405 de 3 de Julho de 1854, Mell. liv. 3, tit. 6, § 15, cit. Pinheir. *App.* n. 256.

Não lhe compete porém, quando é ao mesmo tempo herdeiro, ou legatario do testador; e quando lhe competir e forem *necessarios* os herdeiros do testador, deve ser deduzido somente da terça; cit. Decreto n. 1405. O uso da vintena era o geralmente recebido, e este foi approvedo pelo Decreto de 23 de Agosto de 1798, e ultimamente pelo de n. 1406 já citado.

§ 348. DOS JUIZES, A QUEM HOJE COMPETE FAZER CUMPRIR OS TESTAMENTOS.

Já dissemos no § 343, que antigamente havia entre o Juizo Ecclesiastico, e o Secular o direito de prevenção á respeito da execução dos testamentos; isto é, que o primeiro dos dois, que fazia citar o testamenteiro para dar conta, e mostrar cumprida a vontade do testador, era o competente para conhecer desse negocio; mas que, ultimamente, tendo sido restringida a jurisdicção do Juizo Ecclesiastico ás materias puramente espirituaes, ficará pertencendo somente aos Juizes Seculares de Primeira Instancia conhecer das contas de testamento.

E pois só nos resta advertir, que os referidos Juizes só podem levar residuo do que não acharem cumprido, e do que o tiver sido depois de citados os testamenteiros para dar contas, se estava findo o tempo, em que o testamento devia ser executado; devendo em qualquer desses dois casos haver o residuo á custa do premio, ou legado deixado pelo testador ao testamenteiro, ou dos bens do mesmo testamenteiro no caso de não lhe ter sido deixada cousa alguma, e de ser tal a falta de execução do testamento, que se lhe deva recusar o premio legal da vintena, de que fallamos no paragrapho antecedente; Ord. liv. 1, tit. 62, § 23, Alvará de 10 de Outubro de 1754, e Resolução de 13 de Outubro de 1832, que o fez extensivo á todas as Provincias do Imperio: em logar porém do citado Alvará regula hoje o Decreto, e Regulamento de 3 de Março de 1835, art. 36.

Se os testamenteiros cumprirão bem, e como devião, as disposições testamentarias, e dentro do tempo, em que o devião fazer, então só lhes compete levar de julgar os testamentos por cumpridos a assignatura definida pelo cit. art. 36 do referido Regimento.

TITULO VI.

Dos Testamentos.

§ 349. NOÇÃO DE TESTAMENTO.

Testamento é um acto juridico, e solemne (§§ 383 até 387), auctorisado, e regulado pelo Direito Civil de cada Estado, pelo qual cada um de seus subditos testaveis pôde dispôr livremente de todos os seus bens, se não tem herdeiros necessarios, ou da terça, se os tem, para ter effeito depois de sua morte, se antes della não o tiver revogado, como pôde revogar á todo o tempo que queira; Ord. liv. 4, tit. 84, § 2, e Cod. Civ. Fr. art. 895.

É portanto da sua essencia:

1.º O ser revogavel até a morte do testador, de sorte que é nulla qualquer clausula, pelo qual o testador se privasse da faculdade de o alterar, ou revogar; L. 4, D. *de adimend. vel transf. legat.*

2.º O ser juridico, e solemne; sendo que as differentes formalidades, que as leis exigem nelle, são necessarias não só para prova, mas principalmente para lhe dar uma fórma authentica e solemne, a qual tem por fim estabelecer a certeza a respeito da verdade, e validade das disposições do testador; e portanto a falta de alguma dellas induz nullidade insanavel.

Não é porém essencial, entre nós, a disposição da universalidade da herança, nem a instituição de herdeiro, como era por Direito Romano; arg. da Ord. liv. 4, tit. 82, pr., Mell. liv. 3, tit. 5, § 29.¹

¹ Entre as solemnidades internas do testamento prescriptas por Direito Romano comprehende-se a instituição de herdeiro, a qual é o fundamento capital de todo o testamento; § 34, *Iust. de legat.*

Das palavras da Ord. liv. 4, tit. 86, pr. — *sem tratar nelle de directamente instituir, nem desherdar a algum, como se faz nos testamentos* — alguns Jurisconsultos Portuguezes concluirão que essa disposição do Direito Romano fóra adoptada pela cit. Ord.; não vemos porém que das referidas palavras se possa concluir outra cousa, senão que a instituição, e a desherdação de herdeiro necessario, não se pôde fazer por codicillo, mas deve ser feita por testamento, quando não se faça *inter vivos* por escriptura publica.

§ 350. DO PRINCIPIO JUSTIFICATIVO DOS TESTAMENTOS.

Os testamentos constituem na legislação de todos os povos civilizados um artigo muito importante pelas vantagens que delles resultão para a sociedade em geral, porquanto :

1.º A liberdade de dispormos de nossos bens para depois de nossa morte é um poderosissimo incentivo para o trabalho, e economia, fontes perennes da riqueza das nações, e fecundos germens de todas as virtudes moraes, e sociaes.

2.º No testamento o homem exerce para com as pessoas, á quem é mais afeiçoado, o ultimo acto da beneficencia, gratidão. ou justiça, o qual as leis não podem inutilisar, sem proscreverem ao mesmo tempo todas essas virtudes.

3.º Finalmente, no testamento o testador deixa consignada uma memoria, que o tinha lisongeadado, e a sua recordação entre o herdeiro de satisfação.

Convinha porém prevenir os enganãos, e fraudes, que facilmente se poderia commeter por meio de testamentos falsos, ou extorquidos por seducções, ameaças, ou violencias e para esse fim as leis sujeitárão os testamentos á muitas e escriptas solemnidades.

§ 351. DA ORIGEM DOS TESTAMENTOS ENTRE OS PORTUGUEZES, E SEU PROGRESSO.

Parece que os Portuguezes receberam dos Romanos o uso dos testamentos desde o tempo em que forão sujeitos ao seu imperio ; opinião essa, que é confirmada pelas disposições relativas á testamentos, e ultimas vontades, deduzidas do

E tanto é exacto, que entre nós não é essencial no testamento a instituição de herdeiro, que a Ord. liv. 4, tit. 82, pr. declara valido o testamento, em que o pai, ou mãe dispõe da terça de seus bens, sem fazer menção de seus filhos, sabendo que os tem ; e todavia nesse testamento não é expressa, nem instituição, nem desherdação, e só se presume a instituição dos filhos pelo facto de ter o testador disposto somente da sua terça. Outro igual exemplo nos fornece a Ord. liv. 4, tit. 81, § 6, no vers. — *Porém*.

A isso accresce que o testamento do Conde Martinho Egidio de Souza, o qual so constava de legados, e muitos outros iguaes, que se tem dado na pratica, tem confirmado essa doutrina, que tambem foi abraçada pelo Cod. Civ. Fr. arts. 967 e 1002, e pelo Cod. da Pr. p. 1, tit. 12.

Direito Romano, que se achão nos Codigos Theodosiano e Alariciano, publicados no seculo V em favor das Provincias da Hespanha ; Gothofred. *Prolegom.* cap. 3.

Nos tempos seguintes retiverão o uso delles principalmente os Wisigodos, os Germanos, e outros referidos por Heinec., *Elem. Jur. Germ.*, lib. 2, tit. 7, e Thomas, *Disp. de origine successione testamentariae*. Forão porém muito frequentes depois que o direito das decretaes appareceu, e continuou a ter grande auctoridade juntamente com o Civil, assim no fôro, como na Universidade. ¹

§ 352. DAS LEIS E COSTUMES PATRIOS ANTIGOS SOBRE TESTAMENTOS.

Até o principio do reinado do Sr. D. Affonso V quasi nenhuma lei testamentaria houve entre os Portuguezes ; havia porém costumes accommódados á razão do Direito Romano, e principalmente do Direito Canonico. Esse monarcha fez reduzir á Leis escriptas esses usos e costumes, diminuindo-lhes algumas cousas, e accrescentando-lhes outras muitas, tiradas do Direito Romano em sua maior parte ; dessa sorte formou os titulos 97, e 98, 99, 100, 101, 102 e 103 do 4.º livro do seu Codigo, que ao depois passá-

¹ O uso dos testamentos tornou-se mais frequente entre os Portuguezes principalmente desde o seculo XII, tendo começado pelos Principes, e Grandes, e passado depois aos outros nobres, e por fim aos plebeos de toda a ordem, e condição ; os quaes todos fazião testamento, não tanto para instituir herdeiro, quanto para distribuir legados pios á prol de suas almas.

E dahi vem, que, tendo por cousa de grande importancia, que os seus testamentos não fossem infirmados depois de sua morte, passarão a inserir nelles imprecações, e execrações contra aquelles, que ousassem invalidar o seu supremo juizo.

São exemplos disso :

1.º O testamento de D. Affonso I, em Sous. tom. 6, *Probat.* pag. 573, ibi — *Placuit mihi de meo habere partem quandam assumere, et dare pro anima mea.*

2.º O de Affonso III, no mesmo auctor, tomo 1, *Probat.* pag. 54, ibi — *Facio testamentum meum, ut Dominus propitietur animæ meæ, et non consideret peccata mea... et pro salute animæ meæ.*

3.º O de D. Constança Sancha, filha de D. Sancho I, no logar cit. pag. 21, ibi — *Si aliquis de Parentela mea, seu de extraneis hoc meum testamentum attentaverit impedire... pro attentatione Dei Omnipotentis incurrat maledictionem, et meam : et adjuvantes a Deo sint in perpetuo benedicti.*

4.º O de D. Diniz, *ibid.* pag. 88. — *Pera proll de minha alma... E o que por alguma maneira per si ou per outrem embargar, aja a maldicam de Deos, e a minha pera todo sempre, e seja condemnado com Judas traedor em profundo do Inferno.*

rão para o Manuelino, e Filppinos nos titulos concordantes no mesmo livro. ¹

§ 353. DA DIVISÃO E SUBDIVISÃO DOS TESTAMENTOS.

O testamento divide-se em *escripto* e *nuncupativo*; e subdivide-se, o primeiro, em *publico*, ou *privado*, *aberto*, ou *cerrado*, *civil*, *militar*, ou *maritimo*, *solemne*, ou *menos solemne*, e *privilegiado*; e o segundo em *civil*, ou *militar*.

§ 354. DO TESTAMENTO PUBLICO, E JUDICIAL, SEGUNDO DIREITO ROMANO.

Por Direito Romano chama-se *publico*, assim o testamento que, *oblatis precibus*, era apresentado ao Principe para lhe dar validade, dispensando as solemnidades preteridas nelle, como tambem aquelle que era feito perante o

¹ É util saber a substancia desses costumes. Era determinado por elles o seguinte:

1.º Que os pais que tinham filhos, podião dispor livremente da sua terça; Ord. Affons. liv. 4, tit. 87.

2.º Que para validade do testamento bastava cinco testemunhas varões, ou femeas; cit. Ord. tit. 103.

3.º Que era valido o testamento do pai sem expressa instituição, ou desherdação do filho, quando dispunha somente da sua terça; tit. 97.

4.º Que o preterido se entendia instituido tacitamente; o que ao depois foi confirmado pela Lei do Sr. D. João I, no mesmo titulo.

5.º Que somente o pai succedia ao filho premorto sem posteridade, excluindo o irmão deste; tit. 102.

6.º Que o filho natural succedia ao pai plebeo; tit. 98.

7.º Que era sujeito á collação tudo o que o filho adquiria em vida do pai; tit. 105.

Devem-se porém attribuir ao Direito Canonico, e aos seus interpretes as seguintes maximas observadas nesses tempos:

1.ª Que era valido o testamento perante o Parocho, e duas tesitmunhas; e dahi veio que o numero das testemunhas não era o mesmo e igual em todas as partes do Reino; pois achão-se testamentos antigos com tres testemunhas, outros com quatro, o outros com cinco.

2.ª Que era difficil ser valido o testamento sem legados.

3.ª Que para validade delle parecião necessarios os legados pios.

4.ª Que a quarta parte da herança pertencia á Igreja *ipso jure* por algumas Constituições Synodaes.

5.ª Que ninguem podia testar sem o conselho do Parocho, ou de outra pessoa em nome delle.

6.ª Finalmente, que os Reis, e os Principes reputavão o Summo Pontifice como supremo *guardador* e *executor* dos testamentos, e por isso lhe deixavão legados.

A Constituição Synodal do celebre D. Matheus, Bispo de Lisboa, que vem em Brandão, p. 5. liv. 16, cap. 73, pag. 148, e p. 6, liv. 18, cap. 58,

Magistrado, o qual, interpondo a sua auctoridade, dava-lhe fé publica, sem dependencia de alguma outra solemnidade ; LL. 18 e 19. Cod. *de testam.*

As nossas leis não fazem menção nem de um, nem de outro. Como no primeiro o Príncipe, attendendo ás supplicas do testador, dispensava nas solemnidades omittidas, e lhe dava validade, *oblatis precibus*, L. 19, Cod. *cod* ; não pôde tal testamento ter logar entre nós, porque só á Assembléa Geral Legislativa com a sanccão do Imperador compete dispensar nas Leis, Const. art. 15, § 8. O segundo porém é inutil, e superfluo, porque temos o testamento *aberto*, escripto por Tabellião em suas notas, o qual vale tanto, como o *judicial*, e é mais commodo aos particulares.

Como o nosso dito testamento *aberto* basêa-se na fé publica do Tabellião, e das Testemunhas, e é escripto em livro de notas, numerado, e rubricado por auctoridade publica, pôde-se chamar publico (paragrapheo antecedente), para distincção do que é carecedor de toda a fé publica, e á que chamamos *privado*, qual o de que trata a Ord. liv. 4, tit. 80, § 3.

§ 355. DO TESTAMENTO PUBLICO, SEGUNDO DIREITO PATRIO.

Chamamos testamento *publico* (a Ord. liv. 4, tit. 80, pr. chama-lhe *aberto*) aquelle, que é escripto por Tabellião em

pag. 250, é exemplo da quarta maxima ácima referida ; e são exemplos da sexta :

1.º O testamento de D. Affonso III. ácima referido, nas palavras — *E mando Domino Papæ, qui pro tempore fuerit, centum marchas argenti, et rogo ipsum tanquam dominum corporis mei et animæ meæ, ut ipse sanctissima auctoritate sua faciat compleri et confirmari omnia et singula supra dicta, et non permittat aliquod de his omnibus per aliquem impediri.*

2.º O testamento de D. Diniz tambem ácima referido, nas palavras — *E eu como filho obediente da Santa Igreja de Deos mando ao Papa, e aos Cardeus quinhentos marcos de prata e demnos meus testamenteiros aqui na terra a seu certo recado, que elles sejam lembrados deste meu testamento fazer cumprir, e aguardar assy como eu mando, e de rogar a Deos por minha alma.*

3.º O testamento ácima referido, de D. Constança Sancha ; nas palavras — *Sacrosanctæ Romanæ Ecclesiæ Summum Pontificem deprecor, quantum possum, cui cura ex sollicitudine Pontificalis officii commissa est defendere testamenta, ut voluntas defuncti adimpleatur, quod ipse idem Summus Pontifex hujusmodi meum testamentum tueatur, et defendat taliter, quod juxta voluntatem meam per executores meos suprapositos executioni mandetur cum effectu. Propter quod, et ut faciat servari hoc meum testamentum, et ezequi prout jacet, tego eidem Summo Pontifici, qui pro tempore fuerit.*
Decem marchas stirlingorum novorum in subsidium terræ sanctæ.

seu livro de notas na presença do testador, que lhe declara a sua vontade, e de cinco testemunhas para isso pertencentes, varões maiores de quatorze annos, e livres, ou tidos por taes, as quaes devem assignal-o juntamente com o testador : e se este não souber, ou não poder assignar, uma das mesmas testemunhas assigna á seu rogo, declarando ao pé de sua assignatura, que assigna por mandado do testador, por elle não saber, ou por não poder assignar, segundo a causa for esta, ou aquella ; cit. Ord. pr., Man. tit. 76, e Assent. de 23 de Julho, e 17 de Agosto de 1811, e de 10 de Junho de 1817.

Este testamento é um verdadeiro instrumento publico, e portanto deve ser lido pelo Tabellião perante o testador, e testemunhas antes de assignarem ; porquanto, se a citada Ord. não exige isso mesmo expressamente, é porque já tinha sido determinado geralmente em todo o instrumento publico pela Ord. liv. 1, tit. 78, §§ 4, e 5. O Cod. Civ. Fr. art. 972 o exige expressamente. ¹

§ 356. DO TESTAMENTO PRIVADO.

Testamento *privado* se diz aquelle, que é escripto pelo testador, ou por outra pessoa á seu rogo, e que não tem instrumento de approvação.

Elle requer igualmente, além do testador, ou da pessoa, que o escreve á seu rogo, cinco testemunhas varões, maiores de quatorze annos, e livres, ou tidos por taes, as quaes, depois de lido perante ellas, o devem assignar com o testador, ou com a pessoa, que o escreveo, se o testador não souber, ou não poder assignar, declarando a dita pessoa ao pé de sua assignatura, que assigna á rogo do testador por elle não saber, ou não poder assignar ; Ord. liv. 4, tit. 80, § 3.

¹ Os Escrivães dos Juizes de Paz das Freguezias, e Capellas curadas de fóra das Cidades, e Villas, são ao mesmo tempo Tabelliães de Notas nos seus respectivos Districtos cumulativamente com os Tabelliães do Termo, sem dependerem de distribuição as escripturas lavradas por elles ; Lei de 30 de Outubro de 1830.

O poder pois de fazer, e approvar testamentos, concedido indistinctamente a todos os Escrivães dos Juizes de Paz, nos seus respectivos Districtos, pela Lei de 15 de Outubro de 1827, art. 6, deve-se intender restringidamente aos Districtos de fóra das Cidades, e Villas, onde ha Tabelliães propriamente ditos, na fórma da citada Lei de 30 de Outubro de 1830.

Feito com essas solemnidades, deve ser publicado depois da morte do testador por auctoridade judicial, citadas as partes, á quem pertencer, segundo fórma de Direito; cit. Ord. § 3, Lobão a Mel. *Suppl. Diss.* 3, §§ 50 e 51. ¹ Mello chama *aberto* á este testamento.

§ 357. DO TESTAMENTO CERRADO.

O testamento *cerrado*, ou *mystico*, sobre o qual dissertou largamente Gothofredo, ad. L. 3, Cod. Theod. *de Testam.*; é o mais frequentado entre nós, e deve ser feito com as seguintes formalidades.

1.^a É escripto pelo testador, e então não é absolutamente necessario que seja assignado por elle.

2.^a Não sabendo, ou não podendo o testador escrever, é escripto por outra pessoa (que póde ser o mesmo Tabellião, que o ha de approvar, Assento de 23 de Julho de 1811), e assignado por ella á rogo do testador, é cerrado e cosido.

3.^a Entregue pelo testador ao Tabellião perante cinco testemunhas varões, maiores de quatorze annos, e livres, ou tidas por taes, o Tabellião lhe deve perguntar

¹ A referida publicação consiste em serem inquiridas judicialmente todas as testemunhas numerarias, citados previamente para esse acto os herdeiros legitimados do testador. As testemunhas devem depor contestes sobre a realidade do facto da disposição, e sobre a sua leitura, e assignatura perante ellas todas reunidas em um logar, que devem declarar; e além disso cada uma de per si deve reconhecer a sua assignatura, e a do testador, ou de quem assignou á seu rogo.

Se alguma dellas contradiz a disposição, esta não se póde julgar procedente, salvo se a testemunha for convencida de falsidade a este respeito; Lobão, cit. *Diss.* § 55.

Se uma, ou outra das testemunhas do testamento faltar, por ter fallecido, ou estar ausente, a redução do testamento á publica fórma não póde ter logar, segundo a opinião de Lobão na cit. *Diss.* §§ 52 e 53, e de outros muitos interpretes de igual nota.

Outros porém não menos respeitaveis, taes como o autor do Digesto Portuguez, Mello Freire, e Coelho da Rocha, pensão o contrario.

Nós seguimos a opinião dos primeiros por consideração aos sabios e são principios, em que se funda a Lei de 9 de Setembro de 1769 para favorecer mais a successão legitima, do que a testamentaria, a qual todas as nações modernas tem tractado, contra o espirito da legislação romana, de restringir, e cercar de muitas cautelas tendentes a prevenir o grande mal das fraudes, que nella se podem dar.

se é aquelle o seu testamento, e se o ha por bom, firme, e valioso.

4.^a Respondendo o testador affirmativamente á essa pergunta, o Tabellião deve começar o instrumento de approvação nas costas do testamento, se este acabou no verso da ultima folha ; e se acabou em outra parte, logo e immediatamente no fim do testamento ; e concluido o mesmo instrumento, com a presença das cinco testemunhas a todo o acto até que seja de todo acabado, deve ler o dito instrumento perante o testador, e testemunhas ¹; e estando conforme, o faz assignar pelo testador, e testemunhas, assignando uma destas pelo testador, se elle não souber, ou não poder assignar, e declarando a mesma testemunha ao pé do seu signal, que assigna por mandado do testador, por elle não saber, ou não poder assignar, segundo a causa for esta, ou aquella.

5.^a Se o Tabellião não poder principiar o instrumento de approvação logo e immediatamente no fim do testamento, por este acabado no fim do verso da ultima folha, então deve o Tabellião pôr em qualquer parte do testamento o seu signal publico, e declarar no instrumento que fizer em outra folha, como nelle fica o seu signal publico, por não ter folha limpa, em que começasse o instrumento ; Ord. liv. 4, tit. 80, §§ 1 e 2, e Assento de 17 de Agosto de 1811, e de 10 de Junho de 1817. ² O Regulamento n. 520 de 11 de Junho de 1847, art. 183, auctoris a os Consules Brasileiros para fazerem e approvarem os testamentos dos

¹ Enunciamos entre as solemnidades do testamento cerrado a de ser lido o instrumento de approvação perante o testador, e testemunhas antes de o assignarem ; porque se a citada Ord. não fez menção desse requisito, foi por que, tendo-se já determinado na Ord. liv. 1, tit. 78, §§ 4 e 5, que o Tabellião devia ler perante as partes e testemunhas os instrumentos, ou escripturas que fizesse, logo que fossem escriptas, e antes que as partes e testemunhas as assignassem, era superfluo declarar que o instrumento de approvação de testamento fosse lido ; porquanto desde que lhe chama *instrumento* está entendido que lhe é applicavel a solemnidade da leitura exigida em todos os instrumentos em geral.

² Tambem cabe aqui notar que das palavras do § 1, da citada Ord. liv. 4, tit. 80 — e será cerrado e cosido, combinado com as que mais se seguem — *fará logo em presença das testemunhas o instrumento da approvação nas costas do proprio testamento*—, não se segue que o Tabellião não possa descoser, e abrir o testamento para principiar o instrumento logo depois d'elle, no caso, em que não acabou nas costas, fazendo comtudo no instrumento expressa e declarada menção de como assim o fez ; citado Assent. de 10 de Junho de 1871.

subditos brasileiros nos districtos da sua respectiva residencia.

§ 358. DO TESTAMENTO CIVIL, E DO TESTAMENTO MILITAR.

Diz-se *civil*, ou *paganico*, por opposição a *militar*, e *maritimo*, o testamento de pessoa de qualquer profissão, que não seja militar, exercida na guerra, e a maritima exercida no mar.

Diz-se porém testamento *militar* a disposição de ultima vontade de pessoa de profissão militar, feita em marcha para a guerra, ou no arraial, ou no conflicto da batalha.

Neste, quando o militar o faz em marcha para a guerra, ou estando no arraial, são bastantes duas testemunhas, homens, ou mulheres, pelas quaes se prove como lhe ouvirão o que dispoz, ou lh'o virão escrever, comtanto que fossem chamadas declaradamente para esse acto; quando porém o faz no conflicto da batalha, póde fazel-o por palavra, ou por qualquer outro modo perante duas testemunhas, ainda que não sejam chamadas, mas se achem por acaso ao fazer do testamento; Ord. liv. 4, tit. 83, § 5, e L. un. D. de *bonor. poss. ex testam. milit.*

Mas, se o militar, que o fez, não morreo na guerra, tal testamento só vale até um anno depois de despedido della por causa honesta, e necessaria; Ord. § 6; salvo, se poz alguma condição ao herdeiro, porque então vale até a condição se cumprir; cit. Ord. § 7.

Goção de igual favor em iguaes circumstancias os empregados civis do exercito, e outras quaesquer pessoas, que o acompanharem em terra de inimigos; cit. Ord. § 8. ¹

¹ A cit. Ord. § 5, emquanto exige expressamente que as testemunhas do testamento militar feito em ida para a guerra, ou no arraial sejam chamadas para o tal acto, confirma a regra geral em contrario á respeito das testemunhas do testamento civil, ou paisano, feito em circumstancias inteiramente diversas daquellas em que se acham os que vão para a guerra, ou estão no arraial, sendo por isso que se faz necessaria a rogação das testemunhas, para lhes prender a attenção, e excitar-lhes a reminiscencia no futuro sobre o que ouvirão ao testador.

No mais a dita Ord. cingio-se ao Directo Romano, segundó o qual a fórma do testamento militar consistia propriamente em não ser sujeito a fórma alguma — *Faciant igitur testamenta, quomodo volent; faciant, quomodo potest; sufficiat que ad bonorum suorum divisionem faciendam nuda voluntas*; — L. 1, D. de *testam. milit.*

§ 359. DO TESTAMENTO MARITIMO.

Chama-se *maritimo*, o testamento que é feito a bordo de um navio em viagem, ou seja por algum dos Officiaes, ou Marinheiros, ou por algum dos passageiros; Silva Lisboa, *Pr. de Dir. Merc.* tit. 6, cap. 25.

Para ser valido, basta que a disposição seja recebida :

1.º Pelo Escrivão e Capitão, ou Primeiro Official do navio; ou sendo o testador algum delles, pelos immediatos, que os substituirem.

2.º Na presença de duas testemunhas, que assignem com o testador, se este poder assignar, fazendo-se expressa menção, no caso contrario, da causa, porque não assignou; Cod. Civ. Fr. arts. 988 e 998.

Só vale porém, se o testador morreo no mar, ou até trez mezes depois de desembarcado em logar, onde podesse testar em fórma ordinaria; cit. Cod. art. 996.

§ 360. DO TESTAMENTO SOLEMNE, E MENOS SOLEMNE, OU PRIVILEGIADO.

Diz-se *solemne* o testamento, que é feito com todas as solemnidades ordinarias; e *menos solemne*, ou *privilegiado*, aquelle, em que por favor da Lei se guardão menos solemnidades, como no testamento militar, e no testamento maritimo, de que acabamos de tratar; assim como tambem no testamento do pai, testando entre os filhos, e só entre elles; porquanto este, por Direito Romano, é valido sem solemnidade alguma, bastando que a vontade do pai seja constante por escriptura assignada por sua mão, ou por mão de outrem e duas testemunhas; L. 21, § 3, Cod. *de testam.* Auth. *de testam. imperf.* § *Nos igitur omnia.*, e Nouvell. 107, cap. 1.

A opinião mais segura, e mais seguida é que o nosso Legislador regeitou este testamento; porquanto em parte nenhuma faz menção delle; Peg. á Ord. liv. tit. 50, Glos. 3, cap. 10, n. 385, Gam. *Decis.* 61, Dig. Portug. 3, art. 1819. Mello Freire pensa o contrario.

Quanto ao testamento feito no campo com trez testemunhas, quando não se podesse commodamente achar mais, como determinava a Ord. Affons. liv. 4, tit. 103, a qual

não foi trasladada para o Ord. actual, inferimos dahi que o Legislador moderno o regeitou, ainda que o Sr. Senador Mello o admitte.

Tambem não tem validade entre nós o testamento chamado *pio*, ou *ad causas pias*, feitos por quem não tem poder juridico para testar, ou com as solemnidades determinadas na Constituição do Papa Alexandre III, a qual nunca foi recebida por nossas Leis; Ord. liv. 1, tit. 62, § 24. ¹

Quanto porém ao testamento, que o condemnado á morte natural póde fazer para fins pios, nos termos da Ord. liv. 4, tit. 81, § 6, vers. — *Porém* —, esse é feito com as solemnidades ordinarias prescriptas pelas nossas Leis.

§ 361. DO TESTAMENTO NUNCUPATIVO.

O testamento *nuncupativo*, ou feito por palavra ao tempo da morte do testador, requer seis testemunhas, podendo nesse numero assim mulheres, como homens, por consideração á ser feito ao tempo da morte; Ord. liv. 4, tit. 80, § ult.

Se o testador porém convalesce da doença, então esse testamento torna-se nullo, e de nenhum effeito; cit. § ult., vers. ult.

A nullidade do testamento no referido caso é disposição singular, e alheia assim da nossa Legislação antiga, como do Direito Romano, como muito bem o adverte o Sr. Mello Freire, cuja auctoridade muito respeitamos, e de cuja opinião em favor da validade do testamento nuncupativo feito no estado de saude com seis testemunhas varões não podemos deixar de nos desviar. ²

¹ Os Decretos dos Concilios, Letras Apostolicas, e quaesquer outras Constituições Ecclesiasticas não tem força entre nós, emquanto não obtiverem o Beneplacito Imperial; ou, no caso de conterem disposição geral, a approvação da Assembléa Geral Legislativa; Constit. art. 102, § 14. Iguar superintendencia, ou suprema inspecção sempre exercerão os Reis Portuguezes como condição essencial á soberania das nações; e essa é a legitima razão, por que a citada Constituição de Alexandre III, nunca teve vigor entre nós.

² Não admittimos a validade do testamento nuncupativo feito no estado de saude, aindaque com seis testemunhas varões, pelas seguintes razões:

1.^a Porque as palavras da cit. Ord. liv. 4, tit. 80, § ult — *E podera o testador ao tempo de sua morte fazer testamento per palavras* — mui claramente dão á entender que o testador não póde testar por esse modo fora do

§ 362. DO TESTAMENTO DE MÃO COMMUM.

O testamento dos conjuges, ou de outras pessoas entre si, chamados *conjunctivo, reciproco, ou de mão commum*, no qual ambos os conjuges, ou duas outras pessoas, se instituem reciprocamente um ao outro, requer todas as solemnidades, que por Direito se exigem nos demais testamentos escriptos, e só differe delles em conter na mesma carta a expressão da ultima vontade dos dois testadores.

Elle pois não é privilegiado, no sentido de dispensado de alguma das solemnidades. As nossas leis não fazem menção delle; todavia a praxe forense o tem mantido desde tempos antiquissimos, como se vê de Valasc. Consult. 7, e de outros Doutores antigos; sendo que, respectivamente aos conjuges, pôde-se sustentar a dita praxe com argum. de analogia deduzido da Ord. liv. 4, tit. 46, in pr. verb. — *se guardará* — e da Lei de 17 de Agosto de 1761, § 8, ibi — *E pelo que toca ás segundas*.

Elle comtudo offerêce alguns inconvenientes, porque auctorisa a seducção, o induzimento, que muitas vezes pôde degenerar em constrangimento da liberdade.

2.ª Porque este modo de testar é summamente perigoso, e foi por isso que justamente a cit. Ord. o restringio ao tempo da morte por favor aquelle, que, não tendo testado antes disso por qualquer dos modos estabelecidos no principio, e §§ 1 e 3 da mesma Ord., e temendo não ter tempo para isso, quizesse testar por palavra.

3.ª Porque o aresto transcripto na nota do Repertorio da Ord. debaixo da conclusão — *Nullus he o testamento nuncupativo*, — reprovando como nova e contraria ao sentido da Lei a opinião de Cordeiro em favor da validade do testamento nuncupativo, convalescendo o testador, quando é feito com seis testemunhas varões, e todas as solemnidades dos mais testamentos, é um forte argumentô em favor daquelles, que intendem que o cit. § ult. restringio a amplidão do testamento nuncupativo do Direito Romano ao tempo da morte do testador.

Por fim convém notar, que, revogada pela Lei de 9 de Setembro de 1769 § ult. in fin. a de 25 de Junho de 1766, §§ 1, 3, e 6, a qual vedava aos enfermos de doenças graves ou agudas poder testar por qualquer modo: hoje, segundo o Decreto de 17 de Julho de 1778, é permittido á todos os enfermos testar por qualquer modo, comtanto que estejam em seu perfeito juizo, como requerem as Ordenações.

Tambem se deve notar, que, fallecendo o testador da mesma enfermidade, o testamento nuncupativo ha de ser reduzido á publica-fôrma com citação dos interessados, sendo necessario que sejam inquiridas todas as seis testemunhas, e que todas jurem concordemente á respeito da substancia das disposições do testador; porque, se faltar uma dellas, ou se discordarem entre si, ou se uma dellas contradisser a disposição de ultima vontade affirmada pelas outras, o testamento nuncupativo é de nenhum effeito; L. 12, Cod. de testam (§ 356 e sua nota).

A isso accresce, que um tal testamento é um pacto disfarçado *de succedendo*, e parece-nos que sem duvida militão contra elle as mesmas razões, porque a Ord. liv. 4, tit. 70, § 3, declarou nullos os pactos *de succedendo*. O Cod. Civ. Fr. arts. 968 e 1097 expressamente o prohihe.

§ 363. DO TESTAMENTO DO NOVIÇO.

Os Religiosos professos não-secularisados, além das demais pesssas referidas no § 334, não podem testar por falta de capacidade civil. Quanto porém aos *noviços*, isto é, os que entrarão para algum Mosteiro com animo de professarem, mas que ainda não professarão, esses muito bem podem testar dos bens, que tiverem, porque não estão mais sob o poder de seus pais, e porque é só pela profissão (*que os aparta do mundo*; Lei de 9 de Setembro de 1769) que ellos perdem os direitos propriamente civis; Covarr. ao cap. 2, da *Authent. de testam.*

Como porém pela profissão perdem os direitos, que requerem auctoridade do Direito Civil, não podem mais, depois de professarem, revogar o testamento, que fizerão antes; *Barbos. de offic. et potest. Episcop.* p. 3, Alleg. 99, n. 14, e as *Trid. sess. 25 de Regularib.* cap. 16, n. 20, e *Valasc. Prax. partit. et collat.* cap. 16, n. 18.

Comtudo, se o Religioso professo não póde revogar o testamento, que fez enquanto noviço, póde-o revogar no caso de ter sido competentemente relaxado do vinculo do voto, isto é, no caso de secularisação; porque pela secularisação ficou restituído ao direito de testar, e de succeder por testamento, e abintestado nos termos da Lei de 19 de Novembro de 1821, que abrandou um pouco o rigor da Resolução de 26 de Dezembro de 1809, e das Leis á que ella se refere, respectivamente aos Religiosos professos secularisaãos.

§ 364. CONTINUAÇÃO DA MATERIA DO PARAGRAPHO ANTECEDENTE.

Do que dissemos no paragrapho antecedente segue-se que a herança, ou legado deixado pelo noviço no testamento, que fez antes de professar, não póde ser pedido logo

depois da profissão, e durante a sua vida ; porquanto, por um lado, não ha herança, nem legado emquanto o testador não morre naturalmente ; e por outro lado, a consideração dos favores concedidos pela citada lei de 19 de Novembro de 1821 aos Religiosos professos secularizados auctorisa a presumpção de que o noviço, que testou antes de professar, reservou-se o poder de revogar o seu testamento á todo tempo que por ventura viesse a secularisar-se.

Dahi pois concluimos que o usufructo dos bens, de que o noviço dispoz por testamento antes de professar, seguindo-se a profissão, fica desde logo pertencendo ao seu Mosteiro, emquanto elle viver, ou não for competentemente relaxado do vinculo do voto, embora o Sr. Almeida e Sous. sustente o contrario com a cit. Lei de 9 de Setembro de 1769, da qual não podemos tirar a conclusão. que elle tira, e por isso nos decidimos antes em favor da opinião do Sr. Mello Freire, na ultima parte do § 24 do Tit. 5 — *De testamentis ordinandis et codicillis* — , apoiada na de Benedict. Egid. á L. I. C. *de sacros. Eccles.* p. 4, § 2, n. 5, de Luca *de testam.* Discuss. 36, n. 9, e Boehmer ao tit. *de pecul. Clericor.* § 19 : porquanto, se a cit. Lei de 9 de Setembro declara os Religiosos professos mortos para o mundo, e extinctos a seu respeito os direitos do sangue ; essa presumida morte para o mundo não se deve estender, como cousa *stricti juris* que é, além do fim, para que o Legislador a estatuiu, qual foi o de os excluir da successão legitima e testamentaria.

§ 365. DOS TESTAMENTOS DOS CLERIGOS.

Os Clerigos podem testar não só dos bens patrimoniaes, adventicios, e profecticios, senão tambem dos clericas, ou adquiridos por intuito, ou em razão da Igreja ¹, com as uni-

¹ A Lei Extravagante de 6 de Setembro de 1553, que vem na Collecção de Duarte Nunes Leão p. 2, tit. 2, declarou restricta aos bens patrimoniaes a faculdade de testar concedida aos Clerigos, approvando des-a sorte o Direito Canonico, que prohibe aos Clerigos testar dos bens adquiridos *intuitu Ecclesiae*.

Como porém a experiencia mostrasse que a referida restricção era causa occassional de muitas demandas nascidas da difficuldade de extremar nas heranças dos Clerigos os bens patrimoniaes dos adquiridos *intuitu Ecclesiae*, a referida Lei não passou para a Ordenação Filippina, e antes o contrario della se determinou expressamente na cit. Ord. liv. 2, tit. 18, § 7, vers. — *E isto mesmo.*

cas limitações de não prejudicarem seus ascendentes em suas legítimas, no caso de os terem, nem direitos de outros por qualquer modo adquiridos, nem deixarem em caso algum nenhum bem de raiz á alguma corporação de mão morta: Ord. liv. 2, tit. 18, §§ 5 e 7, liv. 4, tit. 91, § 1, e Lei de 19 de Novembro de 1821, art. 1, a qual vem na tabella, que acompanha a Lei, que a auctorisou entre nós, de 20 de Outubro de 1823, e que derogou a dita Ord. na parte, em que no § 5, vedava aos Clerigos traspassar á outros Clerigos bem algum de raiz em sua vida, ou por sua morte.

Devem porém testar segunda a formula prescripta pelas Leis do paiz (Rieg. Inst. *Jurisp. Eccles.* § 398), regeitada a opinião de Valasc. na consult. 74, n. 13, e principalmente depois que entre nós o fôro ecclesiastico ficou limitado ás materias puramente espirituaes.

§ 366. DOS TESTAMENTOS DOS BISPOS.

Os Bispos Seculares, e os Bispos Regulares, ou Religiosos, que impetrarão do Summo Pontifice relaxação do voto de pobreza podem testar assim dos bens, que tinham antes do Episcopado, como dos que adquirirão depois por titulo meramente leigo; Novella 131, cap. 13, Auth. *de testam.* caps. 1, 2, 7, e 9, e Lei de 19 de Novembro de 1821: não podem porém testar dos bens adquiridos *intuitu Ecclesiae*, ou em razão do Episcopado; Auth. cit. cap. 7, e L. 42, § 2, Cod. *de Episc. et Cleric.*

Entre nós porém a Resolução de 16 de Outubro de 1799, estabeleceo a regra, que as heranças e espolios dos Bispos Seculares, fallecidos abintestado, pertencem á seus herdeiros, e com ella concorda a Provisão de 25 de Janeiro de 1800: por outro lado, os nossos Bispos recebem da nação uma congrua annual para sua decente sustentação e como recompensa do exercicio das suas funcções: e assim parece que nada ha hoje que lhes deva impedir de testar livremente dos bens adquiridos com as economias de suas congruas, uma vez que deixem salvo ás suas respectivas dioceses o patrimonio dellas.

Exceptuamos porem desta regra os Bispos Regulares, ou Religiosos, que não tiverem impetrado da Santa Sé relaxação do voto de pobreza, porque então estão comprehendidos na geral prohibição da Ord. liv. 4, tit. 81, § 4, e os

seus bens ficão pertencendo á sua Igreja, Resolução de 17 de Abril de 1793, e Provisão acima citada.

§ 367. Dos TESTAMENTOS DOS MONGES, OU RELIGIOSOS PROFESSOS SECULARISADOS.

Já dissemos no § 363, que os Monges Regulares, ou Religiosos professos não secularisados não podião testar; sendo que a razão, porque isso lhes é vedado pela Ord. liv. 4, tit. 31, § 4, é, que elles, por virtude das suas Regras, aindaque tenham quaesquer empregos fóra do claustro, nada adquirem, nem possuem em seu nome, e sim nos dos mosteiros, á quem pertencem, e apenas lhes é permitido dispenderem o estrictamente necessario para sua subsistencia; Aviso de 5 de Setembro de 1839, e Ordem de 5 de Novembro de 1840.

Podem porém testar os secularisados; e o podem fazer com mais amplidão, do que os mais Clerigos, e leigos, pois que podem testar de todos os seus bens, ainda em vida de seus pais ou outros ascendentes; cit. Lei de 19 de Novembro de 1821, art. 3.

A razão de tão amplo direito de testar concedido aos Regulares Secularisados é o direito de reciprocidade; porque, como a referida Lei, para não prejudicar á direitos adquiridos *ipso jure* por outras pessoas antes do facto da secularisação delles, não os restitue ao direito de succederem *ab intestato*, que perderão pela profissão, senão no caso de falta de parentes até o decimo grau, e de falta de conjuge; de sorte que só vem a excluir a successão do Fisco; justo é que tambem seus pais, e mais ascendentes não sejam seus herdeiros necessarios. Comtudo, não tendo disposto dos seus bens em favor de quem lhes aprouver, são succedidos *ab intestato* por seus parentes, segundo a ordem da vocação da Lei; cit. Lei art. 4.

§ 368. DOS TESTAMENTOS DOS CAVALLEIROS, E CLERIGOS CAVALLEIROS DAS ORDENS MILITARES.

Os Cavalleiros, e os Clerigos Cavalleiros das Ordens Militares podem testar com a mesma liberdade, e com as mesmas restricções, e formalidades, com qua o podem fazer os

leigos, e os Clerigos, que não são Cavalleiros de alguma das referidas Ordens ; Ord. liv. 4, tit. 92, § 3, Bulla de Julio II, de 12 de Dezembro de 1505, dita de Clemente VIII, de 14 de Outubro de 1600, e Estatutos e Decretos peculiares relativos ás Ordens Equestres.

Dahi se segue pois, que tudo que dissemos nos §§ 365, 366, 367 com relação aos testamentos dos Clerigos, Bispos, e Religiosos professos secularizados, é applicavel aos testamentos dos Clerigos, Cavalleiros de alguma das Ordens Equestres do Imperio.

§ 369. DOS TESTAMENTOS DOS CARDEAES.

A Bulla *Decet Romanum Pontificem* de Paulo IV, dada aos 28 de Maio de 1555, pela qual foi concedida aos Cardeaes a faculdade de testarem de todos os bens assim ecclesiasticos, como patrimoniaes, ou proprios, é sem solemnidade alguma, não tem força entre nós. por ser contraria ás nossas Leis testamentarias, e porque as Constituições Pontificias em materia temporal, como a testamentaria, não tem vigor dentro do Imperio, emquanto não tiverem obtido o Beneplacito Imperial, o qual todavia nunca se concede contra as Leis do Imperio ; Resolução de 26 de Dezembro de 1809, e Const. art. 103, § 14. Os Cardeaes pois, subditos do Imperio, sem duvida podem testar, mas de conformidade com as Leis testamentarias do Imperio.

§ 370. DO TESTAMENTO DO IMPERADOR.

O Imperador póde testar dos bens, que constituem seu patrimonio privado ; mas não se differença dos outros Cidadãos, quanto á extensão, e limites desse direito, e modo de o exercer ; e assim, para que seja válido o seu testamento é mister que seja feito segundo as Leis do Imperio. Pela mesma razão não lhe é licito adquirir heranças, ou legados, que lhe sejam deixados em testamento imperfeito e nullo segundo as mesmas Leis.

Não póde porém testar dos bens que lhe forão dados pela Nação para si, e seus successores, porque esses não entram no seu patrimonio privado ; Const. art. 115 ; nem dispor da successão do Imperio, ou decidir em seu testamento qual-

quer duvida, que haja sobre ella; Const. art. 15, § 5, e arts. 117 e 118.

§ 371. DA INSTITUIÇÃO *ex die*, E DA REGRA *Testatus*.

Como deva ser livre a vontade do testador, e licito á cada um dispor dos seus bens como lhe aprouver, emquanto não offender as leis testamentarias; segue-se que, introduzido o uso dos testamentos, é livre a cada um instituir herdeiro pura, ou condicionalmente, e dar a herança desde certo, ou até certo dia, ou instituir em cousa certa e determinada, segundo lhe aprouver, como v. gr., nos seguintes exemplos : *Serão meus herdeiros os filhos de minha irmã Tullia, se, casando, os vier a ter : Pedro terá o usufructo dos meus bens emquanto viver : Instituo a Ticio no predio A, e a Tullia no predio B.*

No primeiro, e segundo exemplo a herança defere-se abintestado aos mais proximos parentes do testador até que Tullia, casando, venha a ter algum filho, e desde que Pedro fallecer ; Gudelin, *de jur. noviss.* liv. 3, cap. 5, Vinn. ao § 5, n. 7, e § 9, n. 5, *de hered. inst.*, Thomas, not. *ibid*, Schilt, *Exercit.* 38, §§ 80 e seguintes, Stryk, *Us mod.* ao mesmo titulo, §§ 7 e 8.

Não tem pois entre nós auctoridade, nem uso algum as seguintes regras do Direito Romano :

1.^a *É ignominioso morrer sem herdeiro*, § 1 da Inst. *Qui et quib. ex caus.*, nas palavras *ne injuria defunctus officatur*.

2.^a *O Direito não soffre que o mesmo individuo entre os paizanos morra testado, e intestado*, L. 7. D. *de regul. jur.*

3.^a *Não se póde directamente deixar a herança desde certo, ou até certo dia, e accrescentado um, ou outro, reputa-se por não escripto*, § 9, da Inst. *de hered. inst.*

4.^a *Ao herdeiro instituido no predio sem designação de outro herdeiro accresce toda a herança, supprimida a menção do predio*, L. 1, § 4, D. *de hered. inst.* ¹

¹ A Lei testamentaria de 9 de Setembro de 1769, no prefacio reprovou como supersticiosas e fundadas em meras subtilizas as referidas regras do Direito Romano: e ainda que ella esteja suspensa por virtude do Decreto de 17 de Julho de 1778, a Lei de 18 de Agosto do mesmo anno nos auctorisa á jul-

§ 372. A CONDIÇÃO IMPOSSIVEL REPUTA-SE NÃO ESCRIPTA.

Não só os estranhos, mas também os parentes collateraes podem ser instituidos debaixo de qualquer condição possível; porquanto onde não ha herdeiro necessario é livre a cada um instituir herdeiro, ou legatario com as condições, que bem lhe aprouver, uma vez que não sejam physica, juridica, ou moralmente impossiveis.

Dahi vem que qualquer condição comprehendida em cada uma dessas tres hypotheses reputa-se não-escrita; LL. 14, 15, e 27, D. de condit. inst., Cod. Civ. Fr. art. 900, e da Sard. art. 821. ²

gal-a em vigor nessa parte, ou pelo menos a regeitar as ditas regras como contrarias á simplicidade natural, e á recta razão.

Não ha pois entre nós ignominia alguma para aquelle que morre sem herdeiro testamentario, nem repugnancia natural em deferir-se a herança em parte por testamento, e em parte *ab intestato*; porquanto, aindaque a Ord. liv. 4, tit. 83, § 3, concedendo aos militares o privilegio de poderem morrer em parte com testamento, e em parte abintestado, pareça approvar a regra geral em contrario nos testamentos paganicos; essa supposição não se pôde sustentar á vista da Ord. liv. 4, tit. 82 in princ.; porquanto, pela sua mesma razão de decidir é válido o testamento, em que alguém, que não tem descendentes, nem ascendentes, mas sabe que tem parentes collateraes, v. gr., irmãos, tomou uma parte qualquer dos seus bens, e deixando-a a quem lhe aprouve, não fez menção dos outros, e nem instituiu, ou desherdou seus irmãos sabendo que os tinha; porquanto, pois tomou no testamento somente uma parte dos seus bens, e sabendo que tinha irmãos, não os desherdou expressamente, nada ha mais natural, do que intender-se que a sua vontade foi que os seus restantes bens se deferissem abintestado á quem pertencessem segundo as Leis, que regulão a successão legitima.

Nem se diga que a citada Ord. liv. 4, tit. 82, princ. supõe que o pai quiz deixar as duas partes aos filhos, e os instituiu nellas, posto que delles não fizesse expressa menção; porquanto o que é real é, que o herdeiro da terça, no caso ahí figurado, succede nella por virtude do testamento, porque não forão nomeados nelle, mas abintestado, ou por virtude das Leis que regulão a successão legitima, as quaes, no caso figurado, lhe vedavão dispor dessas duas partes em prejuizo de seus filhos.

O mesmo juizo devemos fazer a respeito da regra, que prohibe dar a herança *ex die*, ou *ad diem*: Almeida e Sous., Supplem. ás acções Summarias, Dissert. 3, § 12. (Veja-se Coelho da Rocha, § 633 e sua nota.)

² Mell. liv. 3, tit. 5, § 33, considera nulla a herança deixada sob condição impossivel. O mesmo se acha no Código da Pr. art. 131, p. 1, tit. 4.; e esta é sem duvida a doutrina mais conforme com a philosophia do Direito, e com a seriedade, que um christão deve mostrar nas disposições de sua ultima vontade. E assim ha razão bastante para se presumir que não estava em seu perfeito juizo o testador, que acrescentou á instituição alguma condição impossivel, ou seja porque excede o poder physico, ou o poder moral, ou juridico do herdeiro instituido; e portanto deve-se julgar nulla a instituição; e tanto mais que a successão legitima é preferivel á testamentaria; Lei de 9 de Setembro de 1769, pr. (§ 427 — *Do legado deixado sob condição impossivel*).

A falta de cumprimento de taes condições portanto não prejudica ao herdeiro, ou legatario. A condição — *Se casar* — tendo o herdeiro Ordens Sacras, conta-se no numero das que são juridicamente impossiveis ; e a condição — *Se não casar* — não sendo o herdeiro Clerigo de Ordens Sacras, conta-se no numero das que são moralmente impossiveis ; porquanto é contraria aos bons costumes, e ao interesse publico; L. 22, L. 72, § 5, e L. 100, D. *de condit. et demonstr.* Não assim porém a condição — *se permanecer na viuvez*, — ou — *se não tornar a casar*, — sendo imposta a viuvo, ou viuva, que tenha filhos, por se presumir imposta com o justo fim de os favorecer ; Lobão a Mello, *Diss.* 9, §§ 38 e 39.

§ 373. DE OUTRAS CONDIÇÕES.

Se as condições physica, juridica, ou moralmente impossiveis reputão-se não-escriptas (paragrapho antecedente), com maioria de razão se devem ter como taes as ineptas, futeis, exoticas, e irrisorias, á exemplo da Lei de 3 de Agosto de 1770, que as reputou por não-escriptas em materia de morgados.

A condição de juramento tambem se reputa não-escripta, não porque não seja honesta, mas para que não succeda que os menos religiosos, faceis em jurar, adquirão com desprezo da santidade do juramento o que lhes foi deixado debaixo da condição juratoria, e os mais religiosos o percão com temor de jurar ; L. 8. D. *de condit. inst.*

§ 374. DA INSTITUIÇÃO CONTUMELIOSA, CAPTATORIA, PACTICIA, E COMMETTIDA A ARBITRIO ALHEIO.

A instituição assim do estranho, como do filho, e de qualquer outro consaguineo feita com palavras contumeliosas, exprobrativas, e virulentas, reputa-se feito com o animo de chamar o instituido á melhor genero da vida, e não com o animo de o injuriar ; e portanto é válida, como se collige da generalidade das seguintes expressões — *jure enim heres instituitur cum maledicto, et omnes hujusmodi institutiones receptæ sunt.* — Lei 48. § 1, D. *de hered. inst.*

A instituição *captatoria*, tal como — *Instifuo Ticio na*

mesma porção, em que elle me fizer herdeiro — é nulla, não porque tenda á captar liberalidade igual; mas porque é conferida ao segredo da vontade de outro; L. 70, D. de hered. inst.

Pela mesma razão é nulla a instituição que é concebida nestes termos — *Instituo Ticio na mesma porção, em que elle instituirá Mevio* — L. 71, § 1, D. eod. Se o testador porém disser — *Instituo Ticio na mesma porção, em que elle me tem instituido* — então a instituição é válida (LL. 29 e 81, D. eod.), porque não depende mais da secreta vontade de outrem, aqual se suppõe já manifestada; Almeid. e Sous. *Addiç.* a Mell. cit. tit. 5, § 36, ns. 2 e 3. Por identidade de razão são válidos os testamentos *pacticios*, ou reciprocos dos conjuges, e outras pessoas, feitos na mesma Carta, segundo a opinião de Schit. *Exercit.* 39 *ad Pand.* § 57, e outros Interpretes, aindaque em nosso humilde pensar sejam cercados de alguns inconvenientes, como já dissemos no § 362, e principalmente, porque muitas vezes um dos dois testadores, vindo a mudar de vontade, não tem a precisa liberdade para revogar o testamento, receiando desgotar o outro, o faltar á fé do pacto. ¹

Nada tambem impede que o testador commetta ao arbitrio de outrem alguma circumstancia da instituição, commtanto que não seja tal, que a instituição pareça depender do arbitrio alheio — *nam satis constanter veteres decreverunt testamentorum jura ipsa per se firma esse oportere, non ex alieno arbitrio pendere* — L. 32, D. de hered. inst., e L. 68, D. eod.

¹ O Sr. Mello Freire, na nota ao cit. § 36, a que este corresponde, reconhecendo que os pactos *de succedendo* são nullos entre nós por força da Ord. liv. 4 tit. 70, § 3, pensa todavia que elles devem ser válidos; porque, diz elle, « se são declarados nullos porque se teme que o promissario arme insidias á vida do promittente para segurar a successão, então tambem não se devião permitir os testamentos reciprocos dos conjuges, as instituições de morgados, e as Leis da successão legitima; porque tambem é possível que por causa do lucro o conjuge attente contra a vida do outro conjuge, o irmão contra a vida do irmão, o agnato contra a vida do agnato, etc. »

Parece-nos porém que o argumento não procede; porquanto vemos immensa distancia entre o perigo, que razoavelmente se possa temer de pessoas que e-tão ligadas connosco pelos vinculos, e relações de sangue, e da união conjugal, e o que se pôde temer de estranhos, que não estão ligados connosco por iguaes vinculos.

E com effeito; quem dira que o pacto *de non succedendo*, pelo qual eu renuncio em favor de meu irmão a herança, que houver de me pertencer por morte de meu pai, é para meu pai tão arriscado, como o pacto *de succe-*

Assim ; se o testador disser — *Instituo á quem Ticio eger — Deixo em legado cem á quem Ticio declarar* —, é nulla em cada um destes casos assim a instituição, como a deixa, porquanto a eleição da pessoa pertence essencialmente ao testador, visto como sem isso os seus bens passariam quasi sempre depois da sua morte, não á quem elle queria que passassem, mas á quem mais quizesse o terceiro, de cujo arbitrio elle a deixasse dependente.

É porém válida, se disser — *Instituo aquelle de meus consanguineos, que Ticio eger — Deixo em legado á Sempronio a quantia, que Ticio declarar* — porque no primeiro caso, o arbitrio do commissario fica restringido pelo arbitrio do committente á certas e determinadas pessoas, cada uma das quaes elle approva de ante mão; e no segundo caso a commissão somente respeita á quantia do legado, a qual é circumstancia evidentemente menos substancial, do que a eleição da pessoa; Almeid. e Sôus, cit. tit. 5, § 36, ns. 6, 7, 8, e 9. A mesma cousa se deve intender nos legados *ad pias causas*.

§ 375. DA DIVISÃO DO TESTAMENTO, QUANDO Á SUA EFFICACIA.

Divide-se o testamento, quanto á sua efficacia, em *nullo, injusto, roto, irrito, inofficioso, e destituito*. Estas distincções são deduzidas do Direito Romano, e ainda hoje usamos dellas para significarmos os varios modos, por que se infirmão, e rescindem os testamentos.

dendo, em que cedo a um estranho o direito de succeder em meu lugar na dita herança? Por certo; ninguém o dirá. Por essa razão, não reprovando absolutamente os testamentos de mão commum entre os conjuges, os reprovamos entre estranhos.

Tambem não podemos concordar com o Sr. Mello Freire, emquanto diz na citada nota que a referida Ord. liv. 4, tit 70, se deve intender á respeito da pena accrescentada ao pacto *de succedendo*, sendo esta o que ella reprovava, e não o mesmo pacto; porquanto tanto não é a pena o que a referida Ord. reprovava, que no § 3 ella considera os pactos *de succedendo* tão reprovados por Direito, e de tal sorte nullos, que absolve da obrigação de prestar a pena aquelle que cedo o seu direito de successão no caso de revogar o pacto; e no § 4, considerando menos reprovados por Direito os pactos *de non succedendo*, dá direito para se demandar a pena, se o pacto nao fôr cumprido por aquelle que prometteo de o cumprir, donde se segue que são só estes, e não os primeiros que ella não reprovava.

O mesmo se deve dizer a respeito do pacto de não poder um dos conjuges revogar o testamento de *mão commum* contra a vontade do outro; porquanto, sendo já exorbitante de Direito, e só sustentada pelos costumes a validade do testamento de mão commum entre os conjuges, é intoleravel que ainda se lhe tire a propriedade da revogabilidade inherente ás disposições de ultima vontade. (§§ 349 n. 1.º e 362).

Convém porém notar que a simples revogação do testamento feita por palavras perante tres testemunhas, ainda que depois della tenham decorrido dez annos, não rompe o testamento; porquanto não está entre nós em uso a Constituição de Justiniano na L. 27 C. de testam. ¹

§ 379. III. POR LACERAÇÃO, RISCADURA, E RASURAS.

III. Tambem se rompe o testamento, que se acha lacerao, riscado, ou raspado, e principalmente se tambem estiver riscada a assignatura do testador, uma vez que se prove que isso foi feito pelo testador em estado de perfeito uso de razão — *Si signa turbata sint ab ipso testatore, non videtur signatum*, L. 22, § 3, D. qui testam. fac. poss., L. ult. de inj. rupt., e L. 1, de his, quæ in testam. delent.

Convém porém notar que esta doutrina do Direito Romano é summamente incerta, e arriscada, e muito mais seguro nos parece seguir-se em logar della, na falta de Lei Patria, o art. 1035 do Cod. Civ. Fr., que diz assim — *Les testaments ne pourront être révoqués en tout ou en partie, que par un testament postérieur, ou par un acte devant notaire, portant déclaration du changement de volonté*; — visto que a Lei de 18 de Agosto de 1769, § 9, nos auctorisa a seguir nos casos omissos na Legislação Patria antes as Leis das nações christãs illuminadas e polidas, do que as *Imperiaes*, quando se fundarem em melhor e mais sã razão.

¹ Pôde acontecer que o testamento posterior venha a ser julgado nullo por falta de alguma solemnidade; neste caso parece-nos que, a exemplo do art. 1036 do Código Civil Francez devem-se julgar válidas todas as disposições do anterior, que não forem incompatíveis com algumas outras do posterior, ou que não lhe forem contrarias; salvo se o testador expressamente revogou pelo posterior o anterior; porquanto, aindaque pareça que essa expressa revogação não podia comprehendêr as disposições do anterior, que elle repetio no posterior, declarado nullo, comtudo essa razão não basta para se julgue válido um t'estamento, que o testador revogou expressamente.

§ 380. DO TESTAMENTO IRRITO.

Se o estado do testador se muda em outro incompatível com a capacidade civil, como se é reduzido á servidão em que d'antes estava (Ord. liv. 4, tit. 63, § 7), se é desnaturalizado, ou banido por sentença (Const. art. 7, §§ 2, e 3), se é condemnado por sentença á morte natural (Ord. liv. 4, tit. 81, § 6, vers. — *E posto que*); o testamento irrita-se, ou perde toda sua fôrça; porquanto cæe no caso, em que não podia começar (princ. da Inst. tit. — *Quib. non est perm. fac. testam.*, e Ord. liv. 4, tit. 81); visto que não começando o testamento a ter effeito senão por morte do testador, e achando-se o testador no ultimo tempo da sua vida privado dos direitos civis, e consequentemente do direito de testar (§ 384, ns. 3.º e 4.º), haveria contradição, se a Lei não irritasse tal testamento.

§ 381. DO TESTAMENTO INOFFICIOSO, E QUERELLA DE INOFFICIOSIDADE.

Diz-se *inofficioso* o testamento que é perfeito e solemne, mas que offende os officios de piedade, e relações do sangue attendíveis na falta de honestidade na pessoa do herdeiro escripto; tal é, v. gr., o testamento, em que com preterição de um irmão honesto o testador institue pessoa torpe, LL. 2 e 3, D. *de inoffic. testam.*, e Ord. liv. 4, tit. 90. Este testamento é em si válido no rigor de Direito; mas revoga-se, ou rescinde-se por meio da acção chamada *querella inofficiosi* proposta pelo herdeiro *ab intestato* contra o herdeiro escripto¹: a sua revogação porém não prejudica aos legados deixados nelle (§ 382).

§ 382. DO TESTAMENTO DESTITUTO.

Diz-se testamento *destituto* o que fica sem herdeiro por qualquer dos seguintes modos:

¹ Se o testamento não é perfeito e solemne, isto é, se lhe falta alguma das solemnidades exigidas por Direito (§§ 383 e seguintes), então não tem logar a querella de inofficiosidade, porque não se revoga o que é nullo por Direito. Neste caso usa-se da acção de nullidade.

- 1.º Porque o herdeiro instituído renunciou a herança.
- 2.º Porque morreo primeiro que o testador.
- 3.º Porque ao tempo da morte do testador se acha incapaz de succeder, não sendo a instituição condicional.
- 4.º Porque se acha incapaz de succeder ao tempo do cumprimento da condição, na instituição condicional.
- 5.º Porque perdeu o direito por ter falhado a condição; § 7, da Inst. de heredit. quæ ab intest. defert. L. 181, D. de reg. jur., e L. 1, in fin. D. de inj., rupt., irr., fact. testam.

Este testamento, se não poder ser annullado por algum outro principio, não perde a sua força á respeito dos legados contidos nelle; porquanto os herdeiros abintestados, a quem então se devolve a herança, são obrigados a cumpril-os, e o mesmo succede no testamento, que é revogado por inofficioso; porquanto sendo válidos os legados no testamento, que é nullo quanto á instituição nos casos declarados na O. d. liv. 4, tit. 82, §§ 1 e 2, por maioria de razão devem ser válidos nos casos de inofficiosidade, e destituição do testamento.

E de feito, que são válidos os legados deixados nelle, e que os herdeiros abintestado os devem cumprir se vê na Novell. 1, cap. 1, ibi — *Si vero nullus horum, de quibus testamento memoria facta est voluerit adire: hoc est, coheres, aut legatarius, aut fideicommissarius, aut servus libertate honoratus, tunc ad alios, quos lex ab intestato vocat, post eum quidem qui scriptus est, et legitima per hanc legem parte exclusus, deferri res: et similiter præbentes cautionem, quia complent quæ testamento continentur.*

§ 383. DAS SOLEMNIDADES INTERNAS DO TESTAMENTO: E I. DAS PESSOAS INTESTAVEIS POR INCAPACIDADE NATURAL.

I. Como o testamento é um acto jurídico, e solemne, auctorizado, e regulado pelo Direito Civil (§ 349), o testatador deve ter *capacidade natural*, e *capacidade civil*.

São intestaveis por falta de *capacidade natural* os seguintes:

- 1.º Por falta de integridade, ou sanidade d'alma: os im-

puberes; Ord. liv. 4, tit. 81, pr.¹, os *dementes*, e os *furiosos*; excepto nos lucidos intervallos; cit. Ord. pr., e §§ 1, e 5,²; os *prodigos* privados da administração de seus bens; cit. Ord. § 4; e os *possu'dos de violento accesso de ira*; L. 48, D. *de reg. jur.*³

2.º *Por falta de liberdade, os violentados por medo, enganos, ameaças, ou suggestões dolosas*; Ord. liv. 4, tit. 84, § 4.

3.º *Por impossibilidade de exprimir claramente a sua vontade, os mudos-surdos, salvo, se, sabendo escrever, testarem por seu proprio punho*; Ord. liv. 4, tit. 81, § 5, Cod. da Sard. art. 755.⁴

§ 384. II. POR INCAPACIDADE CIVIL.

II. São intestaveis por *incapacidade civil*, ou prohibição da Lei.

1.º O *filho-familias*, ou constituido sob o poder paterno, aindaque o pai lh'o permitta: excepto á respeito dos bens castrenses, ou quasi-castrenses, se os tiver; Ord. liv. 4, tit. 81, § 3, e tit. 82, § 1; comtanto que todavia fique salva a legitima devida a seus pais, ou outro ascendente na falta daquelles; Ord. liv. 4, tit. 91, § 1, pr. Inst. *quib. non est permitt. fac. testam.*, e LL. 11 e 12. Cod. *qui testam. fac. poss. vel. non.*; Lobão á Mello, liv. 3, tit. 5, § 21.

¹ Os puberes, filhos de pai incognito, ou orphãos de pai, podem testar, ainda mesmo sem auctoridade de seu tutor, ou curador; arg. da cit. Ord., e L. 20, D. *de liberat. legat.*

² A duvida, se o testamento do furioso foi feito no estado de furor, ou nos lucidos intervallos, deve ser decidida á vista de circumstancias, e da forma, e qualidade das disposições; cit. Ord. § 2.

³ Para se annular com justiça um testamento pelo motivo de accesso de ira, ou odio do testador (*ab irato*), é necessario que a ira fosse:

1.º *Violenta*, isto é tal que privasse o testador do livre uso de sua razão.

2.º *Injusta*, isto é, não provocada pelo autor por seus maus costumes, ou mau procedimento, com que offendesse o testador.

3.º Que a ira fosse o unico motivo da disposição, e não razões de amizade, ou gratidão entre o testador, e o instituido.

⁴ A L. 8, Cod. *qui testam. fac. poss.*, e o Cod. da Pr. p. 1, tit. 12, arts. 26 e 113, tambem reconhecem incapacidade natural nos cegos; salvo se testarem nuncupativamente, ou por acto publico. E' muito boa cautela, mas é incompleta; porquanto devia estender-se aos que não souberem ou não poderem ler, como dispoz o Cod. Civ. Fr., art. 978, pois que dá-se igual perigo á respeito do testamento privado escripto por outrem á rogo de cada um destes.

2.º Os escravos, e os Religiosos professos não secularisados; cit. Ord. tit. 81, § 4: ¹ os secularisados porém podem testar livremente, ainda que sejam vivos os pais, ou qualquer outro seu ascendente; Lei de 19 de Novembro de 1821, art. 3.

3.º O condemnado por sentença á morte natural (salvo, dispondo somente de sua terça para obras pias); porquanto tal condemnação o priva de todos os actos civis, que requerem auctoridade do Direito Civil, como o testamento: cit. Ord. § 6 (§ 36): neste caso a universalidade de seus bens, ou as duas terças partes delles, se dispoz da terça para obras pias, vêem á seus herdeiros legitimos, ou á nação, se não os tiver até o decimo grau, nem mulher, que vivesse com elle como mulher com seu marido; Ord. liv. 4, tit. 94. ²

4.º Os desnaturalisados, e banidos por sentença, nos termos do art. 7, §§ 2 3 da Constituição (§ 36).

5.º Os estrangeiros residentes no Brasil, á quem as Leis de seu respectivo paiz vedarem a faculdade de testar, por terem incorrido em pena, que importa morte civil; Cod. Civ. Fr., art. 25 e 33.

¹ A cit. Ord. liv. 4, tit. 81, § 4, tambem nega o poder de testar ao herege e ao apostata: como porém essa recusa tinha a sua razão sufficiente na qualidade das penas, com que o Legislador punia a heresia, e apotasia, as quaes erão a de morte natural, infamia, e confiscação, segundo a Ord. liv. 5, tit. 1, e como segundo a nossa Legislação propriamente Brasileira, o herege, isto é, o que sustenta e propaga por factos, ou por escriptos alguma opinião contraria á algum dos dogmas da Religião do Estado, não é, nem pôde mais ser punido com outras penas, que não sejam a de prisão por quatro mezes a um anno, e multa correspondente á metade do tempo (Cod. Crim. art. 278); e o apostata, isto é, o que abandona a Religião do Estado para abraçar outra, não incorre em pena alguma, porque pratica um acto, que lhe é tolerado pelo art. 5, e art. 179, § 5, da Constituição do Imperio; é visto que a cit. Ord. liv. 4, tit. 81, § 4 está revogada na parte relativa ao herege e ao apostata.

² Abolida a confiscação dos bens pelo art. 179, § 20 da Constituição, ficão sem vigor as Ordenações nos casos, em que adjudicavão ao Fisco os bens dos condemnados á morte natural, e dos banidos, em prejuizo não só de seus herdeiros legitimos collateraes; mas ainda, muitas vezes, em prejuizo de seus legitimos descendentes, como, v. gr., nos crimes de lesa magestade. E assim, só na falta de herdeiros legitimos até o decimo grau, e de mulher, que vivesse com o condemnado como mulher com seu marido; é que os seus bens pertencem á nação, não á titulo de confisco, mas á titulo de herança legitimas *ex vi* de seu *eminente dominio* sobre os bens de seus subditos.

§ 385. III. DOS QUE TESTÃO, OU DEIXÃO DE TESTAR POR
CONSTRANGIMENTO DA SUA LIBERDADE.

As solemnidades internas do testamento pertence principalmente, além da integridade, ou sanidade d'alma, a plena liberdade do testador (§ 383, n. 2). E dahi vem :

1.º Que aquelle, que por si, ou por interposta pessoa impede alguém de fazer testamento, ou qualquer outro acto de ultima vontade, por força, medo, ou engano, ou impede o Tabellião, ou pessoa, que houver de escrever o testamento, ou as testemunhas chamadas, de entrarem onde o testador está, perde para a Fazenda Publica a parte, que lhe cabia haver abintestado por fallecimento da pessoa, que assim for forçada, ou enganada, se della é herdeiro legitimo ; Ord. liv. 4, tit. 84, in princ. e § 1.º

2.º Qué, se o que fez testamento o quizer revogar, e os herdeiros instituidos lh'o impedirem, o testamento é nullo, e a herança devolvida á Fazenda Publica ; cit. Ord. § 2.

3.º Que aquelle, que tolhe o testador de instituir por seu herdeiro a pessoa, que elle quer instituir, ou de deixar-lhe algum legado, é obrigado pagar á essa pessoa o dobro do que o testador lhe queria deixar, e o testamento não vale em pro-veito d'elle ; cit. Ord. § 3.

4.º Que aquelle, que constrange alguém com medo, força, ou ameaças á fazer testamento, e á instituil-o por herdeiro, ou á outra pessoa, ou á deixar-lhe algum legado, incorre nas mesmas penas declaradas no cit. § 3 ; cit. Ord. § 4.

5.º Que tambem não póde aproveitar o testamento áquelle, que por assiduas e importunas persuasões, e incommodas e excessivas instancias constrangeo alguém a fazer testamento, e a instituil-o seu herdeiro, ou a deixar-lhe algum legado ; cit. Ord. § 4, vers. — *Porém* — Pheb. p. 1, Decis. 25 ; não é porém prohibido o emprego de agrados, e persuasões moderadas para remover do animo do testador alguma desaffeição, ou odio, ou para grangear a sua amizade a afeição ; cit. Ord. § 4, vers. ult. *Stryk de succession. ab intest.* Dissert. 12, cap. 1, §. ult.

6.º Que é nullo o testamento escripto por Monge á pedido do testador naquillo, que for deixado ao seu Mosteiro, por-

que se presume deixado por suggestão; Alvaras de 26 de Março de 1634, e de 2 de Maio de 1647.

7.º Que é nullo no todo o testamento feito na hora da morte por meio de perguntas de outrem feitas ao testador, e principalmente se o testamento é nuncupativo; Cocc. Disp. 76, *de suggestionib.*

§ 386. DAS SOLEMNIDADES EXTERNAS DO TESTAMENTO.

O que dissemos nos tres ultimos paragraphos antecedentes pertence ás solemnidades internas do testamento.

As externas são as seguintes :

1.ª Assistencia de cinco testemunhas varões, maiores de quatorze annos, livres, ou tidos geralmente por taes, e de reconhecido bom senso; excepto no testamento nuncupativo, ou não escripto, no qual requerem-se seis testemunhas varões, ou femeas; Ord. liv. 4, tit. 80 : não é porém necessario que as testemunhas sejam rogadas especialmente para o acto, como determinava o Direito Romano; L. 21, § penult. *Dig. qui testam. fat. poss.*; porquanto, aindaque tenham sido achadas por acaso, fazem fé, uma vez que sejam habeis; excepto no testamento feito por militar, quando vai para a guerra, ou está nos arraiaes (Ord. liv. 4, tit. 83, § 5), o que confirma a regra geral em contrario. ¹

2.ª (No caso de testamento publico, ou feito em livro de notas de Tabellião Publico) a sua leitura perante o testador e testemunhas, e assignatura de todos, assignando uma

¹ O Sr. Mello Freire diz no paragrapho que este corresponde que não temos Lei Patria, que prohiba que se celebrem no testamento doações, contractos, e outros actos chamados externos; e accrescenta, quanto ás doações, que ellas são expressamente approvadas pela Ord. liv. 1, tit. 62, § 7, *in fin.*

As palavras porém da cit. Ord., e § 3 — *salvo mostrando que o defunto lh'a deixou por doação em seu testamento* —, em que o Sr. Mello se funda, certamente não provão o que elle quer; porquanto o Legislador não tomou ahí a palavra *doação* no sentido de contracto celebrado entre vivos no testamento de um dos contractantes; mas no sentido de legado, que Modestino definiu — *donção deixada em testamento* — *Legatum est donatio testamento relicta* (L. 36, D. de legat. 2.); e Justiniano — *doação deixada pelo defunto para ser cumprida pelo herdeiro* — *Legatum est donatio quædam a defuncto relicta ab herede præstanda* (§ 1, da Inst. de legat).

Esta questão tem pela affirmativa, e negativa dous suppostos esquadrões de Doutores como se pôde ver nas Adições do Sr. Almeida e Souza ao Tit. 5. § 13, do Sr. Mello Freire, ns. 2, 3, 4, e 5.

das testemunhas á rogo do testador, no caso em que este não saiba, ou não possa assignar, e fazendo ao pé de sua assignatura expressa declaração disso mesmo ; cit. Ord. pr. combinada com a Ord. liv. 1, tit. 78 § 4.

3.^a (No caso de testamento mixtico, ou cerrado), assignatura do testador, ou da pessoa que lh'o escreveu a seu rogo, se elle não souber, ou não poder assignar, fazendo-se expressa declaração disso mesmo ; entrega do testamento feita pelo testador ao Tabellião na presença das testemunhas, com a declaração de que é seu testamento, o qual ha por bom, firme, e valioso ; e por isso quer que lh'o approve ; a qual declaração póde ser anticipada pelo mesmo testador, ou precedidas de perguntas do Tabellião.

4.^a Leitura do instrumento publico de approvação perante o testador, e testemunhas, e assignatura de todos, assignando uma das testemunhas a rogo do testador, se este não souber, ou não poder assignar, e fazendo disso mesmo expressa declaração ao pé de sua assignatura ; cit. Ord. liv. 4, tit. 80, § 1, combinado com o cit. § 4, da dita Ord. liv. 1, tit. 78.

5.^a (No caso de testamento privado), assignatura do testador, ou da pessoa que lh'o escreveu, se elle não souber, ou não puder assignar ; leitura do mesmo testamento perante as testemunhas, reunidas todas em um lugar, e assignatura de cada uma destas ; cit. Ord. tit. 80, § 3.

6.^a Além de tudo isso, é necessario que o dito instrumento publico de approvação (no testamento mixtico) seja feito *uno eodemque contextu continuo*, isto é, escripto, lido, assignado, cerrado, cosido, e lacrado na presença do testador, e testemunhas, desde o principio até o fim ; e que o testamento privado (o qual não tem o testamento publico de approvação) seja lido, assignado, cerrado, cosido, e lacrado perante o testador, e testemunhas ; cit. Ord. tit. 80, e Assentos de 23 de Julho, e 17 de Agosto de 1871, e de 10 de Junho de 1817.

§ 387. DAS SOLEMNIDADES DO TESTAMENTO POR DIREITO CANONICO.

O Direito Canonico dispensou muitas solemnidades ; porquanto o Papa Alexandre III, no cap. 10 de *testam.* decla-

rou válidos os testamentos feitos na hora da morte perante o Parocho e duas ou tres testemunhas. Esta Consituição porém, á respeito de cuja razão, ou pretexto se póde ver Connan. lib. 9, *Comment.* cap. 2, nunca foi recebida geralmente pelas Leis e costumes dos Portuguezes. ¹

§ 388. DAS PESSOAS, QUE NÃO PODEM SER TESTIMUNHAS
EM TESTAMENTOS.

Podem ser testemunhas em testamento todos os que não se acharem incluídos em alguma das seguintes excepções comprehensivas dos que não o podem ser :

1.º Os *impuberes*, arg. Ord. liv. 4, tit. 85, pr.

2.º As mulheres, excepto no testamento nuncupativo; Ord. liv. 4, tit. 80, pr., e § ult.

3.º O furioso (excepto nos lucidos intervallos), o demente, o mudo-surdo, o cego, o prodigo, privado da administração de seus bens, e o escravo (salvo, se é tido geralmente por livre); cit. Ord. liv. 4, tit. 85, pr., L. 20, *D. qui testam. fac. poss.*, § 6, *Inst. de testam. ordinand.*

4.º O herdeiro nomeado, e os filhos, que tiver sob seu poder; o pai, sob cujo poder estiver; e os irmãos, que estiverem com elle sob o poder do pai; cit. Ord. § fin., e § 10, *Inst. cit.* : o legatario porém, e os que estiverem sob seu poder, podem ser testemunhas no testamento, em que o legado é deixado; cit. Ord. § fin., e § 11, *Inst. cit.*

5.º O estrangeiro, e o Brasileiro desnaturalizado, o qual está na razão do estrangeiro; L. 21, *Cod. de testam.*

6.º O Religioso professo, o qual pela profissão, e emissão do voto de obediencia, que fórma um dos tres elementos da essencia do monachato, deixou de ser cidadão; accrescendo

¹ D. Affonso V deduzio do Direito Romano (tambem chamado *Civil*, e *Commum*) as solemnidades dos testamentos, como elle mesmo o dá a intender na Ord. liv. 4, tit. 103, § 6, *ibi* — *mandamos que valham assy como se tivessem sette ou cinco testemunhas segunda a fórma do Direito Commum.*

Do mesmo Direito Commum forão deduzidas as cousas que se achão escriptas nos Codigos posteriores sobre a materia testamentaria; e de tudo isso se segue que é nullo entre nós o testamento feito segundo a fórma do Direito Canonico, aindaque não se possa duvidar que nos tempos antigos, e até o reinado de D. Affonso V, os testamentos assim feitos erao validos, se não em todas as partes, ao menos em algumas; que tão grande era nesses tempos a oridade do Direito Canonico, e das Decretaes.

que a Lei de 9 de Setembro de 1769, §§ 10, e 11 o declarou morto civilmente; e assim a sua assistencia como testemunha no testamento não pôde ter valor algum civil; Pothier. *Traité des donations testamentaires*, Lobão a Mell. liv. 3, tit. 5, § 12, e Liz Teix. *ad eund.* ¹

§ 389. A QUEM PÓDE O TESTADOR INSTITUIR SEU HERDEIRO.

O testador, na falta de herdeiro necessario, isto é, na falta de legitimos descendentes, e ascendentes (Ord. liv. 4, tit. 82, pr., e § 4, vers. — *E isto mesmo*, — Decr. 2, de 11 de Agosto de de 1831), e ainda tendo-o, mas desherdando-o por alguma justa e legitima causa (Ord. liv. 4, tit. 88. e tit. 89), pôde instituir seu herdeiro a quem bem lhe aprouver, ainda que seja estranho, e com preterição dos agnatos ²: comtanto que não se ache incluído em algumas das seguintes excepções comprehensivas dos que não podem ser instituídos herdeiros validamente; e taes são :

1.º Aquelle, que escreven o testamento a rogo do testador, e qualquer dos descendentes, ou ascendentes do mesmo; L. 1, e L. 5, D. *de his, quæ pro non script. hab.*

2.º Qualquer pessoa vil, ou torpe, com preterição de irmão, ou irmã de honestos costumes; Ord. liv. 4, tit. 90. § 1, (§ 334).

3.º O Religioso professo, Lei de 9 de Setembro de 1769, § 10, Assento de 29 de Março de 1770. Exceptua-se porém o Religioso professo secularizado, o qual o pôde ser no caso de não ter o testador herdeiro necessario; e tendo-o, pôde ser instituído legatario da terça, ou de parte della; Lei de 19 de Novembro de 1821 : o mesmo Religioso professo não secularizado pôde adquirir por testamento legado deixado como alimentos, o qual, sendo limitado á quantia certa pela Lei de 25 de Junho de 1776, § 10, ficou sendo

¹ Mello Freire, Gouvêa Pinto, Corrêa Telles, e outros Jurisconsultos de grande nota, sustentão o contrario; nós porém, sem nenhuma quebra no respeito, que lhes tributamos, desviamo-nos hoje da sua opinião neste ponto.

² Esta liberdade de testar, approvada pelo Direito Romano, e pelas leis, e costumes da nação portugueza, foi restringida pela Lei de 9 de Setembro de 1769, a qual só deixou ao testador a faculdade de dispor livremente da sua terça, quando não tivesse parentes até o quarto grau, contado segundo o Direito Canonico. Esta Lei porém foi suspensa nesta e n'outras muitas das suas disposições pelo Decreto de 18 de Julho de 1778.

illimitado depois que esta e outras leis ficarão suspensas pelo Decreto de 17 de Junho de 1778.

4.º O desnaturalizado, e o banido, porque perdêrão todos os direitos de Cidadão Brasileiro, e consequentemente o de succeder abintestado, e por testamento, ao menos emquanto não se naturalisarem em outro paiz; Const. art. 7, §§ 2 e 3, L. 1, Cod. de *hæred. instit.* (§ 36 e nota.)

5.º O estrangeiro, salvo, por direito de reciprocidade, se pelas leis de seu paiz, ou por tratados feitos com o Brasil, os seus concidadãos em geral poderem instituir a Cidadãos Brasileiros; Cod. Civ. Fr. art. 912.

6.º Os filhos illegitimos de qualquer especie que sejam, tendo o testador herdeiros necessarios; Decreto de 11 de Agosto de 1831: exceptuão-se porém, na falta de descendente legitimo, os filhos naturaes, á quem o pai testador reconheceo por taes no testamento solemne, com quem falleceo; porquanto estes excluem os ascendentes do testador; Decreto de 2 de Setembro de 1847 (§ 84, nota in fin).

As Igrejas, Mosteiros, e mais Corporações de mão-morta podem adquirir por testamento, uma vez que este não fosse escripto por algum de seu membro á rogo do testador (Lei de 26 de Março de 1634, Alvará de 2 de Maio de 1647, Lei de 25 de Junho de 1766); não podem porém reter por mais de anno e dia sem dispensa do Poder Legislativo do Estado os bens de raiz adquiridos por este modo sob pena de os perderem para a nação; Ord. liv. 2, tit. 18, § 1, e Leis de 4 de Julho de 1768, 12 de Maio, e 9 de Setembro de 1769, § 10, Assento de 29 de Março de 1770, e Assento 2.º de 21 de Julho de 1797, e Decreto de 16 de Setembro de 1816, combinados com o art. 15, § 8 da Const.

A cit. Ord. § 5 também vedava aos Clerigos adquirirem bens de raiz, que estes Clerigos lhes deixassem em testamento; essa prohibição porém cessou pela citada Lei de 19 de Novembro de 1821, art. 1. ¹

¹ As citadas Leis, e as demais chamadas da *amortisação* prohibem (em vista do interesse publico) as corporações de mão morta adquirir bens de raiz por qualquer titulo oneroso sem licença do Rei (hoje do Poder Legislativo), sob pena de os perderem para a nação: concedem-lhes porém adquirir os por titulo lucrativo, comtanto que não os possuão, sem licença do mesmo poder, por mais de anno e dia; sendo que mesmo para os alienarem, assim como quaesquer outros bens de seu patrimonio, carecem de licença do Governo; Lei de 9 de Dezembro de 1830.

§ 390. EM QUE TEMPO SE REQUER CAPACIDADE NO HERDEIRO :
I. POR DIREITO ROMANO.

I. Quando se trata de conhecer os tempos, em que por Direito Romano se requer no instituído capacidade de succeder, convém distinguir os herdeiros *estranhos*, ou não sujeitos ao poder do testador, dos herdeiros *seus*, ou sujeitos ao dito poder.

Isso posto, os herdeiros estranhos devem ter capacidade ao tempo da confecção do testamento, ao tempo da morte do testador, e ao tempo da adição da herança ; L. 49 § 1, D. *de heredib. instituend.*: exceptua-se porém nas instituições condicionaes, em que basta que a tenhão ao tempo do implemento da condição (porque antes d'elle a instituição permanece imperfeita), e ao tempo da adição da herança ; L. 59, § 4, D. *eod.*, e § 4, Inst. *de hered. qualit. et different.*

Quanto porém aos herdeiros *seus*, requer-se nelles capacidade ao tempo da confecção do testamento, e ao da morte do testador ; não se requer porém ao tempo da adição da herança ; porque os filhos não emancipados, ou herdeiros *seus*, já em vida do pai erão de um certo modo reputados consenhores dos bens dos pais ; e por isso continuavão por morte deste a propriedade, que já tinhão conjunctamente com elle ; e por tanto a incapacidade sobrevinda depois não podia tirar-lhes um direito antecedentemente adquirido ; Ferrier sobre o § 4, da Inst. da *hered. qualit. et different.*

§ 391. II. POR DIREITO PATRIO.

II. Como entre nós a posse civil passa logo por morte do defuncto aos herdeiros deste, quér legitimos, quér testamentarios, com todos os effeitos da posse natural, sem que seja mister o acto corporal da tomada desta ; Alvará de 9 de Novembro de 1754 ; é consequente que entre nós só se requer que o herdeiro instituído tenha capacidade de succeder ao tempo do fallecimento do testador ¹ ; e, na instituição con-

¹ O Direito Patrio não define o tempo, em que se requer no herdeiro a capacidade de succeder.

Nos infirmos do Alvará acima citado, que é bastante que o herdeiro seja capaz ao tempo da morte do testador, e principalmente se se provar que a sua incapacidade anterior era conhecida pelo testador ; porquanto, como este

dicional, ao tempo da verificação da condição; Cod. da Sard. art. 706; accrescendo que isso mesmo não é de rigorosa necessidade nos seguintes casos :

1.º A respeito dos simplesmente gerados, porque a mãe pôde adir a herança em nome do filho, que traz no ventre; Ord. liv. 3, tit. 18, § 7.

2.º A respeito dos infantes e impuberes, porque o pai e na falta deste o tutor, pôde adir a herança em nome de seu filho, ou tutelado; Ord. liv. 1, tit. 38, § 5, e liv. 3, tit. 41, § 8.

3.º A respeito do mentecapto, do furioso, e do prodigo, á quem se deu curador, na fórma da Ord. liv. 4, tit. 103, porque o curador pôde aceitar a herança em nome de seu curado.

§ 392. DA NECESSIDADE DA INSTITUIÇÃO DOS DESCENDENTES, E DOS ASCENDENTES.

Como a instituição dos descendentes legítimos, ou equiparados aos legítimos (quér ella seja expressa, quér seja tacita), pertence ás solemnidades internas do testamento de qualquer ascendente, com a unica excepção do caso de desherdação com expressa declaração da sua legítima causa; Ord. liv. 4, tit. 82, pr., e § 4, e tit. 88; dahi vem por Direito Patrio (omittidas as diferenças que o Direito Romano estabelece entre filhos e filhas, nettos e net-

permaneceu na sua vontade até a morte, e a incapacidade do instituido desaparecer antes que elle morresse, parece-nos que nada ha, que deva invalidar a instituição.

Com effeito; aindaque á isso se opponha a regra catoniana, que diz — *Quod si testamenti facti tempore decessit testador, inutile foret; id legatum. quandocumque decesserit, non valere*; L. 1, § 1, D. de regul. caton.; ou como diz Paulo na L. 29, D. de reg. jur. — *Quod initio vitiosum est, non potest tractu temporis convallescere*; — essa regra falha em muitas cousas, como nota Celso, taes como as Leis novas, as instituições condicionaes, e as heranças, e legados, cujo dia não corre da morte do testador, mas daquelle, em que a herança for adida; LL. 3, 4 e 5, D. de regul. caton.; e cessa inteiramente no testamento militar; § 4, Inst. de milit. testam.; e nos contractos de boa fé; L. 41, D. de pignor act., L. 32, D. de pignorib., L. 22 D de usucap., etc.

Como pois a dita regra tenha tantas excepções mesmo por Direito Romano, parece que ella só deve ter logar nos actos solemnes, em que as Leis requirem entre nós *pro forma* a condição, qualidade, ou estado presente da pessoa, e naquelles negocios, em que não podemos querer senão uma vez; e que deve cessar nos menos solemnes, em que semelhantes cousas não se requirem *pro forma*, e nos negocios, que não são perfeitos no presente, mas são

tas, e nascidos, e nascituros, ou simplesmente gerados) todos os descendentes de qualquer idade, ordem, sexo, e grau, seus, ou emancipados, devem necessariamente ser instituídos por cada um de seus ascendentes (uma vez que sejam legítimos, ou equiparados aos legítimos, na fórmula da doutrina dos §§ 72, 74, 81, 84, 85, 87, e 88, e suas notas); preferindo sempre os de grau mais próximo, salvo, comtudo o o direito de representação nos nettos (§ 439).

Essa necessidade somente cessa á respeito do descendente que é nomeadamente desherdado com expressa declaração da legitima causa da desherdação; porquanto, se é preterido, ou desherdado sem expressa declaração da legitima causa, ou com ella, mas cuja veracidade, legitimidade e sufficiencia não é provado pelo herdeiro instituído, o testamento é nullo quanto á instituição, e sómente válido quanto aos legados até onde chegar a terça do testador; cit. Ord, liv. 4, tit. 82, §§ 1 e 2.

Quasi iguaes cousas forão determinadas por Justiniano na L. ult. Cod. de liber. præter., § 5. Inst. de exhered. liberor., e Novell. 115, cap. 3.

Finalmente, na falta de taes descendentes, os ascendentes legítimos, ou equiparados aos legítimos, devem tambem necessariamente ser instituídos, ao menos tacitamente (salvo, no caso da desherdação ácima referido), preferindo sempre os do grau mais próximo; Ord. liv. 4, tit. 96, pr. verb — *Estando* — (§§ 333, 376, e 455).

§ 393. DA PREFERIÇÃO DO POSTHUMO, E DO FILHO, OU NETTO, REPUTADO MORTO.

O posthumo, ou seu, ou alheio, isto é, filho do mesmo testador, ou de seu filho, ou filha, fallecidos antes delle,

conferidos para o futuro ou pela Lei, ou pelo testador, ou finalmente pelos contrahentes.

Dahi vem que não convalesce o testamento do impubere, do filho-familias, ou do mentecaptocom a chegada da puberdade, com a emancipação, ou com a recuperação do bom senso; porque as Leis prohibem aos impuberes, aos filhos-familias, e aos mentecaptos fazer testamento; Ord. liv. 4, tit. 91.

Pelo contrario, como a herança, e o legado não cedem, nem são devidos ao tempo da facção do testamento, mas ao tempo da morte do testador, ou da adição, é bastante que o herdeiro, ou legatario seja então capaz. O mesmo Celso, e Paulo na L. 1, §§ 1 e 2, e L. 2, D. do rigul. caton. apresentam alguns exemplos de legados que são devidos, e convalescem, aindaque no principio não valerão se o testador tivesse fallecido pouco depois; Gothofred. ad LL. 29, 201, 210 de reg. jur.

deve tambem de necessidade ser instituido; de sorte que, sendo preterido, o testamento é nullo quanto á instituição, se o testador (pai, mãe, avô, ou avó, etc.) era sabedor da existencia de tal filho, ou filha, netto, ou netta ao tempo, em que fez o testamento; e é tambem nullo quanto aos legados, se não era sabedor disso, e se, em um e outro caso o preterido é vivo ao tempo da morte do testador; cit. Ord. liv. 4, tit. 82, §§ 4 e 5.

Tambem é nullo quanto á instituição, e legados o testamento, em que o pai, ou mãe, avô, ou avó, não fez menção do filho, ou netto, que tinha, por o julgar morto, e dispoz de todos os seus bens; cit. Ord. §§ 3 e 4.

Nenhum uso tem pois entre nós as differenças estabelecidas pelas leis romanas á respeito do direito dos posthumos.

§ 394. A INSTITUIÇÃO DOS MESMOS DEVE SER PURA.

O que dissemos nos dois ultimos paragraphos antecedentes deve-se intender, em regra, á respeito da legitima, a qual se compõe das duas terças partes dos bens do defunto¹, e é de tal sorte devida aos herdeiros necessarios, que não póde ser gravada com condicção alguma, ainda que seja potestativa, porque esta mesma sempre contém algum gravame, entretanto que a legitima não póde ser gravada por modo algum; Ord. liv. 4, tit. 97, § 3, e L. 22. *Cod. de inoff. testam.*

Aquillo porém que se deixa ao herdeiro necessario além da sua legitima, muito bem lhe póde ser deixado com qualquer justa condição, ou encargo; *Struv. Exercit. 33. § 47, Stryk. Us. mod. ad tit. D. de condit. inst. § 3.*

§ 395. O MESMO SE INTENDE Á RESPEITO DOS ASCENDENTES.

Tudo que dissemos nos tres ultimos paragraphos ante-

¹ A terça dos bens do testador não se computa na legitima, e póde o testador, que tem herdeiros necessarios, deixal-a á quem lhe aprouver, ainda que seja estranho, Ord. liv. 4, tit. 82, in princ., tit. 81, § 1, e tit. 92, in princ. Recebida essa doutrina por nossas leis, e costumes antigos primeiramente confirmados por Lei escripta de D. Affonso V no seuCodigo, liv. 4, tit. 37, foi depois restringida pela Lei de 3 de Setembro de 1769, pela qual se determinou, que, havendo filhos, a terça não podia ser deixada, senão á um delles; esta Lei porém assim nessa, como em outras muitas das suas disposições ficou suspensa pelo Decreto de 17 de Julho de 1778 (§ 389, nota).

cedentes observa-se igualmente á respeito dos ascendentes ; porquanto a successão legitima entre ascendentes e descendentes é reciproca, e igual.

Dahi vem que os pais do testador, na falta de descendentes deste ; e os avós, na falta de pais, e assim por diante na linha ascendente ; tambem devem ser instituidos puramente, se não forem desherdados com expressa declaração da legitima causa da desherdação ; e que, sendo preteridos, ou injustamente desherdados, rompem o testamento da mesma sorte, que os descendentes, assim quanto á desherdação, quando forão desherdados sem causa expressa, ou com ella, mas menos legal, ou que afinal não foi provada ; como quanto á instituição, e legados, quando forão preteridos, por serem julgados mortos, ou por o testador não saber que os tinha ; cit. Ord. liv. 4, tit. 82, §§ 1, 2, 3, 4, e 5.

Todavia, assim como os filhos se intendem instituidos, quando o pai, ou mãe, sabendo que os tinha, dispoz somente da sua terça, sem fazer menção delles ; cit. Ord. pr. ; assim tambem os pais, ou avós, se intendem instituidos, quando o filho, ou netto, sabendo que os tinha, dispoz somente da sua terça sem fazer menção delles. O mesmo direito, com pequenas differenças, competo aos irmãos, quando o testador, seu irmão, ou irmã, lhes preferio pessoa torpe ; Ord. liv. 4, tit. 90, § 1, Man. tit. 14, e Affons. tit. 101 do mesmo livro (§ 400).

§ 396. DAS CAUSAS POR QUE OS PAIS, E OS DEMAIS ASCENDENTES PODEM DESHERDAR SEUS FILHOS, E DEMAIS DESCENDENTES.

Os pais ¹ podem desherdar seus filhos por qualquer das seguintes causas :

1.^a A filha, pelo facta de se ter deixado corromper, antes da idade legitima, com injuria de seus pais, e parentes ; ou pelo facta de ter casado sem consentimento de seus pais, e sem supprimento delle ² ; sendo que em cada um destes dois

¹ Quanto dissermos neste parágrafo, e no seguinte com relação aos pais, é igualmente applicavel aos demais ascendentes ; e quanto dissermos com relação aos filhos é igualmente applicavel aos demais descendentes.

² A severidade desta pena já não se compadece com a doçura dos costumes do nosso tempo.

casos fica desherdada *de pleno direito* ¹, sem que possa seu pai, ou mãe, aindaque seja ao tempo da morte fazel-a herdeira na legitima contra a vontade dos outros filhos, ou filhas, que tiver ²; Ord. liv. 4, tit. 88, §§ 1 e 2, Assento 5° de 9 de Abril de 1772, confirmado pelo Alvará de 29 de Agosto de 1776, Assento 4° de 20 de Julho de 1780, e Novella 115, cap. 3. ³

2.° O filho-familias, ou menor, pelo facto de casar sem consentimento de seu pai, ou mãe, e sem supprimento delle; Lei de 6 de Outubro de 1784, § 6, combinado com a Ord. liv. 4, tit. 88, § 1, Leis de 19 de Junho e 29 de Novembro de 1775, e cit. Assento 5° de 9 de Abril de 1772. ⁴

§ 397. CONTINUAÇÃO DAS CAUSAS DE DESHERDAÇÃO.

3.° O filho, ou filha também pôde ser desherdado pelo

¹ No caso de injusta denegação do consentimento do pai, mãe, tutor, ou curador, pôde o filho-familias, ou o menor requerer o supprimento delle ao Juiz de Orphãos do logar, e sendo-lhe concedido evita a pena da desherdação; Leis de 29 de Novembro de 1776, e de 22 de Setembro de 1828, art. 2, § 4. Esta ultima Lei, fallando do supprimento do consentimento do pai, nada diz á respeito do da mãe; donde se pôde inferir que o dispensou.

² É porém excluído da desherdação *de pleno direito* o caso, em que a filha casou melhor e mais honradamente, do que seu pai, e mãe a podião casar; porque, dada essa circumstancia, só pôde ser desherdada por expressa vontade do pai, ou mãe, se quizerem, de metade da sua legitima, quér haja, quér não haja outros filhos legitimos; cit. Ord. § 3.

³ A Lei de 19 de Junho de 1775, §§ 4 e 5, aggravou as penas da Ord. liv. 4, tit. 88, §§ 1 e 2, determinando que as filhas-familias, e as que estivessem sujeitas á tutoria, ou curadoria, que se deixassem corromper com injuria de seus pais e parentes, ou casassem sem consentimento de seus pais, tutores, ou curadores, ficassem pelos mesmos factos desnaturalizadas das familias, á que pertencessem, e inhabeis para dellas herdarem, ou haverem alimentos. Como porém o cit. Assento 4, de 9 de Abril de 1771 foi confirmado pelo Alvará de 29 de Agosto de 1776 (posterior á dita Lei), e fallando dos dois casos ácima referidos só se refere á Novella 115, e á Ord. liv. 4, tit. 88; parece que a mente do Legislador, ao confirmal-o, foi derogar as disposições dos cit. §§ 4 e 5 da referida Lei, e restabelecer aos dos §§ 1 e 2 da cit. Ord.

⁴ O cit. Assento 5° decidiu que os filhos varões, que se casarem sem consentimento dos pais, incorrerão na pena de desherdação e privação de alimentos á arbitrio dos pais, qualquer que seja a idade, em que se casarem, e quér se casem com pessoa indigna, quér digna. Como porém a citada lei de 9 de Outubro de 1784 é posterior ao citado Alvará de 29 de Agosto de 1776, que confirmou o referido Assento, intendemos que este ficou abrogado por ella, na parte relativa aos descendentes varões de maior idade, e *sui juris*, os quaes, segundo o § 6, da mesma Lei, uma vez pedido o consentimento de seus pais, podem casar, independentemente de supprimento delle, se lhes foi denegado; e consequentemente não podem ser desherdados, nem privados de alimentos á arbitrio dos pais pelo facto de terem casado *sem seu consentimento*.

facto de ter ousado pôr irosamente as mãos em seu pai, ou mãe; cit. Ord. § 4.

4.ª O filho, ou filha, pelo facto de ter doestado seu pai, ou mãe com palavras graves, e injuriosas, á bom juizo do julgador; e principalmente se for em logar publico; cit. Ord. § 5.

5.ª O filho, ou filha, pelo facto de ter accusado criminalmente o pai, ou mãe. ¹

6.ª O filho, ou filha, pelo facto de ter attentado por qualquer modo contra a vida de seu pai, ou mãe, ou de ter dado á outrem, para tal fim, azo, favor, conselho, ou consentimento; cit. Ord. §§ 8 e 9.

7.ª O filho pelo facto de ter tido ajuntamento carnal com sua madrasta, ou manceba do pai, que a tivesse em casa teúda e manteúda; cit. Ord. § 10.

8.ª O filho, ou filha, pelo facto de ter dado á Justiça informação famosa do pai, ou mãe, pela qual recebesse deshonra em sua pessoa, ou damno em seus bens; cit. Ord. § 11.

9.ª O filho, pelo facto de não livrar o pai da cadeia, preso por divida, sendo requerido por este, e sendo elle abonado, e bastante para o livrar della; cit. Ord. § 12. ²

10.ª O filho, ou filha, pelo facto de ter impedido o pai, ou mãe de fazer testamento, não se seguindo a morte; cit. Ord. § 13, e tit. 84, pr. ³

11.ª O filho, ou filha, pelo facto de negligencia em curar de seu pai, ou mãe em alguma enfermidade, ou alienação mental; cit. Ord. §§ e 15.

12.ª O filho, ou filha, pelo facto de ser negligente em

¹ O cit. § 6, exceptua á respeito dos crimes, que tocão ao Estado; esta excepção porém não tem mais logar á vista do art. 75 § 1, do Cod. do Proc. Grim. combinado com o art. 74, e seus paragraphos.

² Como depois do Assento de 18 de Agosto de 1774 nenhum devedor de boa fé pôde mais ser preso por dividas civeis; a cit. Ord. liv. 4, tit. 88, § 12, não pôde mais ter applicação, senão no caso de prisão do pai, ou mãe, devedor de má fé, ou nos de prisão por falta de pagamento de penas pecuniarias, como as multas, ou de satisfação de damno, nos termos dos arts. 32 e 57 do Cod. Crim., ou de pagamento de custas, nos termos do art. 10 da Dispos. Prov. acerca da Administração da Justiça Civil.

³ Se o pai, ou mãe morreu nesse tempo sem testamento, o filho ou filha, que lh'o impedio, é excluido da herança uma vez provado o facto por quem tiver interesse nisso.

remir do captivo seu pai, ou mãe, podendo-o fazer ; cit. Ord. 16.

§ 398. DAS CAUSAS, POR QUE OS FILHOS PODEM DESHERDAR OS PAIS.

Os filhos podem desherdar seus pais, quando tiverem alguma das legitimas causas referidas na Ord. liv. 4, tit. 89, deduzidas da Novella 115, cap. 4, e taes são as seguintes :

1.ª Se o pai, ou mãe deo veneno, ou por qualquer outro modo procurou a morte ao filho, ou filha ; cit. Ord. § 1.

2.ª Se o pai teve ajuntamento carnal com a mulher, ou com a concubina do filho, sabendo que o era, ou tinha sido ; ou a mãe com o marido, ou barregão da filha, que a tivesse em algum tempo teúda e manteúda ; § 2.

3.ª Se o pai, ou mãe impedio o filho, ou filha testavel de fazer testamento segundo sua vontade ; § 3, e Ord. liv. 3, tit. 84, pr., e § 1.

4.ª Se o pai deo veneno, ou por qualquer outro modo procurou a morte de sua mulher, mãe de seu filho, ou filha ; ou se a mãe fez cada uma dessas cousas a seu marido, pai de seu dito filho, ou filha ; § 4.

5.ª Se o filho, ou filha perdeo o siso natural, e o pai, ou mãe não quiz curar delle ; § 5.

6.ª Se o pai, ou mãe não quiz remir do captivo o filho, ou filha, sendo abastado para o fazer ; § 6.

§ 399. POR QUEM DEVEM SER PROVADAS AS CAUSAS DA DESHERDAÇÃO.

Na desherdação dos filhos, e dos pais, e dos demais descendentes, e ascendentes, feitas em testamento ¹, deve ser

¹ A desherdação, assim de descendentes, como de ascendentes, também se pôde fazer por escriptura publica, ou por termo judicial, com expressa declaração da legitima causa, em que se funda ; e em cada um destes casos deve o desherdante provar-a com audiencia do desherdado, que a pôde contestar

expressamente declarada a legitima causa, que a motivou ; e incumbe ao herdeiro escripto a obrigação de provar a verdade, legitimidade, e sufficiencia da mesma causa para a desherdação, sendo entretanto o filho, ou pai desherdado conservado na posse da herança até final decisão da questão, na qual o desherdado deve ser ouvido ; Ord. liv. 4, tit. 82, §§ 2 e 4, e Novella 115, caps. 3 e 4.

Se a causa porém da desherdação foi omittida no testamento, o herdeiro instituido não é admittido á declaral-a, e proval-a, e o testamento é por isso mesmo nullo de pleno direito, quanto á instituição ; cit. Ord. § 1.

§ 400. DOS CASOS, EM QUE É VALIDA, E DOS EM QUE É INVALIDA A PRETERIÇÃO DO IRMÃO.

Como os deveres reciprocos dos descendentes, e ascendentes entre si são naturalmente mais fortes, do que os dos irmãos ; dahi vem que, em regra, é permittido por Direito ao irmão desherdar seu irmão em testamento, sem ser obrigado á declarar a causa, por que o desherda ; e póde até instituir quem bem lhe aprouver, sem fazer menção de seu irmão, o qual neste caso se intende desherdado ; Ord. liv. 4, tit. 90, pr.

Todavia, se o irmão testador instituo pessoa torpe por seus vicios, ou maus costumes, como v. gr., se é crapuloso, tافل, ladrão, etc., e o irmão preterido é de bons costumes ; então o preterido bem póde fazer revogar o testamento por meio de *querella de testamento inofficioso*, allegando, e provando os vicios, em que laborar o herdeiro instituido, com audiencia deste ; cit. Ord. § 1, pr.

Se o irmão preterido porém for igualmente torpe, então não póde contradizer o testamento do irmão (cit. Ord. § 1) ; e principalmente se se provar contra elle alguma das seguintes ingratições :

1.ª Se por qualquer modo ordenou a morte do testador ; cit. Ord. § 2.

e allegar, e provar o contrario ; depois do que se segue o julgamento final, confirmando a desherdação, ou declarando-a improcedente por falta de prova, ou de legitimidade.

2.ª Se teve ajuntamento carnal com a mulher delle; cit. § 2.

3.ª Se lhe fez alguma accusação crime; cit. § 2.

4.ª Se lhe procurou perda de todos, ou da maior parte dos seus bens; cit. § 2.

O que se diz dos irmãos é applicavel ás irmãs em iguaes circumstancias; Boehmer. *ad tit. de hered. instit.*

FIM DO TOMO PRIMEIRO.

INDICE

DAS

MATERIAS CONTIDAS NO TOMO I

	PAG.
INTRODUCCÃO. — TITULO UNICO. — NOÇÕES GERAES: I. SOBRE A LEI, SEUS ELEMENTOS E DIFFERENTES ASPECTOS, DEBAIXO DOS QUAES PÓDE SER CONSIDERADA; II. SOBRE O DIREITO E SUAS DIFFERENTES ACCEPÇÕES; III. SOBRE AS FONTES DO DIREITO CIVIL PÁTRIO; IV. SOBRE A INTERPRETAÇÃO DAS LEIS E SUAS REGRAS PRINCIPAES.	9
CAPITULO I. — NOÇÕES GERAES SOBRE A LEI, SEUS ELEMENTOS E DIFFERENTES ASPECTOS, DEBAIXO DOS QUAES PÓDE SER CONSIDERADA	9
§ I. O que é lei, seu fim principal, e suas qualidades, ou condições.	9
§ II. Dos elementos essenciaes da Lei.	10
§ III. Da necessidade da promulgação, e publicação de toda Lei nova.	10
§ IV. Da promulgação das Leis.	11
§ V. Da publicação das Leis	11
§ VI. Do primeiro effeito da publicação das Leis	11
§ VII. Do segundo effeito da publicação das Leis	12
§ VIII. Das Leis, debaixo das suas relações com as acções dos homens	12
§ IX. Das Leis, consideradas em quanto á natureza das suas determinações.	13
§ X. Da distincção das Leis, segundo as relações, que ellas regulão.	14

	PAG.
§ XI. Das Leis em relação ao seu objecto immediato	14
§ XII. Das Leis em relação ao estado, e condição das pessoas.	15
§ XIII. Das Leis em relação aos effeitos juridicos dos actos civis.	15
§ XIV. Da ignorancia sobre as Leis Patrias.	16
CAPITULO II.— NOÇÕES GERAES SOBRE O DIREITO, E SUAS DIFFERENTES ACCEPÇÕES.	17
§ XV. Noção de Direito, em geral.	17
§ XVI. Do Direito debaixo da relação da liberdade de obrar.	17
§ XVII. Do Direito no sentido objectivo.	18
§ XVIII. Das fontes proximas do Direito positivo humano	18
§ XIX. Do Direito publico, e do Direito privado.	18
§ XX. Do Direito com relação ao estado civil, e politico das pessoas	19
§ XXI. Continuação do mesmo assumpto.	19
§ XXII. Do Direito com relação ao territorio do Estado	20
§ XXIII. Dos corollarios desses principios.	20
§ XXIV. Do Direito no sentido subjectivo.	21
§ XXV. Dos direitos juridicos, ou perfectos, e menos juridicos, ou imperfectos.	21
§ XXVI. Do sujeito, e do objecto do Direito, e da obrigação	22
§ XXVII. Da classificação geral dos direitos civis.	22
§ XXVIII. Da classificação das obrigações.	23
CAPITULO III.— NOÇÕES GERAES SOBRE AS FONTES DO DIREITO CIVIL PATRIO.	23
§ XXIX. Da classificação das fontes do Direito Civil Patrio	23
§ XXX. Das fontes, que tem fôrça de Lei.	24
§ XXXI. Das Ordenações.	24
§ XXXII. Das Leis Estravagantes.	25
§ XXXIII. Dos Regimentos.	25
§ XXXIV. Dos Alvarás.	25
§ XXXV. Das Cartas Regias, e aos Decretos.	26
§ XXXVI. Das Resoluções	26

	PAG.
§ XXXVII. Das fontes subsidiarias	26
§ XXXVIII. Dos Assentos da Casa da Supplicação.	26
§ XXXIX. Dos usos, e costumes.	27
§ XL. Do Direito Romano.	27
§ XLI. Das opiniões dos Jurisconsultos, e Arestos.	27
§ XLII. Das Leis das nações modernas.	28
CAPITULO IV. NOÇAES GERAES SOBRE A INTERPRETAÇÃO DAS LEIS, E SUAS REGRAS PRINCIPAES.	28
§ XLIII. Noções da interpretação, em geral, e da authentica, e doutrinal	28
§ XLIV. Da interpretação considerada em relação ao seu objecto.	29
§ XLV. Da interpretação grammatical.	29
§ XLVI. Da interpretação logica.	29
§ XLVII. Da interpretação considerada em relação ao seu fim.	30
§ XLVIII. Da interpretação usual.	30
§ XLIX. Das regras geraes da interpretação das Leis.	30
§ L. Das regras especiaes da hermeneutica juridica	31
§ LI. Continuação das regras especiaes.	31
§ LII. " " "	32
§ LIII. " " "	32
§ LIV. " " "	33
§ LV. " " "	33
§ LVI. " " "	34
§ LVII. " " "	35

LIVRO I.

DO DIREITO EM RELAÇÃO ÀS PESSOAS.	37
TITULO I. — Do DIREITO, EM SEU SENTIDO OBJECTIVO, E DAS PESSOAS CONSIDERADAS EM RELAÇÃO Á SUA NATUREZA, E AOS SEUS DIFFERENTES ESTADOS; E PARTICULARMENTE AO DE LIBERDADE.	37
§ 1 Do Direito, no sentido objectivo	37
§ 2 Das pessoas, consideradas em relação á sua natureza	38

	PAG.
§ 3 Das pessoas, consideradas em relação ao seu estado	38
§ 4 Dos elementos, ou fontes originaes dos diversos estados.	39
§ 5 Dos Direitos absolutos	39
§ 6 Os homens differem em direitos, segundo seu estado	39
§ 7 Dos homens livres	40
§ 8 Dos escravos por Direito Romano	41
§ 9 Dos escravos entre nós.	41
§ 10 Da condição dos escravos	43
§ 11 Do principio — o parto segue o ventre.	43
§ 12 Dos captivos estrangeiros.	44
§ 13 Dos nossos, prisioneiros dos inimigos.	44
§ 14 Do direito de resgatar	44
§ 15 Das condição dos resgatados.	45
§ 16 Leis á respeito da liberdade dos Indios.	45
§ 17 Da escravidão da pena entre os Romanos.	46
§ 18 Da escravidão da pena entre nós.	46
§ 19 Dos servos adscripticios, isto é, colonos perpetuamente adscriptos á gleba entre nós.	47
§ 20 Dos servos alheios, ou criadós.	47
§ 21 Em todo caso é-lhes devida soldada.	48
§ 22 Pena do criado, que deixa o amo.	49
§ 23 Pena do amo, que despede o criado.	50
§ 24 Em que tempo se deve pedir a soldada.	50
§ 25 Como se prova o pagamento da soldada.	50
§ 26 Do damno feito pelo criado.	51
§ 27 Do legado deixado ao criado.	51
TITULO II. — DAS PESSOAS COM RELAÇÃO AO ESTADO DE CIDADE, E PRIMIRAMENTE DOS CIDADÃOS, E ESTRANGEIROS.	
§ 28 Quem seja cidadão.	52
§ 29 Quem é que nasce cidadão brasileiro.	52
§ 30 Quem se faz cidadão brasileiro pela manumissão, domicilio, ou naturalisação.	52
§ 31 Noção do domicilio, e suas divisões.	53
§ 32 Dos Municipés	53
§ 33 Dos direitos politicos dos cidadãos brasileiros.	54
§ 34 Do direitos civis.	54
§ 35 Da suspensão dos direitos politicos.	55

	PAG.
§ 36 Do perdimento dos direitos de cidadão brasileiro.	55
§ 37 Dos estrangeiros, e embaixadores, e do seu fôro.	56
TITULO III.—DO PODER DOS PAIS SOBRE OS FILHOS.	57
§ 38 De outra divisão dos cidadãos.	58
§ 39 Quem são pais de familia, e filhos-familias.	58
§ 40 O que seja familia	58
§ 41 Do poder paterno, e seu fundamento.	59
§ 42 Só compete ao pai, e não á mãe.	60
§ 43 Da extensão, e limites do poder paterno.	60
§ 44 Dos direitos do pai emquanto ás pessoas dos filhos	61
§ 45 Da acção, que compete ao pai para repetir seu filho	61
§ 46 Do modo como o pai defende o filho em Juizo.	62
§ 47 Da obrigação dos pais de criar, e educar os filhos sem differença de qualidade.	62
§ 48 De outros direitos do pai.	63
§ 49 Dos direitos, e deveres do pai : I. emquanto aos bens adventicios dos filhos.	64
§ 50 I. Emquanto ao peculio do filho.	65
§ 51 Quando o pai é responsavel pelos factos do filho	66
§ 52 Dos direitos, e obrigações das mães.	68
§ 53 Continuação da mesma materia.	69
TITULO IV.—DOS MODOS, POR QUE SE ADQUIRE O PATRIO PODER.	70
§ 54 Dos modos de adquirir o patrio poder, em geral	70
§ 55 Noção, e fundamento do esponsaes.	70
§ 56 Das pessoas, que os podem contrahir.	71
§ 57 Das suas solemnidades essenciaes.	71
§ 58 Como se provão, e da pena, que lhes póde accrescentar	72
§ 59 Da acção esponsalicia.	73
§ 60 Da dissolução dos esponsaes.	74
§ 61 Da retractação dos esposados.	75
§ 62 Dos effeitos da retractação, e dissolução	75
§ 63 Noção do matrimonio, e sua natureza.	76

§	64	Dos que não podem casar : I. Por falta de capacidade moral, ou physica, ou por impedimento derimento.	77
§	65	II. Pela repugnancia, e pejo natural.	78
§	66	III. Por motivos civis, ou religiosos.	78
§	67	IV. Em pena.	79
§	68	Da dispensa dos impedimentos	79
§	69	Das solemnidades essenciaes do matrimonio	80
§	70	Não é necessario o consentimento do Imperante	80
§	71	Da necessidade do consentimento dos pais, ou tutores.	81
§	72	Dos efeitos civis do matrimonio.	82
§	73	Do matrimonio dos puberes, e dos velhos e viuvos.	82
§	74	Do matrimonio putativo e seus efeitos	83
§	75	Do matrimonio clandestino.	84
§	76	Do matrimonio de consciencia	84
§	77	Da polygamia, ou bigamia	85
§	78	Do matrimonio entre pessoas desiguaes	85
§	79	Da legitimação por seguinte matrimonio : I. segundo Direito Romano.	86
§	80	II. Segundo Direito Canonico	87
§	81	III. Por Direito Patrio.	88
§	82	Da legitimação por Carta do Principe, segundo Direito Romano.	89
§	83	Da legitimação por Carta do Papa, segundo Direito Canonico.	90
§	84	Da legitimação por Carta do Principe, segundo Direito Patrio.	90
§	85	De outras legitimações.	91
§	86	Da adopção, e arrogação : I. Por Direito Romano	92
§	87	II, Por Direito Romano	93
§	88	Dos efeitos da adopção, e da arrogação.	93
TITULO V. — DOS MODOS, POR QUE SE DISSOLVE O PATRIO PODER			94
§	89	Dos modos, por que se dissolve o patrio poder : e I. por Direito Romano	94
§	90	II. Por Direito Patrio.	95
§	91	De outros modos de dissolver o poder paterno por Direito Patrio	96

	PAG.
§ 92 Da dissolução do poder paterno pela emancipação	97
§ 93 Da diferença entre emancipação, e supprimento de idade.	98
§ 94 Quando póde o pai ser obrigado a emancipar o filho.	99
TITULO VI. — DOS DIREITOS DOS FILHOS, E DOS PA- RENTES ENTRE SI.	99
§ 95 Da diferença dos filhos.	99
§ 96 Quando cessa a presumpção de direito — <i>Filius est, quem justæ nuptiæ demonstrant.</i>	100
§ 97 Da paternidade do parto da binuba.	101
§ 98 Dos meios de segurar a legitimidade do em- brião	101
§ 99 Dos direitos dos filhos legitimos.	102
§ 100 Noção dos filhos illegitimos, ou bastardos.	103
§ 101 Dos bastardos dos Imperadores.	103
§ 102 Dos direitos dos filhos bastardos dos particu- lares	103
§ 103 Dos direitos dos bastardos com relação á mãe.	104
§ 104 Dos expostos.	105
§ 105 Dos filhos adoptivos, e arrogados	105
§ 106 Dos legitimados.	106
§ 107 Da obrigação de alimentar, extensiva á todos os ascendentes, e irmãos.	107
§ 108 Quem deve alimentar os filhos na constancia do matrimonio	108
§ 109 Quem, depois de dissolvido o matrimonio por morte do pai.	108
§ 110 Quem, no caso de separação dos conjuges, vivos ambos.	108
§ 111 Obrigação subsidiaria da mãe, avós, e irmãos	109
§ 112 A mãe é obrigada á amamentar seus filhos.	110
§ 113 Da obrigação dos pais á respeito dos filhos espurios	110
§ 114 Quando a mãe póde repetir os alimentos.	110
§ 115 Quando cessa a obrigação dos pais de ali- mentarem os filhos.	111
§ 116 Da acção de alimentar.	112
§ 117 Da prova da filiação na acção de alimentos.	113
§ 118 Dos alimentos <i>in litem</i>	113

	PAG.
§ 119 Também são devidos alimentos aos pais, e irmãos.	114
§ 120 Do direito dos parentes entre si.	115
TITULO VII. — DO PODER MARITAL.	115
§ 121 Noção geral do poder marital.	115
§ 122 Dos direitos communs dos conjuges, em geral	116
§ 123 Dos direitos especiaes do marido: e I. em relação á mulher.	116
§ 124 II. Em relação á administração dos bens,	117
§ 125 III. Emquanto á alienação dos bens moveis, e de raiz.	117
§ 126 Dos effeitos da falta do consentimento da mulher.	118
§ 127 Dos direitos especiaes da mulher.	118
§ 128 Do poder marital do marido da Imperatriz Imperante.	120
§ 129 Do titulo, honras, e sujeição da Augusta Esposa do Imperador.	120
TITULO VIII. — DA COMMUNHÃO DOS BENS ENTRE OS CONJUGES	121
§ 130 O que seja communhão legal, seu fundamento, e principal effeito.	121
§ 131 Se ha communhão de bens por Direito Romano	122
§ 132 Das condições necessarias para haver communhão segundo as leis patrias.	122
§ 133 Se ha communhão legal de bens no matrimonio putativo	124
§ 134 Se ha communhão universal de bens no regimen dotal.	125
§ 135 Se ha communhão de bens nas segundas nupcias	126
§ 136 Se ha communhão de bens no casamento da viuva, e da solteira quinquagenaria.	127
§ 137 Que bens se communicão entre os conjuges.	128
§ 138 De certos bens, em que não ha communhão.	129
§ 139 De outros bens incommunicaveis por varias causas	131
§ 140 Se cessa a communhão pela separação.	132
§ 141 As dividas anteriores ao casamento não se communicão	133

	PAG.
§ 142 As dividas posteriores ao casamento communicão-se.	134
§ 143 O delicto de um dos conjuges não affecta civilmente os bens do outro.	135
§ 144 Da posse da mulher por morte do marido.	135
§ 145 De outros effeitos da communhão; e I. Emquanto aos bens immoveis.	136
§ 146 II. Emquanto aos bens moveis	137
§ 147 Quando é a mulher obrigada por contracto do marido.	137
TITULO IX. — Do DIREITO DOS DOTES.	138
§ 148 Noção de dote, e de bens dotaes.	138
§ 149 Da constituição do dote: e I. Emquanto ás solemnidades.	139
§ 150 II. Emquanto ao modo de o constituir.	140
§ 151 Do objecto do dote.	140
§ 152 Da quantidade, ou valor do dote	140
§ 153 Do modo de se provar o dote.	141
§ 154 Da divisão do dote em profecticio, e adventicio	141
§ 155 Da insinuação do dote.	142
§ 156 Continuação da materia do paragrapho antecedente.	143
§ 157 Das obrigações dos dotadores	144
§ 158 Dos bens paraphernaes, e recepticios.	145
§ 159 Do direito do marido a respeito dos bens dotaes, paraphernaes, e recepticios.	146
§ 160 O pai é obrigado dotar a filha.	146
§ 161 Tambem é obrigado dotar a filha bastarda.	147
§ 162 Quando a mãe deve dotar a filha	147
§ 163 Quando o irmão deve dotar a irmã.	148
§ 164 O filho não é obrigado dotar a mãe.	148
§ 165 Que pactos se podem accrescentar validamente ao dote	148
§ 166 As doações <i>propter nuptias</i> não são usadas entre nós.	149
§ 167 Nem tambem as arrhas no sentido do Direito Romano	149
§ 168 Quaes as nossas arrhos, e como se constituem.	150
§ 169 Em cujo dominio estão, e a quem pertencem por morte da mulher, e do marido	151

	PAG.
§ 170 Em que differem do dote as nossas arrhas.	152
§ 171 Em que differem as arrhas do Direito Romano.	152
§ 172 Em que differem das doações <i>propter nuptias</i> .	153
§ 173 O que seja dotalicio	153
§ 174 Das provas do dote: e I. da inalienabilidade dos bens de raiz dotaes.	154
§ 175 II. Da hypotheca sobre os bens do marido	155
§ 176 III. Da repetição do dote, e d'outros direitos da mulher á respeito delle.	156
§ 177 Da restituição do dote: e I. Emquanto ao tempo	157
§ 178 II. Emquanto ao modo	158
§ 179 III. Emquanto aos fructos	159
§ 180 IV. Emquanto ás bemfeitorias.	160
TITULO X. — DAS DOAÇÕES ENTRE MARIDO, E MULHER, E QUANTO A SUA CONCUBINA.	
§ 181 Noção da doação em geral	161
§ 182 Da doação entre marido e mulher por Direito Romano	161
§ 183 Este direito não foi recebido por todas as nações	162
§ 184 Quando foi recebido entre nós	162
§ 185 Da doação entre marido e mulher por Direito Patrio	162
§ 186 Resumo do Direito Patrio sobre doação entre conjuges	163
§ 187 Da doação feita pelo marido á sua concubina.	165
TITULO XI. — DAS TUTORIAS.	
§ 188 Noção geral e fundamento das tutorias	165
§ 189 O que seja tutoria, e suas especies.	167
§ 190 Quem são os que estão em tutoria	167
§ 191 Quando se dá-tutor ao impubere em vida do pai	168
§ 192 Da tutoria testamentaria em geral: e I. de nomeação do pai.	168
§ 193 II. De nomeação da mãe, avó, pai natural, e estranho	169
§ 194 Que pessoas não podem ser dadas por tutores em testamento	169

	PAG.
§ 195 Da tutoria testamentaria <i>ex die, ad diem</i> , e <i>sub conditione</i>	171
§ 196 Da tutoria legitima	172
§ 197 Defere-se: I. à mãe, avô, ou avó.	173
§ 198 II. Aos parentes mais proximos em gráo, e mais idoneos.	173
§ 199 Da tutoria dativa.	174
§ 200 Da tutoria pacticia.	175
§ 201 Das pessoas, que podem escusar-se da tutoria.	175
§ 202 Da fiança dos tutores.	176
§ 203 Do officio, auctoridade, e administração do tutor	177
§ 204 Da responsabilidade do tutor, da obrigação de dar conta, e onde deve responder.	179
§ 205 Da responsabilidade dos fiadores, e do Juiz.	179
§ 206 Da exclusão, e remoção do tutor.	180
§ 207 Das funcções do tutor: e I. Emquanto á pessoa do pupillo	180
§ 208 II. Emquanto aos bens do pupillo.	181
§ 209 Dos modos, por que a tutoria acaba.	182
§ 210 Das contas do tutor, e execução pelo alcance.	183
§ 211 Da tutoria do Imperador menor.	183
TITULO VII. — DAS CURADORIAS.	184
§ 212 O que seja curador.	184
§ 213 Da differença entre tutores, e curadores.	184
§ 214 Da divisão da curadoria dos menores.	185
§ 215 De algumas particularidades desta curadoria	186
§ 216 Da curadoria do demente, ou furioso.	187
§ 217 A quem se defere esta curadoria.	187
§ 218 Da curadoria do prodigo.	188
§ 219 Da viuva prodiga.	189
§ 220 Do tutor, ou curador clerigo.	189
§ 221 Da curadoria ordinaria dos bens do ausente.	190
§ 222 Da curadoria provisoria dos parentes do ausente.	191
§ 223 Dos effeitos juridicos da sentença, que a defere	193
§ 224 De algumas particularidades desta curadoria.	193
§ 225 Do seu fim, ou acabamento.	194
§ 226 Da restituição dos rendimentos.	194
§ 227 Do curador á lide.	195

	PAG.
TITULO XIII. — DA RESTITUIÇÃO IN INTEGRUM. . .	196
§ 228 Noção, e fundamento da restituição. . .	196
§ 229 Em que negocios tem logar.	197
§ 230 Em que tempo, e perante que Juiz se deve implorar	197
§ 231 Das pessoas, á quem aproveita.	198
§ 232 Do processo da restituição.	198
§ 233 Dos seus effeitos juridicos.	198
§ 234 Dos casos, em que não tem logar.	199
§ 235 Das pessoas equiparadas aos menores para esse fim	200
TITULO XIV. — DE OUTRAS DIVISÕES DAS PESSOAS.	200
§ 236 Da divisão das pessoas em <i>maiores</i> e <i>menores</i> .	200
§ 237 De uma subdivisão dos maiores.	201
§ 238 Da subdivisão dos menores.	202
§ 239 Da subdivisão dos puberes.	202
§ 240 O que podem, e o que não podem fazer os menores	203
§ 241 Dos menores com relação a actos judiciaes.	204
§ 242 Dos menores com relação a actos extrajudiciaes.	204
§ 243 Dos menores com relação ao damno procedente de delicto.	205
§ 244 De outra divisão das pessoas.	205

LIVRO II,

DO DIREITO EM RELAÇÃO ÀS COUSAS. . .	207
TITULO I. — DAS COUSAS EM RELAÇÃO Á SUA NATUREZA, E QUALIDADE	207
§ 245 Noção das cousas.	207
§ 246 Da classificação das cousas : e I. em <i>corporeas</i> , e <i>incorporeas</i>	208
§ 247 II. Das cousas moveis, e immoveis.	208
§ 248 A' quaes destas pertencem as incorporeas.	209
§ 249 III. Das cousas fungiveis, e não-fungiveis.	210
§ 250 IV. Das cousas divisiveis, e indivisiveis.	211
§ 251 V. Das cousas existentes, e das cousas futuras	212

	PAG.
§ 252 VI. Das cousas principaes, e accessorias, ou pertencas	212
§ 253 Dos fructos	212
§ 254 Das bemfeitorias	213
§ 255 Das determinações. ,	214
TITULO II. DAS COUSAS EM RELAÇÃO AO SEU DESTINO E POSSUIDORES.	214
§ 256 Da divisão das cousas em relação ao seu destino e possuidores	214
§ 257 Das cousas sagradas.	215
§ 258 Dos direitos dellas.	215
§ 259 Das cousas santas.	216
§ 260 Das cousas religiosas.	216
§ 261 Do direito dos poderes civil, e espirital sobre sepulturas.	217
§ 262 Das cousas, ou bens nacionaes, e provincias	218
§ 263 Dos bens municipaes.	220
§ 264 Dos estabelecimentos publicos	220
§ 265 Dos bens do Imperador.	221
§ 266 Dos bens dos particulares.	221
§ 267 Dos bens hereditarios, e adquiridos.	222
§ 268 Dos direitos das cousas.	222
TITULO III. Do DOMINIO E POSSE.	223
§ 269 O que seja dominio.	223
§ 270 Do dominio, ou propriedade revogavel.	225
§ 271 Dos direitos do proprietario.	225
§ 272 Das restricções legaes da propriedade : I. em geral	226
§ 273 II. Emquanto aos encravados	227
§ 274 Da distincção do dominio.	227
§ 275 Da detenção, e da posse juridica.	228
§ 276 Das condições necessarias para a aquisição da posse juridica.	229
§ 277 Do modo de effectuar-se a apprehensão.	220
§ 278 Da intenção, e das pessoas incapazes della	230
§ 279 Dos effects da posse juridica.	239
§ 280 Continuação da materia do paragrapho antecedente	231
§ 281 Continuação da mesma materia.	232
§ 282 Das differentes especies da posse juridica.	232

	PAG.
§ 283 Em que a posse natural differe do dominio.	233
§ 284 Em que a posse natural differe da posse civil	234
§ 285 De outras divisões da posse, em geral.	234
§ 286 Da posse de boa, e de má fé, e de seus effeitos.	235
§ 287 Da posse, com relação ao tempo da sua aquisição, e aos modos, por que se adquire.	235
§ 288 Da continuação da posse.	236
§ 289 Da perda da posse natural por effeito de facto proprio, ou alheio.	237
§ 290 Da perda da posse por simples effeito da intenção do possuidor.	237
§ 291 Da perda da posse pelo facto, e intenção.	237
§ 292 Da perda da posse por facto de terceiro.	238
§ 293 Da con-posse, ou posse commum.	239
§ 294 Da quasi-posse.	239
TITULO IV. — DA ACQUISIÇÃO DO DOMINIO DAS COUSAS	
	240
§ 295 Das condições geraes da aquisição da propriedade	240
§ 296 Noção geral dos modos legaes de adquirir o dominio	240
§ 297 Da occupação	241
§ 298 Da occupação com relação ás cousas publicas ou communs.	241
§ 299 Da occupação bellica.	242
§ 300 Da caça, e da pesca.	242
§ 301 Das cousas achadas, e abandonadas.	243
§ 302 Dos thesouros	244
§ 303 Das minas de metaes, e mineraes.	245
§ 304 Da accessão em geral.	245
§ 305 Da accessão natural.	246
§ 306 Da accessão industrial	247
§ 307 Das regras sobre a adjudicação das cousas em qualquer das differentes especies de adjuncções	248
§ 308 Continuação das regras sobre a referida adjudicação	249
§ 309 Continuação das mesmas regras.	250
§ 310 Da especificação.	251
§ 311 Da commixtão.	251

	PAG.
§ 312 Da accessão mixta.	252
§ 313 Da tradição	253
§ 214 Dos modos de adquirir o dominio por Direito Civil	254
TITULO V. — DA HERANÇA, E DOS MODOS POR QUE SE ADQUIRE E SE PERDE.	
§ 315 O que seja herança.	255
§ 316 Da herança debaixo de varias relações.	256
§ 317 Das especies de legatarios.	257
§ 318 Da liberdade do herdeiro.	257
§ 319 Os descendentes legitimos são herdeiros <i>ipso jure</i>	258
§ 320 Por que modo se adquire, e se repudia a herança	258
§ 321 Se se pode pôde aceitar a herança somente em parte, debaixo de condição, e por Procurador	259
§ 322 Dos herdeiros incapazes de adir e renunciar a herança.	260
§ 323 O herdeiro succede em todos os direitos do defunto	260
§ 324 Quando não é obrigado além das forças da herança	261
§ 325 Do beneficio do inventario.	261
§ 326 Do direito de deliberar.	262
§ 327 Das pessoas que devem fazer inventario judicial	262
§ 328 Do tempo, e logar, em que se deve fazer o inventario judicial.	264
§ 329 A herança deferida, mas não adida, nem repudiada é trasmissivel.	266
§ 330 Na herança condicional transmite-se a esperança <i>debitum iri</i>	266
§ 331 Quem não pôde ser nomeado herdeiro, nem legatario	268
§ 332 Dos direitos e obrigações geraes do herdeiro e legatario	268
§ 333 Da disposição dos bens, quando ha herdeiros necessarios	269
§ 334 Quando ha irmãos.	269
§ 335 Da distribuição dos bens, em geral.	270

	PAG.
§ 336 Da distribuição dos bens entre os herdeiros nomeados	270
§ 337 Da distribuição dos bens: I. entre os herdeiros, e legatarios.	271
§ 338 II. Entre os mesmos com relação ás dividas, e encargos	272
§ 339 Do direito de accrescer nas heranças, e legados	272
§ 340 Do direito de accrescer nas heranças, e legados, segundo o Direito Romano.	272
§ 341 Dos requisitos do direito de accrescer, segundo o Direito Romano quanto aos legados.	274
§ 342 Do direito de accrescer entre nós.	274
§ 343 A quem pertence a execução dos testamentos.	275
§ 344 Dos testamenteiros.	276
§ 345 Suas funcções, em geral.	277
§ 346 Suas funcções administrativas.	277
§ 347 É obrigado a dar contas.	278
§ 348 Dos Juizes, a quem hoje compete fazer cumprir os testamentos.	279
TITULO VI. — DOS TESTAMENTOS	280
§ 349 Noção de testamento.	280
§ 350 Do principio justificativo dos testamentos.	281
§ 351 Da origem dos testamentos entre os Portuguezes, e seu progresso.	281
§ 352 Das Leis, e costumes patrios antigos sobre testamentos	282
§ 253 Da divisão, e subdivisão dos testamentos.	283
§ 354 Do testamento publico, segundo Direito Romano	283
§ 355 Do testamento publico, segundo Direito Patrio.	284
§ 356 Do testamento privado	285
§ 357 Do testamento cerrado.	286
§ 358 Do testamento civil, e do testamento militar.	288
§ 359 Do testamento maritimo.	289
§ 360 Do testamento solemne, e menos solemne, ou privilegiado	289
§ 361 Do testamento nuncupativo.	290
§ 362 Do testamento de mão commum.	291
§ 363 Do testamento do noviço.	292

	PAG.
§ 364 Continuação da materia do § antecedente.	292
§ 365 Dos testamentos dos Clerigos.	293
§ 366 Dos testamentos dos Bispos.	294
§ 367 Dos testamentos dos Monges, ou Religiosos professos secularisados.	295
§ 368 Dos testamentos dos Cavalleiros, e Clerigos Cavalleiros das Ordens Militares.	295
§ 369 Dos testamentos dos Cardeaes.	296
§ 370 Do testamento do Imperador.	296
§ 371 Da instituição <i>ex die</i> , e da regra <i>Testatus</i>	297
§ 372 A condição impossivel reputa-se não escripta	298
§ 373 De outras condições	299
§ 374 Da instituição contumeliosa, captatoria, pac- ticia, e commettida a arbitrio alheio.	299
§ 375 Da divisão do testamento quanto á sua efficacia	301
§ 376 Do testamento nullo, e do testamento injusto	302
§ 377 Do testamento roto : I. pela agnação do pos- thumo	303
§ 378 II. Por testamente posterior.	303
§ 379 III. Por laceração, riscaduras, e rasuras.	304
§ 380 Do testamento irrito.	305
§ 381 Do testamento inofficioso, e querella de inof- ficiosidade.	305
§ 382 Do testamento destituto.	305
§ 383 Das solemnidades internas do testamento : e I. das pessoas intestaveis por incapacidade natural	306
§ 384 II. Por incapacidade civil.	307
§ 385 III. Dos que testão, ou deixão de testar por constrangimento da sua liberdade.	309
§ 386 Das solemnidades externas do testamento.	310
§ 387 Das solemnidades do testamento por Direito Canonico	311
§ 388 Das pessôas, que não podem ser testemunhas em testamentos.	312
§ 389 A quem póde o testador instituir seu her- deiro	313
§ 390 Em que tempo se requer capacidade no her- deiro : I. por Direito Romano.	315
§ 391 II. Por Direito Patrio.	315

	PAG.
§ 392 Da necessidade da instituição dos decendentes e dos ascendentes.	316
§ 393 Da preterição do posthumo, e do filho, ou netto reputado morto.	317
§ 394 A instituição dos mesmos deve ser pura.	318
§ 395 O mesmo se intende a respeito dos ascendentes.	318
§ 396 Das causas, por que os pais, e os demais ascendentes podem desherdar seus filhos e demais descendentes.	319
§ 397 Continuação das causas de desherdação.	320
§ 398 Das causas, por que os filhos podem desherdar os pais.	322
§ 399 Por quem devem ser privadas as causas da desherdação.	322
§ 400 Dos casos em que é valida e em que é invalida a preterição do irmão.	323

FIM DO INDICE DAS MATERIAS DO TOMO PRIMEIRO.

Instituições de Direito Civil Brasileiro – Volume I (edição fac-similar), de Lourenço Trigo de Loureiro, foi impresso em papel vergê areia 85g/m², nas oficinas da SEEP (Secretaria Especial de Editoração e Publicações), do Senado Federal, em Brasília. Acabou-se de imprimir em março de 2004, como parte integrante da Coleção *História do Direito Brasileiro – Série Direito Civil* (Volume 5).

Coleção

História do Direito
Brasileiro



Direito Civil

ANTONIO JOAQUIM RIBAS
Curso de Direito Civil brasileiro

ANTONIO MAGARINOS TORRES
Nota Promissoria (estudos da lei, da
doutrina e da jurisprudencia cambial
brasileira)

AUGUSTO TEIXEIRA DE FREITAS
Consolidação das Leis Civis

AUGUSTO TEIXEIRA DE FREITAS
Código Civil: esboço

CLÓVIS BEVILÁQUA
Direito das Coisas

FRANCISCO DE PAULA LACERDA DE ALMEIDA
Obrigações: exposição systematica desta
parte do Direito Civil patrio segundo o
methodo dos "Direitos de Família" e
"Direito das Cousas" do Conselheiro
Lafayette Rodrigues Pereira

JOSÉ DE ALENCAR
A Propriedade pelo Cons. José de Alencar -
com uma prefacção do Cons. Dr. Antonio
Joaquim Ribas

LAFAYETTE RODRIGUES PEREIRA
Direito das Coisas - adaptação ao Código
Civil por José Bonifácio de Andrada e Silva

LAFAYETTE RODRIGUES PEREIRA
Direitos de Família - anotações e
adaptações ao Código Civil por José
Bonifácio de Andrada e Silva

LOURENÇO TRIGO DE LOUREIRO
Instituições de Direito Civil brasileiro

PEDRO ORLANDO
Direitos Autorais: seu conceito, sua prática
e respectivas garantias em face das
Convenções Internacionais, da legislação
federal e da jurisprudência dos tribunais

VOL. II