

Direito Civil

Direitos de Família

Lafayette Rodrigues Pereira

História do Direito
Brasileiro



7

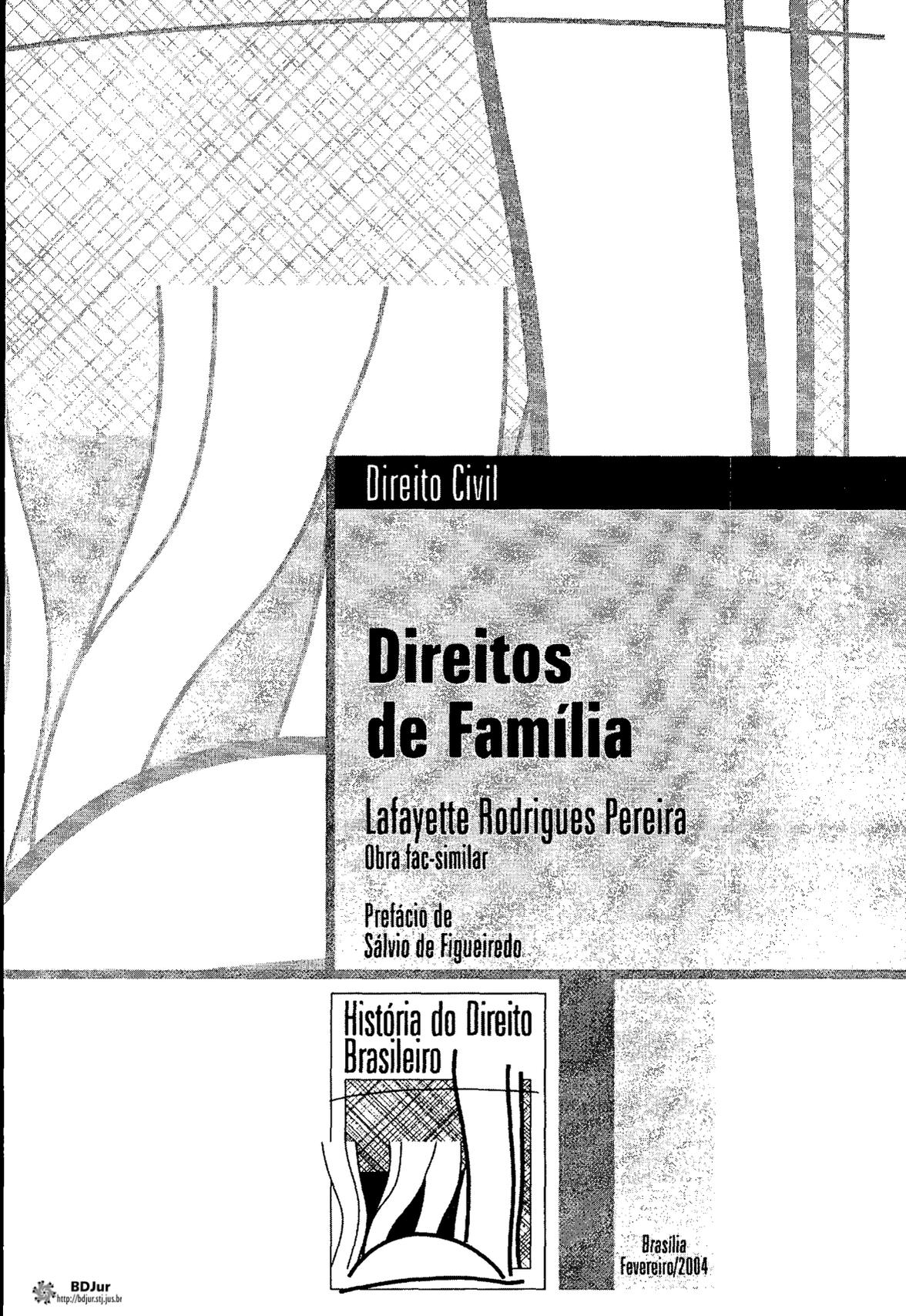


Senado Federal

Senador José Sarney, Presidente
Senador Paulo Faim, 1º Vice-Presidente
Senador Eduardo Siqueira Campos, 2º 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

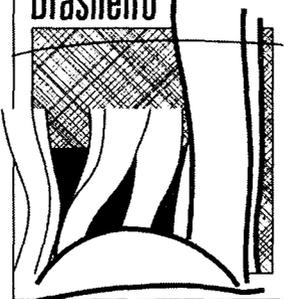
Direitos de Família

Lafayette Rodrigues Pereira

Obra fac-similar

Prefácio de
Sálvio de Figueiredo

História do Direito
Brasileiro



Brasília
Fevereiro/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 prefacção 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 Civil
Consolidação das Leis Civis	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 patrio segundo o	Direitos Autorais: seu conceito, sua prática e
metodo dos "Direitos de Família" e "Direito	respectivas garantias em face das Convenções
das Causas" do Conselheiro Lafayette	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 Fiaco, 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 Villela, Coordenadora do Núcleo de Programação Visual

.....
Pereira, Lafayette Rodrigues, 1834-1917.

Direitos de família / Lafayette Rodrigues Pereira ;
prefácio de Sálvio de Figueiredo. -- Ed. fac-similar. --
Brasília : Senado Federal, Conselho Editorial : Superior
Tribunal de Justiça, 2004.

XXIV + 376 p.-- (História do direito brasileiro. Direito civil)

1. Direitos de família, Brasil. I. Título. II. Série.

CDDir. 342.16
.....

COLEÇÃO HISTÓRIA DO DIREITO BRASILEIRO

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 jurisconsultos 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 prefissão 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 Civis*, 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 theoreticas 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.

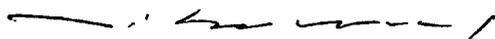
- *Direito Penal brasileiro (segundo o Código Penal mandado executar pelo Decreto N. 847, de 11 de outubro de 1890, e leis que o modificaram ou completaram, elucidados pela doutrina e jurisprudencia)*, de Galdino

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."



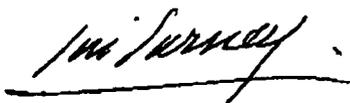
Ministro Nilson Naves
Presidente do Superior Tribunal de Justiça



Nota do Editor

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

A presença admirável, no Império, do Conselheiro Lafayette Rodrigues Pereira¹

“Montado nesses dois livrinhos de direito é que subi tão cedo aos Conselhos da Coroa.”

Lafayette

Autor de dois livros excepcionalmente importantes na história do direito brasileiro – *Direitos de Família*, publicado em 1869, e *Direito das Causas*, editado em 1877 – que se tornaram clássicos em nossa literatura jurídica, Lafayette foi e continua sendo considerado um dos nossos maiores juristas, especialmente no campo do direito privado, destacando-se sobremaneira, desde os bancos universitários, pelo invulgar talento.

Nasceu em 28 de março de 1834, uma Sexta-Feira da Paixão, em Vila Real de Queluz, na província de Minas Gerais, posteriormente Município de Conselheiro Lafaiete, na fazenda de seus pais (Fazenda dos Macacos), nos contrafortes da Mantiqueira, próxima à estação de Buarque de Macedo.

Nas palavras de sua neta Marina Maria, relatando o que lhe contara sua mãe, Corina Lafayette de Andrada e Silva, quando de seu nascimento, “na Inglaterra, reinava Guilherme IV; na Rússia, Nicolau I, neto de Catarina, a Grande. Um menino de 9 anos de idade era o Imperador do Brasil”.

Seis meses depois, morria, em Portugal, nosso primeiro Imperador, D. Pedro I.

O pai de Lafayette, de nome Antônio Rodrigues Pereira, mais tarde Barão de Pouso Alegre, por sua vez, era filho do Capitão Felisberto e foi Coronel do Regimento de Cavalaria de Minas Gerais, sediado em Queluz.

¹ Agradeço, penhorado, aos Amigos fraternos que me ajudaram na revisão deste prefácio, escrito durante minha estada no hospital Sarah Kubitschek.

Seu único irmão chamava-se Washington, em homenagem ao primeiro presidente dos Estados Unidos, tendo Lafayette nascido no mesmo ano em que faleceu o seu homônimo francês, a quem o seu pai, por admiração, também quis homenagear.

Estimulados pelos seus pais e tios padres, principalmente um irmão do seu pai, o padre Felisberto Rodrigues Milagres, Vigário de Prados, os dois irmãos, Lafayette e Washington, moraram naquela freguesia por certo tempo, vindo depois a estudar na vizinha Congonhas do Campo, no então famoso Colégio de Matosinhos, perto do “Milagroso Santuário”.

Com acentuada vocação para o direito, Lafayette matriculou-se na Faculdade de Direito de São Paulo em 1853, graduando-se no curso jurídico cinco anos após, tendo sempre obtido o primeiro lugar de sua turma.

Estudioso e aplicado, dedicou-se ele, desde cedo, ao culto dos clássicos, no direito, na literatura e na filosofia, tendo intensa vida acadêmica. Diplomado aos 24 anos e regressando a Minas Gerais, foi nomeado Promotor Público de Ouro Preto, então Capital da Província, onde ficou por pouco tempo.

No Rio de Janeiro, para onde se transferiu, dedicou-se Lafayette ao jornalismo e à advocacia, trabalhando inicialmente no escritório de Teixeira de Freitas.

Em 1864, aos trinta anos de idade, já conceituado no jornalismo e na advocacia, foi nomeado presidente da Província do Ceará. Um ano depois, assumiu iguais funções na Província do Maranhão.

Após, retornou ao Rio de Janeiro e à advocacia, publicando, em 1869 e 1877, seus dois referidos livros.

Em 1878, ainda no Império, ocupou a cadeira de Ministro da Justiça, sendo nomeado, no ano seguinte, por ato do Imperador, escolhido em lista tríplice, Senador por Minas Gerais.

Invejosamente provocado quanto à sua ascensão, respondeu: “Montado nesses dois livrinhos de direito é que subi tão cedo aos Conselhos da Coroa.”

No Parlamento teve destacada atuação, sendo orador calmo e eloqüente, temido por sua cultura e pela ironia cáustica de suas respostas.

Em 1883, retornou ao Ministério, dessa vez na área da Fazenda, constituindo o 31º Gabinete da Monarquia.

Estudioso do Direito Internacional, ainda prestou relevantes serviços ao País na área da diplomacia.

Proclamada a República, Lafayette conservou-se monarquista e cessou sua atividade política, dedicando-se uma vez mais à advocacia e à sua atividade de juriconsulto de sucesso, vindo a falecer em 29 de janeiro de 1917, também uma sexta-feira, no Rio de Janeiro, na chácara da Gávea, rua Visconde de São Vicente, 91, hoje Marquês de São Vicente, 331, onde vivia com sua família.²

Dois anos antes, aos 81 anos, quebrara a perna em um acidente em seu escritório, fratura essa que não mais se consolidou e o forçou, desde então, a viver em cadeira de rodas.

Pedro Lessa – um dos luminares do direito brasileiro –, referindo-se a Lafayette (*Discursos Acadêmicos*, vol. IV, 1919, *apud* José Bonifácio de Andrada e Silva, na introdução que este fez à adaptação do *Direito das Coisas*, de Lafayette, ao Código Civil, 6ª ed., Freitas Bastos, 1965), enfatizou:

“Foi a inteligência mais vigorosa, mais profundamente penetrante e mais refulgente, de quantas entre nós já se têm consagrado ao estudo e à divulgação do Direito Civil.”

E prosseguiu:

“A sua missão foi a de elucidar, metodizar e expor sinteticamente os dogmas do nosso Direito. Aí se revelou com o mais intenso brilho a sua argúcia no interpretar as leis, o seu método no explaná-las sistematicamente, a sua clareza inigualável em ambas essas operações lógicas, a concisão e a elegância do seu estilo exemplar. Com uma erudição profunda e vasta, nunca manifestou preferências para escritores deste ou daquele país.”

Ao discursar na sessão comemorativa do 1º centenário do nascimento de Lafayette, em 1934, no Instituto da Ordem dos Advogados Mineiros, começou Milton Campos, um dos mais admiráveis filhos de Minas Gerais, por dizer:

² Em outras palavras, essas anotações constam da *Coletânea de Autores Mineiros*, em edição da Imprensa Oficial de Minas Gerais, vol. I, págs. 310 e segs., 1922, por Mário de Lima.

“Se entre os homens públicos de Minas, procurarmos algum que melhor simbolize as virtudes intelectuais de nossa gente e mais possa encher de orgulho a nossa terra, nenhum encontraremos que exceda ao Conselheiro Lafayette Rodrigues Pereira.”

Acrescentou a seguir:

“Lafayette não teve no governo o relevo que lhe deu o Parlamento. Seu temperamento e sua formação intelectual não o indicavam para o comando. Mas, no debate parlamentar, quem o terá excedido? Sobre os homens de seu tempo tinha a vantagem da mais ampla cultura geral, haurida através de estudos infatigáveis. Um autêntico humanista, a quem a especialidade que elegera não limitava a curiosidade nem apertava o horizonte intelectual.”

Adiante, aduziu aquele que viria mais tarde a ser Governador de Minas Gerais, filho de desembargador e, também, advogado, antes de seguir a carreira política:

“Se foi político notável, imprimindo nos anais parlamentares do Império a marca indelével de sua passagem; se fulgurou nas letras, onde deixou, em combate a Sylvio Romero, no *Vindiciae*, páginas penetrantes de crítica literária, inspiradas não somente pelo revide pessoal, mas também pelas suas afinidades intelectuais com Machado de Assis – sobre tudo isso Lafayette foi jurista, legando à cultura jurídica brasileira o imperecível monumento de suas obras.

Sua contribuição na evolução do direito civil brasileiro foi enorme. Quando elaborou suas grandes obras – ‘Direitos de Família’ e ‘Direito das Cousas’ – o direito brasileiro era ainda caótico e informe. Nem era um direito brasileiro, porque suas fontes estavam fora. Eram as ordenações do reino casuísticas e difusas. Era o direito romano, adaptado à boa razão e ao uso moderno, mas ainda assim em textos mortos de uma língua morta, cuja surpreendente duração é a maior grandeza de Roma. Era o direito canônico, com os preconceitos sectários das concordatas e decretais. Era a confusão dos assentos, dos estatutos, dos avisos e dos estilos.

Desse caos tirou Lafayette a límpida exposição do nosso direito civil, no que se refere a família e a coisas. Dos povos civilizados trouxe a melhor lição, e nem por aprender também na Alemanha tomou o tom pedante de alguns góticos de naturalização apressada. No velho direito português, ao mesmo tempo que aprendia com a boa e segura ciência de Mello Freire e a informação copiosa de Lobão, evitava as 'sutilezas da Gloza', com que corromperam o nosso foro os Pêgas, os Silvas e os Guerreiros.

Enfim, de sua cultura geral lhe vinham o critério discriminativo e as inspirações filosóficas, que evitam a esterilidade do jurista na pura prática das espécies. Ninguém melhor do que ele próprio exprimiu os dois processos, ambos necessários, da elaboração do direito."

E arrematou o notável homem público das Gerais:

"Possamos nós dizer do direito positivo brasileiro o que do direito positivo francês diz o moderno Josserrand: que ele é, antes de tudo, o direito jurisprudencial, isto é, o direito que se realiza e fora do qual não há ciência, mas romance.

Vencendo todas as dificuldades do tempo, conseguiu Lafayette, com aquelas duas obras, uma construção jurídica imperecível, que ainda hoje, ressalvadas as modernas e vitoriosas tendências sociais, é alimento dos estudiosos e nutrição dos mestres. E ficou sagrado nosso maior civilista. Outros poderão ter tido mais audácia de plano ou mais espírito de sistema. Nenhum, porém, o igualou na precisão dos conceitos e na limpidez da expressão."

Um dos seus biógrafos, Teixeira de Salles, ao discorrer sobre sua obra fundamental, escreveu:

"Depois do jornalista, do panfletário, do filósofo, do crítico, o jurisconsulto se evidencia na pujança surpreendente de uma concepção que maravilha, pela profundidade, que emociona, pela vitalidade de sua estrutura clássica, que envaidece, pela opulência e vigor do seu doutrinamento.

Lafayette, ordenando em um sistema de regras os princípios fundamentais do Direito de Família, fugia à vulgaridade dos

compiladores comuns para impor-se ao conceito dos doutos como um dos mais audazes reformadores da nossa esparsa literatura jurídica.

Logo depois, ainda sob a impressão deslumbradora daquela revelação, a superioridade de uma outra obra de maior significação doutrinária foi a segura confirmação da existência, já àquele tempo, do maior jurisconsulto brasileiro. Sagrava-o, definitivamente, o Direito das Cousas.

Todavia, o que nele mais encanta e fascina, ao lado do sentido humano de sua obra, é, segundo um dos seus melhores panegiristas, 'o saber claro e conciso, a locução densa e breve, a segurança da técnica, o bom e legítimo conhecimento dos romanos e dos nossos clássicos'."

Edmundo Lins, que foi Professor e Desembargador em Minas Gerais, antes de vir a ser Ministro do Supremo Tribunal Federal, dispensou-lhe, na ocasião do centenário do seu nascimento (Archivo Judiciário, vol. XXX, publicação quinzenal do *Jornal do Commercio*, Rio de Janeiro, 1934), as maiores considerações:

"Pela sólida cultura jurídica, insigne, igualmente em todos os ramos da vasta ciência de direito, pelo extraordinário poder da síntese, resultante, sempre, de profundas análises, Lafayette foi e é, ainda, o maior jurisconsulto brasileiro.

A concisão de seu estilo nunca prejudicou a clareza meridiana, que lhe era peculiar.

Diz Horácio, na Arte Poética, que a brevidade tem, em regra, como consequência, a obscuridade: '*Brevis esse labore, obscurus fit*'.

Ocorreu em Lafayette, o contrário: foi a concisão personificada e foi, também, simultaneamente, a clareza que se fez homem.

Um dos talentos mais cintilantes, que Minas produziu no terceiro quartel do século passado, aquele que foi, por todos, conceituado o mais atraente dos nossos *causeurs* – Gastão da Cunha – dizia, sempre, que o cérebro de Lafayette era um verdadeiro filtro.

E acrescentava:

Despejassem-lhe, água lamacenta e sairia limpa, cristalina. Esfregassem-lhe, na cabeça, um carvão e este converter-se-ia no mais belo diamante. Não era menos notável a sua concisão."

E concluiu o emérito Professor e Ministro:

“Onde, porém, não há divergência alguma é em ter sido e ser ainda Lafayette o nosso maior jurisconsulto. É uma questão de fato e de fato técnico.

Solvamo-la, pois, com o testemunho de peritos profissionais. Apresentemos o de dois dos maiores que temos tido.

Pedro Lessa, no já citado discurso de recepção de Alfredo de Pujol:

‘Não sei por que, meu caro confrade, fostes tão avaro nos vossos conceitos acerca da preeminência de Lafayette como jurisconsulto. À Academia provavelmente seria grato ouvir o elogio do seu confrade sob esse aspecto.

Foi aí que ele não teve quem o excedesse pensam muitos ou quem com ele houbesse penso eu. Não lhe conferiu essa primazia unicamente a sua inteligência de rara agudeza, mas em grande parte a sua cultura filosófica e literária, que os seus êmulos não tiveram. Como a Teixeira de Freitas, não lhes faltou a mais profunda instrução ao direito civil. Neste ramo de saber jurídico, que foi o da sua predileção, não teve ensejo de revelar o seu espírito criador; pois, não se lhe outorgou a incumbência, que mereceu mais do que ninguém, de elaborar o nosso código civil. A sua missão foi a de elucidar, metodizar e expor sinteticamente os dogmas do nosso direito. Aí se revelou com o mais intenso brilho a sua argúcia no interpretar as leis, o seu método ao explaná-las sistematicamente, a sua clareza inigualável em ambas essas operações lógicas, a concisão e a elegância do seu estilo exemplar. Com uma erudição profunda e vasta, nunca manifestou preferência por escritores deste ou daquele país: pois, sua divisa era, como deixou escrito, *je prends mon bien ou je le trouve*.

Nada mais contrário à verdade do que isso que já se tem dito, de não lhe serem familiares os jurisconsultos germânicos. Conheceu-os, os melhores, os que podiam dilatar-lhe o círculo do grande saber; e, se os não citava amiudamente, reproduzindo-lhes frases escritas em caracteres tedescos, era porque não lho permitia o delicado gosto literário, nem a lucidez de sua grande inteligência, incompatível com fanáticas predileções, próprias dos espíritos *innenhos*’.

Ruy Barbosa, na réplica às defesas da redação do projeto da Câmara dos Deputados:

‘Quando o Governo incumbiu do Código Civil o Dr. Clóvis Bevilacqua, e este, *audax juventa*, se pôs à espreita de o dar feito em seis meses, eu, que, redator então de uma folha diária, tinha por ofício comentar dia a dia os sucessos mais relevantes, animei-me a alguns reparos já quanto à escolha do codificador, já quanto à sua temeridade em ajustar para empenho tão difícil termo tão escasso. O segundo fundamento da minha censura não há mister justificação: é de evidência palpável. O primeiro, objetando eleição, não desmerecia o valor do eleito. A minha crítica era apenas relativa. Sem fazer pouco nas qualidades do escolhido, no qual enquanto jurista, admirava a capacidade notável, a louvável atividade, a fecundidade múltipla, dada que talvez apressada em demasia, quisera, entretanto, no jurisconsulto, a quem se cometesse aquele trabalho, além das qualidades profissionais, as de homem de letras, com as de homem de estado, e um saber mais feito de experiência, mais largo no descortino, mais amadurecido nos anos e (isto indispensavelmente) o hábito, o gosto, a segurança da correção no idioma nacional. Tais condições me parecia reunirem-se, até, numa pessoa, cujo nome declinei, e cujas provas em todos esses dotes são cabais: o conselheiro Lafayette.’

Em 1941, referindo-se a Lafayette como “o jurisconsulto mineiro”, disse Mendes Pimentel, catedrático, primeiro presidente do Instituto dos Advogados e primeiro Reitor da Universidade de Minas Gerais:

“...o que destaca Lafayette na paisagem jurídica é a medida de brevidade, o feitio singelo, a adaptação precisa, a exposição diáfana, o conhecimento simplificado, facilitando aos estudiosos a compreensão imediata, mesmo nos pontos mais densos, mais áduos, mais enleados. É o que distingue o sinete lafayettino na oficina do Direito. Aí é que ele se torna inigualável.

Rivalizam-se em Lafayette o escritor e o jurista. Sempre o estilo de pureza esterlina, elegante na forma e lúcido na reflexão.

Entretanto, o que mais entusiasma em Lafayette é o humanista, o sentido voltado a todas as conquistas das belas letras, familiar às mais variadas literaturas e aos clássicos mais atraentes.

Nele, o saber não atentava contra a clareza. Antes, com ela se harmonizava, tornando-a mais estética. Quase que se pode dizer que era o matemático da pena. Seus escritos jurídicos são axiomas autênticos, e de argumento em argumento ele leva de modo irresistível o raciocínio à fonte da convicção, sem um laivo obscuro que lhe turve a clareza.

Muito diverso de Rui, é impossível confrontá-los.

Rui é advogado; Lafayette é juriconsulto. Rui é a catadupa, a imaginação exuberante de latino; Lafayette é o arroio, o conceito sóbrio de britânico. Rui fascina; Lafayette convence. Rui provoca o êxtase; Lafayette traz admiração. Rui conduz aos páramos ardentes da inspiração; Lafayette desvenda o cerne da evidência. Rui não hesita em abrir fogo jupiteriano das suas baterias dialéticas, para triunfar sobre o adversário; Lafayette é incapaz de empolgar-se, de perder um instante o senso da realidade. Rui há de ser sempre o cimo da eloqüência; Lafayette será modelo de concisão.”

E finalizou:

“É sem dúvida o juriconsulto de que mais se orgulha Minas Gerais no panorama brasileiro.”

Em artigo publicado no jornal *Estado de Minas* de 18.12.1966, escrito por Paulo Tamm, lê-se:

“Ele era, então, no vigor de seus 32 anos, um homem forte, de figura pesadona abotoada numa sobrecasaca preta, muito estrábico, de nariz adunco armado de grandes óculos e um rosto largo emoldurado por cerrada barba negra e parecia um judeu. Mas, como diz Batista Pereira, ‘quem o observasse de perto, veria que sua expressão, contemporânea dos pergaminhos, era menos judaica que monástica. Não vinha do Ghetto, vinha de S. Mauro. Tinha a máscara dos primeiros humanistas que esmiuçaram, coligiram e salvaram os fragmentos das terras antigas. Curvado o tronco pelas grandes leituras que distendem e vergam a cabeça sobre os ombros parecia pedir o perfil de Dürer: a vela, os cabelos, a tábua do parapeito, as prateleiras de in-fólios de correntes’.”

Vê-se ainda nesse texto:

“A 16 de julho de 1870, se casou com Francisca de Freitas Coutinho, filha de José Júlio de Freitas Coutinho, que, estudante de Direito em Lisboa, e apaixonado miguelista, fora obrigado a fugir para o Brasil, onde concluíra o curso na Academia de São Paulo, casando-se com D. Francisca de Paula, da importante família Marcondes, e se mudara para o Rio, onde chegara a ser grande advogado, tendo uma de suas filhas se casado com Silveira Martins e outra com José Bonifácio de Andrada e Silva.”

Seus familiares, no relato de sua filha Corina e de sua neta Marina Maria, o viam como “um ser extraordinário”, “de inteligência assombrosa”, “muito culto”, calmo, paciente, reflexivo, fumante excessivo, espirituoso e alegre, “só ternura”, embora muitos o afirmassem “fechado, indiferente e casmurro”, mas a inspirar confiança e simpatia aos seus colegas.

Membro da Academia Brasileira de Letras, Cadeira nº 23, privava da admiração do Imperador Pedro II e era amigo do Barão do Rio Branco e de Ruy Barbosa, que o apontou como o jurista a quem deveria ter sido cometida a tarefa de elaborar o nosso Código Civil no início do séc. XX, por sua sólida cultura, experiência e domínio da língua.

No primeiro livro, *Direitos de Família*, cuja segunda tiragem da edição de 1889 ora se reproduz, com a grafia e o vernáculo da época, são de destacar-se, além das suas seções, capítulos, títulos e parágrafos, as doze notas explicativas, inseridas após o texto, assim como a “Introdução”, que bem reflete o Direito existente à época, especialmente no Brasil e em Portugal, com importantes informações, que muito ajudam na compreensão da evolução do nosso Direito e, notadamente, do nosso Direito Civil.

No discurso que proferiu ao tomar posse na Academia Brasileira de Letras, em substituição a Lafayette, na cadeira que pertencera a Machado de Assis, e cujo Patrono era José de Alencar, Alfredo Pujol (apêndice III em *Cartas ao Irmão*, Lafayette Rodrigues Pereira, Coleção Brasileira, vol. 342, Campanha Editora Nacional, com introdução de João Camilo de Oliveira Torres, fls. 217), ao comentar a relevância dessa obra, destacou:

“É o período de elaboração de seu primeiro livro, *Direitos de Família*, que dá a lume em 1869, jurista-filósofo, na maturidade do seu gênio, pesquisa os meandros escuros e confusos das fontes do nosso direito positivo à luz da razão filosófica, investiga os elementos da tradição e dos costumes no sistema inconsistente da legislação pátria, resolve as controvérsias geradas pela incerteza, pela incoerência e pelas lacunas dos textos, e apresenta-nos o quadro coordenado dos preceitos que regem as relações da família em síntese de uma justeza radiante, de uma força de expressão incomparável, de uma técnica perfeita. A clareza é a alma do seu estilo. A simplicidade é o reflexo da sua visão serena.”

Em nota à edição de 1918, datada de 15 de junho daquele ano, já vigente o Código Civil de 1916, observou José Bonifácio de Andrada e Silva, que a atualizou por meio de notas, que “... a última edição do *Direitos de Família*, de Lafayette, foi tirada em 1889, de modo que nenhuma das modificações introduzidas no Direito pela legislação republicana pôde ser incluída nesse trabalho. O egrégio jurisconsulto não quis dar nova edição do seu livro, adaptando-o ao regímen republicano”.

E acrescentou:

“Foi pena que o não fizesse porque, com a profundidade do seu espírito, a vastidão de sua cultura e a pujança de sua mentalidade, aliadas á inexcedível clareza e admirável concisão da sua phrase, teria prestado ás lettras juridicas mais um grande serviço.”

Em relação ao *Direito das Cousas*, de 1887, na edição daquele ano, também lançada no Rio de Janeiro, no volume primeiro, o Autor, ao proclamar a sua admiração pelo Direito Romano, que classifica como “a fonte mais abundante das regras do nosso Direito”, dá-nos uma admirável visão desse ramo do Direito Civil à época e de sua evolução, confessando ter recorrido aos autores nacionais e estrangeiros na busca dessa visão, citando o conselho de Fontenelle, o mesmo lembrado tantas décadas mais tarde por Bobbio: “Ce n’est qu’en montant sur les épaules des autres que nous pouvons voir d’un peu loin.”

No já mencionado discurso de posse na Academia Brasileira de Letras, Alfredo Pujol, referente ao *Direito das Cousas*, afirmou:

“Lafayette vence todos os escolhos de sua grave e penosa tarefa e consegue reunir, numa construção maciça, o conjunto sistemático das disposições que concernem ao direito da propriedade, depuradas das suas imperfeições e das suas contradições, e iluminadas pelas doutrinas e pela exegese dos romanistas modernos.”

No mesmo texto, assinalou Pujol serem as obras *Direitos de Família e Direito das Coisas* “monumentos imorredouros na nossa literatura jurídica, e que ao mesmo tempo enobrecem a nossa língua pela cristalina limpidez e pela concisão lapidar dos seus aforismos e das suas definições”.

Essas obras tiveram tal repercussão no meio jurídico daquela época que inspiraram Francisco de Paula Lacerda de Almeida (Catedrático de Direito Civil da Faculdade Livre de Direito do Rio de Janeiro) a sistematizar a doutrina do *Direito das Obrigações* utilizando-se do método empregado por Lafayette no livro *Obrigações: exposição systematica desta parte do Direito Civil pátrio segundo o methodo dos “Direitos de Família” e “Direito das Cousas” do Conselheiro Lafayette Rodrigues Pereira* (Rio de Janeiro: Revista dos Tribunais, 1916).

Em síntese, os “dois livrinhos” a que se referiu Lafayette e que ora se republicam devido a elogiável iniciativa não só o ajudaram a alçar postos de alto relevo na vida pública brasileira e dar-lhe ainda maior e merecido prestígio social e político, mas também se tornaram clássicos de nossa literatura jurídica, marcos essenciais na história do nosso Direito.

Ministro *Sálvio de Figueiredo Teixeira*

DIREITOS DE FAMÍLIA

POR

LAFAYETTE RODRIGUES PEREIRA

ANOTAÇÕES E ADAPTAÇÕES AO CÓDIGO CIVIL

POR

José Bonifácio de Andrada e Silva



*Oferecido à Biblioteca do Tribunal Federal
de Recursos pelo Presidente Cunha Vasconcellos Filho, em 15 de setembro de 1963.*

EDITORES

Virgílio Maia & Comp.

Rua 7 de Setembro, 38—Rio de Janeiro

—
1948

A ultima edição do *Direitos de Família*, de Lafayette, foi tirada em 1889, de modo que nenhuma das modificações introduzidas no direito pela legislação republicana pôde ser incluída nesse trabalho.

O egregio juriconsulto não quiz dar nova edição do seu livro, adaptando-o ao regimen republicano.

Foi pena que o não fizesse porque, com a profundidade do seu espirito, a vastidão de sua cultura e a pujança de sua mentalidade, aliadas á inexcedível clareza e admirável concisão da sua phrase, teria prestado ás lettras juridicas mais um grande serviço.

No intuito de diffundir ainda mais os ensinamentos do mestre glorioso, resolvemos numa nova edição do seu magnifico — *Direitos de Família* —, fazer, em notas, a adaptação ao Codigo Civil, indicando as reformas e alterações.

Exceptuados os assumptos relativos ao casamento, pôde-se assegurar que as doutrinas expostas por Lafayette estão confirmadas pelo Codigo Civil; suas lições dominam, e prevalecem, pelos melhores fundamentos, os principios por ella defendidos.

O nosso trabalho não é propriamente um commentario, mas uma apresentação das novas disposições, ajustando-as, quanto foi possível, ao *Direitos de Família*, de maneira a pol-o de accordo com a nossa epocha, indicando a consagração legal das suas doutrinas.

Mais pelas lições do mestre do que pelo que fizemos valerá esta nova edição. Houve de nossa parte o desejo, que reputamos louvavel, de facilitar a acção dos que se entregam ao estudo do direito.

Rio, 15 de Junho de 1918.

JOSE' BONIFACIO DE ANDRADA E SILVA.

INTRODUÇÃO

I

No traçar os limites dentro dos quaes se devia encerrar o assumpto deste livro, tivemos sob os olhos a classificação do Direito Civil, modernamente usada na Allemanha e de que foram iniciadores Heise e Thibaut.

Accetámol-a, não porque nos parecesse a mais perfeita, sinão como das inventadas a melhor e a mais accommodada para uma distribuição regular das diversas instituições do Direito Civil.

— Uma idéa mãe, cujas divisões e subdivisões se succedam, umas ás outras, de maneira vinculadas pelos laços da subordinação que as classes posteriores entrem nas anteriores e estas venham a perder-se no tronco commum: eis o typo de uma classificação verdadeiramente scientifica.

O Direito Civil, porém, como tantas outras sciencias moraes, difficilmente se presta a entrar nos quadros de uma classificação assim modelada.

Está a difficuldade na propria natureza do assumpto.

O Direito Civil é um todo organico, cujas partes integrantes são entre si tão intimamente ligadas, que é quasi impossivel dividil-as sem ao mesmo tempo mutilal-as.

Ao demais, os elementos constitutivos dos direitos são de sua natureza invariaveis. Em qualquer grupo, onde por differenças e semelhanças accidentaes se ache collocado o direito, na essencia é sempre o mesmo.

Como, pois, descobrir nos seus elementos substanciaes as bases de uma classificação regular?

Ao contrario: os caracteres secundarios que o direito reveste nas diversas instituições em que funciona, são tão

variadas que é difficil achar delles que por sua generalidade possam servir de principios classificadores.

Por isso, embalde lidam os escriptores por dar ao Direito Civil uma classificação rigorosamente scientifica.

Genio habituado ás mais elevadas cogitações metaphysicas, Leibnitz aventurou-se um dia a resolver a difficuldade, imaginando uma classificação que tivesse por principios determinadores as *causas* geradoras dos direitos.

O celebre philosopho reduziu as *causas* a cinco: natureza, convenção, posse, successão, delicto.

Além de assentar em uma enumeração inexacta, é falso o systema porque a differença de *causas* não determina a *differença* de direitos. (1)

Não preenche tambem os intuitos da sciencia a classificação fundada na differença de direitos — *reaes* e *personas* — classificação tão brilhantemente preconizada por Teixeira de Freitas, o sabio e eminente jurisconsulto, que como a mestre estamos acostumados a respeitar, todos que nos damos a esta ordem de estudos.

Esta classificação tem por base uma noção exacta, deduzida da natureza dos direitos. (2)

Mas não basta que o principio classificador seja fundado na natureza da causa. E' mister ainda que seja sufficiente para determinar a justa distribuição do assumpto em classes,

(1) O mesmo direito póde ter *causas diversas*: ex. o usufructo que provem já de lei, já de contracto e já de testamento.

Direitos diversos nascem ás vezes da *mesma causa*, como a obrigação de indemnisar (direito pessoal) e a hypotheca (direito real), os quaes podem resultar ao mesmo tempo do delicto.

(2) *Direito pessoal* toma-se em dous sentidos. Em sentido lato "direito pessoal é aquelle em que alguém é individualmente o sujeito passivo do direito, ou, em termos mais simples: direito pessoal é aquelle que dá a facultade de constranger individualmente alguém a uma prestação qualquer, isto é, a dar, prestar, fazer ou não fazer alguma cousa". Nesta accepção os direitos *personas* comprehendem os direitos de familia na parte relativa ás *personas*. Vej. § 1.).

Em sentido restricto, direitos *personas* são aquelles a que correspondem obrigações, susceptiveis de apreciação monetaria, e como taes constituem um desmembramento do direito de propriedade.

"Ils appartiennent au droit qui conserne les biens, le patrimoine, parce que ces créances ne sauraient avoir pour object que des prestations qui ont pour le créancier un intérêt appréciable et qui peuvent au besoin être ramenées à une estimation en argent, représentation générale de valeurs qui, composent notre patrimoine." Marezoll, § 48.

nas quaes venham a se agrupar entidades analogas, ligadas por caracteres salientes.

Ha caracteres naturaes que, ou por muito genericos ou por muito individuaes, não servem para fundamentar classificações: — muito genericos, determinam a reunião de cousas profundamente diversas; muito individuaes, não podem dar base para a divisão.

Incorrem na primeira censura os caracteres tirados da natureza *real* e da natureza *pessoal* dos direitos.

“A noção, diz um escriptor, é larga: — todos os direitos, sem excepção, vêm se collocar n’uma ou n’outra categoria.

Mas, estabelecidas as duas grandes divisões, como fazer as subdivisões?

Desloca-se; — não se resolve a difficuldade.

Tem ainda este systema dous graves defeitos.

Ha instituições do Direito Civil que, sem quebrar a sua integridade, não podem accomodar-se em nenhuma das duas categorias. Onde collocar a successão?

Nos direitos reaes?

Nos direitos pessoaes?

Mas a successão abrange ao mesmo tempo direitos reaes e pessoaes. Porque pois, classifical-a antes n’uma do que n’outra categoria?

Em segundo lugar, o principio classificador produz a alliança dos direitos de familia com as obrigações.

Que analogia, porém, que conformidade guarda o casamento, o poder marital, o patrio poder, o estado de filho-familia, a tutela e a curatela, com as obrigações que nascem do contracto, do quasi-contracto, do delicto e do quasi-delicto?

O caracter escolhido não é tão relevado que oblitere as differenças profundas, existentes entre os direitos de familia e as obrigações.

O principio classificador submerge-se no meio de differenças reaes e patentes e dá em resultado uma reunião disparatada de entidades estranhas.

A classificação usada na Allemanha é tambem incorrecta; mas é fóra de duvida que se presta a uma exposição clara das materias: — o que é o primeiro merecimento das classificações. .

Não tem por fundamento, é verdade, um principio superior do qual sejam divisões as classes em que se agrupam os direitos. Mas não se lhe póde recusar a excellencia de distribuir as materias em classes parallelas, em cada uma das quaes se accomoda uma collecção de direitos que se ligam naturalmente por suas affinidades e pelos caracteres exteriores.

Eis a classificação allemã: (1)

PARTE GERAL

1. Pessoas.
2. Causas.
3. Actos Juridicos.

PARTE ESPECIAL

1. Direito das causas. (2)
2. Direito das obrigações. (3)
3. Direitos de familia. (4)
4. Direito de successão. (5)

A criação de uma *Parte geral* para a definição das *pe-soas*, agentes do direito, das *causas*, objectos do direito, dos *actos juridicos*, causas do direito, tem sido geralmente aceita.

E' acerca da distribuição das materias da *Parte especial* que surge a controversia.

Alguns escriptores imaginaram uma quinta divisão para o concurso de preferencias.

Não ha, porém, necessidade desta nova categoria.

O concurso de preferencias é uma phase que a *Execução* póde tomar; pertence, pois, ás leis do processo.

(1) Makeldey, § 120; Marezoll, § 48.

(2) Esta secção comprehende: posse, dominio, seus modos de aquisição e extincção; e os direitos reaes, desmembrados do dominio (*jura in re aliena*) a saber: *emphitheuse*, *servidão*, *usufructo*, *uso*, *habitação*, *antichrese*, *penhor*, *hypotheca*.

(3) *Obrigações e causas das obrigações* (*contractos*, *quasi-contractos*, *delictos*, *quasi delictos*).

(4) *Casamento*, *effeitos do casamento*, *poder marital*, *poder patrio*, *filiação*, *alimentos*, *tutela e curatela*.

(5) *Successão ab intestato e successão testamentaria*.

As questões de prelação e rateio entre os credores são sem duvida reguladas pelos principios do Direito Civil; mas taes principios não constituem uma classe á parte. O penhor e a hypotheca têm o seu logar definido no direito das cousas; os privilegios são expostos a proposito dos direitos a que alludem.

As leis do processo regulam o modo pratico do concurso de preferencias, e ahi estabelecem a classificação dos credores, segundo os principios fornecidos pelo Direito Civil.

II

Alinhar em quadros resumidos os principios de direito que regem as relações de familia, segundo a sua filiação logica, travando-os com as razões que os esclarecem e prendendo-os ás fontes de que derivam: taes são os intuitos do livro que hoje timidamente offerecemos aos que começam a dar os primeiros passos no estudo do Direito Civil.

O estudo directo das fontes e a intelligencia do elemento philosophico das leis — eis a base e a luz das investigações que têm por objecto o Direito Positivo.

O decreto da lei, exposta em sua simplicidade e nudez natural, só poderão interpretar-o em toda a sua extensão os espiritos formados na constante lição do Direito.

As disposições das leis positivas não são sinão corollarios de principios superiores, que constituem a razão, á mente, a explicação do texto escripto.

Estes principios superiores, ou são maximas do Direito Natural, ou são um motivo creado pelas necessidades da sociedade.

Sem a luz do principio superior (razão philosophica ou historica) de que o texto é a consequencia, as disposições leaes se complicam, se emmaranham e se tornam muitas vezes inintelligiveis.

Mas sem o estudo das fontes o espirito perde-se em cogitações vagas, e na ausencia de normas fixas oscilla entregue ás perplexidades da controversia.

III

Bem pobres e mesquinhas, porém, são as fontes do nosso Direito Civil.

Sabem as pessoas dadas a este genero de estudos quão defectivos, incoherentes e disformes são os subsidios que as nossas leis escriptas offerecem para a organização de trabalhos scientificos.

Acerca dos *Direitos de familia* particularmente, não temos lei que regulasse a materia sob um plano systematico e completo.

No esboçar de cada assumpto deparam-se a todo o momento lacunas, que deixam em claro pontos da maior importancia.

Essas lacunas é mister preencher-as com o Direito consuetudinario e com o Romano, corrigido segundo as declarações legaes. (1)

Póde-se, pois, afirmar que um grande numero, sinão a maxima parte dos principios do Direito Civil Patrio, formou-se pelos costumes, pelas decisões dos tribunaes e pela elaboração scientifica.

IV

A nossa legislação escripta, pelo que respeita ao Direito Civil, é em grande parte o resultado da fusão dos costumes com o Direito Romano.

E', porém, tenue e escasso o peculio com que têm contribuido para a formação do Direito Positivo os costumes, que ainda não estão traduzidos em lei escripta.

Sem os requisitos legaes os costumes não constituem fonte authentica de direito. E, pois, só podem ser invocados pela autoridade moral que lhes dá o tempo, a sua conformidade com a indole do Direito e a extensão de sua pratica.

(1) Lei de 18 de Agosto de 1769, §§ 9 e 14; Estatutos da Universidade de Coimbra, L. 2, T. 5, cap. 2 e 3.

Na constante applicação do direito ás hypotheses occorrentes, o poder Judiciario vai dando com as obscuridades e com as omissões da legislação escripta. Não lhe é licito deixar indecisa a questão, ou porque a lei é obscura ou porque é omissa. Cumpre-lhe, pois, por via de interpretação doutrinal e pela combinação dos elementos que lhe fornecem as fontes, aclarar os textos e preencher as lacunas. (1)

Este corpo de doutrina, que se constroe com o trabalho lento dos tribunaes, supposto de um character eminentemente pratico, nasce e se organisa sob o influxo da inspiração scientifica.

A jurisprudencia pratica que herdámos dos tribunaes portuguezes, força é confessar, não tem sido augmentada pelos nossos tribunaes com as accessões que era de esperar e que reclamavam a mudança das instituições, a variedade das circumstancias e os progressos do Direito.

Para esta esterilidade contribuem principalmente duas causas: — a timidez dos magistrados em exercer a faculdade de interpretar o Direito e a falta de um tribunal de *Cassação*.

A timidez do poder Judiciario chegou ao ponto de forçallo a abdicar o direito de entender as leis e a pedir ao Executivo a solução das difficuldades occorrentes!

O Supremo Tribunal de Justiça, como se acha constituido, é impotente para fixar a intelligencia pratica das leis. Falta-lhe a faculdade de *Cassação*: as suas decisões, mesmo no ponto de vista da doutrina, podem ser annulladas pelas Relações revisoras.

Dáhi essa variedade e contradicções perpetuas nos julgados dos nossos tribunaes.

(1) As decisões e praticas dos tribunaes não fazem lei. Carta Regia de 7 de Junho de 1605, § 8º, e lei de 18 de Agosto de 1769, § 14. "A praxe e estylo de julgar e a decisão dos arestos seguida universalmente dos doutores do Reino é o melhor interprete das leis."

Assento de 23 de Março de 1786.

Os Assentos da Casa da Supplicação constituem interpretação authentica, e portanto pertencem ao direito escripto.

VI

Papel importantissimo representa na organização do Direito Civil Patrio a elaboração scientifica.

Tendo por órgãos professores e escriptores, ella gira em uma esphera mais elevada do que a jurisprudencia pratica; obedece á inspiração de uma ordem superior; caminha illuminada pelas luzes da philosophia: — os tribunaes esforçam-se por chamar o Direito ás necessidades da vida; a sciencia lida por approximal-o do seu ideal.

Tem a elaboração scientifica por missão preencher as lacunas das leis escriptas e dar ao Direito uma forma systematica, aperfeçoando-o e pondo-o em harmonia com as necessidades do tempo.

Esta missão ella a desempenha por um trabalho constante sobre os materiaes existentes: — delles extrae os elementos substanciaes, desenvolve-os, combina-os e tira deducções logicas, conforme com o espirito e com o genio do Direito vigente. (1)

Entre nós constituem os materiaes deste trabalho:

As leis escriptas,

Os *estylos* e os costumes, (2)

E o Direito Romano como subsidiario.

VII

A elaboração scientifica do Direito teve em Portugal dias de esplendor e de decadencia, acompanhando parallelamente as letras, as artes e as demais sciencias nas vicissitudes por que passaram.

A escola dos civilistas theoricos do seculo XVI e começo do XVII emulou dignamente com as escolas que tão alto

(1) Marzoll, § 21.

(2) Por *estylos e praxe* entendem-se as praticas dos tribunaes ácerca do processo e tambem o modo pratico de interpretar o Direito.

levantaram por esses tempos os estudos juridicos em França e na Hollanda. (1)

Os seus escriptos são, no geral, notaveis pelas excellencias que caracterisavam a escola Cujaciana.

Mas si, praticando o methodo largo e fecundo de Cujacio, esses grandes escriptores plantaram bôas tradições, todavia fraca e tenue foi a acção que exerceram nos estudos do Direito Patrio.

Era a época em que se renovava com ardor e energia o culto do Direito Romano.

Todos esses escriptores eram romanistas; todos consumiram as suas admiraveis faculdades em explicar e commentar a Instituta, o Digesto e o Codigo.

Alguns, é verdade, como P. Barbosa e Caldas Pereira, prolongaram suas investigações de Direito Romano até o Direito Patrio.

Mas o Direito Patrio occupava a segunda plana e desse contacto sahiu-lhe adulterado e pervertido o espirito e a indole. Deante da preocupação do romanismo e da majestade das leis imperiaes, admiradas e veneradas como a *razão escripta*, os modestos *estatutos locais* perdiam os seus caracteres peculiares, e, por muita honra, eram recebidos como simples restricções do texto romano.

A escola pratica que se formou ao lado dos theoreticos do seculo XVI, si bem que contribuisse com grande peculio para a organização do Direito Patrio, e conte alguns escriptores de nomeada, é muito inferior em merecimento. (2)

Forçada pela necessidade diaria de applicar e explicar o Direito vivo, ella fez do Direito Patrio o objecto de seus estudos.

Mas esses estudos são imperfeitissimos na fórmula e no fundo.

Tomaram o teor da polemica e da controversia; são, pela maior parte, antes discussões de pontos isolados, de hypothe-

(1) Principaes escriptores desta escola — Antonio de Gouvêa (Gouveau), Manoel da Costa, Ayres Pinhel, E. Caldeira, Altamirano, Pedro Barbosa, Caldas Pereira.

Professores — Costa Quintella, Heitor Rodrigues, Vaz Pinto, Gabriel da Costa, F. Caldeira e Ruy Lopes da Veiga.

(2) Alvaro Valasco, Antonio da Gama, Jorge de Cabedo e Melchior Phebo são os mais notaveis escriptores da escola pratica.

ses, de casos occorrentes, do que investigações systematicas e aprofundadas.

Fallece-lhes, de ordinario, a intelligencia intima do genio do nosso Direito; domina-os o falso principio de que as leis patrias não eram sinão méros correctivos do Direito Romano.

No longo espaço que se estende do começo do seculo XVII aos meados do XVIII, periodo fatal á litteratura portugueza, foi quasi total a ruina dos estudos juridicos.

Perderam-se as tradições da escola cujaciana; cahiu em abandono o estudo das fontes; a razão philosophica e historica dos textos foi substituida por um jogo esteril das subtilezas da Gloza. Nos escriptos deste periodo reina uma erudição falsa e de mau gosto e o pensamento cardeal dos monumentos legislativos se confunde e se dilue, emmaranhado n'uma infinidade de distincções, limitações e ampliações, cada qual mais arbitraria. (1)

Os trabalhos desta quadra exerceram uma influencia funesta no Direito: — delles derivam sua origem muitas maximas falsas, que ainda hoje corrompem a nossa jurisprudencia.

Mas afinal surgiram dias mais felizes. As idéas philosophicas, que no seculo XVIII tão rudemente abalaram a França; a paixão ardente e a audacia, com que se renovaram as sciencias ao impulso dos methodos de Descartes e Bacon e as aspirações de reformas profundas e radicaes, que nesses tempos agitavam a Europa, estenderam a acção da sua influencia até o reino do extremo occidente.

Desse grande movimento intellectual são magnificos effeitos os grandes trabalhos do Marquez de Pombal na politica, na administração e no ensino publico.

A reforma da Universidade de Coimbra, consummada pelo grande ministro de D. José I, abriu uma nova éra nos estudos juridicos em Portugal.

O plano para o ensino do Direito Civil Patrio, dado nos Estatutos da Universidade, resumia os intuitos da sciencia naquelle tempo. Lançaram-se os lineamentos de estudos lar-

(1) Pertencem a este periodo Manoel Alvares Pêgas, Cordeiro, Cardoso, Guerreiro, Silva, Moraes e Solano.

gos e profundos. No proprio texto dos Estatutos foi exposto com complacente prolixidade o methodo, a que a Allemanha devia os admiraveis trabalhos de Thomaz, de Boehmero, de Heinecio — methodo que tem por instrumentos a philosophia, a philologia e a historia.

Os progressos da Universidade, cumpre confessal-o, não corresponderam aos intuitos da reforma. As velhas praticas continuaram a oppor tenaz resistencia ao espirito innovador. No ensino, como em politica, é obra lenta e difficil desarraigar habitos inveterados, extirpar os erros da tradição.

Mas, sem embargo, o pensamento da reforma foi por deante.

A Paschoal José de Mello Freire estava reservada a insigne honra de interpretal-o e traduzil-o em realidade.

Paschoal era um homem de genio. Estava preparado para a ardua empreza que commettera. O seu espirito formara-se ao influxo das idéas philosophicas do tempo e na meditação dos escriptos com que a escola Allemã do seculo passado iniciara os trabalhos que foram tão brilhantemente continuados por Thibaut, Hugo e Savigny.

Profundamente versado nas origens do nosso Direito e guiado pelo fanal de uma critica superior, Paschoal levou a luz e a ordem ao cahos, e alcançou reduzir a um corpo de doutrina systematico e regular, claro e simples, o vasto labyrintho da jurisprudencia patria.

Antes de Paschoal jaziam dispersos e mutilados os elementos do Direito Patrio; elle os reuniu, escoimou-os das fezes que os deturpavam, organisou-os, deu-lhes unidade, restituiu-lhes a côr nacional e fundou em Portugal a sciencia do Direito Civil.

As suas obras, verdadeiros monumentos para a época em que foram escriptas, são ainda preciosas; mas os tempos caminharam e ellas hoje não correspondem ao estado da legislação nem aos progressos da sciencia.

Paschoal já repousava no tumulo quando se ergueu em Portugal um escriptor infatigavel, que ousara emular com o grande reformador. Sabe já o leitor que fallamos de Manoel

de Almeida e Souza, conhecido pelo nome de *Lobão*, aldeia onde residia e donde datava os seus escriptos.

Homem de grande talento, Lobão amalgamava em seu espirito qualidades as mais estranhas. Agudo e perspicaz, sem methodo e sem ordem, rude e indigesto, escrevendo n'um estylo barbaro, acrimonioso como um polemista do seculo XVI, ousado e timido ao mesmo tempo, o advogado da Beira, a vastos conhecimentos do Direito Civil e Canonico juntava largas noticias das leis e costumes patrios e grande lição das praticas forenses.

Os seus numerosos e extensos escriptos, em fôrma de *Tratados, Dissertações e Notas*, abrangem quasi todo o cyclo do Direito e do Processo Civil.

Foi elle o primeiro jurisconsulto portuguez que fez uso deste excellent instrumento de interpretação — o estudo da legislação comparada. Para esclarecer e firmar os pontos duvidosos e preencher as lacunas da legislação patria, não raro invoca elle as disposições parallelas dos codigos estrangeiros que haviam sido promulgados até o seu tempo.

Dos escriptores que no seculo passado trataram de accommodar o Direito Romano ao *uso moderno*, colheu magnificos subsidios para illustrar o Direito Patrio.

Mas grandes e graves defeitos maculam-lhe as obras: — desordem na exposição das materias, vulgaridade e incorrecção de linguagem, abuso das citações e por vezes falta de bôa critica para repellir doutrinas falsas.

O desejo de reunir, a proposito de cada assumpto, um grande numero de opiniões, fal-o cahir em repetidas contradicções. E' dahi que provém o dizer-se que suas obras são um arsenal, onde se encontram com igual profusão o pró e o contra.

Lobão exerceu extensa influencia sobre a nossa jurisprudencia. As suas opiniões gosam de certa autoridade no fôro.

Em tempos mais recentes floresceram dous civilistas portuguezes de grande distincção — Manoel Borges Carneiro e José Homem Corrêa Telles.

Espirito mais vasto do que profundo, muito versado na

legislação patria, dotado de notavel senso juridico, B. Carneiro deixou-nos um bom tratado do Direito das Pessoas.

Esse livro, rico de erudição e de extensas noticias das leis patrias, seria um bello monumento si tivesse mais rigor scientifico, mais elevação, e si as suas syntheses não afrouxassem, diluidas n'uma serie infinda de divisões e subdivisões, que só servem para emmaranhar o assumpto.

As investigações de B. Carneiro pelos dominios da legislação patria trouxeram para a sciencia materiaes importantes, que jaziam ignorados e perdidos.

Corrêa Telles era um talento exacto, uma intelligencia concisa, ornada de bôa erudição juridica, mas sem grande propensão para os estudos especulativos.

Das suas publicações a melhor incontestavelmente é a *Doutrina das acções*.

Nesta obra, é verdade, o seu trabalho consistiu em accommodar ao fôro portuguez o primoroso opusculo de Boehmero — *De Actionibus*; mas fel-o com criterio e saber.

O *Digesto Portuguez* resente-se da precipitação com que foi escripto. E' má a distribuição das materias; os assumptos não são deduzidos em sua ordem logica e natural; a doutrina trasladada no texto nem sempre é a fiel interpretação do Direito vigente: omisso em uns pontos, prolixo em outros, falta-lhe o espirito de unidade e de systema.

Sem embargo, é um livro de valor.

O *Commentario critico á lei da bôa razão* é a obra em que melhor reflectem as qualidades e os defeitos de Corrêa Telles: bom senso, justeza de idéas, clareza e concisão; mas embalde hão de procurar nesse opusculo a discussão que penetra o intimo do assumpto e ilumina-o com as luzes de uma razão superior.

Taes são em rapidos traços os principaes escriptores portuguezes que têm cooperado para a elaboração scientifica do Direito Civil Patrio.

Entre nós Brasileiros não ha muito gosto para o estudo do Direito Civil.

A politica attrae os grandes talentos. A gloria modesta do civilista se offusca diante dos fulgores da gloria do orador

parlamentar e do jornalista. Só uma vocação energica e decisiva pôde afastar a intelligencia das luctas brilhantes e estrondosas da carreira publica para central-a nos estudos solitarios do Direito Cível, estudos tão difficeis e trabalhosos, mas tão pouco estimados.

Todavia temos já uma pleiade brilhante de jurisconsultos da maior distincção. (1)

VIII

Organizado com elementos tão inconsistentes, sobre a base de uma legislação escripta insufficiente, acanhada e cheia de omissões, o corpo do nosso Direito offerece largo campo para a controversia,

Dahi a perplexidade, a duvida e a contradicção.

Nesta variedade e encontro de opiniões, como formar a consciencia e fixar normas claras e firmes?

A methodologia juridica indica-nos um processo profundamente racional: — tomar por guias os principios directa e immediatamente deduzidos das fontes, e o criterio que dá a indole e o genio do Direito vigente.

E' nesse toque que devem ser contratados os costumes, as praticas forenses, as opiniões dos escriptores e as disposições parallelas dos codigos estrangeiros. (2)

Foi esse o methodo que na medida de nossa fraqueza empregámos na composição deste livro.

O resultado absolutamente não corresponde ao intuito. O instrumento era excellente, mas o obreiro não soube maneja-lo.

(1) Entre outros, Augusto Teixeira de Freitas, João Chrispiniano Soares, Agostinho Marques Perdigão Malheiro, F. de Paula Baptista, Joaquim Ignacio Ramalho, são com justa razão contados entre os mais illustres jurisconsultos brasileiros.

Os trabalhos de Teixeira de Freitas, pela profundidade das investigações, pela audacia do pensamento e pela riqueza de erudição, competem com o que de melhor se tem publicado no estrangeiro.

Os diversos escriptores Perdigão Malheiro recomen-dam-se pelo estudo consciencioso e aprofundado das materias, pela justeza das idéas e pela concisão do stylo.

(2) Para a composição deste livro consultamos um grande numero de escriptores antigos e modernos, nacionaes e estrangeiros. Delles

E' difficil comprehender e dominar o pensamento alheio, como é o da lei. E' difficil percorrer, sem fraquear uma e muitas vezes, tão longa serie de assumptos, de si mesmos complicados e abstrusos.

Mil inexactidões, pois, nos terão escapado. Para ellas pedimos a benevolencia dos homens versados neste genero de estudos.

Elles não de reprehender a nossa ousadia; mas não de perdoar os nossos erros.

adoptámos francamente as opiniões que nos pareceram mais justas, consignando-as no texto e citando de ordinario a obra de que foram extrahidas.

Por vezes allegámos o Codigo Civil Portuguez, o qual deve ter para nós mais autoridade do que os outros codigos estrangeiros.

O Codigo Civil Portuguez em substancia não é sinão a codificação do Direito Civil Portuguez preexistente, completado em suas lacunas e augmentado com as reformas que os progressos da sociedade exigiam.

E, é de notar que no geral o dito codigo resolveu no sentido mais justo e razoavel muitas duvidas e difficuldades que, ou por obscuridade ou por omissão da antiga legislação, faziam o tormento dos interpretes.

§ 1. *Noção dos Direitos de família .*

A divisão do Direito Civil, hoje conhecida sob o título — *Direitos de família*, — tem por objecto a exposição dos principios de direito que regem as relações de família, no ponto de vista da influencia dessas relações não só sobre as *pessoas* como sobre os *bens*.

O *casamento*, fundamento legitimo da família; o *patrio-poder*; o *estado civil* das *pessoas*; a *tutela*, criação artificial para suprir a authoridade do chefe de família e a *curatela*, instituição destinada a proteger os que estão inhibidos de governarem suas *pessoas* e *bens*; taes são, em geral, os assumptos que formão o quadro dos *Direitos de família*. (1)

a) O Codigo Civil trata deste assumpto na Parte Especial do Titulo Primeiro sob esta epigraphe—*Direito de Família*. A noção de família é em nosso direito a mesma de que nos dá noticia MACKELDEY no seu Manual de Direito Romano, § 538, nestas palavras: Os direitos de família se occupam das relações de família e de sua influencia sobre a *pessoa* e os *bens* daquelles que se lhe acham sujeitos. As relações de família comprehendem o *casamento*, o *patrio poder* e até certo ponto a *tutela* e a *curatela*.

(1) Veja-se Makeldey, *Droit Romain*, § 538; Marezoll *Droit Privé des Romains*, § 81 e 158.

SECÇÃO PRIMEIRA

Do Casamento

CAPITULO PRIMEIRO

DOS ESPONSAES

§ 2. *Natureza dos esponsaes.*

O casamento pode ser precedido de esponsaes.

Denomina-se em direito — *esponsaes* — a promessa que o homem e a mulher reciprocamente se fazem e aceitação de se casarem em um prazo dado. (1)

Acto preliminar, os esponsaes tem por fim assegurar a realização do casamento, dificultando pelas solemnidades que os cercão, o arrependimento que não seja fundado em causa justa e ponderosa.

Constituem os esponsaes um verdadeiro contracto e, pois, lhes são applicaveis as regras de direito acerca da essencia dos actos juridicos.

Assim que podem ser annullados, por motivo de incapacidade d'um dos contrahentes, como a que provêm de demencia (2); por falta de consentimento livre e serio (3); por dolo ou por erro sobre a pessoa ou sobre as qualidades essenciaes della (4).

(1) Fr. 1. D. de sponsalibus. (23. 1): Sponsalia sunt mentio et re-promissio nuptiarum futurarum.

(2) Fr. 8. D. tit. eod.; B. Carneiro, L. 1º Tit. 10 § 96 n. 9.

(3) B. Carneiro, cit. § 96 n. 3.

(4) B. Carneiro cit. § 96 n. 4. O erro sobre as qualidades essenciaes da pessoa é qualificado segundo a natureza do contracto e a convenção das partes. Ha erro sobre qualidade essencial da pessoa, se, por exemplo, a esposa é escrava e o esposo ignorava; si no contracto se declarou que a esposa é viuva sem filhos e verifica-se depois que ella tem filhos.

§ 3. *Pessôas que podem contractar esponsaes.*

Da natureza dos esponsaes, acto que tem por objecto a realisação do casamento, resulta que só são capazes de contractar esponsaes as pessoas que, sendo maiores de sete annos, (5) podem de futuro contrahir entre si justas nupcias. (6)

Os filhos familias, porem, e os menores de vinte um annos, quer legitimos, quer illegitimos, não podem validamente contrahi-los sem o consentimento de seus paes, tutores ou curadores. (7)

Da denegação de consentimento pelo pai, tutor ou curador ha recurso para o juiz de orfãos que pode dar ou recusar a licença pedida. (8)

Os maiores de vinte um annos, que não estão sob o patrio poder, são obrigados á solicitar o consentimento paterno, tão sómente por dever de obediencia e respeito filiaes; mas a negação da licença não os inhiibe de celebrarem os esponsaes. (9)

§ 4. *Das formalidades dos esponsaes.*

No intuito de cercar o acto de garantias, que evitem a irreflexão e lhe dêem o character de plena authenticidade, a

(5) Fr. 14, D. de sponsalibus (23. 1) C. 7. 8. X de desponsal impub. (4. 2).

(6) Fr. 60 § 5 D. de ritû nupt. (23. 2): Cum qua nuptiæ contrahi non possunt, hæc plerumque nequidem despondere potest.

O impubere maior de sete annos pode contrahir esponsaes mas não casamento. Provem isto da differença de idades que a lei requer como condição de capacidade para um e outro acto.

Havendo entre os esposos impedimento para casamento os esponsaes não podem ser contrahidos, senão sob a condição de obterem dispensa legal. Lei de 6 de outubro de 1784. § 3.

(7) Lei de 6 de outubro de 1784, § 4.

(8) Lei cit. ibidem; lei de 22 de setembro de 1828, art. 2, § 4; Reg. de 15 de março de 1842, art. 5. § 5.

A provisão de consentimento incorpora-se á escriptura de esponsaes. Lei cit de 6 de outubro de 1784, § 4.

Segundo a dita lei (§ 5) é secreto o processo do supprimento de consentimento pelo juiz.

lei prescreve que na celebração dos esponsaes se observem as formalidades seguintes:

1. O contracto esponsalico deve ser reduzido á escriptura publica, lavrada pelo tabellião do lugar. (10)

2. A escriptura deve ser assignada pelos contrahentes, por seus paes (11), e na falta destes, pelos tutores ou curadores, e por duas testemunhas ao menos. (12)

3. Todavia, residindo o tabellião a mais de duas leguas do lugar da habitação dos contrahentes, póde o contracto fazer-se por escripto particular, assignando, além das pessoas referidas, quatro testemunhas.

O escripto particular, não sendo reduzido á escriptura publica dentro de um mez, deixa de valer. (13)

Estas solemnidades são substanciaes; a omissão, pois, de qualquer dellas acarreta a nullidade do contracto e de todas as promessas, pactos e convenções que por ventura lhe tenham sido acrescentadas. (14)

Na escriptura esponsalicia, além da expressa declaração de que forão feitas e aceitas as promessas reciprocas com inteira liberdade e sem a menor coacção, se devem consignar:

1. Os nomes dos paes dos contrahentes;
2. a idade dos contrahentes;
3. o logar onde nasceram e foram baptisados;
4. a freguezia em que residem.

5. E, se são parentes, a natureza e o grau de parentesco, accrescentando-se, no caso do parentesco importar impedimento, a clausula de que se obrigão á obter a dispensa legal. (15)

(9) Cit. lei de 6 de outubro de 1784 § 6. Esta disposição comprehende tambem os filhos illegitimos, reconhecidos ou legitimados. Com esta modificação deve ser entendido o § 3 do Assento de 9 abril de 1772.

(10) Lei de 6 de outubro de 1784, § 1°.

(11) O pai pode se fazer representar por procurador com poderes especiaes.

(12) Lei cit. de 6 de outubro, *ibidem*. São tambem competentes para lavar estas escripturas os escrivães dos juizes de paz, nos casos em que fazem as vezes de tabelliães. Lei de 30 de outubro de 1830.

(13) Cit. lei de 6 de outubro de 1784, § 2.

(14) Cit. lei, § 1°.

(15) Cit. lei, § 3.

§ 5. *Pactos e condições que se podem additar aos esponsaes.*

E' licito aos contrahentes juntarem ao contracto esponsalicio quaesquer condições, pactos ou clausulas que não forem contrarias ás disposições das leis e á natureza e fim do casamento. (16)

A condição impossivel ou torpe invalida o contracto. (17)

Pode-se restringir o effeito dos esponsaes a certo praso. (18)

E' permittido estipular-se indemnisação pecuniaria para ser paga pelo esposo que se arrepende sem justa causa (19).

Não está em uso entre nós o darem ou prometterem os contrahentes *arrhas esponsalicias* (20) para penhor e segurança do casamento, se bem que uma semelhante pratica não é prohibida por lei (21)

No silencio dos contrahentes a respeito do destino das arrhas, prevalecem as disposições seguintes:

Realizando-se o casamento, voltão as arrhas ao conjuge que as deu (22) ou confundem-se na communhão dos bens, segundo o regimen que foi adoptado. (23)

Não se realisando o casamento:

Por justa causa; restituem-se as arrhas aos contrahentes ou a seus herdeiros: (24)

Por injusta causa; o contrahente culpado restitue as que recebeu e perde para o innocente as que deu, e se não deu nenhuma, é obrigado á dar outro tanto das que recebeu. (25)

(16) Ord. L. 4, T. 4 6 pr.; Lei de 6 de outubro de 1784, § 1º.

(17) B. Carneiro L. 1º T. 10, § 97, n. 5.

(18) B. Carneiro, cit. § 97, n. 6.

(19) Cit. lei de 6 de outubro de 1784, § 8.

(20) Arrhas esponsalicias como penhor e garantia da realização do casamento são cousa muito diversa de arrhas no sentido usual do nosso direito (Ord. L. 4, T. 47.) Valasc. Consult. 2 n. 3..

(21) Ord. L. 4 T. 46 pr.; Mello Freire, L. 2, T. 9 § 28.

(22) Const. 3.5. C. de spons. et arrh. spons. (5.1.) As arrhas têm por fim assegurar a realização do casamento. Realizado o casamento, perdem a razão de ser (*causam*); é pois logico que voltem ao que as deu.

(23) Ord. L. 4, Tit. 65 in fin. (arg).

(24) Const. 15. C. de donation. ant. nupt. (5. 3.)

(25) Const. 3.5. C. de spons. et arrh. spons., (5.1.) Mello, loc. cit. § 27, nota.

§ 6. *Effeitos dos esponsaes.*

Póde acontecer que, depois de assignada a escriptura de esponsaes, um dos esposos por uma dessas subitas variações de vontade, tão proprias da mobilidade do espirito humano, mude de resolução e se recuse a cumprir a promessa feita.

Força-lo nestas circumstancias a contrahir as nupcias ajustadas fôra contrariar d'uma maneira cruel a natureza e os fins do casamento, preparando d'est'arte um futuro de luctas, de odios e de perturbação no seio d'uma sociedade onde só devem reinar o amor, a paz e a mais intima união.

D'ahi provem que a obrigação resultante dos esponsaes não é absoluta, senão alternativa.

Assim que a cada um dos contahentes compete acção:

Ou para exigir o cumprimento da promessa feita,

Ou para pedir a indemnisação devida pela quebra da promessa. (26)

A obrigação de indemnisar, porem, cessa, havendo justa causa para o repudio. (27)

A indemnisação, no caso de não ter sido taxada na escriptura, deve ser arbitrada pelo juiz segundo as circumstancias occorrentes. (28)

A promessa, em falta de estipulação sobre prazo, só pode ser exigida até dous annos depois da data dos esponsaes. (29)

A acção que resulta dos esponsaes é a de assignação de dez dias (30); torna-se, porem, ordinaria, se a indemnisação subsidiariamente devida é illiquida. (31)

(26) Lei de 6 de outubro de 1784, § 8

(27) Citada lei. *ibidem*.

(28) Cit. lei de 6 de outubro de 1784, § 8. Lobão. Acç. Sum. § 696 e seguintes nos quaes explica em que consistem os damnos emergentes e lucros cessantes.

(29) Fr. 2. D. de sponsalib. (23.1); Const. 2. C. de repudiis (5.7); Digest. Port. P. II. art. 73.

(30) Lei de 6 de outubro 1784, § 6.

(31) E' incompetente a acção de assignação de dez dias para demandar quantias illiquidas: Ord. L. 3, T. 25; Pereira e Souza, nota 957.

§ 7. *Dissolução dos esponsaes.*

Os esponsaes dissolvem-se:

- 1.º Pela morte d'um dos contrahentes;
- 2.º Pela superveniencia de impedimento para o casamento; (32)
- 3.º Pela falta da condição imposta; (33)
- 4.º Expirado o prazo marcado ou o legal, sem reclamação dos contrahentes; (34)
- 5.º Pelo mutuo dissenso; (35)
- 6.º Pela recusa d'um dos esposos fundada em justa causa. (36)

Constituem justa causa para a recusa: a enfermidade, ou contagiosa ou repugnante, ou a que inhabilita para os misteres da vida; a infidelidade; a impudicicia, e, em geral, todos os vicios e costumes torpes. (37)

E' porem de notar que estas causas não valem, senão ou quando occorrem depois, ou quando já existião ao tempo da celebração dos esponsaes, mas erão ignoradas. (38)

a) Neste primeiro capitulo da secção primeira, Lafayette estuda a materia dos esponsaes, sua natureza, as pessoas que os podem contractar, as suas formalidades, os pactos e condições que se lhes podem additar, os seus effeitos e a sua dissolução. Toda esta materia passou a ter apenas valor historico, visto como o Codigo Civil não contém disposições relativas ao contracto esponsalicio.

No dominio do direito antigo, embora pouco usado, era elle preliminar ao casamento, sendo então exigidas certas formalidades e regras, ás quaes já o Decreto n. 181 do Governo Provisorio deixou em abandono. Prevalciam no periodo anterior a 1889, e ficaram inteiramente revogadas de-

(32) B. Carneiro L. 1º, T. 10, § 99, n. 6. Tal é o recebimento de ordens sacras; a entrada em religião approvada; o casamento com outra pessoa.

(33) B. Carneiro, cit. § 99, n. 7.

(34) Este modo de dissolução equivale ao mutuo dissenso.

(35) B. Carneiro, cit. § 99, n. 1.

(36) B. Carneiro, cit. § 99, n. 2.

(37) B. Carneiro, cit. § 99, n. 3; D. Port. P. II. art. 68.

(38) Dig. Port. P. II. art. 66, 67, 68 e 69.

A dissolução dos esponsaes nos casos acima referidos realisa-se sem dependencia de sentença ou de qualquer solemnidade. B. Carneiro, cit. § 99 n. 8.

pois da proclamação da Republica, cujo governo, a 24 de Janeiro de 1890, expedira aquelle decreto 181, regulando o casamento civil sem a menor allusão aos esponsaes.

Outros Codigos dispõem sobre o contracto esponsalicio. O Codigo hespanhol art. 47 — *A lei não reconhece esponsaes de futuro. Nenhum tribunal civil ou ecclesiastico admittirá demanda sobre elles.*

O Codigo austriaco, arts. 45 e 46 — *Uma promessa de matrimonio não tem outra consequencia legal senão dar logar a uma acção para haver os damnos reaes por sua falta de execução occasional.*

O Prussiano, tit. 1, Parte 2, art. 75 a 105, *autorisa acção para o mesmo afim de obter uma satisfação legal, multa, e até prisão, conforme as circumstancias.*

O Codigo italiano dispõe sobre o assumpto nos arts. 53 e 54 e o Francez nada dispõe a este respeito.

O Codigo portuguez, art. 1.067, estatúe: “ *São nullos os contractos em que as partes se obrigam para o futuro debaixo do titulo de esponsaes, desporios ou qualquer outro, a contrahir casamentos, quer haja, quer não, estipulações de clausulas penaes.*”

CAPITULO SEGUNDO

CASAMENTO; DIVERSAS ESPECIES; SOLEMNIDADES DA CELEBRAÇÃO

§ 8. Noção do casamento

O casamento é o acto solemne pelo qual duas pessoas de sexo differente se unem para sempre, sob a promessa reciproca de fidelidade no amor e da mais estreita communhão da vida. (39)

Legitimar a procreação da prole, envolvendo no véo do direito a relação physica dos dous sexos é, certo, um dos principaes intuitos do casamento; mas o fim capital, a razão de ser desta instituição, está nessa admiravel identificação de duas existencias, que confundindo-se uma na outra, cor-

(39) Fr. 1.º D. de ritu. nup. (23.2): *Nuptiæ sunt conjunctio maris et foeminae et consrotium omnis vitæ: divini et humani juris communicatio.* § 1.º J. de patr. potest (1.9): *Nuptiæ sive matrimonium est viri et mulieris conjunctio, individuam vitæ consuetudinem continens.* C. 3. C. 27. q. 2.: *Consensus cohabitandi et individuam vitæ consuetudinem retinendi conjuges facit.*

rem os mesmo destinos, soffrem das mesmas dores e compartem, com egualdade, do quinhão de felicidade que a cada um cabe nas vicissitudes da vida

O casamento, attenta a sua natureza intima, não é um contracto, antes differe d'elle profundamente, em sua *constituição*, no seu modo de ser, na duração e alcance de seus effeitos.

O casamento abrange a personalidade humana inteira; crêa a familia; funda a legitimidade dos filhos; dá nascimento a relações que só se extinguem com a morte: os direitos e obrigações que d'elle resultão trazem o cunho da necessidade e, no que dizem respeito ás pessoas, não podem ser alterados, modificados ou limitados pelo arbitrio dos conjuges.

Os contractos, ao contrario, tem por objecto actos individuaes, temporarios; interesses materiaes, ephemeros e susceptiveis de apreciação monetaria. Os direitos e obrigações que delles derivam, são regulados pela vontade das partes e por consenso dellas podem ser alterados ou supprimidos. (40)

Ha porem um ponto de contacto entre o casamento e o contracto e é: que para a formação d'um e de outro, é mister o consentimento das partes. E' d'ahi que provêm o erro daquelles que pretenderão regular o casamento e definir-lhe os effeitos pelos principios que regem os contractos.

Certo, no que diz respeito ao consenso da vontade das partes, são applicaveis ao casamento os principios geraes de direito que regulão a liberdade, a certeza e a manifestação do consentimento em materia de contractos; (41) mas fôra desconhecer-lhe a natureza intima equipara-lo aos contractos para regula-lo como se fôra uma convenção. (42)

Instituição da maior importancia pela magnitude e ex-

(40) Savigny, Droit Rom. § 141; Lord Robertson, Notas á Ferguson.

(41) Nuptias enim, non concubitus, sed consensus facit. Ulpiano. Estas palavras alludem tão somente á necessidade do consentimento para a formação do casamento.

(42) Os jurisconsultos romanos não consideravão o casamento como contracto. No systema de sua classificação o casamento toma lugar, não na theoria dos contractos, mas na parte que tracta do estado civil das pessoas. (Gaius, Com. 1 n. 108; Inst. L. 1.ª Tit. 10.)

tensão de seus efeitos na vida social, o casamento entra naturalmente na esphera do 'direito' civil.

Assim que: a lei civil é competente para marcar-lhe as condições de validade, estabelecer as solemnidades de sua celebração e definir-lhe os efeitos.

a) A noção do casamento, em face do Código Civil, é diversa da que nos expõe LAFAYETTE, quando não o considera um ~~facto que nos expõe LAFAYETTE, quando não o considera um~~ contracto. Embora os seus efeitos sejam em grande numero eguaes aos do direito anterior, o casamento é hoje um perfeito contracto para o qual estão fixadas regras e formalidades. Ha, por certo, no fundo desse contracto, influindo no intimo dos contractantes, a noção elevada e purissima que dominava o casamento segundo a concepção antiga.

Conservando a sua elevação, o principio superior que o domina, o casamento, deante do direito actual, é um contracto, cuja celebração perante a autoridade e observadas regras determinadas produz importantes efeitos na vida social.

Elle crêa a familia legitima, sendo, pois, a base fundamental da familia.

§ 9. *Intervenção do elemento religioso no casamento.*

Não ha seita religiosa que não considere o casamento como um factu de sua competencia e que não tenha estabelecido para sua celebração um systema de prescripções.

O christianismo, desde sua fundação, chamou-o á si e o elevou á dignidade de sacramento.

D'ahi os constantes esforços da igreja catholica para regula-lo e subtrahi-lo á acção do poder temporal.

E' inquestionavel o direito que á cada religião pertence, de regular a intervenção do elemento divino no casamento, marcando-lhe as condições de validade e a forma, para que o acto se torne perfeito ante suas prescripções e possa receber a graça que lhe é prometida.

Mas é, tambem, fóra de toda a duvida que, por sua natureza e por seus efeitos na vida social, entra o casamento na esphera das attribuições do Estado, o qual, para fixar-lhe a forma, condições e efeitos, em quanto acto civil, tem tanta competencia quanta para regular o estado das pessoas,

a organização da propriedade, as sucessões e os demais assumptos do dominio do Direito Privado.

Facto religioso, o casamento é da competencia da autoridade religiosa; acto civil, é da alçada do Estado.

O Estado não pode interferir nas prescripções da religião acerca do casamento. A religião nada tem que ver com as disposições da lei civil que entendem com o casamento. (43).

Assim que:

Nenhuma seita religiosa pode exigir que o Estado só aceite como valido o casamento celebrado conforme ás suas prescripções. Consagrar em lei uma semelhante pretensão seria plantar no seio da legislação uma tyrannia cruel e intoleravel, que acarretaria para os que não professão a religião favorecida, a usurpação do direito de fundar familia legitima, direito que por congenito com o homem não ha na terra poder com autoridade para desconhecê-lo e abolil-o!

O Estado a seu turno não tem o direito de impôr que os contrahentes se casem segundo as prescripções da religião que professão. A observancia dos deveres religiosos deve ser deixada á liberdade de consciencia. A coacção sob qualquer fórma, neste assumpto, disvirtua o acto aos olhos da moral e da propria religião, e dá lugar á scenas de ignominiosa hypocrisia.

Deante da lei do Estado, o casamento deve ser um acto meramente civil, sem character religioso, accessive a todas ás pessoas, que se mostrem legalmente habilitadas.

O Estado não pôde, não tem o direito de forçar a consciencia do individuo para aceitar antes uma religião do que outra. Não pôde, pois, privar do direito de fundar familia legitima aos que não professão a religião preferida.

Tal é a verdadeira doutrina.

Entretanto não tem ella podido triumphar de preconceitos antiquissimos e profundamente radicados.

Entre muitos povos prevalece ainda o principio de que a autoridade religiosa é a unica competente para marcar as

(43) Vej. os Estudos de A. Herculano sobre o casamento civil.

formalidades do casamento, assistir á sua celebração e julgar da sua validade, limitando-se a legislação temporal a definir-lhe os efeitos puramente civis (44).

§ 10. *Diversas formas de casamento*

No estado actual do Direito Civil Brasileiro só são recebidas como validas e capazes de efeitos civis as três seguintes fórmulas de casamento:

1. O casamento catholico, celebrado conforme o concilio Tridentino e a constituição do arcebispado da Bahia; (45)

2. O casamento mixto, isto é, entre catholico e pessoa que professa religião dissidente, contrahido segundo as formalidades do Direito Canonico; (46)

3. Finalmente, o casamento entre pessoas pertencentes ás seitas dissidentes, celebrado de harmonia com as prescripções das religiões respectivas. (47)

Prevalece, pois entre nós, a doutrina que attribue á religião exclusiva competencia para regular as condições e a fórmula do casamento e para julgar da validade do acto.

Todavia, a recente lei ácerca do casamento entre os membros das seitas dissidentes, consagrou uma innovação que cumpre assignalar: passou para a autoridade civil a faculdade de dispensar os impedimentos e a de julgar da nullidade desta fórmula de casamento. (48)

a) Deante do Codigo Civil, artigos 180 e seguintes do Titulo Primeiro, nenhum valor juridico tem o casamento religioso, nem qualquer das fórmulas de casamento a que LAFAYETTE

(44) Vej. a Nota 1 no fim do volume.

(45) Decret. de 11 de setembro de 1564; Lei de 8 de abril de 1569; ord. L. 4, T. 46 § 1º; Lei de 3 de novembro de 1827.

(46) B. Carneiro, L. 1º. T. 13 § 127 n. 11; Aviso n. 491 de 21 de outubro de 1865 e n. 495 de 25 do mesmo mez e anno; Av. de 20 de julho de 1867 e circular da mesma data.

O casamento mixto é contrahido segundo as formalidades essenciaes do Concilio Tridentino. E' portanto nos termos de nossa legislação um casamento valido.

(47) Lei n. 1144 de 11 de setembro de 1861, e decreto n. 3.069 de 17 de abril de 1863.

(48) Cit. lei de 11 de setembro de 1861, art. 1º. § 4; cit. reg. de 17 de abril de 1863, art. 9 e seguint.

allude no § 10. O Código estabeleceu as regras para a celebração do casamento e os seus efeitos; fel-o observando a Constituição de 24 de Fevereiro de 1891, art. 72 § 4, que assim dispõe: *A Republica só reconhece o casamento civil, cuja celebração será gratuita.*

Logo que foi proclamada a Republica a 15 de Novembro de 1889 e expedidos diversos actos conformes ao novo regimen, como o da separação da Igreja do Estado, o Governo Provisorio vio a necessidade de providenciar sobre o casamento, instituição fundamental da sociedade. Foi então expedido o Decreto n. 181 de 24 de Janeiro de 1890, segundo o qual, pelo artigo 108, só o casamento civil tinha valor. O artigo 108 preceitua: *Esta lei começará a ter execução desde o dia 24 de Maio de 1890, e desta data por diante só serão considerados validos os casamentos celebrados no Brasil, si o forem de accôrdo com as suas disposições.*

Paragrapho unico. *Fica, em todo caso, salvo aos contraentes observar, antes ou depois do casamento civil, as formalidades e cerimoniaes prescriptas para a celebração do matrimonio pela religião delles.*”

Depois desse decreto, ainda sobre o casamento civil, o Governo Provisorio expedio o de 26 de Junho de 1890 determinando nos artigos 1º e 2º:

“O casamento civil, unico valido nos termos do art. 108 do decreto n. 181 de 24 de Janeiro ultimo, precederá sempre ás cerimoniaes religiosas de qualquer culto, com que desejem solemnizar-o os nubentes.

O ministro de qualquer confissão que celebrar as cerimoniaes religiosas do casamento antes do acto civil, será punido com seis mezes de prisão e multa da metade do tempo.

Paragrapho unico. No caso de reincidencia será applicado o duplo das mesmas penas.”

A precedencia do casamento civil estava assim obrigatoria e ainda foi confirmada pelo art. 284 do Código Penal, quando punia com prisão celllular por um a seis mezes e multa de 100\$ a 500\$000 ao ministro de qualquer confissão que celebrasse as cerimoniaes religiosas do casamento antes do acto civil.

Taes disposições foram derogadas pelo artigo 72, §§ 4º e 7º da Constituição Federal. Reza o § 7º — *Nenhum culto ou igreja gozará de subvenção official, nem terá relações de dependencia, ou alliança com o governo da União ou dos Estados.*

JOÃO BARBALHO, nos seus commentarios á Constituição Federal, e OLIVEIRA ESCOREL, no seu Código Penal Brasileiro sustentam que está em vigor o artigo 284 do Código Penal. Preferimos seguir a opinião de JOÃO VIEIRA, Código Penal

Interpretado, do DR. VIRGILIO DOMINGOS DA SILVA, Direito, Julho de 1894, do Dr. OSCAR MACEDO SOARES, nas suas Anotações ao Código Penal, do Dr. AZEVEDO MARQUES, Revista de Jurisprudencia, Outubro e Novembro de 1900. A verdade jurídica, em nosso conceito, está nos Avisos de 15 de Abril e 20 de Junho de 1891. Neste o Governo declarou ao Governador do Estado de Santa Catharina: Recommendo-vos que façais ver ao juiz de direito da comarca de São Paulo de Blumenau que sendo o Código Penal de data anterior à Constituição da Republica, o art. 284 desse Código não pôde ter execução depois do art. 72 §§ 4º e 7º da mesma Constituição, pelos quaes as cerimoniaes religiosas de qualquer confissão podem ser celebradas antes ou depois do acto civil, como convenha aos nubentes e que assim deve cumprir o que foi determinado em aviso-circular de 15 de Abril ultimo, expedido para a boa execução das leis. — *Antonio Luiz Affonso de Carvalho.*

Da disposição constitucional — art. 72 § 4º — proveio a necessidade do Código Civil prescrever as formalidades para o casamento civil, unico que pôde produzir effectos nas relações de familia.

TITULO PRIMEIRO

DO CASAMENTO CATHOLICO

§ 11. *Por que lei é regulado o casamento entre os catholicos?*

Para que os casamentos dos catholicos possam ser recebidos como validos e produzir effectos civis, é mister que sejam celebrados segundo a forma estabelecida pela igreja catholica. (§ 10).

Assim, pois, são entre nós reguladas pelo Direito Canonico as condições de idoneidade dos contrahentes catholicos, as solemnidades do acto e as questões de nullidade que lhe dizem respeito.

O casamento entre catholicos se inicia, se perfaz e termina no dominio do Direito Canonico: a lei temporal toma-o das mãos da igreja; recebe-o feito e acabado e marca-lhe tão sómente os effectos civis

a) Nestes paragraphos, LAFAYETTE estudà as varias fórmãs de casamento indicando as condições e normas relativas ao

casamento catholico (11 a 19), ao casamento mixto (20 a 23) ao casamento acatholico (24 a 26).

De nenhum delles trata o Codigo Civil que, nos termos da Constituição, só tem que regular o casamento civil para o qual fixou as formalidades preliminares no art. 180. No direito actual todo casamento celebrado no Brasil tem de observar essas formalidades e se prova pela certidão do registro feito ao tempo de sua celebração (art. 202 do Cod.) ou si foi contrahido fóra do Brasil, perante agente consular, por certidão do assento no registro do consulado (art. 204, paragrapho unico).

§ 12. *Das qualidades e condições para se poder contrahir o matrimonio catholico.*

Tomando por base a natureza juridica e o caracter moral do casamento, as prescripções divinas e considerações d'uma ordem elevada, o Direito Canonico estabelece uma serie de condições sem o preenchimento das quaes o casamento não pôde ser legalmente contrahido.

A falta de qualquer daquellas condições recebe o nome de *impedimento*.

Os impedimentos são ou *dirimentes* ou *prohibitivos*. (49)

Dirimentes são aquelles cuja infracção acarreta a nulidade do casamento. (50)

Prohibitivos ou *impedientes* são os que, suposto sejam um embaraço legal á celebração do casamento, todavia não o invalidão, embora não tenham sido dispensados. (51).

Os *dirimentes* dividem-se em *absolutos* e *relativos*.

Absolutos se dizem os que importão inhabilidade para contrahir casamento com quem quer que seja (52).

Relativos são os que impedem o casamento com pessoa determinada. (53)

a) CANDIDO DE OLIVEIRA censura, quer o decreto 181, quer o Codigo Civil, por não fazerem "a classificação dos impedi-

(49) Monte, Direito Eccl. § 936.

(50) *Vetant facienda; facta retractant.*

(51) *Impediunt fieri; facta tenent.*

(52) Monte, § 943.

(53) Monte, § 943.

mentos em dirimentes e impedientes, confundindo a incapacidade para o casamento com a prohibição de casar e fazendo prohibições cujos effeitos são diversos”. Não ha realmente no Capitulo II, art. 183, do Codigo Civil, o methodo e a clareza convenientes, mas embora sem fazer expressamente a distincção dos impedimentos, já consagrada pelos escriptores, o Codigo, dentre os que enumera, incluye aquelles que determinam desde logo a nullidade do acto e aquelles que podem motivar a annullação.

Ha, pelo Codigo Civil, os impedimentos do art. 183. Quer dizer que para o casamento ha condições essenciaes ou necessarias; faltando as primeiras não ha casamento, e faltando as segundas, embora exista, o casamento é annullavel (ZACHARIAE, Tomo 4, § 450, nota 33; CHACON, Codigo Civil Chileno pag. 93). Esses impedimentos constam — os dirimentes absolutos, produzindo nullidade absoluta, dos ns. I a VIII do art. 183; os dirimentes relativos, dependentes de annullação, dos ns. IX a XII e os impedientes, isto é, que impedem a celebração do casamento, mas não determinam a nullidade, dos ns. XIII a XVI.

§ 13. *Dirimentes absolutos sob a relação da capacidade.*

Não póde o casamento ser validamente celebrado, faltando a um ou a ambos os contrahentes capacidade para contrahi-lo.

Reputão-se *incapazes* todos os que não são por lei declarados *incapazes*.

São incapazes de se casar :

1. Os impuberes (menores de quatorze annos, sendo homens; de doze, sendo do sexo feminino.) (54)
2. Os impotentes; (55)
3. Os castrados; (56)
4. Os que já são casados; (57)

(54) C. 7. 10. X. de desponsation. impub. (4.2.) Todavia precedendo licença, o impubere que está proximo á puberdade, pode casar *si malitia supplet aetatem*.

(55) C. 2. C. 33. q. 1. E' mister que a impotencia seja incuravel. anterior ao casamento, e que tenha sido ignorada do outro contrahente. C. 2, 3, 4. X. de frigidis. (4. 15.)

(56) Const. Cum frequenter, Sixti V, an. 1589.

(57) S. Math. 19, 6.; C. 2. C. 34. q. 1.

5. Os clérigos de ordens sacras maiores: (58)
6. Os que entram em religião aprovada e se ligão por voto solenne de castidade; (59)
7. Os loucos de todo o genero, emquanto perdurar a loucura. (60)

a) São incapazes de se casar:

as mulheres menores de 16 annos e os homens menores de 18 (art. 183 n. XII). O Decreto 181 de 24 de Janeiro de 1890 fixava a idade nupcial em 14 annos para as mulheres e 16 para os homens; o projecto Clovis estabelecia respectivamente 15 e 18, mantendo o projecto revisto da Camara dos Deputados a disposição do Decreto n. 181. O Senado emendou, adoptando a idade de 16 annos para as mulheres e 18 para os homens, tendo a Camara dos Deputados accitado a emenda.

— O Codigo Civil, art. 218, torna annullavel o casamento, se houve por parte de um dos nubentes, ao consentir, erro essencial quanto á pessoa do outro, e no art. 219, § 3º, considera erro essencial a ignorancia anterior ao casamento, de defeito physico irremediavel.

O Decreto 181 de 24 de Janeiro de 1890, art. 72, § 3º, designava expressamente a impotencia, o que tambem fez o Codigo italiano, art. 107 — “L’impotenza manifesta e perpetua. quando anteriore al matrimonio, puó essere proposta como causa di nullità dall’altro conjuge.” O Codigo Civil adoptou o systema do Codigo francez, não referio designadamente a importancia, mas empregando as palavras—*defeito physico irremediavel* — a incluiu como um motivo para annullação do casamento.

CLOVIS BEVILACQUA, no vol. II, pag. 89, dos seus Commentarios, diz: “O Decreto n. 181, de 1890, punha em relevo a impotencia como defeito physico em condições de annullar o casamento. O Codigo Civil preferio não mencionar essa enfermidade, contentou-se com a indicação geral do defeito physico, irremediavel, anterior ao casamento.

(58) Concil. Trident. Sess. 24, canon de sacram. matrim. O recebimento de ordens sacras não annulla o casamento anterior, ainda mesmo não tendo sido consummado; a lei canonica, sómente pune aquelle que se ordena depois de casado. Const. unic. Extravag. Joan. XXII de voto, in VI.

(59) C. unic. de voto et vot. redempt. in VI (3. 5.). O voto solenne de castidade desfaz o casamento anterior, não estando ainda consummado. Concil. Trident. sess. cit. canon 6. E’ esta a unica hypothese em que o direito canonico estabelece differença entre casamento consummado e não consummado com effeito pratico.

(60) Mont. Direit. Eccles. § 945.

Entre os defeitos desse genero mencionam os autores o sexo dubio, as deformações genitales e a impotencia. Esta póde ser *cœndi, generandi vel concipiendi*. Sômente a primeira, quando irremediavel e antecedente, deve ser considerada como defeito physico annullatorio do matrimonio. A esterilidade, que aliás não realiza a condição de anterioridade exigida pelo Codigo, não constitue deformidade, que justifique a annullação do casamento. A esterilidade impede a realização de um dos fins do casamento, a procreação, mas nenhum obstaculo offerece á união affectiva dos conjuges, e nessa é que está a essencia do matrimonio.”

3. Entre os defeitos physicos irremediaveis a que se refere o art. 219 § 3 do Codigo deve ser incluído o que resulta da castração. Os *castrati*, aquelles cujos testiculos foram esmagados ou arrancados, são absolutamente incapazes para o casamento, nem podem preencher o seu fim principal, que é a procreação.

4. O Codigo civil, art. 183, VI, inclue entre os que não podem casar as pessoas já casadas. Ficou mantido o direito existente e seguido o das nações mais cultas, amparado pelas doutrinas de escriptores eminentes. Os codigos estrangeiros, em geral, adoptam o mesmo principio.

O de Portugal, art. 1.073, estabelece que não podem contrahir casamento os ligados por casamento não dissolvido. O Codigo italiano, art. 56 — Non puó contrarre altre nozze chi é vincolato da un matrimonio precedente.” O Codigo francez (art. 147): Não se póde contractar um segundo casamento antes da dissolução do primeiro.” O da Hollanda (art. 84) dispõe: o homem não póde ao mesmo tempo ter mais de uma mulher, nem a mulher mais de um marido.” O Codigo allemão, no art. 1.309, estabelece que ninguem póde contractar casamento antes da dissolução ou annullação do casamento precedente.

Todos elles, como o nosso, consagram a doutrina mais conforme á moral. PORTALES, na exposição dos motivos em que justificava o Codigo civil francez, explanava seguros conceitos: Os nossos costumes são contrarios a que, subsistindo o primeiro casamento valido, possa contrahir-se um segundo enlace. A multiplicidade dos maridos ou das mulheres póde ser autorizada em certos climas; não é legitima em caso algum. Teria como consequencia necessaria a escravidão de um sexo e o despotismo do outro. Introduziria nas familias uma confusão e desordem que contagiariam todo o corpo social; affronta todas as idéas e desfigura todos os sentimentos; tira ao amor todos os seus encantos; repugna á essencia mesma do casamento, isto é, á essencia de um contracto pelo

qual os esposos tudo se dão: corpo e coração. Approximando-se dos paizes em que a polygamia é permittida, afasta-se da moral. Assim, a maxima, em virtude da qual não se pôde contractar um segundo casamento, emquanto o primeiro subsiste, constitue o direito universal de todas as nações policiadas.”

O nosso direito sempre consagrou taes principios, antes e depois da Republica. Antes, no Imperio, era esse o direito civil, e o Codigo Criminal de 1830 punia com trabalho por um a seis annos e multa correspondente á metade do tempo a quem contrahisse matrimonio segunda ou mais vezes sem se ter dissolvido o primeiro. Proclamada a Republica, o Decreto 181 de 1890 dispoz no art. 7 § 2º não poderem se casar as pessoas que estivessem ligadas por outro casamento ainda não dissolvido; e o Codigo Penal de 1890, no art. 283, impõe a pena de prisão cellular por 1 a 6 annos áquelle que contrahir casamento mais de uma vez sem estar o anterior dissolvido por sentença de nullidade ou por morte do outro conjugue. E' o crime de bigamia.

5 e 6. O Codigo Civil não mantem, nem podia manter taes disposições que só se justificavam no casamento com o caracter religioso.

7. Pelo direito actual, Codigo Civil, art. 183, n. IX, não podem casar as pessoas por qualquer motivo coactas e incapazes de consentir ou manifestar, de modo inequivoco, o consentimento. Ahí estão incluídos os loucos, não só esses, como ainda todos quantos estejam impossibilitados de manifestar o seu consentimento, como pôde acontecer com o ébrio, com o surdo-mudo.

POTHIER, no seu *Traité du Contract du mariage*, n. 92, escreve: Il est evident que les personnes qui sont entièrement privées de l'usage de la raison, soit par la folie, soit par imbecilité, sont absolument incapables de contracter mariage, qu'elles sont incapables de donner un consentement qui est de l'essence du mariage, de même que tous les autres contracts.

Lorsque la folie d'une personne a des intervalles lucides, cette personne ayant pendant ce temps l'usage de la raison, il n'est pas douteux que le mariage qu'elle contracterait pendant ce temps, serait valable.”

LAFAYETTE entende que são incapazes de casar os loucos de todo o genero, emquanto perdurar a loucura. Admitte, pois, com o escriptor francez, os intervallos lucidos. O Codigo Civil dispõe no art. 5, n. II, que são absolutamente incapazes de exercer pessoalmente os actos da vida civil os loucos de todo o genero, e não faz referencia alguma a momentos de

lucidez. Dahi se conclue que o louco, esteja ou não dçcretada a interdicção, uma vez constatada a enfermidade, é pessoa incapaz de contrahir o matrimonio.

§ 14. *Dirimentes absolutos quanto ao aconsentimento.*

O casamento, suposto se distinga do contracto, tem por base o consentimento reciproco dos contrahentes.

O consentimento deve ser livre, sério e manifestado d'uma maneira inequivoca. (61)

E' portanto nullo o casamento:

1.º Se o consentimento d'um dos contrahentes foi extorquido por violencia (*vi*) ou por ameaça (*metu.*) (62)

2.º Se houve erro, fosse ou não filho de dolo, sobre a identidade da pessoa, ou sobre qualidade á ella inherente tal, que se fosse previamente conhecida, teria exercido, segundo presumpções rasoaveis, decisiva influencia na deliberação do contrahente illudido, como é, por exemplo, a condição servil, a enfermidade de espirito. (63)

Tanto nos casos de violencia e ameaça como no de erro, pôde a nullidade resultante ser sanada pela ulterior acquiescencia dos contrahentes, expressa ou tacita. (64)

a) O Codigo Civil quer, como o direito anterior, que o consentimento para o casamento seja livre e espontaneo.

No art. 194 se diz que presentes os contrahentes, em pessoa ou por procurador especial, juntamente com as testemunhas e o official do registro, *o presidente do acto*, OUVIDA AOS NUBENTES A AFFIRMAÇÃO DE QUE PERSISTEM NO PROPOSITO DE CASAR POR LIVRE E ESPONTANEA VONTADE, *declarará effectuado o casamento*. Não era diverso o pensamento do Decreto n. 181 de 1890, art. 26. O consentimento espontaneo e livre constitue base fundamental de todo o contracto e, pois, do contracto matrimonial.

No art. 197, o Codigo dispõe: “A celebração do casamento será immediatamente suspensa, si algum dos contrahentes:

(61) C. 5. X. de sponsalib et matrim. (4. 1.)

(62) C. 6. 15. X eod. tit.: “Metus qui potest in virum constantem cadere. Concil. Trident. (Sess. de reformat. matr. cap. 9; Fr. 1. 2., 3. 5. D. quod metus causa (4. 2.): Metum accipiendum Labeo dicit, non quemlibet timorem, sed maioris malitatis.

(63) C. 2. X. de eo qui duxit in matr. (4. 9.) A respeito de erro sobre qualidade da pessoa a pratica é mui restricta e circumspecta.

(64) C. 2. X. de conjugio serv. (4. 9.): C. 21, de sponsalib. et matr. (4. 1.)

- I Recusar a solemne affirmação de sua vontade.
- II Declarar que esta não é livre e espontanea.
- III Manifestar-se arrependido.

Paragrapho unico. O nubente, que por algum destes factos, dêr causa á suspensão do acto, não será admittido a retractar-se no mesmo dia.”

Este artigo é reproducção textual do art. 201 do projecto adoptado pela Commissão Especial da Camara dos Deputados e conserva a orientação do Decreto 181 de 1890, cujo art. 32 estatúe:

“Si no acto do casamento algum dos contraentes recusar repetir a formula legal, ou declarar que não se casa por sua vontade espontanea, ou que está arrependido, o presidente do acto suspendel-o-á immediatamente, e não admittirá retractação naquelle dia.”

Sendo necessario o consentimento livre e espontaneo, não pôde prevalecer o casamento cujo consentimento é obtido por violencia ou ameaça. Confirma-se a doutrina de LAFAYETTE. O Codigo Civil inclue, entre as pessoas que não podem casar, *as por qualquer motivo coactas* (Art. 183 n. IX), e torna annullavel o casamento contrahido com infracção desse numero. Essa annullação do casamento contrahido pelo coacto só pôde ser promovida pelo proprio coacto e a acção prescreve em seis mezes contados do dia em que cessou a coacção. (Codigo, art. 210 § 1º; art. 178 § 5º.)

Domina o mesmo principio de direito romano, do direito canonico, emfim do antigo direito.

“Il y a dans celui qui contracte un mariage qu'on le contraint de contracter, une espèce de volonté de le contracter; il donne une espèce de consentement à ce mariage. Mais ce consentement est un consentement imparfait, qui n'est que l'effet de la contrainte, et qui concourt avec une volonté contraire qu'il a de ne pas le contracter, s'il n'y était pas contraint. Ce consentement imparfait, que donne au mariage celui qu'on contraint par violence à le contracter, n'est pas suffisant pour le contracter valablement.

Le consentement nécessaire pour la validité du mariage est un consentement parfait, un consentement libre et spontané, qui est incompatible avec la violence qu'on emploierait pour l'extorquer suivant cette règle de droit: Nihil tam contrarius est consensui, quam vis et metus; L. 116, fr. de Reg. Jur.”

— O Codigo Civil, art. 218, prescreve: “E' tambem annullavel o casamento, si houvé por parte de um dos nubentes, ao consentir, erro essencial quanto á pessoa do outro.”

Acrescenta o art. 219: “Considera-se erro essencial sobre a pessoa do outro conjuge:

I, o que diz respeito á identidade do outro conjuge, sua honra e boa fama, sendo esse erro tal que o seu conhecimento ulterior torne insupportavel a vida em commum ao conjuge enganado.

II, a ignorancia de crime inafiançavel, anterior ao casamento, e definitivamente julgado por sentença condemnatoria.

III, a ignorancia, anterior ao casamento, de defeito physico irremediavel ou de molestia grave e transmissivel, por contagio ou herança, capaz de pôr em risco a saúde do outro conjuge ou da sua descendencia.

IV, o defloramento da mulher, ignorado pelo marido.

Art. 220. — A annullação do casamento, nos casos do artigo antecedente, ns. I, II e III, só a poderá demandar o outro conjuge, e no caso do n. IV só o marido.

São estas as disposições que consagram o principio exposto neste paragrapho. O Decreto 181 de 1890 era menos claro e explicito. Nos arts. 71, 72 e 73 estabelecia:

(71) Tambem será annullavel o casamento quando um dos conjuges houver consentido nelle por erro essencial em que estivesse a respeito da pessoa do outro.

(72) Considera-se erro essencial sobre a pessoa do outro conjuge:

I, a ignorancia do seu estado;

II, a ignorancia de crime inafiançavel e não prescripto, committido por elle antes do casamento;

III, a ignorancia de defeito physico irremediavel e anterior, como a impotencia, e qualquer molestia incuravel ou transmissivel por contagio ou herança.

(73) A annullação do casamento, nos casos do artigo antecedente, só pôde ser pedida pelo outro conjuge dentro de dous annos contados da sua data, ou da data desta lei, si fôr anterior a ella.”

— O Codigo considera o erro quanto á identidade da pessoa, quanto á honra e quanto á boa fama.

São qualidades inherentes á pessoa, com relação ás quaes, havendo erro, pôde ser annullado o casamento. Claro é que vai ficar ao criterio dos tribunaes a apuração de taes questões, sem duvida da maior gravidade, sobretudo tratando-se de um contracto como o do casamento, de alcance e effeitos sociaes extraordinarios.

Sobre a identidade de pessoa, a doutrina do Codigo é a do direito anterior que nos seus Elementos de Direito Ecclesiastico Brasileiro, § 984, MONTE synthetisou nestas palavras:

“Distinguem-se tres especies de erro relativamente ao matrimonio, dois dos quaes sómente, o primeiro e o terceiro, são um impedimento dirimente, a saber, erro de pessoa, erro de qualidades, e erro de condição, condição servil. O erro de pessoa, que é quando o homem ou a mulher casa com aquella ou aquella com quem não tencionava casar, annulla o matrimonio por falta de consentimento da parte que foi enganada; é um impedimento de direito natural e que os canones estabelecem. Todavia é um impedimento que depende da parte tiral-o, mudando de vontade, porque si o que foi enganado acerca do consorte, não obstante quer viver com elle, o matrimonio está realisado. Jacob casou com Lia por surpresa do seu sogro Labão, quando elle queria casar com Rachel, irmã de Lia; Jacob, porém, ratificou o primeiro casamento.”

Esse motivo para annullação do casamento sempre foi admittido. O Conselheiro CANDIDO DE OLIVEIRA, estudando o assumpto, doutrina: “O erro sobre a pessoa physica, isto é, sobre a identidade physica de um dos esposos, verifica-se quando por uma substituição realizada no momento da celebração do casamento, um dos conjuges recebe por esposo pessoa differente daquella com quem queria matrimoniar-se.

A razão é clara e simples. Havendo mudança de pessoa, não póde dar-se o accordo de vontades, o consentimento livre, espontaneo e sincero entre as partes que realmente pretendiam casar.

— Quanto ao erro sobre a qualidade da pessoa, o Codigo precisou a *sua honra* e *boa fama*, sendo o erro tal que o seu consentimento ulterior torne insupportavel a vida em commum ao conjuge enganado.

Nos seus commentarios, fórmula CANDIDO DE OLIVEIRA esta pergunta: A nullidade deverá ser pronunciada deante de qualquer erro sobre a honra e a bôa fama do outro conjuge? Evidentemente não, responde o eminente juriscônsulto. Para rescindir um contracto de tão alta relevancia como o matrimonio, é preciso que o erro seja immensamente grande e a causa delle inherente ao proprio individuo e não constitua um accidente.

— O caso do n. II do art. 219 é perfeitamente justificavel; já constava do Decreto n. 181 de 1890.

Effectivamente o erro de uma pessoa desposando outra condemnada por crime inafiançavel, devêra ser motivo para desfazer o casamento.

— O n. III do art. 219 comprehende além de defeito physico irremediavel, o caso de molestia grave e transmissivel por

contagio ou herança, capaz de pôr em risco a saúde do outro conjuge ou de sua descendencia.

CLOVIS BEVILACQUA assim commenta o dispositivo: “A ignorancia da molestia grave e transmissivel constitue, igualmente, erro essencial, quando preexiste ao casamento. O Decreto n. 181, de 1890, referia-se a molestias incuraveis, o que restringia mais as possibilidades de annullações de casamentos do que a gravidade a que se refere o Código. Aliás, no circulo de relações, de que aqui se trata, o direito attende, principalmente, é ao contagio, á transmissibilidade. Quer defender a saúde do outro conjuge, ou da sua descendencia e evitar que o mal se propague. O conceito da gravidade pôde ser vacillante, mas não o será de tal modo que inutilize os intuitos da lei, principalmente porque o legislador teve o cuidado de a caracterisar pelas palavras: capaz de pôr em risco a saúde do outro conjuge ou de sua descendencia. A transmissibilidade pôde se effectuar por contagio ou por herança.”

PONTES DE MIRANDA, no seu Direito de Familia, pag. 32. decompõe o dispositivo em dois casos distinctos de ignorancia: 1º, defeito physico irremediavel; 2º, de molestia grave e transmissivel, por contagio ou herança, capaz de pôr em risco a saúde do outro conjuge ou de sua descendencia.

No primeiro caso estão incluídos a impotencia, as deformidades, etc.; mas taes molestias devem ter, para o effeito da annullação do casamento, o caracter de *irremediaveis*, além de ser preciso que o outro conjuge prove a *ignorancia* desse defeito, anterior ao casamento. No segundo caso, estão implicitos o cancro, a tísica pulmonar, a lepra, etc.; mas cumpre notar que o mal deve ser de indole que ponha em risco quando contrahido por contagio, ou recebido hereditariamente, a saúde do outro conjuge, ou dos descendentes. Tambem nessa circumstancia deve o conjuge provar a *sua ignorancia anterior á data do casamento*. Quanto ao criterio de apreciação medica, em se tratando de defeito physico, determina a lei que seja incuravel ou irremediavel, para se poder admittir a annullação do casamento; e, em se tratando de molestia, que seja grave e transmissivel.”

— Igualmente o erro em relação á mulher, que se suppunha virgem, justifica a annullação do casamento. Este caso não foi incluído no Decreto 181, do Governo Provisorio, mas o Código o estabelece no art. 219, n. IV. Trata-se de uma qualidade essencial que corrobora a honestidade e a pureza da mulher; a sua falta, conhecida pelo marido antes do contracto, certamente influiria no seu animo para não realisá-lo.

§ 15. *Dirimentes relativos.*

Estas proibições decorrem em primeiro lugar do parentesco.

Entre parentes o casamento é prohibido:

1. Na linha recta, entre ascendentes e descendentes consanguineos *in infinitum* (65); entre affins no 1º grau (66), e entre o adoptante e a adoptada. (67)

2. Na linha collateral, entre os consanguineos ou affins até o 4º gráo inclusive (68); até o 2º sómente se a affinidade provém de copula illicita. (69)

3. Entre homem e mulher vinculados pela quasi affinidade que resulta do matrimonio rato, até o 4º gráo inclusive (70); sómente no 1º gráo, vindo a quasi-affinidade de esponsaes. (71)

4. Entre os que se achão ligados por parentesco espiritual. (72)

Vêm depois as proibições que resultão de certos factos criminosos, as quaes se podem reduzir aos impedimentos seguintes:

5. Entre o conjuge que mata o outro conjuge e o cúmplice com quem concertára o crime para o fim de se casarem: (73)

(65) Fr. 53, D. de ritu nupt. (23. 2); § 1.º J. de ritu nupt. (1. 10); Cons. 17 C. de nupt. (5. 4). Direito sempre aceito pela igreja catholica. Walter, § 304.

(66) Entre o padrasto e a enteada; a madrastra e o enteado; entre o sogro e a nora; a sogra e o genro. Pratica fundada em costume antiquissimo. Monte, § 971.

(67) O impedimento é perpetuo: não se extingue pela emancipação do adoptado. É igualmente perpetuo entre o adoptante e a mulher do adoptado, e entre a mulher do adoptante e o adoptado. Fr. 14 pr. e § 1º, D. de ritu nupt. (23. 2.) A adopção não está em uso entre nós.

(68) C. 9. X. de consanguin. et aff. (4. 14.) Cessa o impedimento, estando um dos contrahentes no 5º gráo. C. 10, X. eod. tit.

(69) Concil. Trident. Sess. 24: de reformat. matr. cap. 4.

(70) Mont. § 973. Subsiste o impedimento, ainda que o matrimonio rato tenha sido julgado nullo, uma vez que não seja por falta de consentimento.

(71) Concilio Trident. Sess. cit. cap. 3. O impedimento proveniente de esponsaes importa prohibição no 1º gráo assim na linha recta como na collateral.

(72) Concil. Trident. Sess. cit. cap. 2. A cognação espiritual provém do baptismo e da confirmação: produz impedimento: 1º entre os padrinhos e afilhados, 2º entre os pais do baptisado e os padrinhos.

(73) C. 1. X. de conversionib. infidelium (3. 33.) Homicidio sem adulterio.

6. Entre o conjuge adúltero e o seu cúmplice, tendo havido promessa, ainda em vida do conjuge innocente, de se casarem; (74)

7. Entre o conjuge adúltero e o cúmplice do adúlterio, tendo sido a morte do conjuge innocente causada por um ou por ambos elles, para o fim de se casarem. (75)

E' ainda o casamento prohibido:

8. Entre o raptor e a raptada, salvo se a raptada, posta em liberdade, consente; (76)

9. Entre catholicos e pessoas que não são baptisadas. (77)

a) As disposições do Código Civil que regulam o assumpto deste parágrafo são as seguintes:

Art. 183. — Não podem casar:

I, os ascendentes com os descendentes, seja o parentesco legitimo ou illegitimo, natural ou civil;

II, os affins em linha recta. seja o vinculo legitimo ou illegitimo;

III, o adoptante com o conjuge do adoptado e o adoptado com o conjuge do adoptante.

Trata-se de parentesco legitimo ou illegitimo, natural ou civil. Segundo LAURENT, vol. 2, n. 347, dos *Principes de Droit Civil Français*, o parentesco é o laço que une duas pessoas mediante relações resultantes da natureza ou da lei. Divide-se em natural ou civil. O parentesco natural liga os filhos naturaes e seus descendentes aos respectivos pae e mãe. O parentesco natural é simples, quando deriva do commercio carnal de duas pessoas, que poderiam casar; é adúlterino quando resulta do commercio de duas pessoas das quaes uma, pelo menos, estava vinculada por um casamento anterior —; é incestuoso quando proveniente do commercio entre duas pessoas que não poderiam casar, por serem parentes, ou allia-dos em gráo prohibido pela lei.

O parentesco civil provém da adopção, e criação da lei, prevalece entre o adoptante e o adoptado, e os descendentes daquelle; não se estende aos parentes do adoptante.

O parentesco mixto é ao mesmo tempo natural e civil, chama-se legitimo porque nasce do casamento; existe entre

(74) C. 4. C. 33. q. 1. Adúlterio e promessa de casamento.

(75) Gratian. ao C. 1. C. 33. q. 1. Adúlterio e homicidio.

(76) C. 7. X. de raptorib. (5. 17.)

(77) C. 17. C. 28. q. 1.; Const. "Singularis nobis." Benedict. XIV

§§ 9 e 10

os filhos, respectivos paes e mãe e todos os parentes destes ultimos.”

IV, os irmãos, legítimos ou illegítimos, germanos ou não e os collateraes, legítimos ou illegítimos, até o terceiro grão inclusive.

V, o adoptado com o filho superveniente ao pae ou á mãe adoptiva.

Cumpra ter em vista os artigos do Codigo relativos ás relações do parentesco.

Art. 330. — São parentes em linha recta, as pessoas que estão umas para com as outras na relação de ascendentes e descendentes.

Art. 231. — São parentes, em linha collateral, ou transversal, até o sexto grão, as pessoas que provêm de um só tronco, sem descenderem uma da outra:

Art. 332. — O parentesco é legitimo, ou illegitimo, segundo procede, ou não de casamento; natural, ou civil, conforme resultar da consanguinidade, ou adopção.

Art. 333. — Contam-se na linha recta, os grãos de parentesco pelo numero de gerações, e, na collateral, tambem pelo numero dellas, subindo, porém, de um dos parentes até ao ascendente commum; e descendo, depois, até encontrar o outro parente.

Art. 334. — Cada conjuge é alliado aos parentes do outro pelo vinculo da afinidade.

Art. 335. — A afinidade, na linha recta, não se extingue com a dissolução do casamento, que a originou.

Art. 336. — A adopção estabelece parentesco meramente civil entre o adoptante e o adoptado.

— Do art. 183 n. 1 se conclue que ficou mantida, na linha recta, a prohibição do casamento entre ascendentes e descendentes consanguineos, e do n. II que foi ampliada a prohibição entre affins, não podendo se casar uma pessoa com os ascendentes legítimos ou illegítimos do seu conjuge nem com os parentes em linha recta, legítimos ou illegítimos d'outra com quem mantenha relações illicitas. Desse mesmo artigo, na referencia ao parentesco civil, resulta que é prohibido o casamento entre o adoptante e a adoptada. A adopção cria entre um e outra uma relação civil identica á da paternidade e filiação, estabelece um vinculo importante, do qual decorrem direitos e obrigações. Os Codigos, que a estabelecem, prescrevem o impedimento.

— Do art. 183 n. IV resulta que não podem casar — irmãos, nem sobrinhos com tios, sendo estes irmãos do pai ou da mãe, sejam legítimos ou illegítimos. MERLIN, *Repertoire de Jurisprudence*, vol. 7, verb. Frère, doutrina: “Cha-

mam-se irmãos germanos os que nasceram dos mesmos pais. Consanguíneos, aquelles cujo parentesco só vem do lado paterno. Uterinos, os irmãos derivados da mesma mãe. A qualidade de irmão natural (illegítimo) resulta do nascimento, a qualidade de irmão legítimo promana da lei, isto é, serein os paes ligados pelo vinculo do casamento.”

O Decreto 181, de 1890, só prohibia o casamento dos collateraes até o 2º gráo e o projecto primitivo do Codigo Civil, art. 218, n. 4, não inciua prohibição para collateraes do 3º gráo. Mas no Senado, em proposta de RUY BARBOSA, aceita definitivamente, a Commissão opinou nestas palavras: “A emenda additiva ao art. 187 n. IV representa uma conquista do direito. O casamento de collateraes até 3º gráo repellido pela sciencia tem dado logar á degeneração da familia brasileira, e o exemplo dos Codigos portuguez, francez, hespanhol e suisso, para outros não citar, deve, como acontece, ser seguido pelo Codigo Civil Brasileiro.”

— Com relação ao impedimento do n. V do art. 183 — o adoptado com o filho superveniente ao pae ou á mãe adoptiva — a razão decorre das regras do proprio instituto da adopção. Os Codigos italiano e francez consagram o principio. LAURENT, no seu *Droit civil français*, escreve: No sentido genuino, só ha parentesco civil entre o adoptante e o adoptado; a lei, todavia, amplia as relações resultantes da adopção quando se trata do casamento, por motivos identicos aos que presidem á afinidade; é o receio de que a vida em commum facilite relações culposas, desde que a lei não contraria a esperança de sanal-as mais tarde pelo casamento.”

— Não prevalece, no direito actual, o impedimento resultante do parentesco espirital que estabelecia o direito antigo.

— Nas prohibições resultantes de factos criminosos, o Codigo Civil inclue:

Art. 183 n. VII o conjuge adultero com o co-réo por tal condemnado.

— N. VIII o conjuge sobrevivente com o condemnado como delinquente no homicidio, ou tentativa de homicidio, contra o seu consorte.

— A prohibição do casamento no caso do n. VII está admittida em outros Codigos, como o allemão, art. 1.312, o portuguez, art. 1.058, o hollandez, art. 89, o hespanhol, art. 84 § 7.

O adulterio é punido pelo artigo 279 do Codigo Penal. Diz esse artigo: A mulher casada que commetter adulterio será punida com a pena de prisão cellular por um a tres annos. Em igual pena incorrerá: 1º, o marido que tiver con-

cubina teúda e manteúda; 2º, a concubina; 3º, o có-réo adúltero, § 2º. A accusação deste crime é licita sómente aos conjuges que ficarão privados do exercicio desse direito, si por qualquer modo houverem consentido no adúlterio.

Ha, para a existencia da prohibição, necessidade da condemnação, nem basta a infracção do art. 231 n. I do Codigó.

— O Decreto n. 181 de 1890, art. 7º § 4º, inclue entre os prohibidos de casar: o conjuge, condemnado como autor ou cumpllice de homicidio, ou tentativa de homicidio contra o seu consorte, com a pessoa que tenha perpetrado o crime ou directamente concorrido para elle.” E’ principio adoptado em outras legislações. O Codigo portuguez, art. 1.058, § 4º. “E’ prohibido o casamento ao conjuge condemnado como autor ou como cumpllice de crime de homicidio ou de tentativa de homicidio contra o seu consorte, com a pessoa que como autor ou como cumpllice, haja perpetrado aquelle crime ou concorrido para elle.”

Embora o texto do art. 183 n. VIII esteja redigido de modo differente, o pensamento é perfeitamente identico. Na disposição está comprehendido, não só o autor, como o cumpllice; ella se refere a delinquente.

— O casamento é ainda prohibido, art. 183 n. X, entre o raptor e a raptada, emquanto esta não se acha fóra do seu poder e em logar seguro. E’ a reproducção do art. 7 § 6º do Decreto n. 181 de 1890.

— Não prevalece, no direito actual, a prohibição do n. 9 § 15, exposta por LAFAYETTE.

— Peló art. 183, o casamento é tambem prohibido:

N. XIII, entre o viuvo e a viuva, havendo filho do conjuge fallecido, emquanto não fizer inventario dos bens do casal;

n. XIV, á mulher viuva ou separada do marido por nullidade ou annullação do casamento, até dez mezes depois da viuvez ou da separação judicial dos corpos, salvo si antes de terminado o referido praso, dér á luz algum filho;

n. XV, ao tutor ou curador e aos seus descendentes, ascendentes, irmãos, cunhados, ou sobrinhos, com a pessoa tutelada ou curatelada, emquanto não cessar a tutela ou curatela, e não estiverem saldadas as respectivas contas, salvo permissão paterna ou materna, manifestada em escripto authenticó ou em testamento.

n. XVI, ao juiz, ou escrivão e seus descendentes, ascendentes, irmãos, cunhado ou sobrinhos, com orphão ou viuva, da circumscripção territorial onde um ou outro tiver exercicio, salvo licença especial da autoridade judiciaria superior.

§ 16. *Impedimentos impedientes.*

No estado actual da disciplina da igreja, achão-se estes impedimentos reduzidos aos seguintes:

1. Voto simples de castidade; (78)
2. Esponsaes validos; (79)
3. Disparidade de culto (entre catholico e herege.) (80)
4. Proibição da authoridade ecclesiastica competente, para não celebrar-se o casamento antes da solução de difficuldades sobrevindas. (81)

a) A materia deste paragrapho é de direito antigo. Proclamada a Republica no dominio do Decreto n. 181 de 1890, que regulou o casamento civil e do actual Codigo, esses impedimentos desapareceram por completo.

§ 17. *Dispensa dos impedimentos*

Não são *dispensaveis* os impedimentos de direito natural e os que forão instituidos por direito divino. (82)

Não podem, portanto, ser dispensados:

1. A falta de idade, a impotencia em certas circumstancias e o parentesco consanguineo na linha recta. (83)
2. O duplo crime de adulterio e homicidio. (§ 15, numero 7.) (84)
3. A prohibição de contrahir segundas nupcias na constancia do primeiro matrimonio. (85)

(78) C. 9. C. 27. q. 1. Voto de entrar em religião, de tomar ordens, de não casar.

(79) C. 31. X. de sponsalib. (4. 1.); C. 12, X. de despons. impuber. (4. 2.) Os esponsaes constituem impedimento a um dos esposos para casar com pessoa que não seja o seu esposo.

(80) C. 16. C. 28. q. 1.; Bened. XIV de synodo diocesana, L. 6. cap. 5.

(81) C. 1, 3. X. de matrim. contr. interdict. (4. 16.); C. 3. X. de clandest. desp. (4. 3.)

Classificação os canonistas entre os impedimentos impedientes: a falta de consentimento dos paes e mães (Concil. Trident. Sess. 24 de reformat. matr. cap. 1°); a prohibição de celebrar-se o casamento no advento e na quaresma (Concil. Trident. loc. cit. cãp. 10); a omissão das denunciações; a ignorancia da doutrina christã, etc.

(82) Mont. § 1015.

(83) Mont. citado.

(84) Bened. XIV. Epistol. ad Ign. Realem, § 13, 14, 15.

(85) Mont. cit. § 1015.

Nos casos em que é permittida, a dispensa não deve ser concedida senão por causa justa e grave. (86)

Pertence ao Summo Pontifice o direito de dispensar os impedimentos dirimentes, e entre os *prohibitivos*, os provenientes de esponsaes e voto simples de castidade. (87)

Todavia, em attenção á distancia das dioceses, a Santa Sé delega ordinariamente este poder aos bispos, reservando-se a dispensa dos mais graves. (88)

a) Os impedimentos, como já foi observado, são meramente impedientes (ns. XIII a XVI), dirimentes absolutos (ns. I e VIII) e dirimentes relativos (ns. IX a XIII). No § 17 a dispensa de impedimentos é estudada deante do direito canonico.

O Codigo Civil não admittie dispensa para nenhum impedimento.

Nos artigos do Capitulo 3º, Tit. 1º, Livro 1º, da Parte Especial, o Codigo trata da opposição dos impedimentos.

Art. 189. — Os impedimentos do art. 183 ns. I a XII podem ser oppostos:

I. Pelo official do registro civil (art. 227 n. III);

II. Por quem presidir á celebração do casamento;

III. Por qualquer pessoa maior, que, sob sua assignatura apresente declaração escripta, instruida com as provas do facto que allegar.

Paragrapho unico. Se não puder instruir a opposição com as provas, precisará o oppoente o lugar, onde existam, ou nomeará, pelo menos, duas testemunhas, residentes no municipio, que atestem o impedimento.

Art. 190. — Os outros impedimentos só poderão ser oppostos:

I. Pelos parentes, em linha recta, de um dos nubentes, sejam consanguineos ou affins;

II. Pelos collateraes, em segundo gráo, sejam consanguineos ou affins.

Art. 191. — O official do registro dará aos nubentes, ou seus representantes, nota do impedimento opposto, indicando

(86) Concil. Trident. Sess. 24, de reformat. matr. cap. 5.

(87) Walter, § 309; Mont., § 1017 e 1018.

(88) Walter. loc. cit.

Ainda sem delegação, podem os bispos dispensar impedimentos dirimentes nos casos graves e urgentissimos. Mont. § 1018.

A dispensa pode ser concedida depois de celebrado e consummado o matrimonio. Acerca do processo da revalidação do casamento, vej. Mont. § 1025 e seg.

os fundamentos, as provas, e si o impedimento não se oppoz ex-officio, o nome do oppoente.

Paragrapho unico. Fica salvo aos nubentes fazer a prova contraria ao impedimento e promover as accões civis e criminaes contra o impedimento de má fé.”

Ha meios especiaes de prova indicados pelo Codigo. O art. 184 dispõe que a afinidade resultante de filiação espuria poderá provar-se por confissão espontanea dos ascendentes da pessoa impedida, os quaes, se o quizerem, terão o direito de fazel-a em segredo de justiça. Paragrapho unico. A resultante da filiação natural poderá ser tambem provada por confissão espontanea dos ascendentes, se da filiação não existir a prova prescripta no art. 357. Quando a maternidade constar do termo do nascimento do filho, a mãe só a poderá contestar, provando a falsidade do termo, ou das declarações nelle contidas (art. 356).

§ 18. *Solemnidades externas do casamento catholico*

Com o fim de dár ao casamento a necessaria publicidade, de assegurar o livre consentimento dos contrahentes e authenticar o acto, communicando-lhe a certeza de que ha mister, o Concilio Tridentino estatuiu para a celebração do matrimonio certas formalidades que devem ser rigorosamente observadas.

Estas formalidades são em summa as seguintes:

1. Deve o casamento ser precedido de tres denuncias (*banhos. proclamas*) feitas pelo parochio do domicilio de cada um dos contrahentes, na matriz, por occasião da missa, em tres dias continuados. (89)

Taes denunciações podem ser reduzidas á uma só ou adiadas ou totalmente dispensadas, ao prudente arbitrio do ordinario. (90)

2. A manifestação ao sacerdote do livre e mutuo consentimento dos contrahentes, expressada, regularmente por palavras, ou por signal inequivoco. (91)

3. A presença simultanea do parochio (proprio d'um dos contrahentes, ou de ambos, ou de sacerdote autorizado

(89) Conc. Trident. Sess. 24, de reform. matrim. cap. 1°.

(90) Concil. Trident., cit. cap. 1°.

(91) *Viro et muliere interrogatis et eorum mutuo consensu intellecto.* Concil. cit. cap. 1°.

pelo parócho ou pelo bispo) e de duas testemunhas, ao menos. (92)

4. A benção nupcial, formalidade aconselhada pelo Concilio, mas sem character substancial. (93)

Do casamento nesta conformidade celebrado deve o parócho lavar em livro competente o assentamento, no qual se hão de declarar os nomes dos conjuges e das testemunhas, e o dia e o lugar em que se passou o acto. (94)

A presença simultanea do parócho competente e de duas testemunhas é formalidade substancial, cuja infracção acarreta inevitavelmente a nullidade do casamento. (95)

§ 19. *Casamento clandestino.*

Antes do Concilio Tridentino erão tolerados os casamentos *clandestinos*.

Desta pratica resultavão gravissimos abusos: o sigillo que envolvia o acto, facilitava a bigamia, e a falta de authenticidade deixava na incerteza a constituição da familia.

Este estado de cousas reclamava energicas providencias.

Sob a pressão de motivos tão ponderosos e em attenção á solicitação de diversos soberanos, o Concilio declarou para sempre irritos e nullos os casamentos eivados do vicio da clandestinidade. (96)

(92) Concil. Trid., cit. cap. 1º verb: Qui aliter quam presente parócho...

(93) Concil. cit. cap. 1º: "Proeterea eadem sancta synodus hortatur..."

(94) Concil. Trident., cit. cap. 1º.

(95) Concil. Trident., cit. cap. 1º: "Qui aliter qua presente parócho..."

Veja-se Mont. § 908 e seguintes.

(96) Concil. Trident. Sess. 24 de reformat. matr. cap. 1: "Qui aliter quam presente parócho vel alio sacerdote de ipsius paróchi seu ordinarii licentia et duobus vel tribus testibus, matrimonium contrahere attentabunt, eos sancta synodus ad sic contrahendum omnino inhabiles, reddit et hujusmodi contractus irritos et nullos decernit prout eos presente decreto irritos facit et annullat."

O Concilio autorisa o Ordinario a punir com severas penas aos que contrahirem matrimonio clandestino, e ao parócho que com menor numero de testemunhas e as testemunhas que sem o parócho, assistirem ao acto. Cit. cap. 1º.

A lei de 13 de novembro de 1651 dada á solicitação das Côrtes, infligia rigoroso castigo aos contrahentes e á todas pessoas que houvessem cooperado para o casamento clandestino.

Esta lei acha-se hoje derogada pelo art. 248 do cod. crim. do Imperio, o qual prohibe contrahir matrimonio clandestino, sob pena de prisão de dous mezes a um anno.

Na accepção juridica casamentos *clandestinos* se dizem ^{illicit} aquelles que são contrahidos sem a presença simultanea do sacerdote competente e de duas testemunhas ao menos. (§ 17, n. 3).

Assim que o casamento é clandestino:

1. Quando é contrahido sem a assistencia do sacerdote competente e das testemunhas;
2. Ou quando com a assistencia do sacerdote mas sem a presença das testemunhas em numero legal;
3. Ou quando em presença das testemunhas mas sem o parochio. (97)

TITULO SEGUNDO

DO CASAMENTO MIXTO

§ 20. *Por que direito é regulada a forma do casamento mixto?*

Os casamentos entre catholicos e pessoas pertencentes às religiões dissidentes não são validos perante o nosso Direito Civil senão quando celebrados de conformidade com as prescripções da igreja catholica. (§ 10, n. 2.)

§ 21. *Condições para permissão do casamento mixto.*

Posto nos primeiros seculos a Igreja houvesse declarado puniveis (98) os casamentos mixtos, pela desharmonia que

(97) Ha uma especie de casamento occulto, conhecido sob o nome de *casamento de consciencia*. É contrahido em segredo, mas não é clandestino, porque em sua celebração guarda-se a formalidade substancial da presença do parochio e testemunhas. (Const. Bernd. XIV, Satis vobis, § 1º e seg. an. 1741). Pois que é celebrado conforme as prescripções do Concilio Tridentino, é valido perante o nosso direito.

O casamento *salto* ou *morganatico*, contrahido segundo o Concilio de Trento, é valido.

As clausulas civis, porém, que o acompanhão e lhe dão uma feição singular. taes como — a prohibição de participar a mulher da dignidade do marido, a exclusão dos filhos da successão paterna — não valem diante do nosso direito por contrarias a disposições de lei que os contrahentes não podem revogar. E pois taes clausulas reputão-se nullas e como se não forão escriptas, subsistindo no entanto o casamento com os seus effectos legaes. Mello, L. 2, T. 5, § 8 nota.

(98) C. 16. C. 28. q. 1.

ao seio da sociedade conjugal podião levar convicções divergentes, cedeu afinal á força das circumstancias e condescendeu em permitti-los.

Esta permissão, porém, não é dada senão quando occorrem motivos graves e sob garantias tendentes á resguardar de erro a fé do conjuge catholico e a educação dos filhos.

Assim que a Igreja só concede a dispensa precisa e consente na assistencia do sacerdote catholico, precedendo as cautelas seguintes:

1.º Ser a parte catholica admoestada para esforçar-se quanto em si couber por converter á sua fé a parte acatholica.

2.º Prometter o contrahente acatholico sob juramento:

a) Não impedir ao contrahente catholico a livre pratica de sua religião;

b) Consentir em que sejam educados os filhos d'um e d'outro sexo nos principios da religião catholica. (99)

§ 22. *Dos impedimentos em relação ao casamento mixto.*

São applicaveis á esta especie de casamento as disposições de Direito Canonico que regulão os impedimentos do casamento catholico.

E', porém, de notar que, por isso que os casamentos mixtos não são favorecidos da Igreja, não é de uso se dispensarem para elles as prohibições provenientes de parentesco, nem quaesquer outros impedimentos dirimentes. (100)

§ 23. *Solemidades externas.*

Diverge do cerimonial da celebração do casamento catholico, o modo pratico de realizar-se o casamento mixto. (101)

São, porém, guardadas, sob pena de nullidade, as solemidades substanciaes ordenadas pelo Concilio de Trento, a saber: a manifestação do consentimento dos contrahentes na

(99) Benedict. XIV. de syn. diocæs. L. 6. cap. 5; L. 9. cap. 3; Const. Litteris Pil VIII. an. 1830. Mont. § 982.

(100) Mont., § 982.

(101) Mont., : 983.

presença simultanea do parcho e de duas testemunhas. (102)
Devem preceder as tres denunciações de estylo.

TITULO TERCEIRO

DO CASAMENTO ACATHOLICO

§ 24. *Em que condições esta forma de casamento é aceita.*

Para que os casamentos entre pessoas que professão religião differente da catholica possam ser recebidos como validos perante o nosso Direito, é mister que sejam celebrados segundo os usos e as prescripções das respectivas communhões e conforme as disposições da lei que lhes deu sancção civil. (103)

§ 25. *Dos impedimentos*

O casamento acatholico não pode ser validamente celebrado, si entre os contrahentes se dêr impedimento que, segundo o Direito Canonico, obsta ao casamento catholico. (104)

Todavia não se comprehendem nesta regra os impedimentos que, por provirem exclusivamente das instituições catholicas, não podem ser applicaveis á contrahentes de religião differente, como são o que resulta da entrada em religião approvada e os impedientes. (105)

(102) *Hæreticos quoque ubi decretum dicti cap. I. est promulgatum, teneri talem formam observare et præterea ipsorum etiam matrimonia absque forma concilii, quamvis coram ministro hæretico vel magistratu loci contracta, nulla atque irrita esse. Declar. da S. Congreg. do Concil. de 19 de janeiro de 1605.*

(103) Lei n. 1144 de 11 de setembro de 1861 e decreto n. 3069 de 17 de abril de 1863.

(104) Lei de 11 de setembro de 1861, art. 1º, § 4; e decreto n. 3069 de 17 de abril de 1863, art. 7.

(105) Lei cit. *ibidem*: “naquillo que lhes possa ser applicavel”; Decreto cit., art. 7.

Constituirá o caracter de ministro ou pastor das religiões dissidentes o impedimento *ordinis*? Parece que não. O ministro de taes religiões não é aceito como sacerdote perante a igreja catholica. O seu *character*, pois, não pode constituir o impedimento *ordinis*, o qual á luz do Direito Ecclesiastico só resulta do recebimento das ordens sagradas maiores, segundo o rito catholico.

Para estes casamentos são dispensaveis os impedimentos nos mesmos casos em que podem se-lo para o casamento catholico. (106)

Compete a faculdade de conceder taes dispensas, na Côrte ao governo imperial, ñas provincias aos presidentes. (108)

§ 26. *Solemnidades externas.*

E' mister que precedão denunciações segundo o estylo ou prescripção da religião dos contrahentes. (109).

Estas denunciações podem ser dispensadas pelo juiz municipal do lugar, mediante justificação d'alguma das causas pelas quaes o Direito Canonico permite taes dispensas. (110)

O acto, sob pena de nullidade, deve ser celebrado conforme os ritos ou prescripções da religião dos contrahentes, com assistencia do ministro ou pastor competente, revestido das qualificações necessarias para validamente exercitar suas funcções. (111), e na presença de duas testemunhas. (112)

(106) Cit. Decret. art. 7.

A dispensa do impedimento, concedida depois de contrahido o casamento, sana o vicio original, sem necessidade de revalidação em forma. Os effeitos civis nesta hypothese entendem-se começar a existir desde a data da celebração. Art. 18 do Decret.

(107) Decret. art. 17.

(108) Decret. art. 17.

(109) Decret. art. 56.

(110) Cit. Decret. art. 57.

A falta das denunciações não induz nullidade. Decret. art. 56.

Sendo opposto qualquer impedimento á celebração do casamento, deve o ministro sem embargo proseguir nas denunciações até se concluirem; mas o casamento ficará suspenso até que se prove ter sido o impedimento dispensado ou julgado improcedente. Art. 58 do Decret.

Ao juiz municipal compete tomar conhecimento da opposição, procedendo por via summaria com audiencia dos interessados. De sua decisão cabe appellação com effeito suspensivo para o juiz de direito da comarca. Decret., art. 59.

Não é mister advertir que a jurisdicção do juiz municipal limita-se a verificar simplesmente a existencia do impedimento.

(111) Lei, art. 1º § 2; Decreto art. 5 § 1 e 2.

Estão especificadas no cap. 4 do Decreto citado as condições necessarias para que os ministros das religiões dissidentes possam praticar legalmente os actos de sua competencia, a saber: a nomeação ou eleição do ministro ha de ser feita segundo os usos ou prescripções da religião respectiva, e o titulo deve ser registrado na secretaria de estado do Imperio ou na das presidencias de provincia, segundo o pastor reside na côrte ou nas provincias. Art. 52 do Decret.

Se a nomeação é feita no estrangeiro, o titulo deve vir authenticado pelo consul brasileiro. Art. 53.

(112) Decreto, art. 37 § 6. Esta disposição é uma consequencia neces-

Do casamento contrahido nesta conformidade cumpre ao ministro lavrar certidão (113) com as declarações legaes e registra-la dentro d'um mez no livro competente. (114)

a) Os principios expostos por LAFAYETTE são relativos ás diversas fórmãs de casamento e ás solemnidades que para os mesmos deviam ser observadas. No dominio do Codigo Civil não encontram justificação.

Sendo valido sómente o casamento civil, e o unico que produz effeitos legaes com relação ás pessoas e bens dos contrahentes e de seus descendentes, o Codigo estabelece as formalidades preliminares para a sua celebração, os impedimentos e demais condições que devem ser observadas.

Ha condições extrinsecas e intrinsecas aquellas consistem nas formalidades que devem preceder e acompanhar á celebração do casamento; estas na existencia das qualidades que devem ter os contrahentes, seu consentimento e o das pessoas sob cujo poder ou guarda se encontram, e na inexistencia do que se chamam impedimentos. LUIZ SANJO, *Instituciones de Derecho Civil*.

O art. 180 do Codigo Civil prescreve:

A habilitação para casamento faz-se perante o official do Registro Civil, apresentando-se os seguintes documentos:

I, certidão de idade ou prova equivalente;

II, declaração do estado, do domicilio e da residencia actual dos contrahentes e de seus paes, se forem conhecidos;

III, autorisação das pessoas sob cuja dependencia legal estiverem, ou acto judicial que a suppra;

IV, declaração de duas testemunhas maiores, parentes, ou estranhos, que atestem conhecel-os e affirmem não existir impedimento que os inhiba de casar;

saria do § 4. do art. 1.º da lei. A *clandestinidade* é qualificada pelo Direito Canonico como pertencente á classe dos impedimentos dirimentes; portanto entra virtualmente na comprehensão do dito § 4.

(113) Decreto, cit. art. 36. A certidão deve contêr as declarações enumeradas no art. 37. A omissão de qualquer daquellas declarações, pode ser reparada pela forma estabelecida no art. 38.

(114) Lei, art. 1.º § 3; Decret., art. 5 § 3.

A lei exige o registro, não como *substancia* do acto senão como necessario *ad probandum* "comtanto que o acto religioso seja *provado* pelo competente registro".

Consiste o registro na transcrição *verbo ad verbum* da certidão autentica passada pelo ministro. Art. 36 do Decret.

Registrada a certidão dentro do prazo legal (um mez), subsistem os effeitos civis do casamento desde a data da celebração; registrada depois do dito prazo, os effeitos em relação á terceiro só se reputão existir da data do registro. Art. 6 e 40 do Decret.

V, certidão de obito do conjuge fallecido ou da annullação do casamento anterior.

Paragrapho unico. Se algum dos contrahentes houver residido a maior parte do ultimo anno em outro Estado, apresentará prova de que o deixou sem impedimento para casar, ou de que cessou o existente.”

No Districto Federal, o official do registro civil é o escrivão das pretorias, mas nos Estados tem de ser designado de accordo com as leis votadas pelos legisladores estadoaes.

O Decreto n. 233, de 27 de Fevereiro de 1890, dispõe:

“Os officiaes privativos do registro civil dos casamentos, nas comarcas, onde forem creados e providos estes logares, e os escrivães de paz nos demais districtos terão a seu cargo os assentos dos casamentos celebrados na respectiva circumscripção.”

Estando cada Estado com a competencia para legislar sobre a organização judiciaria e o processo (art. 65 combinado com o art. 34 n. 23 da Constituição), cabe-lhe regular o modo de crear e prover os cargos de officiaes incumbidos do registro civil. E' perante elles que os pretendentes ao casamento têm de se habilitar, apresentando os documentos exigidos pelo Codigo.

— Não podem casar as mulheres menores de 16 annos e os homens menores de 18 e por isso é indispensavel a prova da idade. Esta se fará pela certidão do registro civil e na sua falta por um meio equivalente.

O Decreto n. 773, de 20 de Setembro de 1890, prescreve:

Art. 1.º — A prova da idade, exigida pelo art. 1.º da lei de 24 de Janeiro de 1890, na falta ou impossibilidade da apresentação do registro civil ou certidão do assento de baptismo, póde ser suprida por algum dos meios seguintes:

I, justificação, pelo depoimento de duas testemunhas, perante qualquer juiz do civil, inclusive o de orphãos, o de casamento e o de paz;

II, titulo ou certidão com que se prove a nomeação, posse ou exercicio, em qualquer tempo, de cargo publico, para o qual exija a lei maioridade, ou de matricula, qualificação ou assento official de que conste a idade.

III, attestado dos pais ou tutores, não havendo contestação;

IV, qualquer documento que em direito commum seja acceto por valioso para substituir a certidão da idade.

V, attestado de qualquer autoridade que em razão do officio tenha perfeito conhecimento da pessoa;

VI, exames de peritos nomeados pelo juiz competente para conhecer da capacidade dos pretendentes.

Art. 2. — O processo de justificação da idade dos nubentes será summarissimo, dispensando-se todos os termos que não forem rigorosamente essenciaes e a citação das testemunhas que espontaneamente comparecerem.

Si ambos os nubentes a requererem perante o mesmo juiz, correrá a justificação em um só processo.

Art. 3. — Na referida justificação e em outras necessarias para a realisação do casamento civil, os juizes, escrivães e officiaes de justiça perceberão pela metade os emolumentos taxados para actos semelhantes no regimento de custas, approvedo pelo Decreto n. 5.737 de 2 de Novembro de 1874.

Art. 4.º — Revogam-se as disposições em contrario.

Não havendo, pois, a certidão do registro civil, cumpre recorrer a um dos meios indicados no citado decreto. TEIXEIRA DE FREITAS, na sua Consolidação das leis civis, doutrina: — art. 2.º — prova-se o nascimento das pessoas pelas certidões de baptismo extrahidas dos Livros Ecclesiasticos; art. 3.º — os nascimentos em viagem de mar serão provados pelas cópias authenticas dos termos que por occasião de taes accidentes, deve fazer o escrivão dos navios de guerra, ou o capitão ou mestre dos navios mercantes; art. 4.º — os de Brasileiros em paiz estrangeiro provam-se pelas certidões dos registros consulares; art. 5.º — serão, todavia, valiosos os actos de nascimento de Brasileiros, ou de estrangeiros, feitos em paizes estrangeiros, se estiverem na fórmula das leis desses paizes, e legalizados pelos respectivos agentes consulares ou diplomaticos nelles residentes; art. 7.º — Na falta de certidões de baptismo, póde-se provar a idade por documentos, ou por outras quaesquer provas legaes. O pae ou mãe, em tal caso, podem ser testemunhas; mas serão cridos como pessoas suspeitas.

— Quanto á declaração do estado, do domicilio e da residencia, o Decreto n. 181 era mais minucioso e completo, pois dizia:

A declaração do estado e da residencia de cada um delles, assim como a do estado e residencia de seus paes, ou do logar em que morreram, se forem fallecidos, ou a declaração do motivo porque não são conhecidos os mesmos paes, ou o seu estado e residencia, ou logar do seu fallecimento.

— O Código Civil exige (art. 180 n. III) autorização das pessoas sob cuja dependência legal estiverem, ou acto judicial que supra essa autorização. Essas pessoas são os paes, tutores e curadores, cuja denegação de consentimento, quando injusta, pôde ser suprida pelo juiz, com recurso para a instancia superior (art. 188).

Assim, entre os documentos que devem ser juntos ao processo de habilitação para o casamento, tem de ser incluída a declaração dessas pessoas, ou a permissão do juiz, na hypothese da recusa injusta.

— A declaração de duas testemunhas maiores, parentes ou estranhos que atestem a identidade e affirmem não existir impedimento que os iniba de casar é reprodução do art. 1 § 4 do Decreto n. 181, que assim está redigido: a declaração de duas testemunhas maiores, parentes ou estranhos que *atestem conhecer ambos os contrahentes, e que não são parentes em gráo prohibido, nem tem outro impedimento conhecido, que os iniba de casar-se um com o outro.*

— O Decreto n. 181, art. 1º § 5º exigia *a certidão de obito do conjuge fallecido, ou da annullação do anterior casamento, si algum dos nubentes o houver contrahido.* O Código Civil faz a mesma exigencia no n. V do art. 180, que tem melhor redação. A exigencia é perfeitamente justificavel porque um dos impedimentos dirimentes para o casamento é o matrimonio anterior não dissolvido pela morte ou por sentença judicial.

Desde que um nubente se declara em estado de viuvez, está obrigado a proval-o. As leis patrias, em plena confirmação dos nossos costumes, estabelecem e amparam a monogamia, isto é, o estado de um homem casado com uma só mulher, de sorte que é punida a bigamia, isto é, o casamento de individuo casado e cujo casamento esteja ainda em vigor.

O Código Penal, art. 283, dispõe: *Contrahir casamento mais de uma vez, sem estar o anterior dissolvido por sentença de nullidade, ou por morte do outro conjuge: pena de prisão cellullar por um a seis annos.*

Paragrapho unico. *Si a pessoa tiver prévio conhecimento de que é casado aquelle com quem contrahir casamento, incorrerá nas penas de cumplicidade."*

A certidão de obito do conjuge fallecido ou a da sentença é, pois, indispensavel. Nem poderá ser suprida. O Código não o permittio nesse numero V, como o fez no n. I quando se referio á idade.

Mas na hypothese de uma ausencia prolongada que faça presumir a morte? Será possivel, obtida a sentença que julgou essa ausencia, considerar preenchido esse requisito? En-

tendemos que não. O Código não autorisa que, por quaesquer factos, se presuma o desaparecimento de um dos conjuges; exige a apresentação da certidão de obito, de sorte que na falta desta, o casamento se não poderá realizar.

O Conselheiro Candido de Oliveira commentando este artigo do Código entende que “ a ausencia por mais dilatada que seja não dissolve o enlace; o esposo ausente deve, consequentemente, abster-se de contractar um outro emquanto não exhibir o acto authenticico que consigne a morte do conjuge. Ora, é certo que o julgamento da declaração de ausencia não poderia suprir semelhante acto; não faz cessar a incerteza sobre a existencia do ausente. Assim, tal julgamento não torna excusavel o esposo presente de modo que o torne innocente, perante o direito penal, do crime de bigamia”.

—O Código Civil, art. 181, dispõe:

A' vistá desses documentos apresentados pelos pretendentes, ou seus procuradores, o official do registro lavrará os proclamas de casamento, mediante edital que se affixará durante quinze dias, em logar ostensivo do edificio, onde se celebrarem os casamentos, e se publicará pela imprensa, onde a houver. (Art. 182, paragrapho unico.)

§ 1.º Si decorrido esse praso, não apparecer quem opponha impedimento, nem lhe constar algum dos que de officio lhe cumpre declarar, o official do registro certificará aos pretendentes que estão habilitados para casar dentro nos tres mezes immediatos (art. 192.)

§ 2.º Si os nubentes residirem em diversas circumscripções do Registro Civil, em uma e em outra se publicarão os editaes.

Art. 182. O registro dos editaes far-se-á no cartorio do official que os houver publicado, dando-se delles certidão a quem pedir.

Paragrapho unico. A autoridade competente, havendo urgencia, poderá dispensar-lhes a publicação, desde que se lhes apresentem os documentos exigidos no art. 180.”

Nas disposições transcriptas, o legislador quiz dar a maior publicidade ás pretensões dos nubentes, e determinando que se fizessem os proclamas, manteve a tradição dos chamados *banhos* usados anteriormente e que se fazem nos matrimonios religiosos. E' assumpto regulado pelo Concilio Tridentino, pela Constituição do Arcebispado da Bahia, Livro 1º, arts. 64, 65 e 66.

A publicidade exigida pelo Código é, não só recommendada pelos escriptores, como prescripta em quasi todas as legislações.

“A publicidade do casamento é necessaria pelos motivos mais relevantes. Todos têm o maior interesse nessa publicidade porque o casamento traz grandes mudanças á condição dos esposos e á situação do seu patrimonio.

Assim lhes é prohibido, d’ora em diante, contractar um novo casamento. A mulher torna-se incapaz e não pôde validamente praticar certos actos, senão mediante autorisação do marido, que se torna, em regra, seu mandatario legal para a administração dos bens.

Feito o casamento, cstabelece-se hypotheca legal, em beneficio da mulher, sobre os immoveis do marido.

E’ preciso, além disso, que o casamento se torne conhecido, ainda antes de effectuado, por todos aquelles que se lhe puderem oppôr.

A publicidade é, pois, indispensavel”. (Colin e Capitant, Cours de Droit Français.)

Vide — Codigos francez, arts. 63, 64, 66 e 166; portuguez, arts. 1.076 e 1.077; italiano, arts. 70, 72, 75.

Essa publicidade só é dispensada no caso de urgencia, não se prescindindo, porém, da apresentação dos documentos exigidos no art. 180.

A respeito da celebração do casamento, o Código Civil dispõe nos artigos 192 e seguintes:

Art. 192. Celebrar-se-á o casamento no dia, hora e logar préviamente designados pela autoridade que houver de presidir ao acto, mediante petição dos contraentes, que se mostrem habilitados com a certidão do art. 181, § 1º.

Art. 193. A solemnidade celebrar-se-á na casa das audiencias, com toda a publicidade, a portas abertas, presentes, pelo menos, duas testemunhas, parentes ou não dos contraentes, ou, em caso de força maior, querendo as partes, e consentindo o juiz, noutro edificio, publico ou particular.

Paragrapho unico. — Quando o casamento fôr em casa particular, ficará esta de portas abertas durante o acto e se algum dos contraentes não souber escrever, serão quatro as testemunhas.

Art. 196. O instrumento da autorisação para casar transcrever-se-á integralmente na escriptura ante-nupcial.

Art. 198. No caso de molestia grave de um dos nubentes, o presidente do acto irá celebrá-lo na casa do impedido, e, sendo urgente, ainda á noite, perante quatro testemunhas que saibam ler e escrever.

§ 1.º A falta ou impedimento da autoridade competente para presidir ao casamento suprir-se-á por qualquer dos seus substitutos legais, e a do official do Registro Civil por outro *ad-hoc* nomeado pelo presidente do acto.

§ 2.º O termo avulso que o official *ad-hoc* lavrar, será levado ao registro no mais breve prazo possível.

Art. 199. O official do registro, mediante despacho da autoridade competente, á vista dos documentos exigidos no art. 180 e independentemente do edital de proclamas (art. 181) dará a certidão ordenada no art. 181, § 1.º.

I. Quando ocorrer motivo urgente que justifique a immediata celebração do casamento.

II. Quando algum dos contrahentes estiver em imminente risco de vida.

Parapho unico. Neste caso, não obtendo os contrahentes a presença da autoridade, a quem incumba presidir ao acto, nem a de seu substituto, poderão celebrá-lo em presença de seis testemunhas, que com os nubentes não tenham parentesco em linha recta, ou, na collateral, em segundo gráo.

Art. 200. Essas testemunhas comparecerão dentro de cinco dias ante a autoridade judicial mais proxima, pedindo que se lhes tomem por termo as seguintes declarações:

I. Que foram convocados por parte do enfermo.

II. Que este parecia em perigo de vida, mas em seu juizo.

III. Que em sua presença declararam os contrahentes livre e espontaneamente receber-se por marido e mulher.

§ 1.º Autoado o pedido e tomadas as declarações, o juiz procederá ás diligencias necessarias para verificar se os contrahentes podiam ter-se habilitado para o casamento na fórma ordinaria, ouvidos os interessados que o requererem, dentro de quinze dias.

§ 2.º Verificada a idoneidade dos conjuges para o casamento, assim o decidirá a autoridade competente, com recurso voluntario ás partes.

§ 3.º Si da decisão não se tiver recorrido, ou se ella passar em julgado, apesar dos recursos interpostos, o juiz mandará transcrevel-a no livro do registro dos casamentos.

§ 4.º O assento assim lavrado retrotrahirá os effeitos do casamento, quanto ao estado dos conjuges, á data da celebração, e quanto aos filhos communs, á data do nascimento.

§ 5.º Serão dispensadas as formalidades deste e do artigo anterior, se o enfermo convalescer e puder ratificar o

casamento em presença da autoridade competente e do official do registro.

— No artigo 201, o Codigo permite o casamento por procuração, dispondo que devem ser outorgados poderes especiais ao mandatario para receber, em nome do outorgante, o outro contraente. Acrescenta o paragrapho unico que pôde casar por procuração o preso, ou o condemnado, quando lhe não permitta comparecer em pessoa a autoridade, sob cuja guarda estiver.

No dominio do Decreto n. 181, de 1890, só em caso urgente e de força maior em que um dos contraentes não pudesse transportar-se ao lugar da residencia do outro, nem demorar o casamento, é que este poderia se realizar por procurador. Art. 44 do citado Decreto.

TITULO QUARTO

REGRAS DE DIREITO APPLICAVEIS Á TODAS AS FORMAS DE CASAMENTO

§ 27. *Do consentimento previo para o casamento.*

. Se os contraentes não tocarão ainda ao completo desenvolvimento de sua razão, ou estão sob a dependencia de outrem, exige a lei civil, como condição previa para a celebração das nupcias, o consentimento das pessoas sob cujo poder vivem, para dar ao acto o cunho de reflexão e tornar effectivo o cumprimento de certos deveres de respeito e obediencia.

Assim que, não podem os filhos familias e os menores de vinte um annos contrahir matrimonio, sem consentimento, a saber:

1.º Os filhos familias, qualquer que seja a sua idade, sem o consentimento do pae; (115)

(115) Assento de 9 de abril de 1772, § 2, n. 5; Lei de 6 de outubro de 1784. O dito Ass. foi confirmado pelo Alvará de 29 de agosto de 1776; portanto a sua doutrina prevalece contra as disposições das leis de 19 de junho e 29 de novembro de 1775.

Quando o pae está impedido de exercer o patrio poder (§ 119) o consentimento deve ser dado pelo tutor do filho.

As palavras da citada lei de 6 de outubro, § 4: "*os filhos familias e os menores até a idade de 25 annos (hoje vinte um) sem o consentimento de seus paes, tutores ou curadores*" alludem: 1º ao filho familias qualquer que seja a sua idade (confira-se o §6), 2º ao filho familias que se acha sob tutela por ser menor e estar o pae impedido de exercer o patrio poder;

2.º O menor que foi pelo pae demittido do patrio poder, sem o consentimento do proprio pae, que fica sendo o seu tutor; (116)

3.º Os menores, orfãos de pae, sem o consentimento do tutor ou do juiz de orfãos; (117)

4.º Os menores, filhos illegitimos, reconhecidos ou legitimados, sem o consentimento de seus paes; (118)

5.º E, finalmente, o soldado de linha sem licença do chefe de seu corpo. (119)

Os maiores de vinte e um annos só são obrigados a solicitar o assentimento dos paes como um mero conselho; e, pois, se se casão a despeito da negação do consentimento pedido, não incorrem em pena alguma. (120)

Nos casos em que o consentimento é necessario, se for negado, póde o filho familias, ou o menor recorrer para o Juiz de orfãos do lugar, ao qual, depois de ouvir as partes interessadas e de informar-se dos motivos allegados (121), compete julgar de plano pela verdade sabida, concedendo ou denegado a licença pedida. Da decisão do juiz cabe sempre o recurso de agravo de petição. (122)

3º ao filho familias menor demittido do patrio poder; 4º ao menor, orfão de pae.

Não está em uso no fóro exigir-se o consentimento das mães. Parece que esta pratica foi consagrada pela lei de 22 de setembro de 1828, art. 2 § 4 e Reg. de 15 de março de 1842, art. 5 § 5, os quaes só fallão de consentimento do pae ou tutor. Not. (1) ao art. 101 da Consolidação das Leis Civis.

(116) O filho familias, ainda menor, pode ser pelo pae voluntariamente demittido do patrio poder. Provis. de 25 de setembro de 1787. Veja-se § 145.

O § 6 da lei de 6 de outubro de 1784 só exime da necessidade de pedir consentimento, aos filhos maiores; portanto os menores demittidos do patrio poder estão virtualmente comprehendidos na disposição do § 4.

(117) Ord. L. 1º T. 88 § 19; cit. Lei de 6 de outubro, § 4.

(118) Cit. Assento de 9 de abril de 1772 § 3; citada Lei de 6 de outubro, § 6. A generalidade do § 6, isentando á todos os maiores da necessidade de pedir consentimento aos paes, comprehende tambem os filhos illegitimos, e assim restringe a disposição do § 3 do Ass.

(119) Art. 27 cap. 26 do Regim. confirmado pelo Alv. de 18 de fevereiro de 1673.

(120) Cit. Lei de 6 de outubro, § 6.

(121) Não estão definidos por lei, á excepção do caso de desigualdade de condição e fortuna (L. 1º Tit. 88 § 19) os motivos justos para negação do consentimento.

Reputão-se justos e fundados os seguintes motivos: existencia de impedimento legal; perigo de saude do menor; inaus costumes, como embriaguez habitual, paixão immoderada do jogo; falta de meios para sustentar os encargos do matrimonio.

(122) Cit. Lei de 6 de outubro § 4 e 5; Lei de 22 de setembro de 1828, art. 2 § 4; Reg. de 15 de março de 1842, art. 5 § 5. Este agravo é

A falta do consentimento, ou porque não foi solicitado ou porque foi recusado, não acarreta a nullidade do casamento; mas os contrahentes incorrem em certas penas, a saber:

O filho familias, na pena de desherdação e privação de alimentos, á arbitrio do pae (123): (se é filha familias sómente soffre aquellas penas casando-se antes de completar vinte um annos) (124);

O menor de vinte annos demittido do patrio poder, nas mesmas penas (125);

Os menores, orfãos de pai, se o casamento é desigual, na de ficarem privados da administração de seus bens até completarem vinte annos (126);

Os menores, filhos illegitimos, reconhecidos ou legitimados, na de desherdação e privação de alimentos. (127)

Nos casos acima enumerados, a perda do direito de pedir alimentos aos paes importa igualmente a perda do direito de pedi-los aos irmãos. (128)

a) O Decreto n. 181, de 1890, contem esta disposição: São prohibidos de casar: § 7º as pessoas que estiverem sob o poder ou sob a administração de outrem, emquanto não obtiverem o consentimento, ou o suprimento do consentimento daquelles sob cuju poder ou administração estiverem”.

No Codigo Civil, art. 183, n. XI, o preceito é o seguinte: Não podem casar: — os sujeitos ao patrio poder, tutela ou curatela, emquanto não obtiverem, ou lhes não fôr suprido o consentimento do pae, tutor ou curador.

Art. 185. Para o casamento dos menores de 21 annos.

sempre de petição, qualquer que seja a distancia em que esteja o juiz superior. Lei de 25 de novembro de 1775 § 4; Assento de 10 de junho de 1775; cit. Decret. de 15 de março de 1842, art. 15 § 12.

(123) Cit. Assento de 9 de abril de 1772 § 2 n. 5; cit. Lei de 6 de outubro, § 4.

(124) Cit. Ass. *ibidem*, Ord. L. 4. T. 88 § 1. 2. 3. Em relação á filha familias a pena de desherdação varia quanto á applicação e effeitos, segundo as circumstancias occorrentes nos termos da cit. Ord.

(125) Assent. cit. § 2, n. 5. O Ass. impõe a pena de desherdação e perda de alimentos a todos os filhos legitimos *menores* que se casão sem o consentimento do pai.

(126) Ord. L. 1º T. 88 § 19. E' a unica pena em que incorre o menor orfão de pai, que casa sem consentimento do tutor ou juiz.

(127) Cit. Ass. § 3; lei de 6 de outubro, § 6.

(128) Cit. Ass. § 6 e 7.

sendo filhos legítimos, é mister o consentimento de ambos os paes.

Art. 186. Discordando elles entre si, prevalecerá a vontade paterna ou, sendo separado o casal por desquite, ou annullação do casamento, a vontade do conjuge com quem estiverem os filhos.

Paragrapho unico. Sendo, porém, illegítimos os paes, bastará o consentimento do que houver reconhecido o menor, ou, se este não fôr reconhecido, o consentimento materno.

Art. 187. Até a celebração do matrimonio podem os paes e tutores retratar o consentimento.

Si o consentimento fôr negado, pôde o pretendente recorrer ao juiz. O art. 188 dispõe: A denegação do consentimento, quando injusta, pôde ser suprida pelo juiz, com recurso para a instancia superior.

Pelo art. 209 do Código é annullavel o casamento contrahido com infracção do n. XI, acima transcrito, e pelo artigo 212 a annullação só pôde ser requerida pelas pessoas que tenham o direito de consentir e não assistiram ao acto.

Art. 213. A annullação do casamento da menor de 16 annos ou do menor de 18 será requerida:

I. Pelo proprio conjuge menor.

II. Pelos seus representantes legaes.

III. Pelas pessoas designadas no art. 190, naquella mesma ordem.

Art. 214. Podem, entretanto, casar-se os referidos menores para evitar a imposição ou o cumprimento de pena criminal.

Paragrapho unico. Em tal caso o juiz poderá ordenar a separação de corpos, até que os conjuges alcancem a idade legal.

Diz o art. 276, paragrapho unico do Código Penal: Não haverá logar imposição de pena si seguir-se o casamento a requerimento do representante legal da offendida, ou do juiz de orphãos, nos casos em que lhe compete dar ou supprir o consentimento, ou a aprazimento da offendida, si fôr maior.”

Pelo Código Civil, art. 215, não se annullará, por defeito de idade, o casamento de que resultou a gravidez.

Art. 216. Quando requerida por terceiros a annullação do casamento (art. 213, ns. II e III) poderão os conjuges ratificar-o, em perfazendo a idade fixada no art. 183, n. XII, ante o juiz e o official do Registro Civil. A ratificação terá effeito retroactivo. subsistindo, entretanto, o regimen da separação dos bens.

Art. 217. A annullação do casamento não obsta a legiti-

midade do filho concebido ou havido antes ou na constancia delle.

— O Codigo Civil não mantem as penas a que Lafayette allude no seu paragrapho 27. Só estabelece no art. 226 que no casamento com infracção do art. 183, ns. XI a XVI, é obrigatorio o regimen da separação de bens, não podendo o conjuge infractor fazer doações ao outro.

No art. 227, incorre na multa de cem a quinhentos mil réis, além de responsabilidade penal applicavel ao caso, o official do registro que dér a certidão do art. 181 §. 1º, antes de apresentados os documentos do art. 180 e entre estes está, sob n. III, a autorisação das pessoas sob cuja dependencia legal estiverem, ou acto judicial que a supra, os pretendentes ao casamento.

§ 28. *Prohibição de celebrarem-se casamentos contra as leis do imperio.*

Não é licito celebrar-se matrimonio, qualquer que seja a sua forma, contra as leis do Imperio.

A infracção de semelhantes leis faz incorrer em pena criminal o ecclesiastico ou o ministro que assiste ao acto. (129)

Assim que: incide na culpa notada o sacerdote que recebe em matrimonio os contrahentes, verificando-se qualquer das faltas seguintes:

1.º Se não precedeu consentimento do pai ou tutor, nos casos em que é necessario.

2.º Se não forão feitas as denunciações do estilo, não tendo havido dispensa legal. (130)

3.º Se existião impedimentos dos que não são dispensaveis, ou que o sendo, todavia não forão dispensados.

A clandestinidade importa violação da mais importante formalidade externa do casamento.

São d'uma natureza grave as consequencias que della resultão em relação á tranquillidade das familias.

(129) Art. 247 do Cod. Crim.; art. 56 do Decreto de 17 de abril de 1863; Avis. de 20 de julho de 1867.

(130) As denunciações podem ser feitas antes da apresentação do consentimento do pai; Decreto de 15 de maio de 1778, que revogou o Avis. Circular de 10 de janeiro de 1771.

Dahi provém que a lei pune com pena especial os que contraem casamento clandestinamente. (131)

E', porém, de notar que a justiça criminal não pode tomar conhecimento da clandestinidade antes della ser declarada pelo juizo competente. (132)

Desde que o Codigo Civil só reconhece o casamento observadas as formalidades que prescreveu, teve de estabelecer penalidades para os que as infringisse ou não as cumprisse. Só o casamento civil é valido e qualquer outro, celebrado contra as leis brasileiras, nenhum vigor tem e faz incorrer em responsabilidade os que nelle intervieram .

O art. 227 do Codigo Civil determina que incorre na multa de cem a quinhentos mil réis, além de responsabilidade penal applicavel ao caso, o official do registro:

I, que publicar o edital do art. 181, não sendo solicitado por ambos os contrahentes;

II, que dê a certidão do art. 181, § 1º, antes de apresentados os documentos do art. 180, ou pendente a opposição de algum impedimento;

III, que não declarar os impedimentos, cuja opposição se lhe fizer, ou cuja existencia, sendo applicavel de officio, lhe constar com certeza (art. 179, § 1º).

Tambem o juiz, celebrante do acto, pôde incorrer em pena. O art. 228 dispõe:

Nas mesmas penas incorrerá o juiz:

I, que celebrar o casamento antes de levantados os impedimentos oppositos contra algum dos contrahentes;

II, que deixar de recebê-los quando opportunamente oppositos, nos termos dos arts. 189 a 191;

III, que se abster de oppô-los, quando lhe constarem, e forem dos que se oppõem *ex-officio* (art. 189, n. II);

IV, que se recusar a presidir ao casamento, sem justa causa.

Paragrapho unico. Cabe aos interessados promover a applicação das penas comminadas nos arts. 225 e 227. A dos deste e do art. 227 será promovida pelo Ministerio Publico, e poderá sel-o pelos interessados."

O Codigo, além de manter as penalidades da lei criminal,

(131) Art. 248 do cit. Cod. Crim., o qual derogou a lei de 13 de novembro de 1861, na parte penal.

(132) Cit. Lei de 13 de novembro de 1651. Se o casamento é catholico ou mixto, é competente para julgar da clandestinidade o juiz ecclesiastico; se acatholico o juiz de direito. Art. 9 Decret. de 17 de abril de 1863.

O juizo ecclesiastico, segundo o testemunho dos antigos escriptores, se recusou sempre á dar certidão do julgamento da clandestinidade.

estabeleceu outras para o juiz e o official do Registro. Já o Decreto n. 181, de 1890, adoptára o mesmo systema. Estabelece penas para os infractores da lei do casamento (arts. 102, 103, 104, 105 e 106) e dispõe no art. 107: As penas comminadas neste capitulo serão applicadas sem prejuizo das que aos respectivos delictos estiverem comminadas no Código Criminal e no Decreto n. 9.886, de 7 de Março de 1888.

Outras disposições penaes estabelece o Código Civil. Assim o viuvo, ou viuva, com filhos do conjuge fallecido, que se casar antes de fazer inventario do casal e antes de dar partilha aos herdeiros, perderá o direito ao usufructo dos bens dos mesmos filhos.

O inventario e partilha devem ser começados dentro de um mez a contar da abertura da successão e terminados nos tres mezes subsequentes, prazo este que o juiz poderá dilatar, a requerimento do inventariante, por motivo justo.

O Decreto n. 181 era de um excessivo rigor neste ponto. Estabelecia elle para o pae ou mãe que se casasse antes de fazer inventario e partilha a perda do direito de administrar e usufruir os bens dos filhos e ainda a perda de duas terças partes dos bens que lhe deviam caber.

Os casos do art. 183, XI a XVI, em que além da obrigatoriedade do regimen de separação de bens, o conjuge infractor não pôde fazer doações ao outro, são os seguintes:

XI, os sujeitos ao patrio poder, tutela ou curatela, emquanto não obtiverem ou lhes não fôr supprido o consentimento do pae, tutor ou curador. São os filhos familias menores, os orphãos e os prodigos;

XII, as mulheres menores de 16 annos e os homens menores de 18;

XIII, o viuvo ou a viuva que tiver filho do conjuge fallecido, emquanto não fizer inventario dos bens do casal.

XIV. A mulher viuva ou saporada do marido por nullidade ou annullação do casamento, até dez mezes depois da viuvez ou da separação judicial dos corpos, salvo se, antes de terminado o referido prazo, dêr á luz algum filho.

XV. O tutor ou curador e os seus descendentes, ascendentes, irmãos, cunhados ou sobrinhos, com a pessoa tutelada ou curatelada, emquanto não cessar a tutela ou curatela, e não estiverem saldadas as respectivas contas, salvo permissão paterna ou materna manifestada em escripto authenticico ou em testamento.

XVI. O juiz, ou escrivão e seus descendentes, ascendentes, irmãos, cunhados ou sobrinhos, com orphão ou viuva da circumscripção territorial onde um ou outro tiver exercicio, salvo licenca especial da autoridade judiciaria superior.

§ 29. *Dos casamentos celebrados fóra do Imperio*

As questões relativas aos casamentos contrahidos fora do imperio são resolvidas por princip'os differentes, segundo a relação de direito sob a qual são esses casamentos considerados.

1. A forma exterior é, no geral, regida pela lei do lugar, onde é o matrimonio contrahido: *lex loci regit actum*. (133)

2. As solemnidades internas (capacidade, impedimentos,) e os effeitos civis são determinados pela lei do domicilio do marido. (134)

3. No que é relativo aos effeitos civis sobre os immoveis, a doutrina exposta soffre modificações causadas pela influencia da lei onde estão situados os immoveis: *lex loci rei sitæ*. (135)

O Direito Patrio, tal como o constituirão as disposições de leis recentes, a elaboração scientifica e a pratica de julgar, é, acerca desta materia, o seguinte:

I. CASAMENTOS ENTRE ESTRANGEIROS CELEBRADOS FÓRA DO IMPERIO. — São recebidos como validos perante o nosso Direito os casamentos entre estrangeiros ou entre estrangeiro e brasileira contrahidos fóra do Imperio, contanto que sejam celebrados, quanto á *forma*, segundo as leis e usos do lugar (136), e quanto á *capacidade e impedimentos* conforme ás leis do domicilio dos contrahentes. (137)

Os effeitos civis de taes casamentos em relação aos conjuges, aos filhos e aos bens, são determinados pelas leis do domicilio do marido ao tempo da celebração do acto. (138)

A mudança posterior de domicilio não altera em nada

(133) Felix, *Droit International Privé*, L. 2, T. I, cap. 1º n. 73; Dr. Perdígão, *Manual*, nota 1431.

(134) Felix, *loc. cit.*, n. 88 e 90.

(135) Demangeat, nota á Felix n. 90, pag. 19a.

(136) Lei de 11 de novembro de 1861, art. 1º § 1º e 2º; Felix, *cit.* n. 73.

(137) Lei de 1º de setembro de 1860, art. 1º § 1º; *cit.* lei de 11 de setembro de 1861, art. 1º, § 1º e 2º; Decreto de 17 de abril de 1863, art. 1º e 2º. A capacidade para o casamento e os impedimentos pertencem á alçada do Estatuto Pessoal.

(138) Valasc. *Consult.* 138, n. 11: "Matrimonium transit uxorem ad originem mariti." Cabedo, *Decis.* 165 n. 3: "Quando enim mulier contraxit matrimonium... censetur contraxisse secundum consuetudinem regni viri." P. Bueno, *Direit. Inter. Privad.*, n. 111 3º, B. Carn. L. 1º T. 13 § 127 n. 5.

aquelles effeitos, fixados d'uma vez pela lei segundo a qual foi constituído o acto de que resultão. (139)

Pelo que diz respeito aos bens de raiz situados no Imperio, as disposições das leis estrangeiras recebem uma restricção e vem á ser: — que não podem ter execução na parte em que porventura importem alteração no systema de organização da propriedade consagrado pelo Direito Patrio. (140)

II. — CASAMENTOS ENTRE BRASILEIROS CELEBRADOS FÓRA DO IMPERIO. — São recebidos como validos:

1.º O casamento catholico e o mixto, entre brasileiros ou entre brasileiro e estrangeira, contrahidos em paiz estrangeiro, quando em sua celebração forem guardadas as solemnidades substanciaes, internas e externas, estabelecidas pela lei canonica aceita no Imperio. (141)

2.º Os casamentos entre pessoas que não professão a religião catholica quando tiverem sido celebrados de conformidade com os ritos e prescrições das respectivas religiões. (142)

Os casamentos celebrados nos termos ditos produzem os mesmos effeitos civis que os casamentos contrahidos no Imperio.

a) O assumpto está regulado pelo art. 204 e paragrapho unico do Codigo Civil. Os brasileiros podem contrahir casamento fóra do Brasil de accôrdo com a lei do paiz onde estiverem (art. 204) ou perante o agente consular (paragrapho unico).

O Decreto n. 181, de 1890, continha a mesma regra. Os casamentos dos brasileiros no estrangeiro, arts. 47 e 48, devem ser feitos de accôrdo com as disposições seguintes: § 1.º Si ambos ou um só dos contrahentes é brasileiro, o casamento póde ser feito na fórmula usada no paiz, onde fôr celebrado. § 2.º, si ambos os contrahentes forem brasileiros, podem tambem casar-se na fórmula da lei nacional, perante o agente

(139) Felix, L. 2º n. 91; P. Bueno, *Direit. Int.* n. 112; Dig. Port. P. II art. 270.

(140) Demangeat, nota ao n. 90 de Felix cit. pag. 195; B. Carneiro, L. 1º T. 2º § 27 n. 6 nota (a). Assim que se em contracto antenuptial se estipulasse em Portugal a instituição de um morgado no Imperio, semelhante clausula seria nulla por contraria á lei que aboliu entre nós os morgados. As disposições, porém, das leis estrangeiras que regulão o direito dos conjuges sobre os bens, como as que regem o dote, a communhão, são exequiveis no Imperio.

diplomatico ou consular do Brasil, § 3º. Os casamentos de que trata o paragrapho antecedente, estão sujeitos ás formalidades e aos impedimentos previstos nesta lei, os quaes serão devolvidos ao conhecimento do poder judiciario do Brasil, e só depois de solvidos por elle se considerarão levantados, onde foram oppostos. § 4º Os mesmos casamentos devem ser registrados no Brasil, á vista dos documentos de que trata o art. 11, tres mezes depois de celebrados, ou um mez depois que os conjuges ou, ao menos um delles voltar ao paiz. As disposições desta lei relativas ás causas de impedimento e ás formalidades preliminares são applicaveis aos casamentos de estrangeiros celebrados no Brasil.

Domina, como se vê, a regra invariavel do Direito Internacional Privado. Para dar garantia e effeito universal ao contracto do matrimonio, esse Direito Internacional tem estabelecido que o celebrado em qualquer paiz, na conformidade da *lex loci*, é valido em todas as nações e, vice-versa, o celebrado em contradicção com a *lex loci* é nullo em toda a parte. — Chacon, Codigo Civil Chileno, pag. 106.

§ 30. Como se provão os casamentos.

I. — CONTRAHIDOS NO IMPERIO. — O casamento catholico prova-se regularmente por certidão extrahida do livro ecclesiastico competente (143)

Na impossibilidade de obter-se a certidão, ou porque o assento não fosse feito em tempo, ou por se ter perdido o livro, aceitão-se como prova as certidões extrahidas dos assentamentos, posteriormente abertos em virtude de sentença proferida pelõ juizo ecclesiastico em justificação perante elle dada, segundo os estilos dos bispados. (144)

(141) Savigny, Droit Rom. vol. 8 pag. 352; Demangeat, nota (a) ao n. 73 de Felix; Pimenta Bueno, n. 111. O Direito Patrio não aceita como validos o casamento catholico e o mixto senão celebrados na fórma estabelecida pela Igreja Catholica. A lei reveste acerca deste assumpto um caracter rigorosamente obrigatorio e não pôde deixar de produzir o seu effeito em relação ás pessoas que sendo domiciliadas no Imperio se casão no estrangeiro. Assim o casamento civil contrahido por brasileiros em paiz onde tal fórma de casamento é permittida, não vale perante o nosso Direito. Vej. os arts. 171. 179 e 180 do Reg. 11 de junho de 1847.

(142) Lei de 11 de setembro de 1861, art. 1º § 1º; Decreto de 17 de abril de 1863, art. 1 e 2.

Cumpre notar que se o casamento fôr entre brasileiro e estrangeira, as condições de capacidade e os impedimentos quanto á mulher são regulados pela lei do domicilio della. P. Bueno, n. 111, 2º.

(143) Ord. L. 3, T. 25 § 5; L. 4, T. 46 § 1º; Concilio Trident. Sess. 24 de reformat. matr. cap. 1.

(144) Lobão, Not. a Mello, L. 2 T. 6 § 2º n. 5. Veja-se o Decreto n. 3607 de 10 de fev. de 1866, art. 4 § 6.

Sem embargo, pôde a prova ser feita por instrumento publico (145) e até pelo depoimento de testemunhas. (146)

Tem applicação ao casamento mixto a doutrina exposta.

O casamento acatholico não pôde ser provado senão por via de certidão extrahida do livro respectivo. (147)

Todavia, extraviado o livro do registro, é permittido aos interessados provarem o casamento pelos meios admitidos em direito para suprir o desaparecimento de instrumentos publicos. (148)

II. — CONTRAHIDOS ENTRE NACIONAES FÓRA DO IMPERIO. — O casamento catholico e o mixto celebrados em paiz estrangeiro provão-se ou por certidão extrahida do livro competente do consulado (149), ou por certidão passada em fórmula legal pelo ecclesiastico que houver funcionado no acto e legalizada pelo consul. (150)

O casamento acatholico prova-se por documentos donde conste a sua celebração, passados na fórmula do rito ou leis do respectivo paiz. (151)

Se os ditos documentos forem registrados no Imperio nos livros competentes, as certidões que delles se extrahirem fazem prova em juizo. (152)

III. — CONTRAHIDOS ENTRE ESTRANGEIROS FÓRA DO IMPERIO — Os casamentos entre estrangeiros, celebrados fóra do Imperio, provão-se por documentos passados na fórmula dos estylos ou leis do lugar da celebração, authênticados pelo consul. (153)

(145) Cit. Ord. L. 3 T. 25 § 5.

(146) Silva, ad ord. L. 3 T. 59, § 21; Thom. Valas. Allegation. 72 n. 105 e 106; Lobão, Not. á Mello, loc. cit.

(147) Lei de 11 de setembro de 1861, art. 1º § 3; Decreto de 17 de abril de 1863, art. 5 § 3. Os casamentos desta especie, celebrados no Imperio antes da promulgação da citada lei de 11 de setembro de 1861, provão-se pelas certidões passadas pelo ministro ou pastor, donde conste a celebração do acto religioso (Art. 9 § 2 da Lei, art. 4 do Decret.) Estas certidões podem ser lançadas no livro do registro na fórmula do art. 42 do Decreto.

(148) Decreto de 17 de abril de 1863, art. 41; Ord. L. 3 T. 60 § 6; Pereira e Souza, Prim. Linh. not. 475. Este principio abrange até o caso em que a escriptura é da substancia do contracto. Valasc. Emphyt. q. 7 n. 38.

(149) Decreto de 11 de junho de 1847, art. 180.

(150) Cit. Decreto de 17 de abril de 1863, art. 2.

(151) Cit. Decret. *ibidem*.

(152) Cit. Decret., art. 42.

(153) Cit. Decret., art. 2.

a) O casamento celebrado no Brasil prova-se pela certidão do registro, feito ao tempo de sua celebração, e justificada a falta ou perda do registro civil, é admissível qualquer outra especie de prova. São esses os dispositivos do Código Civil, art. 202 e paragrapho unico.

— Diz o art. 195: Do matrimonio, logo depois de celebrado, se lavrará o assento no livro do registro. No assento, assignado pelo presidente do acto, os conjuges, as testemunhas e o official do registro, serão exarados:

I, os nomes, prenomes, datas de nascimento, profissão, domicilio, e residencia actual dos conjuges;

II, os nomes, prenomes, datas de nascimento, ou de morte, domicilio e residencia actual dos paes;

III, os nomes e prenomes do conjuge precedente e a data da dissolução do casamento anterior;

IV, a data da publicação e da celebração do casamento;

V, a menção dos documentos apresentados ao official do registro;

VI, os nomes, prenomes, profissão, domicilio e residencia actual das testemunhas;

VII, o regimen do casamento, com declaração da data e do cartorio em cujas notas foi passada a escriptura antenupcial, quando o regimen não fôr o da communhão ou o legal; estabelecido no Titulo III deste livro, para certos casamentos.

— Os meios de prova ahi estabelecidos estavam admitidos no Decreto n. 181. Dizem os arts. 49 e 50 do referido decreto:

“A celebração do casamento contrahido no Brasil, depois do estabelecimento do registro civil, deve ser provado por certidão extrahida do mesmo registro; mas provando-se a perda deste, é admissível qualquer outra especie de prova.

Os casamentos contrahidos antes do estabelecimento daquelle registro devem ser provados por certidão extrahida dos livros parochiaes respectivos, ou na falta destes, por qualquer outra especie de prova.”

E' a doutrina de quasi todos os codigos. O hollandez dispõe: “si não existe registro ou si este fôr perdido, ou si o acto do casamento desapareceu, a prova da existencia do mesmo é deixada á consciencia do juiz, comtanto que haja posse do estado”.

O casamento celebrado fóra do Brasil prova-se de accôrdo com a lei do paiz onde se celebrou, mas si foi contrahido perante agente consular provar-se-á por certidão do assento no registro do consulado. Código Civil, art. 204 e paragrapho unico.

Já o citado Decreto n. 181 prescrevia: Art. 52 — O casamento contrahido em paiz estrangeiro poderá provar-se por qualquer dos meios legaes admittidos no mesmo paiz, salvo o caso do § 2º do art. 47, no qual a prova deverá ser feita na fórma do § 4º do mesmo artigo. A referencia é feita ao caso do casamento perante o agente consular, exigindo o § 4º o registro do casamento tres mezes depois de celebrado, ou um mez depois que os conjuges, ou ao menos um delles voltar ao paiz.

Quando a prova da celebração legal do casamento, dispõe o art. 205 do Codigo Civil, resultar do processo judicial, a inscripção da sentença no livro do registro civil produzirá, assim no que toca aos conjuges, como no que respeita aos filhos, todos os effeitos civis desde a data do casamento. Preceito semelhante está no Decreto n. 181, art. 55. Ambos adoptam o mesmo principio do Codigo Civil francez no seu artigo 108. “Lorsque la preuve d’une celebration legale du mariage se trouve acquise par le resultat d’une procedure criminelle, l’inscription du jugement sur les registres de l’etat civil assure au mariage, à compter du jour de sa celebration, tous les effets civils, tout à l’égard des epoux qu’à l’égard des enfants issus de ce mariage”.

Ainda no art. 206 o Codigo dispõe que na duvida entre as provas pró e contra, julgar-se-á pelo casamento se os conjuges, cujo matrimonio se impugna, viverem ou tiverem vivido na posse do estado de casados, Identico o pensamento do art. 53 do Decreto n. 181.

A disposição do art. 203 é relativa á questão da posse do estado de casado. Diz o citado artigo:

“O casamento de pessoas que falleceram no estado de casados não se póde contestar em prejuizo da prole commum, salvo mediante certidão de registro civil que prove ser já casada alguma dellas, quando contrahiu o casamento impugnado.”

O Decreto n. 181, art. 51, estatua: “Ninguem póde, porém, contestar o casamento de pessoas fallecidas na posse desse estado, em prejuizo dos filhos das mesmas pessoas, salvo provado, por certidão extrahida do registro civil ou dos livros parochiaes, que alguma dellas ‘era casada com outra pessoa.”

O Codigo Civil portuguez, art. 1.084, contem dispositivo igual, cujo pensamento foi mantido e ampliado pelo Decreto de 25 de Dezembro de 1890, expedido pelo governo ‘republicano. Esse acto reproduz textualmente as disposições do Decreto n. 181, arts. 51 e 53.

Nas suas annotações ao Codigo Civil portuguez, o juris-consulto Dias Ferreira doutrina:

“A posse de estado resulta de uma reunião de circumstan-
cias que indicam o respectivo estado legal, como o ter a mu-
lher o appellido do homem com quem vivia, e ser tratada por
elle como mulher, e passar assim no publico.

Ainda que se ache na posse de estado, ninguem póde reclamar o titulo de conjuge sem apresentar a certidão do registro de casamento. A posse de estado bem póde encobrir um longo concubinato que não póde considerar-se matrimo-
nio sem a prova da celebração deste.

Os conjuges devem ser tanto mais obrigados a apresen-
tar esta prova, quando elles devem saber onde casaram, e
onde está, portanto, o registro da celebração do seu casa-
mento.

Aos conjuges, pois, não aproveita a posse de estado sem a prova do casamento. Quando, porém, o homem e a mulher viveram publicamente como casados, e na posse desse es-
tado falleceram, presumem-se legitimos os filhos. Tratando-
se só do interesse dos filhos, seria injusto e barbaro exigir
delles a mesma prova.

Os paes não podiam ignorar onde celebraram o acto ci-
vil mais importante da vida. Os filhos muitas vezes trans-
portados em tenra idade para paizes longinquos, podem ra-
zoavelmente ignoral-o porque se trata de facto alheio, e pas-
sado antes do seu nascimento.

Aos filhos, pois, basta provar a posse de estado de seus
defuntos paes, e provar a sua qualidade de filhos pelo re-
gistro do nascimento. Esta prova constitue a sua presumpção
de legitimidade, que póde ser destruida com a allegação da
falta de certidão do casamento, si os fallecidos declararam
o lugar onde o celebraram, ou com a certidão do registro que
prova, por exemplo, que um dos paes era casado com outra
pessoa ao tempo da concepção do filho.

A posse de estado de casado, quando confirmada pelo
assento do respectivo registro, não poderá ser impugnada,
em caso algum, como não o póde ser tambem, no caso do
nascimento, segundo determina o art. 117 e expressamente
dispõe o art. 99 do projecto de codigo civil hespanhol, fonte
do nosso nesta parte.

O principio consignado neste artigo soffre excepção, ape-
nas quando se provar que algum dos conjuges fallecidos era
casado com outro ao tempo da concepção do pretendido
filho.”

Outros codigos, como o italiano, o argentino, o hespa-
nhol, adoptam o mesmo principio.

Pontes de Miranda, no seu Direito de Família, pag. 70, ensina que fica subordinada a quatro condições a concessão feita pelo art. 203:

1.º) *Que os paes estejam mortos*, pois no caso contrario seria possivel aos reclamantes obter delles, ou pelo menos, do sobrevivente, a indicação do logar em que se celebrou a união. A demencia de ambos ou do conjuge superstite deve-se equiparar, para esse effeito, á morte porque a impossibilidade de produzir o acto de matrimonio é evidente, e não merece menos favor a legitimidade dos filhos. Tambem a ausencia declarada por acto do juiz se pôde equiparar ao fallecimento.

Se o sobrevivivo não é demente, podendo, portanto, certificar os filhos do logar em que se effectuou o casamento, não pôde ser invocada a excepção especial do Codigo Civil. A recusa do pae ou mãe superstite de dar as informações requeridas pelos filhos não pôde em caso algum equivaler á impossibilidade de dal-os por morte, demencia ou ausencia.

2º) *Que os paes tenham vivido publica e notoriamente como marido e mulher, isto é, na posse do estado de casados.* Entendem-se na posse de estado de casados aquelles que são tidos pela familia e pela sociedade em que viveram. Cabe ao juiz apreciar as circumstancias.

3º) *Que os reclamantes tenham a posse do estado de filhos.* A posse do estado de filhos tem tres elementos: .º *Nominatio*. — ter o filho o appellido do pae; 2º *Tractatos*: ser tratado e educado como filho; 3º *Reputatio*, ser tido e havido por filho na familia e na sociedade em que vive. A posse do estado resulta, portanto, de uma série de factos que por sua significação e mutua concordancia importam o reconhecimento do filho pela familia, a que diz pertencer. Compete ao juiz, examinando as provas, dizer da procedencia ou improcedencia da allegação.

4º) *Que a presumpção de legitimidade derivada da prova da posse do estado de filho não seja destruida pela certidão do registro civil, que evidencie ser já casado algum dos paes quando se presume ter contrahido o casamento impugnado.* Era natural que o Codigo exigisse essa condição, pois si havia o impedimento anterior de já ser casado, não podia recusar-se o pae; e nullo o pretendido segundo matrimonio por esse motivo, *ex argumento bigamiæ*, a presumpção em favor do filho seria descabida, indo violar direitos dos filhos do casamento antecedente, mais valioso, mais digno do amparo legal, dada a *virtus probandi* da certidão do registro civil que para esse effeito não poderá ser supprida.”

§ 31. *Da nullidade do casamento.*

I. Os casamentos catholicos e mixtos são actos em cuja geração não intervem o poder civil. Elle os recebe perfectos e acabados das mãos da Igreja, e, tomando-os como factos consumados, lhes marca os effeitos juridicos na sociedade temporal. (§ 11)

Assim que: os casamentos catholicos e mixtos só são validos perante o Direito Patrio, quando o são segundo a lei canonica.

Deste presuposto resulta:

Que só o poder espirital é o competente para tomar conhecimento e julgar da nullidade de taes casamentos. (154)

Mas como o poder judiciario não pôde reconhecer os effeitos civis dos casamentos sem a prova de sua celebração, segue-se: que, suposto não lhe seja permittido entrar na questão da validade, tem todavia competencia para julgar da existencia do casamento, como facto de que resultão dirêitos sujeitos á sua alçada. (155)

II. O conhecimento e a decisão da nullidade dos casamentos entre pessoas que não professão a religião catholica, compete ao juiz de direito do domicilio conjugal. (156)

III. A declaração de nullidade do casamento, qualquer que seja a sua fôrma, importa o aniquilamento de todos os

(154) Ord. L. 5 T. 19; Lei de 13 de novembro de 1651; Mello, L. 1 T. 5, § 45; Avis. de 12 de setembro de 1835 e de 6 de abril de 1850.

(155) Ord. L. 3 T. 25 § 5º; L. 4 T. 46 § 1º.

Se occorre no decurso de causa civil questão acerca da validade do casamento, não é licito ao juiz secular por força do principio exposto, decidil-a, mas deve referil-a ao poder espirital, suspenso no entanto o andamento da acção. Valasc. Consult. 159. Remettem-se ao juizo ecclesiastico os proprios autos.

(156) Decreto de 17 de abril de 1863, art. 9 e seg.

A nullidade deve ser pedida por acção ordinaria, observando-se no que fôr applicavel, a pratica seguida no fôro ecclesiastico.

Nomea-se curador para defender a validade do casamento assim na primeira como na segunda instancia. Art. 10, 11 e 12 do cit. Decreto.

A nullidade, se provém de impedimento publico, pôde ser demandada 1º, por qualquer dos conjuges; 2º, por quem tiver interesse na questão; 3º, pelo promotor publico da comarca: se de impedimento privado, só pelos conjuges ou seus representantes. Consistindo a nullidade em falta ou vicio de consentimento, o direito de allegar-a é privativo do conjuge em relação ao qual dá-se a falta ou o vicio. O direito de allegar a nullidade resultante de impedimento privado, prescreve em tres annos. O conjuge menor, depois de completar vinte um annos, tem ainda o prazo de um anno para demandar a nullidade, proveniente da falta ou vicio de consentimento. Decret. cit. art. 13 14, 15 e 16.

seus efeitos, tornando-o irritó e nullo desde a data da celebração. Diante da lei o casamento é havido como se nunca tivera existido: desfaz-se o poder marital e o patrio; reputão-se illegitimos os filhos; cada conjuge recupera os bens que trouxera para o casal. (157)

a) Pelo direito actual, só o poder civil é que conhece dos casamentos, da sua validade, sendo perante a autoridade competente propostas quaesquer acções visem a sua nulidade.

As nullidades dos actos juridicos são absolutas e relativas; egualmente o são no casamento. Ha nullidade absoluta quando se dão os impedimentos dos numeros I a VIII do artigo 183, e no caso do art. 208, isto é, quando o casamento é contrahido perante autoridade incompetente. Ha nullidade relativa quando se dão os impedimentos dos numeros IX a XII do mesmo artigo 183 e no caso do art. 218 relativo ao erro.

Os impedimentos dirimentes, diz Chacon, Codigo chileno, produzem o duplo effeito de impedir o matrimonio, antes de ser celebrado e de annullar-o depois de sua celebração. A nulidade do matrimonio tem, com effeito, logar quando falta alguma das condições necessarias para sua celebração. Essa nulidade, remedio extremo, é aconselhada por um interesse de ordem publica, pois sem ella ficariam estaveis matrimonios manchados com os vicios da bigamia, incesto, etc., desvirtuando-se assim a força e prestigio de uma instituição que é o fundamento da familia e da sociedade civil.

As causas de nullidades são de duas classes: absolutas e relativas. As absolutas levam o vicio em si mesmo e se referem ao fundo do contracto do matrimonio. As relativas são referentes ás pessoas e annullam o contrahido com uma pessoa determinada.

As causas absolutas podem ser demandadas por toda pessoa que tenha interesse em fazel-as valer. As relativas só o

(157) Const. 4, C. de incestuos, et inutilib. nupt. (5. 5.); Const. 1. C. de nupt. ex rescript. pet. (5. 8.); Lobão, Not. á Mello, L. 2 T. 8 § 7º n. 3.

“Eis que o matrimonio seja julgado nullo, cessa a communicação dos bens como se tivesse sido dissolvido por morte de um dos conjuges.” Digest. Port., P. II, art. 331. Ha evidente equivoco. Quando a communhão cessa por morte de um dos conjuges, o sobrevivente fica com metade dos bens, e a outra metade passa aos herdeiros do conjuge defunto. Se, porém, o casamento é annullado, cada conjuge separa-se não com metade dos bens, mas com os bens com que entrara para o casal e com os lucros correspondentes. A doutrina de Corrêa Telles só procede quando o casamento annullado é declarado putativo.

podem ser pela pessoa a cujo favor tem sido estabelecidas. (J. Chacon, Código civil chileno, pag. 104).

O Decreto n. 181 de 1890 trata do assumpto nos artigos 61 a 79.

O Código civil, accetando a distincção das nullidades em absolutas e relativas, dispõe a respeito nos seguintes artigos:

“Art. 207. E’ nullo e de nenhum effeito, quanto aos contrahentes e aos filhos, o casamento contrahido com infracção de qualquer dos numeros I a VIII do art. 183.”

São os impedimentos dirimentes absolutos que determinam nullidades absolutas.

A decretação de nullidade absoluta póde ser requerida por qualquer interessado ou pelo ministerio publico, salvo si já houver fallecido algum dos conjuges.

“Art. 208. E’ tambem nullo o casamento contrahido perante autoridade incompetente (arts. 192, 194, 195 e 198). Mas esta nullidade se considerará sanada, se não se allegar dentro em dois annos da celebração.

Paragrapho unico — Antes de vencido esse prazo, a declaração de nullidade poderá ser requerida:

I Por qualquer interessado.

II Pelo Ministerio Publico, salvo se já houver fallecido algum dos conjuges.”

“Art. 209. E’ annullavel o casamento contrahido com infracção de qualquer dos ns. IX a XII do art. 183.”

São os impedimentos dirimentes *relativos* que determinam as nullidades relativas.

O n. IX se refere ás pessoas por qualquer motivo coactas e incapazes de consentir ou manifestar, de modo inequivoco, o consentimento.

A annullação do casamento, neste caso, só póde ser promovida pelo proprio coacto, pelo incapaz, por seus representantes legaes, Código, art. 210; deve ser pedida em acção ordinaria, na qual será nomeado curador, art. 222, e prescreve em seis mezes, de accôrdo com o § 5º do art. 178 que preceitua:

I A acção do conjuge coacto para annullar o casamento, contado o prazo (de seis mezes) do dia em que cessou a coacção.

II A acção para annullar o casamento do incapaz de consentir, promovida por este, quando se torne capaz, por seus representantes legaes ou pelos herdeiros; contado o prazo do dia em que cessou a incapacidade, no primeiro caso do casamento, no segundo e no terceiro, da morte do incapaz quando esta occorre durante a incapacidade.

O que contrahio casamento, emquanto incapaz, póde ratificar-o quando adquirir a necessaria capacidade, e esta ratificação retrotrahirá os seus effeitos á data da celebração. Art. 211.

Art. 212. A annullação do casamento contrahido com infracção do n. XI do art. 183 só póde ser requerida pelas pessoas que tinham o direito de consentir e não assistiram ao acto.

O numero XI se refere ás pessoas sujeitas ao patrio poder, tutela ou curatela, emquanto não obtiverem, ou lhes não fôr suprido o consentimento do pae, tutor ou curador.

A annullação do casamento da menor de dezeseis annos e do menor de dezoito será requerida: I pelo proprio conjuge menor; II pelos seus representantes legaes; III pelas pessoas designadas no art. 190, naquella mesma ordem. Codigo Civil, art. 213. Essas pessoas são os parentes em linha recta de um dos nubentes, sejam consanguineos ou affins e os collateraes, em segundo gráo, sejam consanguineos ou affins.

Art. 214. Podem, entretanto, casar-se os referidos menores para evitar a imposição ou o cumprimento de pena criminal.

Paragrapho unico. Em tal caso o juiz poderá ordenar a separação de corpos, até que os conjuges alcancem a idade legal.

Dispõe o art. 215. Por defeito de idade não se annullará o casamento de que resultar gravidez.

Commentando este artigo, o Conselheiro Candido de Oliveira sustenta que em tal hypothese a pessoa alguma cabe o direito de promover a annullação do casamento. Já o direito canonico permittia o matrimonio dos impuberes — *si malitia supplet aetatem*.

O principal intuito do casamento, que é a procreação, está assim preenchido, embora antecipadamente. Seria injustificavel o legislador que autorisasse a annullação com o fundamento de falta de idade da esposa, em pleno exercicio das funcções da maternidade.”

Si a annullação é requerida pelos representantes legaes do menor, os seus parentes em linha recta ou os collateraes, poderão os conjuges ratificar-o ante o juiz e o official do registro civil, em attingindo a idade legal.

A ratificação terá effeito retroactivo, subsistindo entre tanto o regimen da separação dos bens.

No art. 217 o Codigo dispõe que a annullação do casamento não obsta á legitimidade do filho concebido ou havido antes ou na constancia d'elle.

O casamento é ainda annullavel no caso de erro essencial quanto á pessoa do conjuge. Art. 218. A nota ao § 14 trata do assumpto e allude tambem ao art. 219.

Quando na annullação do casamento são allegados os casos relativos á identidade, honra e boa fama, ignorancia de crime inafiançavel, ignorancia de defeito physico, irremediavel ou molestia grave ou transmissivel (art. 219, I, II, III) a acção só pôde ser proposta pelo outro conjuge; na hypothese de defloramento da mulher, art. 219, IV, só o pôde ser pelo marido.

O pedido de nullidade de casamento é feito em acção ordinaria perante o Juiz a que a organização judiciaria respectiva dê a competencia para decidir. Aos Estados cumpre legislar sobre a sua organização judiciaria, fixar a competencia das suas autoridades e, pois, a cada um delles e ao Congresso Nacional para o Districto Federal compete tratar do caso.

Art. 223. Antes de mover a acção de nullidade do casamento, a de annullação, ou a de desquite, requererá a autora, com documentos que a autorizem, a separação de corpos, que será concedida pelo juiz com a possivel brevidade.

Art. 224. Concedida a separação, a mulher poderá pedir os alimentos provisionaes que lhe serão arbitrados na forma do artigo 400.

Diz o art. 400 que os alimentos devem ser fixados na proporção das necessidades do reclamante e dos recursos da pessoa obrigada. Devem comprehender o necessario á subsistencia, ás despezas feitas em juizo, inclusive honorarios de advogado, ficando desta forma a mulher em condições de pleitear pelos seus direitos.

Com relação ao prazo da prescripção das acções de nullidade de casamento, o Codigo Civil dispõe o seguinte:

Art. 178: Prescreve.

§ 1.º Em dez dias, contados do casamento, a acção do marido para annullar o matrimonio contrahido com mulher já deflorada (arts. 218, 219, IV, e 220).

§ 3.º Em dous mezes contados do nascimento, se era presente o marido, a acção para este contestar a legitimidade do filho de sua mulher (arts. 337 e 344).

§ 4.º Em tres mezes a acção do pae, tutor ou curador para annullar o casamento do filho, pupillo ou curatelado, contrahido sem o consentimento daquelles, nem o seu suprimento pelo juiz; contado o prazo do dia em que tiverem a sciencia do casamento (arts. 180, n. III, 183, n. XI, 209, 213).

§ 5.º Em seis mezes:

I a acção do conjuge coacto para annullar o casamento,

contado o prazo do dia em que cessou a coacção (art. 183 numero IX, e 209).

II a acção para annullar o casamento do incapaz de consentir, promovida por este, quando se torne capaz, por seus representantes legaes, ou pelos herdeiros, contado o prazo do dia em que cessou a incapacidade, no primeiro caso, do casamento, no segundo e no terceiro da morte do incapaz, quando esta occorra durante a incapacidade (art. 210).

III a acção para annullar o casamento da menor de 16 e do menor de 18 annos, contado o prazo do dia em que o menor perfaz essa idade, se a acção fôr por elle movida, e da data do matrimonio, quando o fôr por seus representantes legaes (arts. 213 a 216).

§ 7.º Em dous annos a acção do conjuge para annullar o casamento nos casos do art. 219 ns. I, II, III, contado o prazo da data da celebração do casamento, e da data da execução deste codigo para os casamentos anteriormente celebrados.

O art. 232 do Codigo Civil dispõe:

Quando o casamento fôr annullado por culpa de um dos conjuges, este incorrerá:

I Na perda de todas as vantagens havidãs do conjuge innocente.

II Na obrigação de cumprir as promessas, que lhe fez, no contracto antenupcial (arts. 256 e 312).

TITULO QUINTO

Da dissolução da sociedade conjugal

§ 32. *Modos pelos quaes se dissolve a sociedade conjugal*

A sociedade conjugal termina:

- 1.º Pela morte d'um dos conjuges;
- 2.º Pela entrada d'um delles em religião approvada ou pelo recebimento de ordens sacras maiores, precedendo em ambos os casos, o consentimento do outro conjuge; (158)
- 3.º Pela sentença de nullidade que declara o casamento putativo; (159)

(158) C. 22. C. 27. q. 2; C. 7. 8. 13. 18. X de convers. conjug. (3. 32); Riger, P. IV § 220; B. Carneiro, L. 1º T. 11, § 114, n. 7; Mont. Droit. Eccles. § 1034.

(159) A sentença de nullidade, quando o casamento não é julgado *putativo*, torna-o irrito desde o momento da celebração; e pois uma tal sentença não se pode reputar *modo* de dissolução da sociedade conjugal: ella não dissolve, declara que a sociedade nunca existiu.

4.º Pela sentença de divorcio perpetuo. (160)

O vinculo conjugal é perpetuamente indissolúvel e só se rompe pela morte d'um dos conjuges. (161)

A entrada em religião approvada, o recebimento de ordens sacras maiores e o divorcio perpetuo não importão o rompimento do vinculo matrimonial; mas operão tão sómente a separação material dos conjuges e a dissolução da sociedade conjugal. (162)

a) O Codigo Civil, art. 315, dispõe: A sociedade conjugal termina:

I Pela morte de um dos conjuges.

II Pela nullidade ou annullação do casamento (arts. 207 e seguintes).

III Pelo desquite, amigavel ou judicial.

Parapho único. O casamento valido só se dissolve pela morte de um dos conjuges, não se lhe applicando a presumpção estabelecida neste Codigo, art. 1.º, segunda parte (artigo 322).

Os dous primeiros casos, não só fazem terminar a sociedade conjugal, como dissolvem o casamento. O terceiro, isto é o desquite apenas faz cessar a sociedade conjugal, mas não faz desaparecer o vinculo matrimonial.

A ausencia prolongada, qualquer que seja o seu tempo, não faz presumir a morte, nem permite que sejam contrahidas segundas nupcias. Para a realização destas, é indispensavel, na forma do art. 180 n. V, a certidão de obito do conjuge fallecido.

O decreto 181 de 1890 tem esta disposição, art. 93: O casamento valido só se dissolve pela morte de um dos conjuges, e nesse caso proceder-se-á a respeito dos filhos e dos bens do casal na conformidade do direito civil.

—Si o conjuge morto fôr a mulher, o marido póde contrahir logo o casamento, mas si fôr o marido, só poderá casar-se a viuva dez mezes depois, salvo si antes de findo esse prazo, dêr á luz algum filho. Com relação aos bens, cessará a *communhão* com a morte de um dos conjuges, cabendo a metade dos bens ao sobrevivente, e a outra metade aos herdeiros do fallecido.

Na hypothese do casamento nullo, com relação aos bens, cada conjuge se retira com aquelles com que entrou para o

(160) Concilio Trident. Sess. 24 canon 8, de *sacram. matrim.*

(161) Concili. Trid., loc. cit. canon 7.

(162) Vej. adiante § 34.

casal, lucros, dividas e demais onus, salvo o direito a cada um de reaver, por indemnizações, o que a arbitrio do outro se tenha alienado — Pontes de Miranda, obr. citada, pag. 75.

O parentesco que deriva do casamento nullo, diz ainda este escriptor, é illegítimo, seja consanguineo ou affim.

Têm-se os filhos, portanto, como nascidos de uma relação accidental entre homem e mulher, *quasi sine patre filii*, salvo para o effeito da prestação de alimentos, art. 405.

A annullação, quando declarada, termina a sociedade conjugal e produz effeitos iguaes á nullidade, excepto:

1. Quanto ao parentesco, pois a annullação permite um vinculo legitimo quanto aos filhos, embora seja legitima a affinidade.

2. Quanto á posse dos filhos, porque ficarão com o conjuge innocente; ou se ambos forem culpados, com a mãe as filhas, enquanto menores, e os filhos até a idade de seis annos, passando estes, de seis em diante, á guarda do pai (art. 326 § 2). Havendo motivos graves, poderá o juiz, em qualquer caso, a bem dos filhos, regular, de outra maneira, a situação delles para com os pais. Se todos os filhos couberem a um só conjuge, fixará o pai a contribuição com que para sustento delles haja de concorrer o outro (art. 327 e §).

3. Quanto aos bens: pois a annullação, pelo codigo, supõe a dissolução da communhão, se houve ou se podia haver a communhão universal ou parcial, isto é quando a nullidade relativa consiste em casamento com infracção do art. 183, IX e X porque nos dous outros casos de nullidade relativa (XI e XII) o regimen da separação é obrigatorio (art. 258 § unico).

Assim, portanto, dividem-se ao meio os bens communicados quando foi annullado o casamento por erro (art. 218), ou por ter sido contrahido:

1. Entre raptor e raptada, enquanto esta não se achava fóra do seu poder e em logar seguro (art. 183, X).

2. Por pessoa coacta ou incapaz de consentir ou manifestar, de modo inequivoco, o cenmentimento (art. 183, IX).

Mas em taes casos, o culpado perderá todas as vantagens havidas do innocente (art. 232).

§ 33. Do casamento putativo.

Casamento *putativo* é o que, sendo nullo, foi todavia contrahido em boa fé por ambos os conjuges ou por um só delles.

Em attenção á boa fé dos conjuges, a lei protege a união

e dá-lhe todos os efeitos civis do casamento valido até a sentença de declaração de nullidade. (163)

Assim pois o casamento putativo dissolvido pela sentença de nullidade, pode ser correctamente equiparado ao casamento valido dissolvido por morte d'um dos conjuges. Ha entre um e outro identidade de efeitos. (164)

A validade do casamento putativo é, como a do casamento verdadeiro, *indivisiavel*. Seria erro toma-lo como valido para certos efeitos e ao mesmo tempo como nullo para outros. (165)

Se um só dos conjuges andou de boa fé, o casamento é reputado putativo em relação á elle e aos filhos; prevalecendo porem a nullidade com todos os seus conseqüencias pelo que respeita ao conjuge de má fé. (166)

Assim que:

1.º O conjuge de boa fé pode pedir: que o casamento seja tido como absolutamente insubsistente; ou invocar em seu favor todos os efeitos que resultão do casamento verdadeiro, taes como a validade dos pactos antenupticiaes, a communhão dos bens, o direito de succeder ao outro conjuge.

(163) Fr. 57 § 1.º D. de ritu nupt. (23. 2); Const. 4. C. de incestuos. et inutilib. nupt. (5. 5.) C. 8. 10. 14. X. qui filii legitimi sint. (4. 17). Mello L. 2, T. 5 § 13 nota; B. Carneiro, L. 1º, T. 11 § 113, n. 2.

Para que o casamento se considere putativo é mister que elle tenha sido contrahido pela manifestação do consentimento reciproco, embora faltasse alguma formalidade externa, como a presença de duas testemunhas. Omittidas todas as formalidades externas, a presumpção de má fé prevalece contra ambos os conjuges, e, pois, o casamento deixa de ser putativo. É neste sentido que deve ser entendido o § 1º do cap. 1º X de clandestin. dispons. (4. 3.) Vej. Lobão, Not. á Mello, L. 2 T. 5 § 13, n. 2 e 3.

(164) O Direito Romano fazia cessar os efeitos do casamento putativo desde o momento em que a causa da nullidade se revelava aos conjuges. Const. 4. C. de incestuos. et inutilib. nupt.

Neste ponto, porém a disposição imperial tinha contra si razões ponderosas; (Mourlon, Repet. Escrit. L. 1º T. 5 n. 699) e pois o uso moderno corrigiu-a no sentido declarado no texto. Guerr. Tract. 2, L. 6, cap. 1 n. 19 e 20; Digest. Portug. Part. II, art. 332.

(165) Mourlon, Repet. Escrit. L. 1º T. 5 n. 703.

A lei por *ficção* iguala o casamento putativo ao verdadeiro.

A *ficção legal* vale como a *realidade*, salvo as restricções impostas pela lei. Tantum operatur fictio in casu ficto quantum veritas in casu vero. Alteserre, de fictionibus. tract. 1 cap. II.

(166) Const. 4. C. de incestuos. et inutilib. nupt. (5. 5.); C. 10 X. qui filii legitimi sint. (5. 5) Mello, L. 2 T. 5 § 13.

(167) Não lhe é licito, porém, tomar o casamento como boni em parte, em parte nullo. (168)

2.º O conjuge de má fé, pois que em relação a elle o casamento é nullo, fica privado da qualidade de esposo e consequentemente dos direitos que della derivão: não tem patrio poder, não succede aos filhos, nem ao conjuge de boa fé. (169)

3.º Os filhos, visto como são considerados legitimos em relação a ambos os conjuges, succedem tambem ao conjuge de má fé e aos seus parentes como se o casamento fôra valido. (170)

a) materia está regulada no art. 221 do Codigo Civil que preceitua: Embora nullo ou annullavel, quando contrahido de bôa fé por ambos os conjuges, o casamento, em relação a estes como aos filhos, produz todos os effeitos civis desde a data da sua celebração (arts. 232 e 337).

Paragraphe unico. Si um só dos conjuges estava de boa fé, ao celebrar o casamento, os seus effeitos civis só a esse e aos filhos aproveitarão.

Trata-se do casamento putativo, cuja noção pelo codigo é a mesma do direito anterior.

O decreto 181 já accetava a doutrina do direito antigo, segundo se vê do art. 75: “Quando o casamento nullo ou annullavel tiver sido contrahido de bôa fé, produzirá os seus de bôa fé, o casamento só produzirá effeito em favor delle e aos filhos, ainda que estes fossem havidos antes do mesmo casamento. Todavia, se um só dos conjuges o tiver contrahido de bôa fé, o casamento só produzirá effeito em favor delle e dos filhos.”

O estudo dos Codigos estrangeiros mostra que o casamento putativo é geralmente adoptado. O Codigo portuguez, artigos 1.091 e 1.092, prescreve:

“Qualquer casamento, ainda que annullado seja, não deixará de produzir effeitos civis desde o dia da sua celebração,

(167) Mourlon cit. n. 703; Voet, L. 23, T. 2 n. 29; Digest. Port. P. II, art. 333.

A hypothese de poder um conjuge succeder ao outro (Ord. L. 4 T. 94) só pode verificar-se quando o fallecimento do conjuge occorre antes do julgamento de nullidade; porquanto, cessando o casamento de existir da data da sentença, os conjuges deixão de ser taes um em frente do outro; e pois desaparece o fundamento da successão reciproca.

(168) Mourlon, cit. n. 703.

(169) Mourlon, cit. 703, n. 2.

(170) Mourlon, cit. 703; Lobão, Not. á Mello, L. 2, T. 5 § 13 n. 5.

em relação tanto aos conjuges como a seus filhos, si houver sido contrahido em bôa fé por ambos os conjuges.

Se um só dos conjuges tivesse estado em bôa fé, só a elle e aos filhos aproveitarão os ditos effeitos.”

Essas disposições estão modificadas pelo decreto do Governo Provisorio expedido a 25 de Dezembro de 1910, cujos artigos 30, 31, 32 e 33 dizem:

“Quando o casamento nullo ou annullavel tiver sido contrahido de bôa fé, produzirá seus effeitos civis em relação aos conjuges.

Si um só dos conjuges o tiver contrahido de bôa fé, o casamento só produzirá effeito em favor delle.

Todavia os filhos de casamento nullo ou annullavel são sempre legitimos, posto que havidos antes do mesmo casamento e ainda que este não tenha sido contrahido de bôa fé por um ou ambos os conjuges.

Paragrapho unico. Exceptuam-se sómente os filhos das pessoas comprehendidas nos ns. 1 e 2 do art. 4, aos quaes caberão sómente os direitos referidos nos arts. 50 e 52 do Decreto n. 2 desta data.

Quando o casamento for declarado nullo por culpa de um dos conjuges, este perderá todas as vantagens havidas do outro, e ficará, não obstante, obrigado a cumprir as promessas que lhe houver feito no respectivo contracto nupcial.

Declarado nullo ou annullado o casamento sem culpa de qualquer dos contrahentes, e havendo filhos communs, a mãe terá posse das filhas, enquanto menores, e a dos filhos até completarem a idade de seis annos.”

Ainda os Codigos hollandez, arts. 150 a 152, segundo a traducção de Gustavo Tripels, hespanhol, art. 69, suisso, arts. 132, 133 e 134, italiano, art. 116, e o Codigo francez, arts. 201 e 202, acceitam o casamento putativo, dando-lhe effeitos civis, baseados na bôa fé com que foi contrahido o acto.

Da noção do casamento putativo resulta que si os dous conjuges conheciam o impedimento que viciava o seu casamento, ambos devem soffrer as consequencias da sua fraude e os proprios filhos, ainda que innocentes, tambem o devem porque a consideração de que não se deve fraudar a lei nem se derogar suas disposições por méro capricho ou vontade das partes, é de ordem publica e deve prevalecer sobre todo outro interesse particular.

Mas si os dous conjuges celebraram o matrimonio absolutamente ignorantes do impedimento, não existindo nelles intenção de fazer fraude, é justo que, mantendo-se o principio da dissolução que é de ordem publica, se abrande o rigor de

seus effeitos e que em consequencia se validem, por um lado, as convenções civis que existiam entre os esposos e se conserve, por outro, aos filhos desse matrimonio o estado civil em que nasceram.

Si um dos conjuges conhecia e o outro ignorava o impedimento, é justo que o culpado soffra todas as consequencias; mas é justo que o innocente conserve as vantagens contractuaes procedentes desse matrimonio sem que o affectem as consequencias civis de sua dissolução, e que, por outro lado, estenda a seus filhos, com mais razão que a seus bens, os effeitos de bôa fé com que contrahio as nupcias.

Para que um matrimonio nullo produza os effeitos civis, é necessario o concurso dos seguintes requisitos: em primeiro lugar, que realmente tenha existido, pois não se annulla o que não existe. E' por isso que o Codigo exige para elle que o matrimonio haja sido celebrado com as solemnidades legaes. Sem consentimento e solemnidade não ha matrimonio, o Codigo só menciona as solemnidades porque o consentimento vai envolto nellas.

Em segundo lugar se exige bôa fé e justa causa de erro da parte de algum dos esposos. A bôa fé suppõe absoluta impossibilidade de que o impedimento haja sido conhecido antes das nupcias. A justa causa de erro suppõe que o erro, que fez o conjuge considerar não existente o impedimento, fosse fundado e invencivel. O matrimonio nullo celebrado com as formalidades legaes, com bôa fé e justa causa de erro, é universalmente designado com o nome de matrimonio *putativo*, do verbo latino *putare* que significa julgar, crer. (J. Chacon, Codigo Civil chileno, 1º volume, pags. 104, 105 e 106).

Em relação aos bens são varios os effeitos do casamento putativo, uma vez que seja lavrada a sentença de nullidade ou annullação:

A—Si ambos os conjuges estavam de bôa fé, dissolve-se a communhão de bens cabendo a cada um a sua metade.

B—Se sómente um estava de bôa fé, só a esse aproveitam os effeitos civis do casamento: receberá a herança do conjuge de má fé, poderá exigir a assistencia alimentar, etc. No caso de communhão o conjuge culpado terá de ceder a metade de seus bens e dos adquiridos, e não poderá receber a metade dos bens do innocente visto como de accôrdo com o art. 232 n. I do Codigo, incorre na perda de todas as vantagens havidas do conjuge innocente. Relativamente aos contractos ante nupciaes, o conjuge de má fé incorre na obrigação de cumprir todas as promessas n'elles feitas. No casamento putativo ambos os parentescos, o consanguineo e o affim

serão legítimos. Os filhos succedem igualmente ao conjuge de má fé e aos seus parentes, podem ter o nome dos pais, succedem uns aos outros, e si algum vem a fallecer, a legitimidade proveniente do casamento putativo aproveita aos seus descendentes. (Pontes de Miranda, Direito de Familia, pags. 80 e 81).

§ 34. *Divorcio, suas causas.*

O divorcio, no sentido em que o admite a Igreja Catholica, consiste na separação material dos conjuges, temporaria ou perpetua, sem o rompimento do vinculo matrimonial. (171)

Assim que o conjuge divorciado não póde passar á segundas nupcias, em vida do outro.

São causas do divorcio temporario: as suggestões criminosas de um conjuge ao outro; as sevicias graves; as insidias contra a vida. (172)

O divorcio perpetuo, regularmente só póde ser decretado em virtude de crime de adulterio commettido por um dos conjuges. (173)

O adulterio, porém, deixa de ser fundamento para o divorcio:

1.º Quando é o resultado de violencia ou de erro escusavel. (174)

2.º Quando um dos conjuges concorreu directamente para que o outro o commettesse; (175)

3.º Quando ambos os conjuges tem incorrido no mesmo crime; (176)

(171) Concil. Trident. Sess. 25 canon 8, de sacram. matrim.

A palavra divorcio é tomada em duas accepções. No sentido rigoroso (sentido do Direito Romano) significa a dissolução do casamento; no sentido do Direito Canonico exprime tão somente a separação dos conjuges *quo ad thorum et habitationem*, sem rompimento do vinculo matrimonial.

As seitas dissidentes declarão falsa a doutrina da indissolubilidade do vinculo conjugal e permitem em varios casos o divorcio na accepção do Direito Romano. Walter Droit Eccles. § 316.

(172) C. 5. C. 28. q. 1. Cap. 2 X de divort. (4. 19); C. 8. 13 X de restit. spoliat. (2. 12). A enfermidade nunca póde ser motivo de divorcio. Walter, cit. § 314 not. (m).

(173) C. 4. C. 32. q. 4; C. 20. C. 32. q. 5.

Monte, Direit. Eccl. § 1035. Sustentão alguns canonistas que podem motivar o divorcio perpetuo sevicias graves, insidias á vida. Veja-se Monte, cit. § 1035:

(174) C. 7. C. 32. q. 5; C. 1. C. 34. q. 1.

(175) C. 6. X de eo qui cognovit consang. (4. 13).

(176) C. 1. C. 32. q. 1.

4.º Quando um perdôa ao outro, expressa ou tacitamente. (177)

A acção para pedir em juizo o divorcio é privativa do conjuge innocente. (178)

O divorcio entre conjuges pertencentes ás seitas dissidentes é recebido pelo Direito Patrio, não como importando rompimento do vinculo matrimonial (179), mas tão sómente com os efeitos, que produz o divorcio entre catholicos.

a) O Codigo Civil não adoptou a expressão divorcio e preferio a de desquite, como se vê desde logo no art. 315. A sociedade conjugal termina: — n. III, pelo desquite, amigavel ou judicial.

O divorcio, diz Chacon, tem sido considerado de dous modos: como dissolução do matrimonio e como suspensão da vida commum entre os conjuges. Estes dous modos de considerar o divorcio correspondem a dous systemas differentes que têm dividido as legislações conforme a indole de cada povo e a idéa religiosa preponderante em cada qual. Por sua vez os jurisconsultos tem sustentado a excellencia em abstracto de um e outro systema, sem consideração a tempos e a logares, tendo só em vista, uns o interesse dos esposos, e outros a conveniencia dos filhos.

O divorcio *quo ad thorum*, accrescenta o citado escriptor, póde definir-se: um estado civil constituido por decreto, em virtude de solicitação da parte e por causa determinante que produz por effeito a separação de pessoas e bens entre os conjuges, mas que não dissolve o matrimonio.

(177) C. 25. X. de jure jur. (24).

(178) Walter, § 314.

As causas de divorcio são da competencia do juizo ecclesiastico. Acerca do processo veja-se Monté, *Direit. Eccl.* L. 3, secc. 1.º T. 2. cap. 2.

(179) Nem a lei de 11 de setembro de 1861, nem o decreto de 17 de abril de 1863 contem providencia alguma expressa acerca do divorcio quanto ao casamento acatholico. Todavia de suas disposições (lei, art. 1.º § 4; Decreto, art. 7) deduz-se a doutrina expostá no texto.

O Direito Canonico considera o casamento acatholico como impedimento para o casamento catholico. (Benedict. XIV, de synod. diocesana L. 13, cap. 22; Walter § 313). A citada lei de 11 de set. de 1861 e o Decreto de 17 de abril de 1863 tornarão applicavel ao casamento acatholico a lei canonica que regula a materia dos impedimentos em relação ao casamento catholico.

Portanto segue-se que diante da nossa lei o divorcio no casamento acatholico não rompe o vinculo matrimonial.

Qual a authoridade competente para julgar as causas do divorcio em relação ao casamento acatholico? A cit. lei e decreto nada dizem a respeito. Deve-se, pois, entender que taes causas se hão de julgar segundo os usos e prescripções das religiões á que pertencem os conjuges.

Segundo esta definição para que o divórcio se constitua devem concorrer tres requisitos: 1.º Causa determinante, 2.º petição de algum dos conjuges, 3.º decreto do juiz. Sendo a união conjugal uma relação de interesse publico, importa á sociedade que sua dissolução não se effectue senão por causas graves determinadas pela lei.

Pelo nosso direito, o desquite pôde ser amigavel ou judicial. O primeiro é aquelle constante do art. 318 — desquite por mutuo consentimento dos conjuges, se forem casados por mais de dous annos, manifestado perante o juiz e devidamente homologado.

Os conjuges, em petição por elles assignada, ou a seu rogo si não souberem escrever, apresentam-se pessoalmente ao juiz e juntam estes documentos:

- a) certidão de casamento;
- b) descripção dos bens do casal e partilha que hajam combinado;
- c) declaração do que houverem combinado sobre a posse dos filhos menores;
- d) declaração da contribuição com que cada um concorre para a criação e educação dos filhos, e da pensão do marido á mulher, si esta não ficar com renda sufficiente para sua manutenção;
- e) traslado do contracto ante-nupcial, si houver sido celebrado.

O Juiz, depois de ouvir separadamente cada um dos conjuges marcará um prazo nunca inferior a quinze dias, nem superior a trinta para que os conjuges, dentro d'elle, ratifiquem ou retractem o pedido. Só depois disso, o juiz despachará o pedido.

— Em relação ao desquite judicial, dispõe o Codigo Civil:

Art. 316. A acção de desquite será ordinaria e sómente competirá aos conjuges.

Paragrapho unico Si, porém, o conjuge fôr incapaz de exercel-a, poderá ser representado por qualquer ascendente, ou irmão.

Art. 317. A acção de desquite só se pôde fundar em algum dos seguintes motivos:

- I Adulterio (319);
- II Tentativa de morte;
- III Sevicia, ou injuria grave;
- IV Abandono voluntario do lar conjugal, durante dois annos continuos.

—

O Codigo Penal, art. 279 e paragraphos, estabelece pena para o adulterio ou infidelidade conjugal; ha, porém, differença do adulterio praticado pela mulher do que o é pelo marido. Para o primeiro, basta o simples desvio da fide-

dade conjugal, ao passo que para o do marido o Código allude á concubina teúda e manteúda.

O Código Civil não estabelece essa distincção e segundo o dispositivo do art. 317, n. 1, o adulterio seja do marido ou da mulher, a simples infracção da fidelidade, é motivo para o desquite.

Pelo art. 319 deixará de ser o adulterio fundamento para o desquite:

I Si o autor houver concorrido para que o réo o commettesse (art. 279 § 2º, Código Penal).

II Si o conjuge innocente lh'o houver perdoado (art. 281 § unico do Código Penal).

Paragrapho unico. Presume-se perdoado o adulterio, quando o conjuge innocente, conhecendo-o, cohabitar com o culpado.

O Código hespanhol, art. 76, approximando-se bastante do Código Civil francez, dá como causa legitima de divorcio *o adulterio da mulher em todo caso; e do marido, quando resulte escandalo publico ou menospreço da mulher*. O nosso, como ficou dito, não estabeleceu tal distincção.

— A tentativa de morte é, sem duvida, fundamento legitimo para a acção de desquite. O conjuge que tenta contra a vida do outro, com o principio de execução perfeitamente caracterisado, não pôde mais merecer desse outro a confiança no amor que serve de base ao casamento.

— As servicias são os ferimentos, as offensas phisicas, emfim os máos tratos que muitas vezes constituem injurias graves.

São injurias todas as palavras, factos ou escriptos ultrajantes com que um dos conjuges attenta á honra ou á consideração devida ao outro ou que manifestam contra elle sentimento de odio, aversão ou desprezo.

Tanto a respeito de excessos como a respeito das injurias cabe ao juizo dos Tribunaes decidir si os factos allegados merecem uma ou outra qualificação. Devem antes de tudo ter em conta o interesse dos conjuges que exige de um lado que não se os separe por questões leves e passageiras e de outro que não se os force a prolongar uma commuidade de vida insupportavel, e o interesse da sociedade que exige ao mesmo tempo que se mantenha quanto seja possivel tal commuidade entre os conjuges e que se ponha termo ás discussões e escandalos domesticos. Tomarão em conta a idade, a posição social e a educação dos conjuges, as circumstancias em que se commetterem os factos allegados e as provocações que podem imputar-se ao conjuge que pede o divorcio. Aqui não cabem regras; mas pôde estabelecer-se que não são motivos sufficientes para o divorcio os actos impacientes, as

palavras duras que podem attribuir-se a uma situação extranha do conjuge e que sejam pouco communs em seu modo de proceder. (Sanojo, Derecho Civil venesoelano, pag. 180).

— O desquite sob o fundamento do abandono voluntario do lar reclama que se prove:

1.º o abandono voluntario;

2.º o tempo de dois annos continuos.

O escriptor acima citado doutrina que o abandono deve ser malicioso e com intenção de não haver regresso ao domicilio conjugal. Assim é que o marido que deixa a casa conjugal para uma viagem, mesmo longa e injustificavel, não incorre nesta causa de separação si conserva correspondencia com sua familia, cumprindo quanto possivel seus deveres conjugaes, ou si de qualquer outra maneira manifesta a intenção de volver ao lado dos seus. A mulher que se separa da casa conjugal por não poder habital-a em virtude de um inconveniente grave e vai para caso de seus paes ou outros parentes, não pôde dizer-se que haja abandonado o domicilio conjugal, porque ahi não ha malicia, condição naturalmente exigida pela lei.

A ausencia, pois, desde que ha motivo que a justifique, não autorisa o pedido de desquite.

O Decreto n. 181, de 24 de Janeiro de 1890, contém a respeito da materia, as seguintes disposições:

Art. 80. A acção do divorcio só compete aos conjuges e extingue-se pela morte de qualquer delles.

Art. 81. Si o conjuge, a quem competir a acção, fôr incapaz de exercel-a, poderá ser representado por qualquer dos seus ascendentes, descendentes ou irmãos, e na falta delles pelos parentes mais proximos, observando a ordem em que são mencionados neste artigo.

Art. 82. O pedido de divorcio só pôde fundar-se em algum dos seguintes motivos:

§ 1.º adulterio;

§ 2.º sevicia, ou injuria grave;

§ 3.º abandono voluntario do domicilio conjugal e prolongado por dois annos continuos;

§ 4.º mutuo consentimento dos conjuges, si forem casados ha mais de dois annos.

Art. 83. O adulterio deixará de ser motivo para o divorcio:

§ 1.º si o réo fôr a mulher e tiver sido violentada pelo adultero;

§ 2.º si o autor houver concorrido para que o réo o commettesse;

§ 3.º quando tiver sobrevindo perdão da parte do autor.

Art. 84. Presume-se perdoado o adúlterio quando o conjugue innocente, depois de ter conhecimento delle, houver cohabitado com o culpado.

Art. 85. Para obterem o divorcio por mutuo consentimento, deverão os conjugues apresentar-se pessoalmente ao juiz, levando a sua petição escripta por um e assignada por ambos, ou ao seu rogo, si não souberem escrever, e instruida com os seguintes documentos:

§ 1.º a certidão do casamento;

§ 2.º a declaração de todos os seus bens e a partilha que houverem concordado fazer delles;

§ 3.º a declaração do accôrdo que houverem tomado sobre a posse dos filhos menores, si os tiverem;

§ 4.º a declaração da contribuição com que cada um delles concorrerá para a criação e educação dos mesmos filhos, ou da pensão alimenticia do marido á mulher, si esta não ficar com bens sufficientes para manter-se;

§ 5.º traslado de nota do contracto ante-nupcial, si tiver havido.

Art. 86. Recebidos os documentos referidos e ouvidos separadamente os dous conjugues, sobre o motivo do divorcio, pelo juiz, este fixar-lhe-á um prazo nunca menor de 15 dias, nem maior de 30 para voltarem a ratificar, ou retractar o seu pedido.

Art. 87. Si, findo este prazo, voltarem ambos a ratificar o pedido, o juiz, depois de fazer autoar a petição com todos os documentos do art. 85, julgará por sentença o accôrdo, no prazo de duas audiencias, e appellará *ex-officio*. Si ambos os conjugues retractarem o pedido, o juiz restituir-lhes-á todas as peças recebidas, e si sómente um delles retractar-se, a este entregará as mesmas peças na presença do outro.

§ 35. *Effeitos do divorcio.*

O divorcio traz como effeito immediato a separação material dos conjugues. (180)

O conjugue innocente fica desligado da obrigação de viver conjuncta e inseparavelmente com o outro conjugue.

Mas um e outro podem a todô tempo reconciliar-se e restabelecer a vida commum. (181)

(180) Concil. Trident. Sess. 24 can. 8 de sacr. matr.

(181) Van-Espen P. II. Sect. 1. cap. 2, n. 23; Walter, § 314; B. Carneiro, L. 1, T. 11 § 115 n. 23.

E' mister sentença do juizo ecclesiastico. B. Carneiro cit. 115, n. 19.

D'ahi é que provem o dizer-se que a sentença de divorcio nunca passa em julgado. (182)

Na ordem *civil* o divorcio perpetuo produz a dissolução da sociedade conjugal. Em virtude delle, pois, cessa o poder marital; a mulher readquire a sua capacidade juridica (183); os bens se dividem e se partilham segundo o regimen que tiver sido adoptado, como se o casamento se dissolvesse por morte de um dos conjuges (184); os filhos continuão sob o poder do pai (185), mas a mãe é obrigada a criar de leite os de peito até a idade de tres annos. (186)

O divorcio temporario tem por unico effeito a separação material dos conjuges, por certo praso, mas não importa dissolução da sociedade conjugal, a qual persevera com todos os seus effeitos: marido e mulher guardão sua posição juridica anterior. (187)

Mas em quanto perdura a separação, o marido é obrigado á prestar á mulher os alimentos, que segundo as regras de direito, judicialmente lhe houverem sido arbitrados. (188)

a) O desquite adoptado pelo Codigo Civil não rompe o vinculo matrimonial. Os seus effeitos são os que o Codigo Civil estabelece e por si elles ha separação de pessoas e de bens não ha, entretanto, para os que se desquitam, a faculdade de celebração de segundas nupcias.

Art. 320. No desquite judicial, sendo a mulher innocente e pobre, prestar-lhe-á o marido a pensão alimenticia que o juiz fixar.

Art. 321. O juiz fixará tambem a quota com que para criação e educação dos filhos, deve concorrer o conjuge culpado, ou ambos si um e outro o forem (art. 327, § unico).

Art. 322. A sentença do desquite autorisa a separação dos conjuges, e põe termo ao regimen matrimonial dos bens, como si o casamento fosse annullado (art. 267, n. III).

(182) B. Carneiro, loc. cit.

(183) Cod. Com. art. 1º § 4.

(184) Guerr. T. 2, L. 6 cap. 8 n. 37. 40. 50. 51. 68. 70. 81. Peg. Forens. 9, n. 354; Lobão, Not. á Mello L. 2, T. 9, § 21 n. 9.

(185) Valasc. Consul. 192 n. 10 e 11; Mello, L. 2, T. 6 § 14 not. Os filhos são alimentados pelo pai, qualquer que tenha sido o regimen dos bens. Na falta do pai, ou por não poder ou por ter fallecido, seguem-se as regras de direito á respeito desta materia. Vej. a Secç. 4.

(186) Ord. L. 4, T. 99; Assento de 9 de abril de 1772.

(187) Lob. Not. á Mello, L. 2 T. 9 § 21 n. 9.

(188) Lob. Not. á Mello, L. 2 T. 7 § 1 e 2 n. 10 in fine.

Emquanto pende a acção de divorcio, decretão-se á mulher alimentos provisionaes. Lob. Acções sum. § 264 e seguintes.

Art. 323. Seja qual fôr a causa do desquite, e o modo como este se faça, é lícito aos conjuges restabelecer a todo o tempo a sociedade conjugal, nos termos em que fôra constituída, contanto que o façam, por acto regular, no juizo competente.

Paragraphe unico. A reconciliação em nada prejudicará os direitos de terceiros, adquiridos antes e durante o desquite seja qual fôr o regimen dos bens.

Art. 324. A mulher condemnada na acção de desquite perde o direito a usar o nome do marido (art. 240).

— Pelo art. 240 a mulher assume, pelo casamento, com os appellidos do marido, a condição de sua companheira, consorte e auxiliar nos encargos da familia. Do confronto deste dispositivo com o do artigo 324 resulta que só na hypothese do desquite judicial ou litigioso é que a mulher perde esse direito ao uso do nome do marido e não no caso do desquite amigavel.

— Pelo direito anterior, art. 89 do Decreto n. 181, não se restabelecia o regimen dos bens que uma vez partilhados, eram administrados e alienados sem dependencia de authorisação do marido, ou outorga da mulher. Pelo Codigo Civil, citado art. 323, a reconciliação se faz com todas as consequencias do restabelecimento da sociedade conjugal.

No caso do desquite amigavel a guarda dos filhos fica regulada conforme o accôrdo celebrado pelos conjuges, podendo o juiz, nos termos do art. 327, dispôr sobre a situação delles para com os paes, fixando a quota com que cada um d'estes deve concorrer para a sua criação e educação.

Sendo o desquite litigioso, ficarão os filhos menores com o conjuge innocente; si ambos forem culpados a mãe terá direito de conservar em sua companhia as filhas, enquanto menores, e os filhos até a idade de seis annos. Os filhos maiores de seis annos serão entregues á guarda dos pais.

Havendo motivos graves, poderá o juiz, em qualquer caso, a bem dos filhos, regular por maneira differente a situação delles para com os paes, e si todos ficarem com um só conjuge, fixará o juiz a contribuição com que, para o sustento delles, haja de concorrer o outro. Neste sentido dispõem os arts. 325, 326 e 327 do Codigo Civil.

O Decreto n. 181, de 1890, contém a respeito desta materia estas disposições:

Art. 88. O divorcio não dissolve o vinculo conjugal mas autorisa a separação indefinida dos corpos e faz cessar o regimen dos bens, como si o casamento fosse dissolvido.

Art. 89. Os conjuges divorciados podem reconciliar-se em qualquer tempo, mas não restabelecer o regimen dos bens,

que, uma vez partilhados, serão administrados e alienados sem dependencia da autorisação do marido, ou outorga da mulher.

Art. 90. A sentença do divorcio litigioso mandará entregar os filhos communs e menores ao conjuge innocente e fixará a quota com que o culpado deverá concorrer para a educação delles, assim como a contribuição do marido para a sustentação da mulher, si esta fôr innocente e pobre.

Art. 91. O divorcio dos conjuges que tiverem filhos communs não annulla o dote que continuará sujeito aos onus do casamento, mas passará a ser administrado pela mulher, si ella fôr o conjuge innocente. Si o divorcio fôr promovido por mutuo consentimento, a administração do dote será regulada na conformidade das declarações do art. 85.

Art. 92. Si a mulher condemnada na acção de divorcio continuar a usar o nome do marido, poderá ser accusada por este como incurso nas penas dos artigos 301 e 302 do Codigo Criminal. A referencia do artigo é ao Codigo de 1830 que foi revogado pelo Decreto de 11 de Outubro de 1890 — Codigo Penal. Neste o art. 379, paragrapho unico, commina a pena de prisão celllular de 15 a 90 dias para a mulher que, condemnada em acção de divorcio, continuar a usar o nome do marido.

SECÇÃO SEGUNDA

Efeitos do Casamento

§ 36. *Enumeração dos efeitos do casamento*

Do casamento legalmente contrahido resultam extensos e numerosos efeitos.

Destes efeitos, uns por sua grande importancia tomam posição proeminente nos desenvolvimentos do Direito Civil, e outros, de menor alcance, sem occupar lugar distincto e especial, entram na deducção dos assumptos á maneira que sua influencia se vai fazendo sentir.

Os efeitos mais importantes e cuja theoria fará assumpto desta secção, podem ser naturalmente agrupados em tres categorias, dispostas assim:

- I. Relações de direito entre os conjuges;
- II. Relações de direito entre os conjuges quanto aos bens;
- III. Relações de direito entre os pais e os filhos legitimos.

a) Esta materia está regulada no Titulo Segundo do Livro Primeiro do Código Civil.

Art. 229. *Creando a familia legitima, o casamento legitima os filhos communs, antes delle nascidos ou concebidos (arts. 352 a 354).*

Art. 330. *O regimen dos bens entre os conjuges começa a vigorar desde a data do casamento e é irrevogavel."*

O primeiro effeito que o Codigo attribue ao casamento, diz CLOVIS BEVILACQUA, é a legitimidade da familia. Sob o ponto de vista social, da organização da vida humana, sob a direcção da ethnica, é realmente este o objectivo que tem a lei, regulando a união dos sexos, depurando os sentimentos, reprimindo as paixões, providenciando sobre o futuro da prole, cercado de respeito a familia, sobre a qual repousa a sociedade civil. E' a intervenção do direito, na sua função organica e santificadora que differencia a familia legitima da familia natural e de quaesquer agrupamentos inconsistentes ou ephemeros que as mesmas necessidades physiologicas reúnem e dissolvem.

Decorrem, pois, do casamento, desde logo, estes effeitos:

- a) a organização da familia legitima;
- b) a legitimação de filhos communs, havidos ou concebidos antes d'elle;
- c) irrevocabilidade do regimen de bens que fôr adoptado pelos conjuges.

Em consequencia disso, teve o Codigo de regular as relações de direito entre os conjuges, as relações de direito entre os conjuges quanto aos bens e as relações de direito entre os conjuges e os filhos legitimos.

O Decreto n. 181, de 1890, art. 56, menciona os seguintes effeitos do casamento:

§ 1.º Constituir familia legitima e legitimar os filhos anteriormente havidos de um dos contrahentes com o outro, salvo si um destes ao tempo do nascimento, ou da concepção dos mesmos filhos, estiver casado com outra pessoa.

§ 2.º Investir o marido da representação legal da familia e da administração dos bens communs e daquelles que, por contracto ante-nupcial, devem ser administrados por elle.

§ 3.º Investir o marido do direito de fixar o domicilio de familia, de autorisar a profissão da mulher e dirigir a educação dos filhos.

§ 4.º Conferir á mulher o direito de usar o nome da familia do marido e gosar das suas honras e direitos, que pela legislação brasileira se possam communicar a ella.

§ 5.º Obrigar o marido a sustentar e defender a mulher e os filhos.

§ 6.º Determinar os direitos e deveres reciprocos, na fórma da legislação civil, entre o marido e a mulher, e entre elles e os filhos.

Art. 57. Na falta do contracto ante-nupcial, os bens dos conjuges são presumidos communs, desde o dia seguinte ao do casamento, salvo si provar-se que o matrimonio não foi consummado entre elles.

Paraphrasso unico. Esta prova não será admissivel quando tiverem filhos anteriores ao casamento, ou forem concubidados antes d'elle, ou este houver sido precedido de raptio.

CAPITULO PRIMEIRO

RELAÇÕES DE DIREITOS ENTRE O MARIDO E A MULHER; PODER MARITAL E INCAPACIDADE DA MULHER

§ 37. *Direitos e deveres communs á ambos os conjuges.*

Da natureza e do fim da sociedade conjugal derivam os direitos e os deveres reciprocos do marido e da mulher.

As relações que formam a têa da vida intima pertencem ao dominio da moral; o direito só intervem para regular e garantir aquelles deveres, cuja inobservancia, contrariando o fim do casamento, pôde occasionar graves perturbações.

Entre os direitos e os deveres communs a um e outro conjuge, a lei consagra os seguintes:

- 1.º O direito de exigir um do outro fidelidade reciproca; (1)
- 2.º O direito de viverem em commum, conjuncta e inseparavelmente; (2)
- 3.º O direito á mutua assistencia nas enfermidades e desgraças da vida. (3)

(1) Cod. Crim. do Imperio, art. 250 á 253.

A fidelidade deve ser guardada com perfeita igualdade por um e outro conjuge; e tal é a disposição do Direito Canonico. (C. 4. C. 32. q. 4.)

E' innegavel com tudo que a infracção de um tal dever por parte da mulher reveste um caracter mais grave; 1º, porque ella, em razão do seu sexo e das idéas recebidas, é obrigada á maior recato e pois a sua falta fere mais pronunciadamente a moral e os costumes publicos; 2º, porque a sua infidelidade pôde dar lugar ao nascimento dos filhos adulteros e dest'arte introduzir no seio da familia elementos de perpetua lucta e desordem. (Mourlon, Repet. Escrit. L. 1 T. 5, n.)

E' por isso que o nosso Codigo Crim., á imitação das legislações estrangeiras, estabelece para o adulterio da mulher pena mais severa do que para o do marido.

(2) Ord. L. 4 T. 94 e T. 95 pr.

(3) Fr. 22 § 7º Dig. de soluto matrim. (24. 3): Quid enim tam humanum quam est fortuitis casibus mulieris maritum vel uxorem viri participem esse? Cfr. Ord. L. 4 T. 88 § 14; T. 103 § 1º.

— Dispõe o Código Civil — art. 231 — São deveras de ambos os conjuges:

I. Fidelidade reciproca (arts. 317, 319).

II. Vida em *commun*, no domicilio conjugal (artigos 233, n. IV, e 234).

III. Mutua assistencia.

IV. Sustento, guarda e educação dos filhos (384).

— A fidelidade reciproca, pela natureza do casamento que é o *consortium omnis vitæ*, é o fundamento primordial do instituto, o que assegura a felicidade e a harmonia dos conjuges. Ha na lei penal distincção entre a quebra da fidelidade feita pelo marido da que o é pela mulher. No primeiro caso, só ha adulterio quando o marido mantem concubina teúda e manteúda; no segundo, desde que a mulher tenha relações illicitas, mesmo ligeiras ou accidentaes.

Essa differença, porém, não está adoptada no Código Civil.

— Em todos os tempos e de accôrdo com todas as legislações foi acceito o principio de que o marido, chefe da sociedade conjugal, é quem fixa o domicilio para o fim de viverem os conjuges no mesmo lar.

O dever para os esposos decorre tambem do proprio instituto do casamento, pois que, estabelecida a *communhão* de affecto para a constituição da familia, apparece a obrigação da vida em *commun*.

— A mutua assistencia, isto é, a reciprocidade no amparo e soccorro em todas as phases, nas de desgraças e soffrimentos, como nas de alegria e prosperidade, é por igual um dever de ambos os conjuges. As legislações o tem consignado, mantendo assim um principio antigo.

— O Código Civil ainda inclue entre os deveres communs aos conjuges o sustento, a guarda e educação dos filhos.

Consigna disposição equal o Código Civil francez quando preceitúa que os esposos, pelo casamento, contraem a obrigação de nutrir, guardar e educar a prole *commun*.

No commentario ao artigo, o Conselheiro CANDIDO DE OLIVEIRA doutrina que a obrigação comprehende o fornecimento de tudo que é necessario á vida: alimentos, moradia, e vestuario. Conforme os habitos e a tradição das nações civilizadas, taes necessidades são relativas, nada tendo de fixo. A' prudencia e ao bom arbitrio do juiz é que fica o direito de taxal-as de accôrdo com a fortuna e a posição dos esposos e a situação das pessoas que têm direito a exigir a prestação alimentar.

O Código trata dos alimentos nos artigos 396 a 405.

Sobre os deveres dos conjuges dispõem o Código Civil francez, arts. 212-214; o portuguez, art. 1.184; o italiano, art. 130; o chileno, art. 131; a lei argentina, arts. 55, 56 e 58.

§ 38. *Podcr marital (direitos particulares ao marido.)*

Não poderia a sociedade conjugal subsistir regularmente se o poder de dirigir a familia e reger-lhe os bens não estivesse concentrado em um só dos conjuges. Sem esta criação surgiriam diariamente conflictos que, não achando solução prompta, entreteriam no seio da familia perpetua perturbação.

Desta necessidade resultou a formação do *poder marital*, cuja denominação provém de ter sido elle exclusivamente conferido ao marido, como o mais apto pelos predicados do seu sexo para exerce-lo. (4)

O marido figura na scena jurídica debaixo de tres caracteres: como chefe da sociedade conjugal; como socio com direitos seus, e finalmente como representante da mulher em tudo que diz respeito aos direitos e interesses particulares della.

Ao marido, em virtude do poder marital, compete:

1.º O direito de exigir obediencia da mulher, a qual é obrigada a moldar suas acções pela vontade delle em tudo que fôr honesto e justo; (5)

3.º O direito de escolher e fixar o domicilio conjugal, no qual a mulher deve acompanhá-lo; (6)

3.º O direito de representar e defender a mulher nos actos judiciaes e extrajudiciaes; (7)

4.º O direito de administrar os bens do casal, podendo

(4) Ord. L. 4 T. 66 pr. verb. "*sob seu poder*" e em muitas outras passagens.

(5) Const. 8 § 2 C. de repud et judic. (5. 13.)

O marido não tem o direito de castigar a mulher. As disposições da Ord. L. 5 T. 36 § 1º e T. 95 § 4º, que permittião um tal uso, tão repugnante com a dignidade humana e com a civilização moderna, achão-se hoje derogadas pelo Código Criminal. (Veja art. 14 § 6, cit. Código).

(6) Fr. 5 D. de ritu nupt. (23. 2.); fr. 65 D. de judic. (5. 1.) Valasc. Consult. 138 n. 11; Cabe P. I, Decis 165.

(7) Const. 21 C. de procuratorib. (2. 13.) Ord. L. 4 T. 66, Lobão, Not. á Mello, L. 2 T. 8 § 19, n. 40.

dispor dos moveis livremente, dos immoveis com as restricções da lei. (8)

a) Art. 233 do Codigo Civil.

O marido é o chefe da sociedade conjugal. Compete-lhe:

I. A representação legal da familia.

II. A administração dos bens communs e dos particulares da mulher, que ao marido competir administrar em virtude do regimen matrimonial adoptado ou do pacto antenupcial (arts. 178 § 9º, n. 1, c, 274, 289, n. I, e 311).

III. o direito de fixar e mudar o domicilio da familia (arts. 46, 233, n. IV).

IV. o direito de autorisar a profissão da mulher e a sua residencia fóra do tecto conjugal (arts. 231, n. II, 242, n. VII, 243 a 245, n. II e 247, n. III).

V. prover á mantença da familia, guardada a disposição do art. 277.

E' a organização do poder marital feita no interesse da familia. Devendo ter unidade, é confiado ao marido, geralmente mais apto para a direcção dos negocios.

LOMONACO, Diritto civile italiano, pag. 111. — “Consociatio maxime naturalis in conjugio opparet: sed ob sexus differentiam imperium non est commune; maritus uxoris caput, nempe in rebus conjugii et in rebus familiae. — GROZIO, De jure belli ac pacis, Liv. 2º, Cap. V, § 8º”.

Os principios regulados no art. 233 são decorrentes da situação de chefe da sociedade conjugal attribuida ao marido. A representação legal da familia o investe do poder de representar a mulher nos actos judiciaes e extrajudiciaes com as restricções que a lei impõe em defesa dos seus direitos e interesses afim de evitar quaesquer abusos.

— Quanto aos bens e, em virtude do poder marital, o marido administra:

a) os bens communs do casal;

b) os bens da mulher nos quaes em consequencia do regimen matrimonial adoptado ou do pacto antenupcial lhe caiba a administração. Pelo art. 274 são os bens do casal, pelo art. 289 os bens dotaes, e pelo art. 311 os bens paraphernaes.

A administração exercida pelo marido é ampla, abrange a alienação dos moveis, mas tem as limitações do artigo 251: A' mulher compete a direcção e administração do casal, quando o marido:

I. Estiver em logar remoto, ou não sabido.

(8) Direito consuetudinario antiquissimo, cuja existencia varias ord. presuppõem, como a do L. 4 T. 48, a do T. 64 e T. 66; Lobão, Not. á Mello, L. 2 T. 9 f 15, n. 4.

II. Estiver em carcere por mais de dois annos.

III. Fôr judicialmente declarado interdicto.

Parapho unico. Nestes casos cabe á mulher:

I. Administrar os bens communs.

II. Dispôr dos particulares e alienar os moveis communs e os do marido.

III. Administrar os do marido.

IV. Alienar os immoveis communs e os do marido mediante autorisação especial do juiz (art. 251).

— O direito de fixar o domicilio e de autorisar a profissão da mulher com a faculdade de residir fóra do tecto conjugal são consequencias perfeitamente justificaveis e naturaes da autoridade commettida ao marido.

A mulher pode fazer os seus cursos, obter diplomas, formar-se em direito, medicina, engenharia, ser habilitada como industrial, commerciante, etc., mas para exercer qualquer dessas profissões terá de obter a autorisação do marido. Do exercicio de taes profissões resultam encargos, obrigações que só tem valor juridico havendo o consentimento marital.

— Resulta da natureza da sociedade conjugal a obrigação que tem o marido de prover á mantença da familia. Já o art. 231, n. IV, estabeleceu a mutua assistencia entre os deveres communs aos conjuges; e pelo art. 233, V, deve o marido, no exercicio de sua autoridade, prover ás necessidades do casal, alimentar a familia, emfim, praticar todos os actos que importem á felicidade e bem estar da vida conjugal.

Mas, de accôrdo com o art. 234, cessa para o marido a obrigação de sustentar a mulher, quando ella abandona sem justo motivo a habitação conjugal, e a esta recusa voltar. Neste caso, o juiz pode, segundo as circumstancias, ordenar, em proveito do marido e dos filhos, o sequestro temporario de parte dos rendimentos particulares da mulher.

O *onus* da manutenção tambem se modifica para o marido no caso do art. 277. A mulher é obrigada a contribuir para as despezas do casal com os rendimentos de seus bens, na proporção de seu valor, relativamente ao dos bens do marido, salvo estipulação em contrario no contracto ante-nupcial (artigos 266 e 312).

Do Decreto n. 181, de 1890, constam estas disposições: artigo 56, § 2º, investir o marido da representação legal da familia e da administração dos bens communs, e daquelles que por contracto ante-nupcial, devam ser administrados por elle; § 3º, investir o marido do direito de fixar o domicilio da familia, de autorisar a profissão da mulher e dirigir a educação

dos filhos; § 5º, obrigar o marido a sustentar e defender a mulher e os filhos.

Na legislação estrangeira, os Codigos francez, arts. 213 e 214; italiano, arts. 131 e 132; hespanhol, arts. 57-60; portu-guez, arts. 1.185 a 1.187; chileno, arts. 132 a 135; argentino, arts. 185 a 187.

§ 39. Limitações do poder marital.

Todavia como a mulher não perde a sua personalidade juridica e é como socia altamente interessada na conservação dos haveres do casal, a lei exige como requisito essencial, a livre intervenção della em certos actos que reclamão maior ponderação, ou porque taes actos se referem a disposição de bens a que o direito ligou sempre grande importancia ou porque envolvem compromissos que podem acarretar prejuizos sem contingencia de lucro.

D'ahi resultam as seguintes disposições que são outros tantos limites ao poder marital:

1.º Qualquer que seja o regimen do casamento, sem o consentimento expresso da mulher (9), não póde o marido, sob pena de nullidade: vender ou alienar os bens de raiz e os direitos e acções que são por lei equiparados aos immoveis, taes como o dominio util, as rendas vitalicias, as perpetuas,

(9) Ord. L. 4 T. 48. O consentimento deve ser por escriptura publica ou particular, segundo a especie de instrumento que o acto exigir.

A outorga é necessaria, mesmo para os immoveis que são particulares do marido. Lob. Not. á Mello, L. 2 T. 8 § 18.

O consentimento dado posteriormente revalida o acto; Ord., cit. § 3 verb. "porque nelles está aprovar o contracto". Barbosa ad Ord. cit. pr. n. 22 e 26.

Ainda mesmo quando o immovel é dado em dote *venditionis causa* estimado, é necessaria a outorga para a alienação. É justamente ao dote consistente em immovel estimado *venditionis causa* que allude a ord. nas palavras "por dote e arrhas" porquanto seriam inapplicaveis ao dote em immovel inestimado, visto como é inalienavel.

A prohibição da alienação sem outorga aa mulher comprehende todos os actos translativos do dominio e seus elementos como: doação, dação *in solutum*, compromisso, transacções, divisão, constituição de servidão, usufructo, emphyteuse, etc. Lob. Not. á Mello, L. 2 T. 8 § 16 n. 4 e seg.

Os immoveis de uma sociedade commercial podem ser alienados sem-necessidade da outorga das mulheres dos socios. A razão é porque os immoveis reputão-se pertencer á sociedade, entidade juridica distincta dos socios, e enquanto a sociedade existe, os socios só tem direito e acção para haver os rendimentos do capital. Consolidação das Leis Civis, nota (4) ao art. 119; Mourlon, Repet. Escrit. L. 3 T. 5 n. 54.

etc. (10); nem tão pouco litigar em juizo sobre semelhantes bens. (11)

Recusando a mulher dar a sua outorga tanto em um como em outro caso, pôde o marido recorrer ao juiz do lugar, ao qual, ouvidas as partes, compete denegar o consentimento pedido, ou supri-lo de sua autoridade, segundo se convencer da conveniencia ou inconveniencia do acto ou pleito. (12)

2.º Não vale a hypotheca constituida pelo marido sem a outorga da mulher. (13)

Todavia, independentemente da outorga, prevalece a hypotheca se é constituida em segurança de contractos pelos quaes o marido toma para si rendas publicas ou particulares, quer vitalicias quer temporarias, como fôros, pensões, prestações annuas. (14)

3.º A fiança prestada pelo marido sem consentimento da mulher não alcança a meação della, nem os bens incomunicaveis que lhe pertencem. (15)

(10) Ord. L. 4 T. 48 pr. e § 8; L. 3 T. 47 pr.

As apolices da divida publica não entrão na classe dos immoveis. Veja-se no fim a Nota 11.

(11) Ord. L. 3 T. 47 pr. Para arguir a nullidade da arrematação de bens de raiz por não ter sido citada a mulher, não carece o marido de outorga della. Lobão, Seg. Linhas, nota 101.

(12) Ord. L. 3 T. 47 § 5; T. 63 § 4; lei de 22 de setembro de 1828, art. 2 § 1º; Guerreiro, Tract. 2, L. 6 cap. 2, n. 82 e 83; Pereira, Decis. 123, n. 6; Lobão, Not. á Mello, L. 2 T. 8 § 16 n. 34.

Se a mulher é menor supre o juiz de orphãos o consentimento. Reg. do Dezemb. do Paço, § 93; Lei de 22 de setemb. de 1828, art. 2 § 4; Reg. de 15 de março de 1842, art. 5 § 3.

(13) Cod. Com. do Imp. art. 267; Lei de 24 de setembro de 1864, art. 2 § 4.

(14) Ord. L. 4 T. 60; E isso mesmo... se não entenderá quando os maridos tomarem para si *nossas rendas* ou *outras de quaesquer outras pessoas e derem á fiança seus bens*. "Dar á fiança seus bens" quer dizer o mesmo que *hypothecar*.

As palavras da ord. "nossas rendas" alludem á antiga pratica de transferir-se em hasta publica aos licitantes o direito de arrecadar certos impostos. (Veja a carta de lei de 22 de dezemb. de 1761, T. 2 § 25 e seguintes). Estas arrematações não erão na realidade senão cessões de direitos e impostos. Consol. das L. C., nota (3) ao art. 134.

As palavras "outras quaesquer (rendas) de outras pessoas" comprehendem a cessão de rendas particulares, como são o censo, as prestações e os redditos annuos. Cumpre notar que a Ord. só falla da cessão de *rendas* e não do contracto de arrendamento da cousa ou objecto, como de uma casa. Repert. das Ords. vol. 1º pag. 365 nota (a).

(15) Ord. L. 4 T. 60. A fiança na hypothese figurada, só obriga a meação do marido em moveis e não a meação em bens de raiz, porque os bens de raiz no todo ou em parte, não podem ser alienados sem outorga da mulher: — prohibição que seria illudida se a fiança sem outorga da

Mas se fôr prestada em favor de alguém que contractou rendas publicas, obriga *todos os moveis* do casal, e tão sómente a metade do marido nos immoveis, ficando em salvo a metade correspondente da mulher e os seus bens incommunicaveis. (16)

4.º Imputam-se na meação do marido, depois de dissolvida a sociedade conjugal, as doações de cousas *moveis* que elle fizer sem consentimento da mulher (17); salvo se taes doações forem modicas e em remuneração de serviços ou a titulo de esmola. (18)

E' de notar que á mulher, sempre que as doações, incommunicaveis nos termos ditos, excederem a meação do marido, assiste o direito de pedir aos donatarios a restituição do excesso: (19)

a) Pelo art. 235 do Codigo Civil, o marido não pode, sem consentimento da mulher, qualquer que seja o regimen de bens:

I. Alienar, hypothecar ou gravar de onus real os bens immoveis ou seus direitos reaes sobre immoveis alheios (artigos 178 § 9º, n. I, a, 237, 276 e 293).

II. Pleitear, como autor ou réo, acerca desses bens e direitos.

III. Prestar fiança (arts. 178 § 9º, n. I, b, e 263, n. X).

IV. Fazer doação, não sendo remuneratoria ou de pequeno valor, com os bens ou rendimentos communs (art. 178 § 9º, n. I, b).

CLOVIS BEVILACQUA, no commentario ao n. I do art. 235, doutrina: "os immoveis podem offerecer uma base mais segura ao bem estar da familia ou, pelo menos, lhe proporcionarão um abrigo na desventura, e não acarretam obstaculos prejudiciaes á circulação e desenvolvimento das riquezas as restricções postas ao direito da livre disposição delles. O lar e a terra nutrix que o Codigo defende das possiveis dela-

mulher obrigasse a parte do marido nos immoveis. Repert. vol. 1º pag. 365, nota de Themudo.

Com outorga da mulher a fiança obriga todos os bens do casal, sem que ella possa invocar o Velleano, Consolid. das Leis Civis, nota (2) ao art. 131.

(16) Ord. L. 4 T. 60 verb. "E isto queremos."

(17) Ord. L. 4. T. 64.

(18) A. cit. ord. diz "doações immensas". A qualificação da immodicidade da doação depende da proporção da doação com os haveres do casal.

(19) Ord. cit. verb. Salvo se as ditas doações... A mulher só pôde desfazer a doação se excede á meação do marido e só pelo excesso.

pidações no interesse da familia; mas sem retirar os bens do commercio, instituindo apenas a fiscalisação por um dos conjuges dos actos do outro. Se os dous estiverem de accôrdo, deve suppôr-se que a operação é ou foi vantajosa; e sendo a responsabilidade de ambos, nenhum pode imputar ao outro a culpa do desastre. Em todo caso, a lei obriga-os a reflectir sobre o passo que vão dar.”

O Codigo mantem o direito anterior, em cujo dominio já o marido não podia dispôr de bens immoveis ou graval-os sem autorisação da mulher, nem por igual litigar em juizo sobre semelhantes bens. A Ordenação do Liv. III, tit. 47 pr. estabelecia este preceito.

— Tambem para a prestação de fiança o Codigo exige a outorga da mulher. Dá-se o contracto de fiança quando uma pessoa se obriga por outra, para com o seu credor, a satisfazer a obrigação, caso o devedor não a cumpra.

D’ahi podem resultar consequencias prejudiciaes ao casal e por isso a lei não permite que as responsabilidades sejam assumidas pelo chefe da sociedade conjugal sem a annuencia da mulher.

— CANDIDO DE OLIVEIRA, a proposito do n. IV do art. 235, escreve que com razão o Codigo não permite ao marido, sem annuencia da mulher, fazer doações com os bens e rendimentos communs. Si as fizer, taes liberalidades deverão ser levadas á meação do marido, em se tratando do regimen de communhão. Quando esta é excluida pelo pacto ante-nupcial, embora caiba a administração ao marido, as faculdades inherentes a esta administração não se estendem de modo que possa o marido effectuar liberalidades com bens que não lhe pertencem e que apenas administra.

O numero refere-se evidentemente aos moveis, a respeito dos quaes, em regra, prevalece a livre disposição.

E’ sabido que, no systema do Codigo, os bens de raiz ou immoveis, em caso algum, podem ser alienados sem a intervenção provada por escripto, do conjuge sujeito ao poder marital. Todavia, o legislador brasileiro abre excepção ao principio que veda a liberalidade individual do marido, nos dois seguintes casos: 1.º se a doação fôr modica; 2.º se fôr remuneratoria. Comprehende-se a razão destas excepções. As doações modicas, traduzindo esmolas, pequenos presentes e brindes, não desfalcam o patrimonio da familia. Escapam assim, á vexatoria intervenção da esposa.

Quanto ás doações remuneratorias, estas, como a palavra indica, não são liberalidades, na sua accepção juridica, representam antes a solução de um serviço prestado ou vantagem recebida.

Seria tyrannica a lei que no intuito de estabelecer a igualdade de direitos dos esposos, tão rigorosamente coarctasse a iniciativa marital.”

— O artigo 236 importa numa excepção ás restricções do art. 235. De accôrdo com esse dispositivo, valem os dotes ou doações nupciaes feitas ás filhas e as doações feitas aos filhos por occasião de se casarem ou estabelecerem economia separada.

Taes doações, á vista do art. 1.171 do Codigo, importam em adeantamento da legitima e devem ser trazidos á collação. Duas condições asseguram a regra estabelecida no art. 236, e na falta de qualquer dellas é nulla a doação:

1º) Não consistir em todos os bens, sem reserva da parte ou renda sufficiente para a subsistencia do doador. (Artigo 1.175).

2º) Não exceder á parte de que o doador, no momento da liberalidade, poderia dispôr em testamento. Neste caso é nulla apenas a parte inofficiosa. (Art. 1.176).

— Si a mulher, sem justo motivo ou sendo impossivel dal-a, recusar a outorga para os actos ennumerados, o juiz pode supril-a, art. 237, mas esse suprimto judicial, si autorisa o acto do marido, não obriga os bens proprios da mulher, art. 238.

O Codigo limitou os effeitos desse suprimto judicial excluindo da responsabilidade os bens proprios da mulher.

A annullação dos actos do marido praticados sem outorga da mulher, ou na fórma do art. 237 sem o suprimto do juiz, só pode ser requerida por ella ou por seus herdeiros. E' a disposição do art. 239 do Codigo.

Sobre a prescripção da acção relativa a taes materias, dispõe o Codigo no art. 178, § 9º.

Art. 178. Prescreve:

§ 9º em quatro annos.

I. Contados da dissolução da sociedade conjugal, a acção da mulher para:

a) desobrigar ou reivindicar os immoveis do casal quando o marido os gravou, ou alienou sem outorga uxoria, ou suprimto della pelo juiz (arts. 235 e 237).

b) annullar as fianças prestadas e as doações feitas pelo marido fóra dos casos legaes (arts. 235, n. III, e 263, n. X).

II a acção dos herdeiros da mulher, nos casos das letras a e b do numero anterior, quando ella falleceu, sem propôr a que alli se lhe assegura; contado o prazo da data do fallecimento.

Na legislação estrangeira, Codigo Civil portuguez, arts. 1.119 a 1.191, pr. e 1.471; Codigo Civil francez, art. 1.422.

§ 40. *Direitos especiaes da mulher*

A posição de ente mais fraco e de companheira subordinada que occupa a mulher na sociedade conjugal, dá-lhe certos direitos especiaes, os quaes tem por fim garantir-lhe interesses sagrados que se prendem intimamente á sua pessoa e dignidade.

1. O direito de exigir do marido protecção para sua pessoa, honra e bens. (20)

2. O direito de ser alimentada por elle, trouxesse ella ou não, bens para a sociedade conjugal. (21)

3. O direito de participar da consideração social; dos privilegios e das honras pessoaes do marido, isto é das que não andão ligadas ao exercicio do cargos publicos. (22)

4. O direito de reivindicar os bens de raiz alienados sem sua outorga. (23)

A acção para pedir a nullidade da alienação e reivindicar do immovel compete só á mulher, e na falta aos seus herdeiros. (24) Todavia, precedendo autorisação della, ou de seus herdeiros a dita acção pode ser intentada pelo marido. (25)

5. O direito de reaver as cousas moveis ou immoveis dadas ou alienadas pelo marido á sua concubina ou á mulher com quem tenha tido affeição carnal. (26)

(20) D'ahi provem que ao marido incumbe dar queixa e promover a accusação pelas offensas e injurias que forem commettidas contra a mulher (Cod. do Process. Crim. art. 72) e requerer e intentar no civil as diligencias e acções competentes para conservar, fazer valer e reivindicar os direitos e bens que forem particulares della. Const. 21 Cod. de procuratorib. (2. 13.)

(21) Fr. 20 § 2 D. famil. resciscund. (10. 2); Valasc. Consult. 1, n. 4; Repert. das ords. vol. 3, pag. 601 nota (a).

(22) Ord. L. 1, T. 91, § 7; L. 2, T. 59, § 15; L. 3, T. 86, § 23; Const. do Imperio, art. 179, § 16.

Em relação ás viúvas e ainda sob o antigo regimen, observava Itenosa: *Distinguendum est inter privilegia quæ competunt marito ratione nobilitatis et inter ea quæ competunt ratione officii et dignitatis illi annexæ.* Observat. 3. n. 11.

(23) Ord. L. 4, T. 48, § 2.

(24) Ord. cit. § 3.

(25) Ord. cit. *ibidem*.

(26) Ord. L. 4, T. 66. A mulher não é obrigada a restituir o preço pelo qual foi a coisa alienada. Ord. cit. pr. "sem por ella pagar preço algum".

A ord. prohibe a venda pela presumpção juris et jure que ella envolve doação occulta.

A prohibição de doar á concubina não se estende aos actos de ultima vontade: 1º porque ao tempo que taes actos produzem os seus effectos, já está o casamento dissolvido pelo decurso do marido; 2º porque d'ahi não

A acção competente para este fim pode ser proposta pela mulher, ainda estando ella sob o poder do marido, mas prescreve depois de quatro annos da data da separação dos conjuges por morté ou por outra qualquer maneira. (27)

Esta acção passa aos herdeiros da mulher, os quaes a poderão iniciar emquanto não se findar o praso dos quatro annos. (28)

Mas, se já tiver começado a correr o prazo, os herdeiros só terão para intentar a acção o resto do tempo que ainda faltar para completa-lo (29)

a) O Codigo Civil dispõe, no art. 240, que a mulher assume pelo casamento, com os appellidos do marido, a condição de sua companheira, consorte e auxiliar nos encargos da familia. Condemnada em acção de desquite, a mulher perde o direito a usar o nome do marido (art. 324 do Codigo).

Das disposições do Codigo em confronto com o direito anterior resulta que o legislador quiz ampliar os direitos da mulher casada, estabelecendo entre os conjuges uma certa equivalencia e limitando a incapacidade da mulher apenas ás condições resultantes do sexo e do recato que tem ella de manter na sociedade.

A materia deste paragrapho está attendida nos arts. 240, 247, 248, 249, 250, 251 do Codigo, e relativamente a acção e sua prescripção nos arts. 239 e 178 § 9º, n. I, a, b, c, II, III; § 7º, n. VI.

— No artigo 241, o Codigo estabelece uma providencia especial em favor do marido autorisando-o, se o regimen de bens não fôr o da communhão universal, a cobrar da mulher as despesas que, com a defesa dos bens e direitos particulares desta, houver feito.

Exemplificando, Candido de Oliveira escreve:

“Assim, se alguém se tiver apossado de bens exclusivamente pertencentes á esposa e o marido, na qualidade de administrador desses bens, tivesse de intentar a acção judiciaria competente, as despesas com essa acção deverão ser reembolsadas por isso mesmo que, no regimen de separação, os bens da mulher são precipuos e, dada a partilha, não serão computados entre os patrimoniaes do marido.”

resulta prejuizo algum á mulher, visto como a meação e os bens proprios do marido tem de passar em todo o caso aos herdeiros. Gama, Decis. n. 226; Barb. á ord. cit. n. 3; Egidio, de Revel. honest., art. 8, n. 11.

(27) Ord. L. 4, T. 66.

(28) Ord. cit.

(29) *Nemo plus commodi heredibus relinquit quam ipse habuit.* Paulo, L. 12, ad *Edictum*.

§ 41. I. *Da incapacidade da mulher casada.*

O *poder marital* forma-se pela deslocação de certos direitos da pessoa da mulher para a pessoa do marido.

Roubando-lhe a faculdade de governar-se a si mesma, de contractar e de dispor dos bens, e pondo-a em consequencia sob a direcção do marido, essa deslocação de direitos constitue a mulher em estado de incapacidade.

Assim d'um lado o poder marital e, em frente, como effeito, a incapacidade da mulher.

Creação da lei, a incapacidade da mulher não resulta de defeito natural: tanto que são capazes as viúvas e as solteiras emancipadas.

Uma semelhante incapacidade não é, pois, absoluta; antes soffre excepções, variando de grãos segundo o regimen do casamento e cessando accidentalmente para fins determinados.

E' dupla a incapacidade da mulher casada. "Em regra, sem authorisação do marido, qualquer que seja o regimen do casamento, não pode ella validamente praticar actos que tenham por fim gerar ou extinguir direitos ou obrigações, nem tão pouco estar em juizo." (30)

a) A incapacidade da mulher casada está consignada no art. 6º n. II da Parte Geral do Codigno nestes termos:

Art. 6. São incapazes, relativamente a certos actos ou á maneira de os exercer.

II As mulheres casadas, enquanto subsistir a sociedade conjugal.

Essa incapacidade vem como consequencia do poder marital. A autorisação que a mulher necessita para determina-

(30) Pheb. Decis. 62, n. 5; Decis. 98, n. 3 e 4; Cabedo, P. I. Decis. 106, n. ultimo; Moraes, Execution. L. 2, cap. 20 n. 119; Lobão, Not. á Mello, L. 2, T. 8, § 18, n. 40.

A doutrina exposta não se acha expressamente consagrada em nenhum texto positivo do Direito Civil Patrio; mas tem por fonte antiquissimos costumes, cuja observancia a lei escripta presuppõe em mais d'uma passagem como por exemplo, a da ord. L. 4, T. 66, nas palavras: "E possa fazer della (da cousa reivindicada á concubina do marido) tudo o que lhe aprou-ver assi e tão perfeitamente *como se não fora casada*"; Vej. o codigno com. no art. 1º § 4, e art. 27, 28 e 29.

"Ex receptissima generalique regni consuetudine mulier non potest esse in iudicio tam circa immobilia quam mobilia absque mariti consensu." Egidio in L. Ex. hoc Jure, cap. 7, n. 57.

dos actos é uma homenagem prestada á autoridade marital, e uma garantia em favor da ordem e dos interesses da familia, não uma defesa contra a fragilidade do sexo, visto como a mulher solteira ou viuva, sendo maior, tem o pleno exercicio de todos os direitos civis e visto como a lei a julga capaz de exercer todos esses direitos com a licença do marido, o que se não permittiria si não fosse considerada com intelligencia bastante para isso (Sanojo, Direito Civil venezuelano, 1º, pag. 196).

§ 42. II. Incapacidade quanto aos actos extra-judiciaes.

A mulhe rcasada, sem autorisação do marido, não pode:

- 1.º Fazer doações, remittir dividas e desfazer contractos; (31)
- 2.º Alienar, por qualquer titulo. cousas moveis ou immoveis; (32)
- 3.º Constituir hypotheca, usufructo, servidões e quaesquer outros onus reaes; (33)
- 4.º Adquirir por titulo oneroso ou gratuito; (34)
- 5.º Aceitar ou repudiar herança ou legado; (35)
- 6.º Contrahir obrigações de qualquer especie; (36)

(31) Cabedo, P. I. Decis. 105, n. 4, Portugal, de Donationib. L. 1 prælud. 2 § 3, n. 103; Lobão, Not. á Mello, L. 2, T. 8 § 18, n. 44 e 46.

(32) Vej. o § antecedente, nota (1).

(33) Só pode hypothecar quem pode alienar. Lei de 24 de setembro de 1864, art. 2, § 4.

(34) Mourlon, L. 1º, T. 5, n. 768.

(35) Egid. in L. Ex hoc jure, P. II, cap. 7, n. 29; Arouca L. 9 de stat. hom. n. 49. Não pode aceitar porque a aceitação da herança é um quasi-contracto; se não pode aceitar, não pode também repudiar, porque: "quod quis si velet habere non potest, id repudiare non potest. Fr. 174 D. de reg. jur. (50. 17).

(36) A prohibição em virtude da qual a mulher casada, sem o consentimento do marido, não pode obrigar-se por contracto, não comprehende as obrigações que se formão por outra causa que não as *convenções*. Assim pois é ella responsavel pelas obrigações que resultão de seus delictos, quasi-delictos e dos quasi-contractos, que emanão de acto de terceiro e não da vontade della, como se em sua ausencia algum tomou a gestão de seus bens. Marcadé ao art. 217 do Cod. Civil Franc.

Dissolvida a sociedade conjugal, é a mulher obrigada a cumprir a obrigação que contrahio na constancia do matrimonio, sem consentimento do marido? Não, porque o contracto é nullo por falta de autorisação do marido, e só pode valer se a mulher, depois de isenta do poder marital, o ratificar.

Subsiste, porém, para a mulher a *obrigação natural* de cumprir o contracto, visto como a sua incapacidade não é de direito absoluto.

Assim que a fiança prestada em garantia de um tal contracto é civilmente obligatoria. Arouca, á L. Stat. hom. n. 49; Egid. in L. Ex hoc jure. P. II, cap. 7, n. 33.

7.º Exercer profissão de commerciante. (37)

Mas presume-se legalmente autorizada pelo marido:

Para comprar os objectos e miudezas que entram na classe das cousas necessarias á economia domestica, podendo para esse fim tomar dinheiro por emprestimo; (38)

Para fazer contractos e contrahir obrigações que forem connexas com a profissão que exerce com o consentimento do marido, como quando é mestra escola, parteira, actriz, directora de collegio; (39)

Para vender os bens que lhe forão doados ou deixados sob a condição de poder dispor livremente delles. (40)

a) Pelo Codigo Civil, art. 242, a mulher casada não póde, sem autorisação do marido:

I praticar os actos que este não poderia sem o consentimento da mulher. São estes:

a) alienar, hypothecar ou gravar de onus real os bens immoveis, ou seus direitos reaes sobre immoveis alheios;

b) pleitear, em juizo, acerca desses bens e direitos;

c) prestar fiança;

d) fazer doação, não sendo remuneratoria ou de pequeno valor, com os bens ou rendimentos communs.

II alienar ou gravar de onus real os immoveis de seu dominio particular, qualquer que seja o regimen dos bens.

III alienar os seus direitos reaes sobre immoveis de outrem.

IV aceitar ou repudiar herança ou legado.

V aceitar tutela, curatela ou outro munus publico.

VI litigar em juizo civil ou commercial, a não ser nos casos indicados nos arts. 248 e 251.

VII exercer profissão (art. 233, n. IV).

VIII contrahir obrigações, que possam importar em alheação de bens do casal.

De accôrdo com o art. 247 presume-se a mulher autorizada pelo marido:

I para a compra, ainda a credito, das cousas necessarias á economia domestica.

(37) Cod. Com. art. 1 § 4; art. 27 e 29. Veja-se a Nota III no fim.

(38) Lob. Not. á Mello, L. 2, T. 8 § 59. Esta presumpção assenta em um facto real e constante: — a mulher ordinariamente é encarregada da economia domestica.

(39) Repert. das ords. volum. 2, pag. 237: "Tenentur tamen ad debita ex contractibus factis á muliere ratione *negotiationis et officii* quod de consensu viri exercet." B. Carneiro, L. 1º, T. 12, § 121, n. 13.

(40) Eg. in L. Ex hoc Jur. P. II, cap. 7, n. 42; Pheb. Decis. 107. O consentimento do marido para a mulher aceitar a herança ou o legado contem virtualmente a autorisação para poder ella cumprir a obrigação adjecta.

II para obter, por empréstimo, as quantias que a aquisição dessas cousas possa exigir.

III para contrahir as obrigações concernentes á industria, ou profissão que exercer com a autorisação do marido, ou suprimento do juiz.

Paraphrasis unico. O suprimento judicial da autorisação valida os actos da mulher, mas não obriga os bens proprios do marido (arts. 235, 269 e 275).

§ 43. III. Incapacidade de estar em juizo.

Comparecer em juizo para pedir o reconhecimento d'um direito ou para repellir uma pretensão injusta é um acto que presuppõe no sujeito a faculdade de funcionar livremente como agente de direitos. (41)

Dahi provêm—que só podem estar em juizo os que são capazes.

Pelo facto do casamento a mulher cahe em estado de incapacidade.

Assim que:

“A mulher casada, em regra, não pode por autoridade propria, litigar em juizo, ou como autora ou como ré, qualquer que seja a natureza da causa controvertida.” (42)

Deste principio resulta que, casando-se a solteira ou a viuva que têm causa em juizo, o processo não pôde regularmente ir por diante, se a mulher não é autorizada pelo marido para continua-lo. (43)

a) No art. 242 n. VI o Codigo dispõe que a mulher não pôde, sem autorisação do marido, litigar em juizo civil ou commercial, a não ser nos casos indicados nos arts. 248 e

(41). Const. 1. C. de Bonis matern.; fr. 7 § 2 D. de jure deliberand. (28. 8): Est enim observandum ei cui alienatio interdicitur, permitti actioem exercere; ita Labeo scribit”; Reinos. Obser. 28, n. 2; Pheb. Decis. 62, n. 5.

(42) Ord. L. 4, T. 66: Mandamos que seja recebida em juizo a demandar esta causa *sem authoridade e procuração do marido*, excepção que confirma a regra. Pheb. Decis. n. 62, n. 3 e 4; Arouca in L. 15 de Adoptionib n. 8.

A nullidade proveniente de estar a mulher em juizo sem autorisação do marido pode ser sanada pelo consentimento delle dado posteriormente, emquanto não é allegada pela parte contraria. Silva, ad. ord. L. 3, T. 47, n. 19.

(43) A omissão desta formalidade acarreta a nullidade dos actos ulteriores; todavia uma tal nullidade não pode ser invocada se a parte adversa não foi intimada do casamento, porque não é ella obrigada a saber que a mulher mudou de estado.

251. O art. 248 menciona os actos que podem ser praticados independentemente da autorisação marital e o art. 251 os casos em que compete á mulher a direcção e administração dos bens do casal. Vêr adiante § 46.

Deste n. VI se conclue que a mulher casada pôde litigar em juizo crime.

Commentando o Codigo chileno, J. Chacon doutrina: "Em materia judicial a mulher pôde, sem autorisação do marido, defender-se em causa criminal ou de policia em que se proceda contra ella. A razão é porque interessa á ordem publica e aos bons costumes a prompta e efficaz repressão dos delictos. Demais, como dizia Portalis sobre o art. 216 do Codigo francez, " neste caso, autoridade do marido desaparece ante a autoridade da lei, e a necessidade da defeza natural dispensa á mulher de toda a formalidade". Mas a razão capital é que a incapacidade da mulher para estar em juizo não provêm de uma incapacidade pessoal para responder pela moralidade de seus actos, senão de uma incapacidade relativa á direcção da sociedade conjugal que só incumbe ao marido. Dahi resulta que o juiz pôde proceder contra a mulher casada em causa criminal ou de policia, e ella pôde defender-se nestes casos sem autorisação do marido." Chacon, Codigo chileno, pag. 121).

Legislação estrangeira, os codigos francez, arts. 215 e 217; hespanhol, arts. 60 e 61; italiano, art. 134; portuguez, arts. 1.192 e 1.193; chileno, arts. 136 e 138; argentino, arts. 59 e 60.

§ 44. *IV. Casos em que a autorisação do marido pode ser suprida pelo juiz.*

E' possível que ou por capricho ou por qualquer outro motivo infundado, recuse o marido a autorisação de que a mulher ha mister para praticar em juizo ou fora delle actos que importão aos seus interesses e mesmo aos do casal. Pode ainda ocorrer que esteja elle na impossibilidade physica ou moral de prestar a autorisação sollicitada.

Para obviar a estas difficuldades a lei permite á mulher recorrer ao juiz do domicilio conjugal, para de sua autoridade suprir ou denegar o consentimento pedido. (44)

(44) Egid, in L. Ex hoc jure. Part. II, cap. 7 n. 56; Cabedo, P. I. Decis. 106, n. 5 e 7. Esta doutrina, fundada em antiquissima pratica, acha-se consagrada na ord. L. 3. T. 47, § 5 in fine e na do L. 4. T. 48. § 2. para os casos de que nos citados §§ se faz menção. E' competente o juiz municipal. Lei de 22 de setembro de 1828, art. 2, § 1°.

Assim pois o consentimento negado pelo marido á mulher pode ser supprido pela justiça nos casos seguintes:

1.º Para alienar os bens de raiz incommunicaveis, pertencentes á ella, provada a necessidade ou a utilidade da alienação; (45)

2.º Para tomar por emprestimo dinheiro destinado a tirar o marido da prisão, ou a salva-lo de qualquer pena grave; (46)

3.º Para promover as acções e diligencias tendentes a conservar, defender e reivindicar os bens e direitos do casal, quando o marido deixa de faze-lo e não consente que ella o faça; (47)

4.º Para propor a acção competente afim de reaver os immoveis alienados em outorga sua; (48)

5.º Para reivindicar o dote ou os bens particulares della, illegalmente alienados ou penhorados ou envolvidos na massa fallida do marido; (49)

6.º Para obstar pelos meios convenientes que venha a alcançar a sua meação ou aos seus bens particulares a fiança prestada pelo marido sem consentimento della; (50)

7.º Para requerer a inscripção da hypotheca que lhe confere a lei, sobre os immoveis do marido, pelo dote e pelos bens incommunicaveis: (51)

9.º Para alienar bens immoveis do casal na hypothese de necessidade absoluta para alimentar-se a si e aos filhos ou para evitar damno maior, quando ella é curadora do marido, ou administradora dos bens do casal por se achar o marido ausente em lugar remoto e não sabido. (52)

α) A autorisação marital póde ser suprida pelo juiz nos casos do art. 242, ns. I a V (§ 42) e nos casos dos ns. VII e

(45) Egidio, loc. cit.

(46) Lobão, Not. á Mello, L. 2, T. 8, § 18, n. 61; B. Carneiro, L. 1º, T. 12, § 21, n. 12.

(47) Ord. L. 3, T. 47, § 5 in fine; Silva, á mesma ord. pr. n. 4; Lobão, loc. cit. n. 63.

(48) Ord. L. 4, T. 48, § 2; cit. lei de 22 de setemb. de 1828, art. 2, § 1º.

(49) Mello, L. 2 T. 9, § 14; B. Carneiro, L. 1º, T. 15, § 145, n. 16; art. 874, n. 6 do Cod. Com.

(50) Pereira e Sousa, Prim. Lnh. nota 890.

(51) Lei de 24 de set. de 1864, art. 3, § 1º.

(52) Lobão, Not. á Mello, L. 2, T. 8, § 18 e 19, n. 50 e 60; Acções Sum. § 638 n. 10.

VIII se o marido não ministrar os meios de subsistencia á mulher e aos filhos (art. 245).

Do confronto da doutrina exposta por Lafayette com as disposições do Código se vê que no direito actual ficou ampliada a autoridade do juiz para suprir a denegação do consentimento do marido. O magistrado deve em taes casos agir com a necessaria prudencia e conceder a autorisação sómente quando estiver demonstrada a improcedencia da recusa do marido ou a vantagem do acto que visa a mulher, pois que podem advir serias complicações para os interesses do casal.

Pelo paragrapho unico do art. 247 o suprimento judicial da autorisação valida os actos da mulher mas não obriga os bens proprios do marido.

O Código Civil portuguez consagra o mesmo principio do art. 245 no art. 1.193 § unico: “Se o marido recusar indevidamente a autorisação pedida pela mulher, poderá esta requerer suprimento ao juiz que, ouvido o marido, a concederá ou negará, como parecer de justiça.”

Vêr ainda os Codigos francez, art. 218; hespanhol, art. 60, *in fine*; italiano, art. 136; chileno, art. 143; argentino, art. 194.

§ 45. *V. Casos em que só o juiz é competente para dar a autorisação.*

Ha hypotheses em que o marido não pode conceder autorisação á mulher para contractar ou estar em juizo, porque elle mesmo está inhibido de praticar taes actos. (53)

Nos ditos casos só o juiz é competente para dar á mulher o consentimento necessario. Estes casos são os seguintes:

1.º Se o marido é menor de dezoito annos; (54)

2.º Se é orfão menor de vinte annos, e casou-se sem licença do juiz, com mulher de condição e fortuna desiguas; (55)

3.º Se ainda não completou vinte annos e se trata da alienação de bens de raiz, embora houvesse casado com li-

(53) Moraes, Execut. L. 2, cap. 20, n. 83: Qui non potest alienare, non potest alienationem consentire.

(54) Ord. L. 1, T. 88, § 27.

(55) Ord. cit., § 19.

cença do juiz ou tivesse obtido carta de supplemento de idade; (56)

a) Dispõe o Código Civil, art. 9, paragrapho unico, que pelo casamento a incapacidade cessa para os menores, extinguindo-se o patrio poder ou a tutela. Ficam, pois, habilitados para todos os actos da vida civil. Em taes condições não se dão as hypotheses a que Lafayette allude neste paragrapho.

§ 46. *VI. Casos em que a mulher pode contractar e estar em juizo sem autorisação do marido e do juiz.*

A incapacidade da mulher casada é de direito civil e não de direito natural: o casamento não a reduz ao estado de incapacidade absoluta. (§ 41)

Ha, pois, casos e posições em que a lei, por motivos altamente ponderosos, lhe permite contractar e estar em juizo, independentemente de autorisação do marido ou da justiça.

I. Assim sem necessidade d'uma ou d'outra autorisação pode ella:

1.º Estando o marido em lugar remoto e não sabido, contrahir dividas para alimentar-se a si e aos filhos, dispôr das cousas moveis que forem de vender, fazer compras de manifesta utilidade ao casal e praticar em geral todos os actos de administração; (57)

2.º Praticar os actos de administração mencionados no numero antecedente, sendo curadora do marido por se achar elle interdito por demencia ou prodigalidade; (59)

3.º Alienar e administrar os bens sobre os quaes nos pactos antenupciaes se reservou semelhante direito.

4.º Dispor livremente dos bens que por terem sido dados

(56) Ord. cit., § 28.

O juiz competente para dar a autorisação nas hypotheses figuradas é o juiz de orfãos, porque á sua jurisdicção estão sujeitos os menores.

(57) Ord. L. 1, T. 90 pr.: não tiver mulher... que seus bens deva administrar: Guerr. T. 2, L. 6, cap. 2, n. 120; Lobão, Not. á Mello, L. 2, T. 8, § 19, n. 60; Acções Sum. § 638, n. 10.

Que é necessario decreto judicial: Cabedo, P. 1, Decis. 106, n. 5 e 6; Reinos. Obser. 28 n. 20.

A autorisação judicial é sempre necessaria para a venda de immoveis.

(58) Ord. L. 4, T. 103, § 1, 2, 3; Acções Sum. § 638, n. 1.

(59) Ord. L. 4, T. 46 pr.; Mello, L. 2, T. 9, § 2 e nota.

ou alienados pelo marido á concubina, ella houver reivindicado; (60)

5.º Doar para depois da morte e deixar por acto de ultima vontade a sua meação e os bens que lhe pertencerem. (61)

II. Independentemente das ditas autorisações pode estar em juizo:

1.º Quando vive separada do marido por sentença de divorcio perpetuo; (62)

2.º Para reivindicar os bens doados ou alienados pelo marido á concubina; (63)

3.º Para propor as acções que não admittem demora, estando o marido ausente; (64)

4.º Quando é curadora do marido demente ou prodigo; (65)

5.º Quando tem de accionar o proprio marido, como, por exemplo, para divorciar-se, para pedir o dote. (66)

a) Independentemente de outorisação, póde a mulher casada:

I Exercer o direito que lhe competir sobre as pessoas dos filhos do leito anterior (art. 329).

II Desobrigar ou reivindicar os immoveis do casal que o marido tenha gravado ou alienado sem sua outorga ou suprimento do juiz (art. 235, n. I).

III Annullar as fianças ou doações feitas pelo marido com infracção do disposto nos ns. III e IV do art. 235.

IV Reivindicar os bens communs moveis ou immoveis doados ou transferidos pelo marido á concubina (art. 1.177).

Paragrapho unico. Este direito prevalece, esteja ou não a mulher em companhia do marido, e ainda que a doação se dissimule em venda, ou outro contracto.

V Dispôr dos bens adquiridos na conformidade do numero anterior, e de quaesquer outros que possua livres da administração do marido, não sendo immoveis.

VI Promover os meios assecuratorios e as acções que contra o marido lhe competirem, em razão do dote, ou de

(60) Ord. L. 4. T. 66.

(61) Fourgole, Testament. cap. 14, n. 31 e 32; Dig. Port. P. II, art. 411.

(62) Mendes, P. I, L. 1º, cap. 3, n. 13; Silva ad. ord. 3, T. 47 pr. n. 11.

(63) Ord. L. 4, T. 66.

(64) Silva, ord. L. 3, T. 47 pr. n. 18.

(65) Barbosa, ad. ord. 4, T. 48, § 3 n. 8; Prim. Linh. nota 98.

(66) Silva, ad. ord. L. 3, T. 3 pr. n. 25; B. Carneiro, L. 1º. T. 12, § 125, n. 12.

outros bens della, sujeitos á administração marital (arts. 263, 269 e 289).

VII Propôr a acção annullatoria do casamento (art. 207 e seguintes).

VIII Propôr a acção de desquite (art. 316).

IX Pedir alimentos quando lhe couberem (art. 224).

X Fazer testamento ou disposições de ultima vontade.

São estas as disposições do Código Civil, art. 248.

-- Ha ainda casos em que á mulher compete a direcção e administração do casal.

Quando o marido: a) estiver em lugar remoto, ou não sabido; b) estiver em carcere por mais de dous annos; c) fôr judicialmente declarado interdito. Em taes casos cabe á mulher:

I administrar os bens communs.

II dispôr dos particulares e alienar os moveis communs e os do marido.

III administrar os do marido.

IV alienar os immoveis communs e os do marido mediante autorisação especial do juiz. Código Civil, art. 251.

Cumpre ter em attenção os arts. 454 e 466.

Art. 454. O conjuge não separado judicialmente, é, de direito, curador do outro, quando interdito.

Art. 466. O conjuge do ausente, sempre que não esteja separado judicialmente, será o seu legitimo curador.

As acções fundadas nos ns. II, III, IV e VI do artigo 248 acima transcripto, competem á mulher e aos seus herdeiros, prescrevendo, na forma do art. 178, § 9, n. II, em quatro annos. Código, art. 249.

No art. 250, o Código Civil garante os terceiros que tiveram transacções com o marido e contra os quaes foi promovida acção de nullidade. Tem esses terceiros o direito de promover acção contra o marido ou seus herdeiros desde que são prejudicados com a sentença favoravel á mulher.

Candido de Oliveira, no Manual do Código Civil brasileiro, commenta este artigo dizendo: "Assim, se o marido tiver gravado ou alienado bens do casal sem outorga uxoria, ou o respectivo suprimento judicial; se tiver annullado a fiança prestada pelo marido sem o consentimento da mulher; se o mesmo tiver feito doações excessivas, além das que o art. 235 n. IV, autorisa, cabe aos terceiros indemnizarem-se com os bens particulares respectivos. De facto, invalidados os actos praticados pelo marido, volvem os casos ao *statu quo* anterior, reintegrado o patrimonio conjugal com os bens alienados sem a outorga uxoria, desobrigado o immovel gravado, annullados os effeitos da fiança, em que a mulher não consentisse, nada mais justo do que garantir

aos terceiros o direito regressivo nos termos por que o fez o Codigo, isto é, sómente á custa do marido.”

Na legislação estrangeira, os Codigos francez, art. 226; hespanhol, art. 63; portuguez, arts. 1.192 e 1.480; chileno, art. 139; argentino, art. 191.

§ 47. VII. *Do tempo e modo em que deve ser dada a autorisação do marido.*

A autorisação do marido é o facto que vae levantar a incapacidade da mulher casada e torna-la habil para contractar e estar em juizo; em regra deve, pois, ser dada antes ou ao tempo em que se consuma o acto.

Se o acto se faz sem a autorisação, fica desde sua origem affectado de nullidade.

Todavia, como o vicio contrahido não provem de omissão de um requisito como *forma* (pro forma), o consentimento posterior, expresso ou tacito (67), revalida o acto por força do principio de direito, segundo o qual a ratificação vale como o consentimento precedentemente dado. (68)

A autorisação pode ser expressa ou tacita:

(67) Non tantum verbis *ratum* haberi potest, sed etiam *actu*. Fr. 5 D. Rat. Rem. haber. (46. 8).

(68) Alguns escriptores antigos consideravão a autorisação do marido como uma solemnidade exigida *pro forma* e pois concluião que a omissão della feria o acto de nullidade radical e o collocava na impossibilidade de ser ratificado; porquanto, como é sabido o vicio substancial de *forma* não pode ser sanado pela ratificação. (Mor. de Execut. L. 5, cap. 5, n. 16 verb. Inde etiam).

E' sem duvida logica a conclusão, mas é falso o principio, de que deriva.

A autorisação do marido, como já ficou demonstrado, não é senão a intervenção de sua vontade para aperfeiçoar a deliberação da mulher, insufficiente para, por si só, gerar direitos e obrigações; — é um elemento moral que, fundindo-se no consentimento da mulher, completa-o e dá-lhe a integridade necessaria para produzir effeitos juridicos.

Evidentemente, pois, a acção de um principio moral que tem por fim suscitar a capacidade de contractar em um ente que estava della privado, não pôde confundir-se com os *caracteres e circumstancias* que a lei requer para imprimir ao acto uma certa *forma* sem a qual é reputado não existente. (*Forma dat esse rei*).

O consentimento da mulher que contracta sem authorisação do marido entende-se perseverar emquanto ella não manifesta vontade em contrario. A superveniencia da autorisação do marido completa o consentimento da mulher subsistente e suprime consequentemente o vicio original do acto.

Esta é hoje a doutrina corrente acerca deste assumpto. Voet. ad Pandect. L. 23. tit. 2º n. 42; Lobão, Not. á Mello, L. 2, T. 8; § 19, n. 56; Marcadé ao art. 225 do cod. civil fran.

A expressa é dada verbalmente, por escriptura publica ou por escripto particular, segundo a forma determinada por lei para o acto. (69)

A tacita induz-se ou do concurso do marido no acto, como quando assigna o instrumento do contracto conjunctamente com a mulher (70), ou de factos d'elle emanados que não podem ter outra explicação senão o seu consento, como quando pela sua parte exerce direitos ou cumpre obrigações resultantes do procedimento da mulher não autorisada. (71)

E' porém de notar que não importa consentimento tacito o simples silencio, desacompanhado de factos de significação positiva. (72)

a) Dispõe o art. 243 do Codigo Civil que a autorisação do marido póde ser geral ou especial, mas deve constar de instrumento publico ou particular previamente authenticado. E' a autorisação expressa. Póde tambem ser tacita, o que se deduz do art. 243 § unico. Considerar-se-á sempre autorisada pelo marido a mulher que occupar cargo publico, ou por mais de seis mezes, se entregar á profissão exercida fóra do lar conjugal.

O Codigo, no art. 244, estabeleceu que a autorisação é revogavel a todo o tempo; mas em tal caso, devem ser respeitados os direitos de terceiros e os efeitos necessarios dos actos iniciados.

Esses terceiros, entrado em transacções com a mulher casada, agiram de boa fé, e não devem ser prejudicados. Dahi a disposição que os garante nos efeitos dos actos iniciados ou dos que foram concluidos.

Pelo paragrapho unico do artigo 252 a ratificação do marido, provada por instrumento publico ou particular authenticado, revalida o acto praticado, sem a devida autorisação, pela mulher.

(69) A autorisação, posto que extrinseca do acto, é todavia elemento essencial para sua validade; deve, portanto, revestir a forma do contracto para o qual é dada, conforme a lei prescreve escriptura publica ou particular. A verbal póde ser provada por confissão da parte ou por testemunhas se o contracto por não exceder a taxa da lei, admite este genero de prova. Lobão, loc. cit. n. 56; Mourlon, Répét. Ecrit. L. 1^o, T. 5, n. 737.

(70) Répét. das ord., Tom. 3, pag. 769 verb. Nulla é a venda... not. (d).

(71) Lob., loc. cit. n. 56; Mor. de Execut. L. 5, cap. 5, n. 27 e seguintes.

(72) "Qui tacit non utique fatetur." Fr. 142 d. de reg. jur. (50, 17). Moraes, loc. cit. n. 33.

A diuturnidade do silencio só pode aproveitar para a validade do acto quando dura tanto quanto basta para a prescrição da acção de nullidade.

A autorização é geral ou especial; geral é a que se dá para todos os actos em que a mulher necessita tratar de todos os negocios, e especial a que é dada para uma classe de negocios ou para determinado negocio. O Codigo francez prohibe a autorização geral, excepto para a administração dos bens da mulher. Mourlon, pag. 376, no commentario ao Codigo, diz que a autorização não seria senão uma formalidade vã e inutil se não fosse dada com conhecimento de causa; para dal-a deste modo, é preciso que o marido aprecie o acto que vai autorisar, e para que possa apreciar-o e dar conta delle, é indispensavel que seja determinado e definido. A autorização geral não seria no fundo senão uma abdicção do poder marital.”

J. Chacon, Codigo Civil chileno, pag. 126, refuta estes conceitos. Que razão fundada na natureza das relações maritais existe para que a mulher não possa receber mandato geral do marido? Si este pôde conferil-o a um estranho, porque não poderá conferil-o, sob o nome de autorização geral, á mulher, que é participe de sua sorte e de seus bens? A incapacidade da mulher provêm de uma necessidade da boa administração da sociedade conjugal, e desde que semelhante autorização não vae perturbar senão auxiliar a bôa administração do marido, não ha razão para prohibil-a.

Cumpre ter em attenção o art. 247 que dispõe:

Presume-se a mulher autorisada pelo marido.

I Para a compra, ainda a credito, de cousas necessarias á economia domestica.

II Para obter, por emprestimo, as quantias que a aquisição dessas cousas possa exigir.

III Para contrahir as obrigações concernentes á industria, ou profissão que exercer com autorização do marido, ou suprimento do juiz.

Quando a mulher exerce profissão lucrativa tem direito a praticar todos os actos inherentes ao seu exercicio e á sua defesa, bem como a dispôr livremente do producto do seu trabalho (art. 246 do Codigo).

Na legislação estrangeira, os Codigos francez, arts. 217 e 223; italiano, art. 134, 2ª parte; portuguez, arts. 1.194 a 1.196; chileno, art. 140; argentino, arts. 188 a 190.

§ 48. VIII. *Dos effeitos da autorização.*

I. A RESPEITO DA MULHERL — O consentimento dado pelo marido ou suprido de autoridade da justiça, tem por effeito fazer cessar a incapacidade da mulher casada como

tal, afim de que possa ella validamente perfazer os actos a que allude a autorisação.

O effeito da autorisação não vae além dos termos que a restringem. Assim a mulher casada autorizada a commerciar, pode regularmente contractar todo o genero de obrigações de natureza mercantil, mas não valem os actos della emanados que não forem connexos com a sua mercancia. (73)

Tudo que se não contém nos limites da autorisação cahe na prohibição geral, sob a qual normalmente vive a mulher casada.

A incapacidade, pois, subsiste sempre como regra; a autorisação é uma derogação do direito commum a qual não pode ser ampliada alem dos termos em que é concebida.

II. EMQUANTO AO MARIDO — No regimen da communhão os proveitos e vantagens dos actos validamente praticados pela mulher aproveitão por igual ao marido; é, pois, de justiça rigorosa que por sua pessoa e bens participe da responsabilidade. (74)

Dahi o principio de que no dominio deste regimen os actos da mulher legalmente autorizada obrigão todos os bens do casal. (75)

(73) Por excepção, a mulher commerciante fica privada do beneficio do *Velleano* mesmo para “os casos que não são do commercio”. Ass. de 2 de dezembro de 1791, publicado em Avis. de 22 de fevereiro de 1793. O cod. com. art. 27 nas palavras: “sem que em *nenhum caso* possa allegar beneficio algum de direito” parece confirmar aquella excepção.

(74) Ex qua persona quis lucrum capiat, ejus factum præstare debet. Fr. 143 D. de regul. jur. (50. 17).

(75) Até os bens particulares do marido: (Mourlon, Repet. Erit. L. 1^o, tit. 5 n. 810). O cod. com. art. 27, 1^a parte, confirma este principio, ao qual fez uma excepção: segundo a disposição do citado artigo, os actos da mulher commerciante obrigão os bens proprios do marido, excepto quando os respectivos titulos são devidamente registrados. Convem notar 1^o que a alludida disposição, especial ao commercio, prevalece ainda sendo o casamento dotal; 2^o que para obrigar os bens de raiz, é mister autorisação especial.

A autorisação suprida pela justiça produz em relação ao marido os mesmos effeitos que a que é por elle dada.

Não pode haver a menor duvida quando a autorisação é por estar o marido impossibilitado de dal-a. Nesta hypothese o magistrado representa o marido; a autorisação é então no rigor da expressão, não *correctiva*, mas *suppletiva* da vontade marital.

A questão surge quando a autorisação é *correctiva* da vontade do marido.

Não seria summa injustiça obrigar o marido pelos effeitos de um acto que elle reprovou e ao qual obstinadamente recusou o seu assenão? (Mourlon, Repet. Erit. loc. cit. ns. 813 e 814).

No terreno do nosso direito semelhante injustiça é difficil, senão im-

Se o casamento, porém, foi contrahido com pacto exclusivo da communhão, não prevalece o mesmo principio porque são outros os termos da questão: os lucros e augmentos trazidos pelos contractos da mulher não accrescem ao marido; seria, portanto, iniquidade torna-lo responsavel pelos onus resultantes. Assim, pois, é de direito que — os actos da mulher nos regimens deste genero não obrigão os bens do marido, senão os particulares della. (76)

a) A materia deste paragrapho está attendida nos artigos 253 e 254 do Codigo Civil.

Art. 253. Os actos da mulher autorizados pelo marido obrigam todos os bens do casal, se o regimen matrimonial fôr o da communhão, e sómente os particulares della, se outro fôr o regimen e o marido não assumir conjunctamente a responsabilidade do acto.

Art. 254. Qualquer que seja o regimen do casamento, os bens de ambos os conjuges ficam obrigados egualmente pelos actos que a mulher praticar na conformidade do art. 247.

E de accôrdo com o art. 275, nos casos em que os actos da mulher são autorizados pelo marido, se presumem se-lo, ou excusam autorisação, as dividas por ella contrahidas obrigam, não só os bens communs, senão ainda, em falta destes, os particulares de um e outro conjuge, na razão do proveito que cada qual houver lucrado.

O marido responde por todos os actos que a mulher houver executado no tempo em que subsistio a autorisação, e não cessa tal responsabilidade senão depois de ser revogada a autorisação. Assim, a revogação não tem effeito retroactivo. J. Chacon, Codigo Civil chileno, pag. 126.

No caso da autorisação judicial contra a vontade do marido não seria justo fazer recahir sobre os bens deste a responsabilidade assumida pela mulher. Dahi vem a disposição do § unico do art. 247: o suprimimento judicial da autorisação valida os actos da mulher, mas não obriga os bens proprios do marido.

possivel de verificar-se. A autorisação da justiça tanto em relação aos actos judiciaes como extra-judiciaes, em contradicção á vontade do marido, só pode ser dada, ou quando se trata de actos que tão somente alludem aos bens proprios da mulher, ou para actos que tem por fim defender os direitos e reivindicar os bens do casal (§ 44). Taes actos não podem prejudicar ao marido.

(76) Ubi emolumentum, ibi et onus esse debet.

(77) Lobão, Not. á Mello, L. 2º, tit. 8, § 9, n. 40 in fine; B. Carneiro, L. 1º, tit. 12, § 121, n. 3.

(78) Lobão, Fasciculo, tom. 1º. Dissert. 4, § 41, n. 7, App. Direit. Emphyt. § 98, nota; Mourlon, Repet. Ecrit. L. 1º, T. 5 n. 792.

(79) Lob. loc. cit.; Prim. Linh. nota; Barb. ad ord. L. 4, tit. 48, § 2, n. 3.

§ 49. *Consequencias da falta de autorisação.*

A falta de consentimento do marido ou da autorisação suprida pela justiça, pois que deixá a mulher casada em sua incapacidade legal, induz a nullidade do acto. (77)

Esta nullidade não é absoluta (pleno jure) senão *relativa*, tanto que pôde ser sanada por via de ratificação. (78)

Por isso que é *relativa* não pôde ser invocada senão por aquelles em favor de cujos direitos foi ella estabelecida. (79)

Deste presupposto resulta que a acção para demandar semelhante nullidade compete tão sómente ao marido e á mulher e na falta delles a seu herdeiros. (80)

Se, porém, o acto annullavel só é relativo aos bens proprios da mulher, é evidente que o direito de annulla-lo não passa aos herdeiros do marido. Um tal acto não pôde alcançar a herança em que succedem; elles, pois, não têm nenhum interesse em invalida-lo; para elles, a acção não teria objecto. (81)

Desfeito o acto, repõe-se tudo no antigo estado: volta a coisa nullamente transferida; restitue-se o objecto ou o valor recebido em troca. (82) Todavia se do acto nenhum proveito resultou á mulher ou ao casal, e o terceiro com quem ella contratou estava de má fé, cessa a obrigação de restituir o objecto ou o preço correspondente. (83)

a) falta, não suprida pelo juiz, de autorisação do marido, quando necessaria, (art. 242) invalidará o acto da mu-

(80) Guerreiro, Forens. q. 50; Lob., Not. á Mello, L. 2, T. 8, § 19 n. 66. Que a mulher pode annular o proprio contracto que fez sem autorisação do marido ou da justiça é fora de toda a duvida. E' licito contravir o proprio acto, quando nullo. (Mor. de Execut., L. 2, cap. 18, n. 12 e cap. 19 n. 3). O direito de invalidar o acto tende á resguardar interesses pecuniaríos; é portanto essencialmente *hereditario* e como tal passa aos herdeiros da mulher.

(81) E' de si mesmo evidente. Quando, porém, o contracto feito pela mulher é daquelles que obrigão os bens communs. então a acção para annulla-lo é transferivel aos herdeiros do marido, os quaes, se fossem privados della, ficarião desarmados para defender ou reaver seus direitos compromettidos pelo acto annullavel.

(82) Guerreiro e Lobão, loc. cit.

(83) Eis as *hypotheses* á que allude a doutrina do periodo final do §: 1.º Do contracto nullamente feito pela mulher resultou vantagem á ella ou ao casal: desfeito o contracto, estivesse a pessoa, com quem a

lher; podendo esta nullidade ser allegada pelo outro conjuge até dois annos depois de terminada a sociedade conjugal. (art. 252 do Codigo)

O art. 178 § 7º n. VII dispõe que prescreve em dois annos a acção do marido ou dos seus herdeiros para annullar actos da mulher, praticados sem o seu consentimento, ou sem o suprimimento deste recurso necessario.

Ainda tem relação com a materia deste parágrafo o artigo 255, que assim estatue:

A annullação dos actos de um conjuge por falta de outorga indispensavel do outro, importa em ficar obrigado aquelle pela importancia da vantagem, que do acto annullado haja advindo a esse conjuge, aos dois ou ao casal.

Paragpho unico. Quando o conjuge responsavel pelo acto annullado não tiver bens particulares, que bastem, o damno aos terceiros de boa fé se comporá pelos bens communs, na razão do proveito que lucrar o casal.

No direito antigo competia ao marido e á mulher, na falta delles aos herdeiros, a acção para demandar a nullidade pela falta de autorisação. Pelo Codigo compete sómente ao marido (art. 252, que não faz referencia aos herdeiros, os quaes, entretanto, têm esse direito conforme o art. 178 § 7 n. V relativo á prescripção.

O marido póde validar os actos não autorizados ratificando-os, (art. 252 paragarpho unico), sendo esta ratificação tida como um consentimento posterior. Póde ser geral, si se refere a todos os actos da mulher, e especial, si ratifica sómente uma classe de negocios ou um negocio determinado (CHACON cit., pag. 127).

Exigindo o Codigo a ratificação provada por instrumento publico ou particular exclue a ratificação tacita, isto é, a que provem de factos demonstrativos da acquiescencia do marido, admittida expressamente em outros codigos como o Chileno, art. 142.

mulher contractou, de boa ou má fé, lhe é sempre devida a restituição da cousa ou valor que deu em troca, porque á ninguem é licito enriquecer-se á custa alheia. Non convenit lucrari aliquem cum damno alterius. Ord. L. 4, tit. 48, § 4 arg.

2.ª Do contracto não resultou vantagem á mulher ou ao casal; mas a pessoa com quem foi feito estava de boa fé (ignorava que a mulher fosse casada); a restituição lhe é devida porque seria iniquo que entrando em conflicto a má fé da mulher com a boa fé do terceiro, triumphasse a má fé.

3.ª Não veio á mulher ou ao casal beneficio nenhum do contracto e o terceiro com quem contractou estava em má fé, isto é, sabia que a mulher era casada: a restituição não é devida (arg. da cit. ord. § 6). Quod quis ex culpa sua damnum sentit, non intelligitur damnum sentire.

CAPITULO II

RELAÇÕES ENTRE OS CONJUGES QUANTO AOS BENS

TITULO PRIMEIRO

Pactos antenuciaes

§ 50. *Do regimen dos bens no casamento.*

A communhão de vida (*individua vitæ consuetudo*), que o casamento estabelece entre a mulher e o marido, não pôde deixar de exrcr influencia directa sobre os bens que os conjuges trazem para o casal e sobre os que de futuro adquirirem.

E' mister dar a esses bens uma constituição que os ponha em perfeita harmonia com a natureza e os fins da sociedade conjugal: — necessidade que determina um complexo de modificações importantes nos principios geraes que regulão o direito de propriedade.

Estas modificações formão uma collecção de regras que, supposto entendão directamente com a theoria dos direitos *reaes e pessoaes*, *todavia* como consequencias immediatas do casamento, tomão logar nos quadros dos *Direitos de familia*. (84)

As ditas *modificações* podem variar entre si dentro de uma certa latitude, sem contudo desdizerem dos fins da sociedade conjugal. D'ahi a diversidade de regimens de bens, segundo os quaes pode ser contrahido o casamento.

A lei, pois que se trata do direito de propriedade, deixa aos esposos grande liberdade para regularem os seus interesses pecuniarios. E' -lhes permittido, não só escolherem

(84) Marezoll, *Droit Privé des Romains*, § 81.

o regimen que lhes aprouver, como ainda acrescentarem as clausulas que lhes parecerem convenientes (85); comtanto que não sejam ellas contradias á natureza e aos fins do casamento e a certos principios, que tem por fundamento razões de interesse publico. (86)

No estado actual do nosso direito ha tres especies cardeaes de regimens de bens no casamento, a saber :

- 1.º O regimen da communhão universal; (87)
- 2.º O regimen da simples separação dos bens; (88)
- 3.º E o regimen dotal. (89)

Podem os contrahentes escolher um destes regimens, ou modifica-los e combina-los entre si de modo a formar uma nova especie, como se por exemplo convencionão a separação de certos e determinados bens e a communhão de todos os mais. (90) Neste caso torna-se mixto o regimen e cada especie de bens é regulada pelos principios do regimen cardeal a que é sujeita. (91)

Os actos, pelos quaes os esposos fixão previamente o regimen de bens segundo o qual querem casar-se recebem indistinctamente as denominações de — *pactos antenuptiacs*, *convenções matrimoniaes*, ou *pactos dotaes*.

a) Dispõe o art. 256 do Codigo Civil: E' licito aos nben-tes, antes de celebrado o casamento, estipular, quanto aos seus bens, o que lhes aprouver.

São os pactos antenuptiacs em que estabelecem o regimen de bens que mais lhes convenha.

(85) Ord. L. 4, T. 46 pr.: "Salvo quando entre as partes *outra coisa* fôr *accordada* porque então se guardará o que entre elles fôr *contractado*." T. 60, in fine: "Salvo se no contracto dotal, quando casarão fóra do costume do reino, *outra coisa* foi *contractada*. T. 96, § 24. in fine: "E quanto aos que casarem por dote e arrhas, guardar-se-ha o que entre elles fôr *accordado*."

(86) Const. 1. rei uxor. act. (5. 13); Valasc. Consult. 135, n. 2; Lobão, Not. á Mello; L. 2, T. 9, § 35, n. 10; B. Carneiro, L. 1, T. 14, § 134, n. 1.

(88) Ord. L. 4 T. 46 pr.

(89) Ord. cit. "Porque então se guardará o que entre elles fôr *contractado*." Art. 3º § 2º da lei de 24 de setembro de 1864 verb. pelos *contractos antenuptiacs exclusivos da communhão*.

(90) Ord. L. 4 T. 96 § 24.

(91) Ord. L. 4, T. 95 § 3: E o que dito é não haverá lugar nos casamentos feitos por cartas d'arrhas, salvo em aquelles bens em que por bem e virtude do contracto devem ser meeiros o marido e a mulher. Cabedo, P. I, Decis. 185. n. 4; Consolid. das Leis Civis, nota (3) ao art. 88.

(91) Cit. ord. L. 4 T. 95 § 3; Pereira Decis. 53, n. 12.

Nos Capitulos II, III, IV e V do Titulo III do Livro 1º, na Parte Especial, o Codigo adopta os seguintes regimens:

I o regimen da communhão universal;

II o regimen da communhão parcial;

III o regimen da separação;

IV o regimen dotal.

A's tres especies cardeaes do direito antigo, foi acrescentado o regimen da communhão parcial, em virtude do qual não se communicam os bens com que cada conjuge entrou para o casal, nem os que de futuro lhe vem por doação ou successão, e os adquiridos com valores exclusivamente pertencentes a um dos conjuges, em subrogação dos bens particulares.

Na legislação estrangeira, os codigos francez, arts. 1.387 e 1.394; hespanhel, arts. 1.315 e 1.321; portuguez, arts. 1.096 e 1.097; chileno, arts. 1.715 e 1.716.

§ 51. *Das pessôas que figurão nos pactos antenupciaes.*

Os pactos antenupciaes celebrão-se entre os dous esposos, mas muitas vezes toma parte nelles e assigna tambem o instrumento a pessoa, ascendente, collateral ou estranho, que faz doações subordinadas ao casamento. (92)

São capazes de estipular semelhantes pactos todas as pessôas que podem contrahir matrimonio.

Não podem, porém, faze-lo:

1.º O interdicto por prodigalidade, sem o consentimento do seu curador e do juiz de orphãos. (93)

2.º Os menores e os filhos familias, sem licença da pessoa ou da autoridade de cujo consentimento hão mister para se casarem. (94)

Fôra absurdo que a lei denegasse aos prodigos, aos filhos familias e aos menores facultade para livremente dispo-rem de seus bens quando apenas se trata de interesses par-

(92) Ord. L. 4 T. 46 pr. Lobão, Not. á Mello, L. 2 T. 8 § 8, n. 3 e 4.

(93) Ord. L. 4 T. 103 § 6, verb. "Mandarã... apregoar..."

Não ha lei alguma que abra na incapacidade do prodigo uma excepção a respeito dos pactos antenupciaes: Vej. o Cod. Civil fr., art. 499 e 513 e Lasterria, Instituta de Direito Civil Chileno, L. 4 T. 5 § 1º.

Se o prodigo se casa sem pacto antenupcial: do seu casamento (para o qual não ha necessidade de consentimento do curador) resulta a communhão por força da lei.

(94) Pegas, tom. 7 ad ord. L. 1 T. 87 § 28 n. 10; Lobão, Not. á Mello, L. 2 T. 8 § 8 n. 4. Cpr. lei de 6 de outubro de 1784.

Em contrario C. Telles, Theoria da interpretação das leis. § 94.

ciaes e temporarios como são os que ordinariamente fazem objecto dos contractos, e ao mesmo tempo lhes permittisse disporem irrevogavelmente em convenções matrimoniaes de toda sua fortuna.

a) Além do art. 256, referido na annotação anterior, tem relação, com este paragrapho, o art. 313 que preceitúa:

“As doações para casamento podem tambem ser feitas por terceiros, no contracto antenupcial, ou em outro instrumento publico anterior ao casamento.”

Como no direito anterior, não podem celebrar essas convenções os filhos familias, os pupillos, os interdictos em todos os casos, sem a permissão especial das pessoas de que dependerem, mas si depois de sanada a nullidade ou ratificado o casamento, o menor ou interdicto ratificar o pacto antenupcial, a ratificação produzirá seus effeitos desde a data do casamento. (PONTES DE MIRANDA, cit, pag. 139.)

Vêr Codigos francez, arts. 1.081 e 1.090; portuguez, arts. 1.166 e 1.167; hespanhol, art. 1.331; chileno, arts. 1.786 e 1790.

§ 52. *Das formalidades externas dos pactos antenupciaes*

São nullos e portanto não produzem effeito algum, os pactos antenupciaes que não são celebrados por escriptura publica. (95)

A exigencia de escriptura publica como forma substancial do acto é determinada pela necessidade de dar a maior firmeza e segurança a esses pactos, os quaes, pela importancia dos direitos que regulão, interessão profundamente á sociedade civil.

Que seria da irrevogabilidade das convenções matrimoniaes, se sua existencia legal dependesse, não d'um instrumento solemne cujo original permanece sob a guarda d'um official publico, mas d'um escripto particular que as partes poderião á vontade alterar ou suprimir?

Não são sujeitos á formalidade da insinuação os pactos antenupciaes, salvo se envolvem acto de liberalidade, como

(95) Coelho da Rocha, § 256; Consol. das Leis Civis, nota (1) ao artigo 88; Código Civil fr., art. 1394; C. civ. Port., art. 1097.

A necessidade da escriptura publica resulta logicamente das disposições da lei de 6. de outubro de 1784.

quando delles consta a doação feita por um terceiro para o casamento ou por um dos conjuges ao outro. (96)

Mas se é feita pelo pai ou pela mãe, a doação só deve ser insinuada na parte que excede a legitima e mais a taxa da lei. (97)

a) O código mantém a tradição do nosso direito, exigindo a escriptura publica para validade das convenções antenupciaes. E' o principio adoptado no Código civil portuguez, cujos artigos 1.096 e 1.097 dispõem:

“E' licito aos esposos estipular antes da celebração do casamento, e dentro dos limites da lei, tudo o que lhes aprouver relativamente a seus bens.

Estas convenções não terão validade se não forem celebradas em escriptura publica.”

Exigencia identica faz o Código civil francez, art. 1.394:

“Toutes conventions matrimoniales seront redigées, avant le mariage, par acte devant le notaire.”

O paragrapho unico do art. 256 prescreve:

Serão nullas taes convenções (as antenupciaes):

I não se fazendo por escriptura publica;

II não se lhes seguindo o casamento.

Para produzirem effeito contra terceiros, ellas têm de ser inscriptas, em livro especial, pelo official do registro de immoveis do domicilio dos conjuges (art. 261).

O registro tem o fim de dar publicidade e só por elle os terceiros ficam habilitados a conhecer as escripturas antenupciaes. Nenhum pacto antenupcial, seja dotal, ou exclusivo da communhão de todos ou alguns bens, será lavrado e assignado, sob pena de nullidade, sem que delle constem os bens constitutivos do dote, ou excluidos da communhão e o valor em que são estimados. (Decreto n. 370 de 1890, art. 173, paragrapho unico. Decreto n. 169 A de 19 de Janeiro de 1890, art. 3, § 9.)

§ 53. *Da irrevogabilidade dos pactos antenupciaes.*

O regimen dos bens reputa-se definitivamente estabelecido depois de celebrado o casamento. (98)

(96) Ord. L. 4 T. 62; Lei de 25 de janeiro de 1775 e Assento de 21 de julho de 1797 Lobão, Fascic. tom. 1, Dissert. 3 § 29; Manual do Tabellião, § 142 not. 3; Consolid. das L. Civis, art. 417 § 1º not. (1).

(97) Cit. Assento de 21 de julho de 1797.

(98) Paul. Sentent. recept. L. 2 T. 2 § 12: Sed ante nuptiae data (dos) earum expectat adventum.

E uma vez definitivamente estabelecido, não pode mais ser alterado ou modificado. (99)

Esta salutar disposição legal é determinada por motivos os mais ponderosos. A permissão de alterar o regimen dos bens na constancia do matrimonio, além de deixar os direitos do conjuge mais fraco e condescendente expostos aos perigos da seducção e da astucia do outro, collocaria os haveres do casal em um estado de incerteza incompativel com a estabilidade que por bem de interesses de ordem publica lhes é mister. (100)

E' outro principio de direito que, no silencio dos contraentes, o regimen dos bens firma-se por força da lei. (101)

Sendo, pois, certo:

Que o regimen dos bens uma vez definitivamente estabelecido, não pôde ser alterado;

Que nos silencio das partes o regimen se firma por força da lei:

Segue-se:

1.º Que os pactos antenupciaes não podem ser validamente feitos senão antes da celebração do casamento. (102)

2.º Que pelo facto do casamento se tornão irrevogaveis. (103)

a) O regimen dos bens entre os conjuges começa a vigorar desde a data do casamento, e é irrevogavel. E' a disposição do art. 230 do Codigo.

Os pactos antenupciaes são estipulações prévias para a fixação do regimen de bens. Têm de ser feitos antes do casamento e sendo irrevogavel o regimen de bens desde a data em que este é celebrado, não pôde deixar de ser irrevogavel o pacto donde elle se origina. Um se contém no outro, coincidindo a irrevocabilidade. Feito o casamento, nenhum delles pôde ser alterado ou renunciado. Antes de realizado o casamento, o pacto pôde ser revogado ou modificado, desde que

(99) Mourlon, Rep. Ecrit. l. 3 T 5, n. 2 c 3.

(100) Mourion. loc. cit.

(101) Ord. L. 4 T 46 pr.

(102) Consolidação das Leis Civis, nota (1) ao art. 88; Cod. Civil fr. art. 1394.

(103) Lob., Not. á Mello, L. 2, T. 9 § 25 n. 12; B. Carneiro, L. 1º T. 14 § 133 n. 7; Consolidação das Leis Civis, not. citada. A alteração no pacto antenupcial importaria mudança no regimen.

nisso concordem as partes, mas depois, os conjuges não os podem alterar. (PONTES DE MIRANDA, cit. nºs. 140.)

O art. 57 do Decreto n. 181 de 1890 preceituava que “na falta do contracto antenupcial, os bens dos conjuges são presumidos communs, desde o dia seguinte ao do casamento, salvo si provar-se que o matrimonio não foi consumado.”

Pelo Código Civil, tal restricção desapareceu, vigorando o regimen de bens desde a data do casamento, independente de estar ou não consummado.

Na legislação estrangeira, os Codigos francez, art. 1.395; italiano, art. 1.385; portuguez, art. 1.105; hespanhol, art. 1.319 e 1.320; chileno, art. 1.722; argentino, art. 1.219.

§ 54. *Clausulas prohibidas nòs pactos antenupciaes.*

Não é permittido inserir nos pactos antenupciaes clausulas e estipulações que repugnem á natureza e aos fins do casamento, ou que sejam contrarias aos bons costumes e aos principios de direito que não podem ser alterados pela vontade das partes.

Assim que são prohibidas e reputadas como não escriptas as clausulas seguintes:

1.º As que offendem o *poder marital*, como a que privasse o marido do direito de fixar o domicilio conjugal, ou de ser o cabeça de casal; (104)

2.º As que importão cerceamento do *poder patrio*, como a que tirasse ao marido o direito de corrigir os filhos, de dirigir-lhes a educação; (105)

3.º As que consagrão quaesquer pactos successorios ou alterão de qualquer modo a ordem legal do direito de successão necessaria, quer em relação aos conjuges, quer em relação aos filhos que delles nascerem. (106)

A nullidade da *clausula prohibida* não acarreta a nulli-

(104) Lobão, Not. á Mello, L. 2 T 9 § 25 n. 11; B. Carneiro, L. 1 T. 14 § 134, n. 3; Consolidação das L. Civis, nota (1) ao art. 38.

(105) Consolid. das Leis Civis. not. cit.; Mourlon, Repet. Ecrit. L. 3 T. 5 n. 16, 3º.

(106) Fr. 16 D. de suis et legitimis, (38. 16). Successionem esse juris publici quod pactis privatorum mutari nequit.

Mourlon, Cit. L. 3 T 5, n. 16, 7º.

No estado actual do nosso Direito são nullos todos os pactos successorios, ou de *succedendo* ou de *non succedendo*, ainda mesmo quando incluídos nas convenções matrimoniaes. Veja-se a nota IV no fim.

dade do pacto, mas tão somente a das estipulações que são logicamente dependentes da clausula *nulla*.

a) Art. 257 do Codigo Civil: Ter-se-á por não escripta a convenção ou clausula:

I que prejudique os direitos conjugaes ou os paternos;
II que contravenha disposição absoluta da lei.

São clausulas nullas e que nenhum effeito produzem.

Pelo Codigo Civil continuam prohibidos, sob pena de nullidade absoluta, todos os pactos que tenham por objecto herança futura, quer sejam contractos de *succedendo*, quer de *non succedendo*, isto é, os pactos pelos quaes uma pessoa promete a outra institui-la como herdeira, ou transfere o direito de succeder na herança de pessoa viva.

O art. 1.089 do Codigo é expresso: Não pôde ser objecto de contracto a herança de pessoa viva.

No Codigo civil portuguez ha este preceito: “Ter-se-á por não escripta qualquer convenção que altere a ordem legal da successão dos herdeiros legitimos, ou os direitos e obrigações paternaes e conjugaes, consagrados por lei.”

Ver Codigos francez, arts. 1.387 e 1.389; italiano, artigos 1.379 e 1.380; hespanhol, art. 1.316; portuguez, arts. 1.103 e 1.104; chileno, art. 1.717; uruguayo, art. 1.913 e 1.914.

TITULO SEGUNDO

Do regimen da communhão universal de bens

§ 55. *Noção da communhão de bens.*

Neste regimen tornão-se communs entre os conjuges os bens com que cada um entra para o casal e os que de futuro adquirirem. por qualquer titulo, — oneroso ou gratuito. (108)

(107) Mourlon, cit. L. 3 T 5 n. 17; Cod. Civil Port., art. 1103. *Utile per inutile non vitiatur.*

(108) O regimen da communhão universal de bens foi nos primeiros tempos da monarchia portugueza uma mera criação do direito consuetudinario, limitada a certos municipios. Em epoca posterior foi este costume consagrado em lei. (Ord. Aff. L. 4 T 12, § 5). As ord. Manuelinas e depois as Philippinas generalisarão aquelle costume para todo o reino e dominios.

Ao dito costume allude a ord. nas palavras: “casamento segundo o costume do reino. (Ord. L. 4 T. 46 pr.; Tit. 48, pr.; T. 60 e 65).

Producto o mais notavel do direito costumeiro em Portugal a communhão universal de bens constitue um typo original, de que não ha exemplo nas legislações de outros povos, a excepção da Hollanda onde prevalece um regimen semelhante, postas de parte differenças accidentaes. Vej. a Nota V no f.m.

Consiste a communhão em que todos os haveres do casal — moveis e immoveis, direitos e acções — permanecem *indivisos* na propriedade commum dos conjuges, á cada um dos quaes pertence uma *metade ideal*, intransmissivel durante a existencia da sociedade conjugal. (109)

A communhão universal de bens, tal como a constituirão os costumes e as leis, é dominada dos principios seguintes:

1. Tudo o que entra para o acervo dos bens do casal fica, em regra, subordinado á lei da communhão. (110)
2. Tudo o que cada conjuge adquire, no mesmo momento em que se opera a aquisição, torna-se commum. (111)
3. Os conjuges são meeiros em todos os bens do casal, embora um delles nada trouxesse ou nada adquirisse na constancia do matrimonio. (112)

Da communicação dos bens deriva logicamente a communicação das dividas contrahidas no decurso da sociedade conjugal. (113)

Tal como é em sua natureza e efeitos a communhão é por certo o regimen que mais se coaduna com a indole da sociedade conjugal.

A communhão universal de bens reproduz no mundo material a identificação da vida e destinos dos conjuges e contribue poderosamente para fortifica-la e consolida-la, confundindo na mais perfeita igualdade os interesses de um e de outro.

a) O regimen da communhão universal importa a communicação de todos os bens presentes e futuros dos conjuges e suas dividas passivas, com as excepções expostas no § 60. (Codigo civil, art. 262.)

(109) Valasc. Partition. cap. 5; Cabedo, P. I. Decis. 183 n. 2.

Segundo o costume attestado por antiquissima pratica consagrada em lei (ord. L. 4, T. 46 pr. e §3; Tit. 95 e 96), a communhão resultante do casamento é universal, isto é, abrange todos os bens, presentes e futuros, uma vez que sejam alienaveis. Mello, L. 2. T. 8, § 3, nota.

(110) Valasc. Consult. 103, n. 7; Gama, Decis. 314, n. 6.

(111) Valasc. Partition. cap. 5 n. 9, 14, 16.

O título, pelo qual cada um dos conjuges adquire, é ao mesmo tempo título de aquisição para a communhão, de modo que provar que o conjuge adquire, é provar que a cousa adquirida é commum.

(112) Valasc. cit., n. 14. E' applicação á communhão de um principio que rege a sociedade universal.

(113) Ord. L. 4 T. 95 § 4.

Dominam os mesmos principios do direito anterior conforme doutrina LAFAYETTE.

Os conjuges são verdadeiros condminos dos bens, têm nelles a metade ideal e dissolvida a sociedade conjugal por qualquer dos modos já estudados, o patrimonio commum é igualmente repartido entre os conjuges, ou entre o sobrevivente e os herdeiros do outro.

E', em regra, o regimen adoptado pelas legislações dos povos mais cultos. O Codigo civil francez o estabelece no art. 1.393 e um dos seus redactores, TRONCHET, dá, nestas palavras, a justificação: "O matrimonio é a união de duas pessoas que se associam tão intimamente quanto é possível para procurar reciprocamente a felicidade. Uma união tal deve naturalmente induzil-os a confundir seus interesses; a sociedade dos bens vem a ser a consequencia da união das pessoas. O uso contrario não tem vindo senão dos principios contra a natureza que, entre os romanos, davam ao chefe da familia um imperio despotico sobre sua mulher e filhos. Esta autoridade não existe felizmente em nossos costumes. Entre nós outros, os esposos não são senão companheiros".

A doutrina exposta no paragrapho tem sua confirmação ainda no art. 259 do Codigo: "Embora o regimen não seja o da communhão de bens, prevalecerão, no silencio do contracto, os principios della quanto á communicação dos adquiridos na constancia do casamento."

§ 56. *Na falta de pacto em contrario prevalece o regimen da communhão*

O casamento reputa-se feito segundo o regimen da communhão universal de bens, desde que não é precedido de convenção que expressa ou tacitamente a exclua. (114)

Pode, todavia, o dito regimen ser expressamente estipulado (115), como quando os esposos declararão nos pactos antenupciaes que se casão *segundo o costume geral do Imperio* (116), ou por *carta de metade* (117), ou que querem

(114) Ord. L. 4. T. 46: "Todos os casamentos feitos em nossos reinos e senhorios se entendem serem feitos por carta de metade."

A communhão julga-se tacitamente excluida quando os contrahentes estipulão pactos incompativeis com ella. Lobão, Not. á Mello, L. 2 T. 8 § 8 ns. 5 e 10.

(115) Ord. L. 4, . 95 § 3: "em que por bem e virtude do *contracto* devem ser meeiros."

(116) Ord. L. 4, T. 48 pr.; Tit. 65 pr.

(117) Ord. L. 4, T. 46 pr.; Tit. 95 § 4.

ser *meeiros* (118), ou usão de quaesquer expressões que tenham a mesma significação. (119)

Dahi provém que o regimen da communhão recebe a denominação de *legal* quando resulta simplesmente da lei (*ex potestate legis*), e de *convencional* quando tem por causa a convenção das partes. (120)

E, pois que no silencio das partes o regimen da communhão, por uma justa preferencia da lei, entende-se o adoptado, vem elle a constituir nesta materia o *direito commum*, de que os outros regimens não são senão derogações. (121)

E, pois, taes regimens, como excepções, carecem de ser claramente formulados, para que possam valer.

Donde resulta que, á não vigorarem por qualquer motivo os pactos antenupciaes exclusivos ou modificativos da communhão, como por não ter assignado um dos contrahentes ou por faltar-lhes alguma solemnidade substancial; reputa-se subsistente o regimen da communhão. (122)

a) Rege a materia deste paragrapho o art. 258 do Codigo civil: Não havendo convenção ou sendo nulla, vigorará, quanto aos bens, entre os conjuges, o regimen da communhão universal.

Ha casos, porém, em que é obrigatorio o regimen da separação de bens no casamento (art. 258, paragrapho unico):

I. Dos sujeitos ao patrio poder, tutela ou curatela, que não obtiveram o consentimento para o casamento.

II. Das mulheres menores de 16 e os homens menores de 18.

III. Do viuvo ou a viuva que tiver filho do conjuge falecido, não tendo feito inventario dos bens do casal.

IV. Da mulher viuva ou separada do marido por nullidade ou annullação do casamento, si as novas nupcias se realisaram antes de dez mezes, salvo si dentro deste praso dêr á luz algum filho.

V. O tutor ou curador e os seus descendentes, ascendentes, irmãos, cunhados ou sobrinhos, com a pessoa tutelada

(118) Ord. L. 4, T. 47 pr.; Tit. 95 § 3.

(119) Ord. L. 4, T. 95 § 3.

(120) Boehm. Exercit. 70 § 16; Mello, L. 2. T. 8, § 3.

(121) Gama, Decis. 314 n. 6; Valasc. Consult. 103. n. 7 e 8.

(122) Phebo, Decis. 169 n. 19 á 21; Pegas, tom. 7 ad ordinat. L. 1^o T. 87 § 4 n. 116; Lobão, Not. á Mello, cit. § 8 n. 4.

A communhão é um effeito do casamento que só pode ser alterado por convenção das partes em contrario; mas se a convenção é nulla, é como se não existira: se não existe, prevalece o effeito legal.

ou curatela, si o casamento se realizar antes de cessar a tutela ou curatela e de se saldarem as respectivas contas, salvo havendo permissão paterna ou materna expressa em escripto authentico ou em testamento.

VI. Do juiz ou escrivão e seus descendentes, ascendentes, irmãos, cunhados ou sobrinhos, com orphão ou viuva da circumscripção territorial onde um ou outro tiver exercicio, salvo si houver licença especial da autoridade judiciaria superior.

VII. Do maior de sessenta annos e da maior de cinquenta.

VIII. Do orphão de pai e mãe, embora case quando sob a tutela ou curatela, com o consentimento do tutor ou curador.

IX. De todos que dependerem, para casar, de autorisação judicial. Denegado pelo pai, tutor ou curador o consentimento, pôde o menor contrahir o matrimonio si o juiz dêr o suprimento, mas em qualquer desses casos não haverá communhão de bens.

O Decreto n. 181 de 1890, no art. 58, estabelecia a obrigatoriedade do regimen de separação:

§ 1º, si a mulher fôr menor de 14 ou maior de 50;

§ 2º, si o marido fôr menor de 16 ou maior de 60;

§ 3º, si os conjuges forem parentes dentro do 3º gráo civil ou do 4º duplicado;

§ 4º, si o casamento fôr contrahido com infracção do § 11º ou 12º do art. 7º, ainda que tenha precedido licença do presidente da Relação do districto.

Pelo art. 59, em cada um desses casos, todos os bens da mulher, presentes e futuros, serão considerados dotaes, e como taes garantidos na fórmula do direito civil.

—Vêr Codigos hespanhol, art. 50; lei portugueza de 25 de Dezembro de 1910.

§ 57. *Requisito essencial.*

A communhão, sendo estipulada em convenção antenupcial, entende-se começar a vigorar desde o momento em que o casamento é validamente contrahido. (123)

(123) As convenções matrimoniaes tornão-se definitivas e só produzem os seus effeitos depois de celebrado o casamento. *Omnis dotis promissio futuri matrimonii tacitam conditionem accepit.* F, 68 D. de jure dot. Não tendo a lei feito excepção relativamente ás convenções em que se estipula a communhão, segue-se que taes convenções entrão na regra geral.

A ord. L. 4 T. 46 § 1º só exige a consumação do matrimonio para o effeito da communhão *legal* e não para a convencional. Nem seria razoa-

Quando, porém, contraído sem pacto, o casamento não induz a communhão senão depois de consumado. 124)

A lei requer claramente a conjuncção posterior ao casamento; contudo tem sido largamente controvertido se a copula anterior vale como a posterior para a communhão.

A analogia, tirada da disposição de direito em virtude da qual o matrimonio subsequente, lavando a macula das relações illicitas preexistentes, legitima a prole anteriormente havida, e a consideração de que os conjuges, se tivessem em vista excluir a communhão, fa-lo-ião em convenção antenupcial, tem sido motivo sufficiente para desvãner o escrupulo que suggere a letra da lei.

Assim prevalece na pratica a opinião de que a conjuncção anterior preenche as vistas da lei para o effeito da communhão dos bens. (125)

a) Hoje não ha necessidade de averiguar si o casamento foi ou não consummado para a communhão começar a produzir os seus effeitos. As controvérsias a tal respeito desaparecem completamente deante da disposição expressa do

vel que a lei impozesse ás convenções em que se estabelece a communhão — regimen a que dá manifesta preferéncia, uma restricção que não existe para as convenções em que se estipulão os outros regimens.

(124) Ord. L. 4, T. 46 § 1°.

A communhão só pode resultar do casamento válido. Como ficou dito em lugar competente. o nosso Direito Civil só recebe como validas tres especies de casamentos.

A disposição do § 2 da ord. do L. 4 T. 46 tem suscitado no espirito dos interpretes graves duvidas. Ultimamente fez o Sr. A. Herculano um estudo vasto e profundo sobre a pratica á que allude o citado § 2.

Qualquer que seja o sentido daquelle paragrafo: contenha um pensamento intencional, ou seja o simples resultado d'uma inadverténcia dos compiladores das *Philippinas* (Lobão, Not. á Mello, L. 2, T. 8 § 4. n. 2) para nós a questão perdeu todo o interesse pratico: o alludido § acha-se interpretes graves duvidas. Ultimamente fez A. Herculano um estudo civil ao casamento celebrado conforme o Concilio Tridentino e Constituição do arcebispaado da Bahia. A recente lei de 1° de setembro de 1861 só é applicavel aos casamentos entre membros das seitas dissidentes. A especie de casamento a que allude o § 2 da ord. L. 4, T. 46, não se acha, pois, incluída em nenhuma das referidas leis; portanto não pode ser recebida como valida.

(125) Gama, Decis. 124; Guerreiro, Tract. 2, L. 6, cap. 1°, ns. 99 e 100; Repert. das ord., vol. IV, pag. 428, nota (a).

Esta questão assume grande interesse nos casamentos celebrados *in articulo mortis*.

Cumpra notar que, segundo os codigos modernos, a communhão de bens opera-se independentemente da consumação do casamento. Cod. civil franc., art. 1401 e seguintes, Cod. civil portuguez, art. 1108 e seguintes.

No estado actual do Direito Canonico o casamento não depende da consumação para tornar-se perfeito e capaz de todos os seus effeitos. (Walt. Droit Eccl. § 293 n. 7 e § 301 n. 3).

art. 230 que assim dispõe: O regimen dos bens entre os conjuges começa a vigorar desde a data do casamento, e é irre vogavel.”

Uma vez effectuado o casamento, lavrada e assignada a acta do registro civil, fica estabelecido o regimen, seja o legal, seja o convencional, considerando-se, pois, consummado o matrimonio desde esse momento. Vide annotação ao § 53.

Vêr Codigos francez, art. 1.395; portuguez, art. 1.105; italiano, art. 1.385; hespanhol, arts. 1.319 e 1.320; chileno, art. 1.722.

§ 58. *O casamento putativo induz a communhão.*

O casamento *putativo* é equiparado ao casamento verdadeiro. (126)

Equiparando um ao outro, a lei não impoz, nem expressa, nem tacitamente, restricção alguma que limitasse os effeitos do putativo.

Dahi a consequencia de que o casamento putativo é capaz de todos os effeitos civis ligados ao casamento valido, e, portanto, de produzir a communhão universal de bens. (127)

a) A doutrina é a mesma. Diz o art. 221: “Embora nullo ou annullavel, quando contrahido de bôa fé por ambos os conjuges, o casamento em relação a estes como aos filhos, produz todos os effeitos civis desde a data de sua celebração,” paragrapho unico. “Si um só dos conjuges estava de bôa fé, ao celebrar o casamento, os seus effeitos civis só a esses e aos filhos aproveitarão.”

Disposição identica está no Decreto n. 181, art. 75. Com o casamento putativo diversos são os effeitos quanto aos bens, logo que esteja proferida a sentença de nullidade ou annullação:

(126) Vej. § 33 acima.

(127) Entendem alguns escriptores o contrario, entre os quaes o illustre Mello Freire. (L. 2, T. 8 § 5).

O § 1º da ord. L. 4, T. 46 requer que o casamento seja valido para produzir a communhão; e nem podia ser d'outro modo porque seria absurdo dar effeito legal ao que é nullo; mas não é logico concluir d'ahi a exclusão do casamento putativo que constitue uma especie particularissima e que por motivos ponderosos é equiparado ao valido; donde segue-se que o que a lei diz d'um, diz do outro. “Tantum operatur fictio in casu ficto, quantum veritas in casu vro.” Atteserre, de fiction, Tract. 1º, cap. 2.

A — Si a bôa fé era de ambos os conjuges, dissolve-se a communhão, si houver, ficando cada um dos conjuges com a metade dos bens.

B—Si era de um apenas a bôa fé, só a esse aproveitam os effeitos civis do casamento, poderá exigir do outro a assistencia alimentar, receberá a herança.

Havendo communhão, o conjuge responsavel terá de ceder a metade de seus bens e dos adquiridos pelo casal, mas não receberá a metade dos bens do innocente, pois de accordo com o art. 232 n. I do Codigo incorre na perda de todas as vantagens havidas do conjuge innocente.

Conforme o art. 232 n. II, o conjuge culpado fica com a obrigação de cumprir as promessas do contracto antenupcial.

No caso do regimen da separação de bens, a mulher, sendo innocente, póde exigir a pensão alimenticia, ficando exonerada da sua contribuição; mas sendo culpada, não só está obrigada á dita contribuição, como não poderá reclamá-la do marido.

— O principio ensinado por LAFAYETTE, na nota 1 do § 33, segundo o qual o conjuge succedia ao outro quando o fallecimento se déss eantes do julgamento da nullidade, era conforme ao direito vigente, mas não prevalece deante dos termos do art. 221, onde está preceituado que os effeitos civis do casamento putativo vem *desde a data da celebração* e não até ao acto de ser julgado nullo.

(Vide PONTES DE MIRANDA, D. da Familia, pag. 80.)

Vêr Codigos italiano, art. 116; francez, arts. 201 e 202; portuguez, arts. 1.091 e 1.092; hespanhol, art. 69; chileno, art. 122.

§ 59. *Pactos modificativos do regimen da communhão.*

Pode a communhão ser modificada por via de estipulações antenupciaes. (§ 50)

E' licito aos contrahentes faze-la depender d'um evento incerto, restringi-la a bens certos e determinados, ou exclui-la de uma parte de sua fortuna. (128)

Entre os pactos modificativos da communhão enumerão-se os seguintes:

(128) Ord. L. 4, Tit. 46 pr.; T. 95, § 3. Pereira, Decis. 53, n. 14; Lobão, Not. á Mello, L. 2, T. 9, § 25 n. 9.

1 O pacto de que serão incommunicaveis os bens se do matrimonio não houverem filhos. (129)

2. O pacto pelo qual convencionarão a communicação dos adquiridos. Desta clausula induz-se a incommunicabilidade de todos os demais bens que não entrão na classe dos adquiridos. (130)

3. O pacto em virtude do qual são excluidos da communhão certos bens designados, ou uma quota, como a terça parte. (131)

4. O pacto pelo qual a mulher renuncia ter parte nos *adquiridos*. Esta renuncia exime-a de responsabilidade pelas dividas do casal. (132)

a) Continuam plenamente acceitos os ensinamentos de LAFAYETTE, conforme ao direito actual, que não alterou o antigo.

As convenções antenupciaes, desde que não contravenham disposições de leis explicitamente prohibitivas ou imperativas, nem offendam direitos paternos ou conjugaes (art. 257) podem alterar ou modificar o regimen da communhão. (PONTES DE MIRANDA, cit., § 76.)

§ 60. *Bens que se não communicão.*

Ficão sujeitos á lei da communhão todos os bens que os conjuges trazem para o casal e os que de futuro adquirem. (§ 55) E' o principio dominante neste regimen.

Todavia desta regra são exceptuados certos bens e di-

(129) Guerr. Tract. 2. L. 7, cap. 5, n. 10 e 11; Voet ad Pandect. L. 23 T. 4, n. 71; Lobão cit. T. 8, § 8, n. 8. Verificado o nascimento de filho ou filhos, opera-se a communhão.

A communhão, uma vez estabelecida pelo facto do casamento, não pode ser renunciada, porque, depois de contrahido o matrimonio, não é licito alterar-se o regimen dos bens. Pheb. Decis. 169, n. 20.

Pode-se subordinar a communhão á condição resolutiva? Sim, sem prejuizo de terceiros, que tenham direitos a fazer valer contra o casal por dividas contrahidas no tempo em que prevalecia a communhão. Em contrario Mourlon, L. 3, T. 5, n. 25.

(130) Voet, ad Pandect. I. 24, T. 4, n. 28; Lobão, Not. á Mello, L. 2, T. 8, § 8, n. 10; Digest. Port. P. II, art. 215.

(131) Pereira, Decis. 53, n. 12; Lob. loc. cit. n. 6.

(132) Voet, ad Pandect. loc. cit. n. 71 e 72; Valasc. Consult. 103, n. 25 in fine; Lobão cit., T. 9, § 25 n. 5.

Não é permittido a um dos conjuges renunciar, na constancia do matrimonio, os *adquiridos* em favor do outro, por importar alteração do regimen. Valasc. Consult. 103, n. 29. B. Carneiro, L. 1^o, T. 14, § 135, n. 9.

reitos que por motivos especiaes deixão de communicar-se, a saber:

1.º O direito, em virtude do qual um dos conjuges percebe tença, pensão, mercê ou renda semelhante. (133)

2.º Os prazos perpetuos, tomados antes do casamento para filhos e descendentes (prazos familiares puros). (134)

3.º Os bens gravados de fidei-commisso (135) e o direito do herdeiro fidei-commissorio, antes de realisada a condição suspensiva. (136)

4.º As doações, herança e legados a que o doador ou testador impoz a condição da incommunicabilidade. (137)

Communicão-se, porém, as novidades, os fructos e os rendimentos, provenientes dos ditos bens, percebidos ou vendidos na constancia do matrimonio. (138)

a) Pelo art. 263 do Codigo Civil, são excluidos da communhão:

I, as pensões, meios soldos, montepios, tenças e outras rendas semelhantes;

(133) Lob., Not. á Mello. L. 2, T. 8, § 10, n. 8.

O direito que serve de titulo para a percepção de tenças ou de rendas semelhantes é inalienavel (Ord. L. 4, T. 65) e como tal incommunicavel. Mello, L. 2, T. 8, § 13, nota.

Assim, o conjuge pensionario, dissolvida a sociedade conjugal, conserva comsigo o direito de perceber integralmente a tença ou pensão.

(134) Ord. L. 4 T. 96, § 24, verb. "Porém se no contracto de aforamento..."

Communicão-se, porém, os prazos hereditarios simples e os mixtos, havidos antes ou na constancia do casamento, bem como os *perpetuos familiares puros* (para filhos e descendentes) adquiridos na constancia do matrimonio. Ord. citada.

Não se communicão os prazos de vida comprados antes do casamento. Ord. L. 4, T. 95 § 1º.

Não incluímos no texto as disposições relativas aos prazos de vida porque nunca foram usados entre nós. Cons. das Leis, (1) ao art. 609.

(135) Solano, Cogit. 1, n. 87 e 88; Lobão, Notas á Mello L. 2, T. 8, § 13, n. 22. A razão é porque a herança gravada de fideicommisso é inalienavel, visto como tem de passar ao herdeiro fideicommissario.

(136) Pegas, vol. 7, ad Ord. L. 1º, T. 87 § 4, n. 218; Lobão, loc. cit.

Varião as opiniões á cerca deste ponto. Reduz-se a questão á saber em que tempo se verifica o fideicommissario a aquisição da herança: — se ao tempo do fallecimento do testador; se ao tempo em que se realisa a condição suspensiva. Evidentemente a aquisição da herança verifica-se quando se realisa a condição suspensiva, porque antes quem é o herdeiro, é o fiduciario: o fideicommissario só tem a *esperes juris*.

Assim, pois, morrendo um dos conjuges antes de verificada a condição, o fideicommisso não se pode reputar adquirido na constancia do matrimonio, portanto não se communica.

(137) Lei de 24 de setembro de 1864. art. 3, § 1º; Cod. Com. art. 874, § 6; Guer., Tract. 2, L. 6, cap. 1º, n. 159; Lobão, Not. á Mello. L. 2. T. 8, § 13, n. 24.

(138) Lobão, cit., n. 16.

II, os bens doados ou legados com a clausula de incommunicabilidade e os subrogados em seu lugar;

III, os bens gravados de fideicommisso e o direito do herdeiro fideicommissario, antes de realisada a condição suspensiva;

IV, o dote promettido ou constituido a filho de outro leito; pela razão de que o dote já constituido não pôde figurar nos bens que o pai ou mãe possui e pela mesma razão o dote promettido, que pôde ser reclamado pelo beneficiario ou logo que seja attingida a epocha do ajuste. (PONTES DE MIRANDA, cit. § 72, BORGES CARNEIRO, Direito civil, v. 2º, § 143.

V. O dote promettido ou constituido expressamente por um só dos conjuges a filho commum. Communica-se, porém, a parte que exceder á porção de que o doador poderia, nesse momento, dispor, em testamento, e para os effeitos da partilha por morte de um dos conjuges, o que exceder á legitima do filho beneficiado (PONTES DE MIRANDA, cit. § 72).

VI. As obrigações provenientes de actos illicitos.

VII. As dividas anteriores ao casamento, salvo si provierem de despezas com os seus aprestos, ou reverterem em proveito commum.

VIII. As doações antenupciaes feitas por um dos conjuges ao outro, com a clausula de incommunicabilidade.

IX. As roupas de uso pessoal, as joias esponsalicias dadas antes do casamento pelo esposo, os livros e instrumentos de profissão e os retratos de familia.

São fundamentos dessa incommunicabilidade, doutrina PONTES DE MIRANDA, quanto ás joias esponsalicias a presumpção de renuncia; quanto ás roupas de uso pessoal por serem immediatamente necessarias e de pouca importancia; os livros e instrumentos por não serem penhoraveis e pela mesma razão os retratos de familia, que igualmente se deviam reputar executoriamente inalienaveis.

X. A fiança prestada pelo marido sem outorga da mulher.

— O artigo 265 disponde — *a incommunicabilidade dos bens enumerados no artigo 263 não se lhes estende aos fructos quando se percebam ou vençam durante o casamento* — confirma o principio exposto por LAFAYETTE neste mesmo paragrapho, *in fine*.

Assim communicam-se todos os fructos percebidos ou vencidos desde a data da celebração do casamento até a terminação da sociedade conjugal.

(PONTES DE MIRANDA, cit. § 72; CLOVIS, Cod. civil, vol. 2, pag. 181.)

Vêr Código civil portuguez, arts. 1.109, 1.110, 2.376; suiso, arts. 219 e 221.

§ 61. *Comunicação das dividas.*

Comunicação-se todas as dividas contrahidas na constancia do matrimonio (§ 55) pelo marido, ou pelo marido conjunctamente com a mulher, ou pela mulher nos casos em que ella legalmente o póde fazer; (139)

Desta regra exceptuão-se:

1.º A divida resultante de fiança prestada pelo marido sem outhorga da mulher; (140)

2.º A que consiste em promessa, expressamente feita por um só dos conjuges, de constituir dote á filho ou filha; (141)

3.º A que é originada de doação immodica de cousa movel, sem o consentimento da mulher e que não é feita em remuneração de serviços ou á titulo de esmola. (142)

4.º A que provem de delicto, jogós e, em geral de actos reprovados. (143)

Todas estas dividas recahem sobre o conjuge que é author dellas.

a) E' a regra constante do art. 262 do Codigo: o regimen da communhão universal importa a comunicação de todos os bens presentes e futuros dos conjuges e *suas dividas passivas*.

Ha excepções egualmente consignadas no Codigo Civil.

(139) Vej. § 43 acima e seguintes.

(140) Ord. L. 4. T. 60; Gama, Decis. 186. Moraes sustenta que, embora pela divida resultante da fiança prestada pelo marido em favor de arrematante das rendas publicas, fiquem sujeitos todos os bens do casal, salvo a metade da mulher em bens de raiz; todavia, dissolvido o matrimonio, o marido ou o seu herdeiro é obrigado á resarcir á mulher ou á seus successores o prejuizo causado pela execução. (Execut. L. 6, cap. 8; n. 59).

Esta opinião é perfeitamente consentanea com a mente da Ord. que só sacrificou o interesse da mulher ao bem do fisco: portanto, pago o fisco, se o marido tem ainda bens, é de justiça que a mulher seja indemnizada.

(141) Pheb., Decis., 98. n. 11; Lobão, Not. á Mello, L. 2, T. 9 § 7, n. 4. Estando cumprida a promessa, o dote deve ser imputado á meação do conjuge que o constituiu.

No casamento por carta de metade, o dote, constituido á filho commum pelo pae, entende-se feito por ambos os conjuges. Ord. L. 4, T. 97, § 1.º. Todavia pode ser dado somente pelo pae, ou pela mãe legalmente authorizada. Lobão cit. n. 6. E' a esta hypothese que allude o nosso texto.

(142) Ord. L. 4, T. 64. Vej. § 39 n. 4 acima. Realizada a doação, o objecto doado é por conta da meação do marido.

A promessa de vender bens de raiz sem consentimento da mulher (B. Carneiro. L. 1, T. 12, § 120, n. 34; não constitue o marido em obrigação de cumpril-a por sua meação, porque é nulla. (Ord. L. 4, T. 48).

(143) Ord. L. 4, T. 46 § ult.; L. 5, T. 6, § 20. Valasc. Partition. cap. 24; Dobedo. P. I. Aretto 20; B. Carneiro cit., § 128, n. 21; Mello, L. 2, T. 8, § 17 nota.

I. Art. 263 n. IV — a fiauça prestada pelo marido sem outorga da mulher.

II. Art. 263 n. V — o dote promettido ou constituido expressamente por um só dos conjuges a filho commum.

III. Art. 263 n. VI — as obrigações provenientes de actos illicitos. De accordo com o art. 159 do Codigo todo aquelle que por acção ou omissão voluntaria, negligencia ou imprudencia, violar direito, ou causar prejuizo a outrem, fica obrigado a reparar o damno.

Trata-se, pois, como diz PONTES DE MIRANDA, § 74, de uma obrigação meramente pessoal, no sentido lexico, embora em technica juridica, se chame real, por gerar-se de um facto ou omissão *ex re nascentur*. E' o facto ou omissão do autor que fundamenta *per se* a acção do lesado.

Dispõe o art. 264: As dividas não comprehendidas nas duas excepções do n. VII (anteriores ao casamento provindo de despesas com os seus aprestos ou que reverterem em proveito commum) só se poderão pagar durante o casamento pelos bens que o conjuge devedor trouxe para o casal. Esta doutrina está de accordo com a do art. 1.112 do Codigo portuguez. Os credores, durante o casamento, só podem reclamar o pagamento pelos bens que o devedor trouxe para o casal. Dissolvida a communhão podem ser as dividas alludidas pagas pela meiação do conjuge devedor. O que não podem fazer os credores é reclamar pagamento pelos bens que couberam em partilha ao conjuge não devedor ou aos seus herdeiros. (Codigo, art. 268. MERÊA, Codigo brasileiro annotado, art. 264.)

Vêr Codigo portuguez, arts. 1.098, 1.108, 1.109, 1.110,

§ 62. *Não se communicão as dividas anteriores ao casamento*

No intuito de resalvar a um dos conjuges dos prejuizos que lhe acarretarião os compromissos com que o outro entrasse para o casal, a lei, derogando a um principio que rege as sociedades universaes (144), prescreve a incommunicabilidade das dividas passivas anteriores ao casamento, com a declaração expressa de que o conjuge não devedor não póde ser em tempo algum obrigado por ellas.

Assim que por taes dividas não podem ser executados, emquanto dura o casamento, senão os bens que o conjuge

(144) Nas sociedades universaes tornão-se communs as dividas dos socios, anteriores á sociedade. Pothier, Tract. des person. n. 37.

devedor trouxe para o casal e a sua meação nos adquiridos depois de casado. (145)

Deste principio resulta que a divida anterior, paga na constancia do casamento, deve ser oportunamente imputada á meação do conjuge devedor, pois de outro modo seria burrada a mente da lei. (146)

Dissolvido o matrimonio, semelhantes dividas, pois não são do casal, senão pessoas de um dos conjuges, continuão incommunicaveis e recahem sobre a meação que cabe ao conjuge devedor ou á seus herdeiros. (147)

Pode, porém, acontecer que a meação que tocou ao conjuge devedor ou a seus herdeiros seja insufficiente para pagar aos seus credores e que no entanto os bens que elle trouxe e a metade dos adquiridos excedão em valor a dita meação. (148)

Nesta hypothese tem os credores o direito de obrigar o conjuge não devedor á contribuir para o pagamento das dividas na proporção da vantagem, que elle obteve por não terem sido anteriormente pagas pelos bens do devedor as ditas dividas. (149)

Comprehendem-se entre as dividas anteriores ao casamento todas as que resultão de uma *causa* ou *facto* preexis-

(145) Ord. L. 4, T. 95, § 4.

Esta disposição não importa hypotheca, nem privilegio algum em favor dos credores sobre os bens do conjuge devedor. Pereira, Decis. 86, n. 3. Dizem-se *adquiridos* os bens que se encontrão no casal, deduzidos os que cada conjuge trouxe e as dividas communs. Valasc. Consult. 103, n. 34.

Entre os adquiridos comprehendem-se as heranças, legados e doações. Valasc. Consult. cit., n. 27.

Vejase a Nota VII no fim.

(146) Vej. a Res. sobre Consulta do Desembargo do Paço de 31 de janeiro de 1684 citada por B. Carneiro. L. 1º, T. 13, § 128, n. 13, nota (a).

(147) Valasc. Partition, cap. 23, n. 11: "Pari quoque modo deducuntur de parte seu *hereditate* mariti debita que maritus debet ante matrimonium, ut apertè cavetur in ord. L. 4, T. 95, § 4." Não é esta a hypothese expressamente prevista no citado § 4 da Ord. L. 4, T. 95, o qual tracta da execução por dividas anteriores promovida emquanto dura o matrimonio.

A solução á questão dada no texto não é senão a applicação do principio consagrado na Ord.: resguarda o direito dos credores e mantem a disposição — que o conjuge não devedor em tempo algum é obrigado pelas dividas anteriores. Moraes, de Execution, L. 6, cap. 8, n. 66, verb. *executio*, *solutio* matrimonio...

Vejase no fim a Nota VII.

(148) A hypothese é diversa da antecedente e verifica-se quando o conjuge devedor entra para o casal com uma somma de bens muito maior do que a que traz o conjuge não devedor.

(149) Moraes, Execution, L. 6, cap. 8, n. 66, verb. *Tunc eatenus in ejus bonis*... Cabedo, Decis. 131, n. 4; Digest. Port. P. II, art. 299.

tente, embora por dependerem de condição suspensiva, ou de praso, ou por outro qualquer motivo, só se tornem exigíveis na constancia do matrimonio. (150)

Cessa a incommunicabilidade das dividas anteriores ao casamento:

1.º Quando vértem em beneficio commum dos conjuges; (151)

2.º Quando o outro conjuge expressamente se obriga por ellas ou consente no seu pagamento. (152)

a) Está a materia regulada no art. 263 n. VII, onde o Código dispõe que são excluidas da communhão *as dividas anteriores ao casamento*, salvo as que provierem de despezas com os seus aprestos, ou reverterem em proveito commum.

Fóra, pois, desses dois casos, todas as outras dividas anteriores ao casamento são incommunicaveis e sómente podem ser pagas pelos bens que o devedor trouxe para o casal. E' a disposição do art. 264.

Dahi decorre que si o conjuge devedor pagar, na constancia do casamento, divida excluida da communhão, sem ser pelos bens por elle trazidos, a quantia póde ser levada á conta de sua meiação.

Desde que seja extincta a communhão, sendo effectuada a divisão do activo e passivo, o credor de um dos conjuges não póde cobrar do outro o que faltar para resarcir o prejuizo. Resulta isso do art. 268, pelo qual cessa a responsabilidade de cada um dos conjuges para os credores do outro por dividas que elle houver contrahido.

O principio de que as dividas anteriores ao casamento são incommunicaveis tem as duas excepções a que allude o § VII do citado art. 263 quanto:

I as que provêm de aprestos para o casamento;

(150) Lobão, Not. á Mello, L. 2, T. 8, § 15, n. 14; Cod. Civil Portuguez, art. 1111.

Não se communicão tambem os juros das dividas anteriores, vencidos na constancia do matrimonio, porque tem uma causa anterior. Portugal, de Donation, L. 3, cap. 26, n. 60 e seguinte refere um caso julgado. Contra seu costume a opinião de Portugal á respeito é sustentada com argumentos solidos. Vej. Lob., cit. § 14, n. 12.

(151) Moraes, Execution. L. 6, cap. 8 n. 54. Guerreiro, Tract. 2, L. 6, cap. 4, n. 23. Ex.: se a divida procede da compra de predio que entrou para o casal.

(152) Moraes cit., n. 55. A innovação na constancia do matrimonio, de divida anterior, não pode importar responsabilidade para o conjuge não devedor que não interveiu com seu consentimento; aliás a lei seria facilmente illudida. Lobão sustenta sem rasão a opinião contraria. Nota á Mello, L. 2, T. 8, § 14, n. 13 e 14.

II — as que vertem em beneficio commum (PONTES DE MIRANDA, cit. § 73; CLOVIS, Cod., vol. 2º, pag. 186.)

§63. *Das segundas nupcias quanto á communhão.*

Nas segundas nupcias, ainda havendo filhos do primeiro leito, communicão-se os bens presentes e futuros dos conjuges, da mesma forma e nos mesmos termos que no primeiro matrimonio, salvo convenção em contrario. (153)

São, por consequente, applicaveis ao regimen dos bens no segundo matrimonio os principios que regem a communhão nas primeiras nupcias. (154)

Todavia ha as excepções seguintes:

1.ª Não se communicão os bens herdados *ab intestato* pelo pai ou mãe binuba, de filho do primeiro matrimonio, provindos de herança paterna ou materna, existindo irmão ou irmã germanos do filho fallecido. (155)

2.ª Não corre por conta do casal, senão pela meação do conjuge doador, o dote feito ou promettido á filho do primeiro matrimonio. (156)

3.ª São igualmente incommunicaveis as dividas provenientes de despezas com filhos do primeiro matrimonio, como por exemplo com alimentos. (157)

(153) Ord. L. 4, T. 91, § 2: “nem haverá o segundo marido parte da propriedade delles.” T. 105. Pheb. Part. I. Decis. 93, n. 8; Mello, L. 2, T. 8, § 11. Neste sentido tem sido a pratica constante de julgar, attestada por antigos e modernos escriptores.

Havendo filhos de ambos os matrimonios, por morte do pae ou mãe commum, os bens do fallecido se dividem por uns e outros filhos com equaldade; segundo as regras de direito. Mello cit. nota.

(154) As disposições do Direito Romano que restringião os direitos dos conjuges nas segundas nupcias (Mackeldey, § 672) não foram aceitas pelo Direito Patrio. (B. Carneiro, L. 1º, T. 17, § 155, n. 7). Os que sustentão o contrario incorrem no erro declarado pela lei de 18 de agosto de 1769 — de considerar o Direito Civil Patrio como simplesmente correctivo do D. Romano.

As disposições contidas no § 27, 28, 29 da lei de 29 de setembro de 1769, analogas ao Direito Romano alludido, foram suspensas pela lei de 17 de julho de 1776.

(155) Ord. L. 4, T. 95, § 2. Taes bens não se communicão porque a propriedade delles pertence aos irmãos do fallecido: communica-se, porém, o usufructo.

(156) Barbosa in *leg. solut. matr.* P. 4, n. 13; Phebo, P. I, Decis. 115, n. 35 e 36.

(157) *Vafasc. Consult.* 118; Pereira, Decis. 55, n. 14; *Guerr. Tract.* 2, L. 6, cap. 5, n. 12. São dividas provenientes de obrigação anterior ao casamento e que evidentemente não são feitas em utilidade delle.

§ 64. *Do casamento de viuva quinquagenaria, com filhos, quanto á communhão.*

A viuva quinquagenaria que tem filhos ou descendentes, fica inhibida de dispor das duas terças partes dos bens que possui ao tempo em que se ajusta casar e das duas terças dos bens que venha depois á adquirir por parte de seus ascendentes ou descendentes. (158)

Os ditos bens de que não pode a viuva dispor, tornão-se inalienaveis nas mãos della, e portanto não se communicão. (159)

Não se achão porem incluídos na restricção da lei, e são, pois, communicaveis, os bens seguintes:

1.º A terça que a lei deixa á livre disposição da viuva; (160)

2.º Os fructos e rendimentos das duas terças incommunicaveis; (161)

3.º Os bens que a quinquagenaria na constancia do matrimonio houver por qualquer titulo, de outrem que não seus ascendentes ou descendentes; (162)

(158) Ord. L. 4, T. 105.

Diz a citada ord.: "ao tempo em que se concertou de casar" portanto a prohibição de não poder a viuva quinquagenaria dispor das duas terças, subsiste desde do ajuste do casamento; aliás a disposição da ord. seria facilmente burlada.

Se ao tempo que a quinquagenaria ajustou casamento, tinha filhos ou descendentes e estes fallecerão antes de realisar-se o casamento, cessa de ter applicação o disposto na citada ord. não só porque não se dá a razão da lei (protecção aos descendentes) como porque expressamente ella requer a existencia de filhos ou descendentes ao tempo do casamento: quando alguma *casar... tendo filhos...*" E' de notar que na palavra descendentes comprehendem-se tambem os illegitimos, uma vez que sejam herdeiros necessarios da viuva.

Os descendentes podem requerer que a quinquagenaria faça inventario de seus bens. Repert. das ord. vol. 1º, pag. 122, nota (b).

Tem-se entendido que cessa a disposição da citada ord. L. 4, T. 105, se os descendentes renuncião expressamente ao beneficio da lei. Barb. ad. ord. cit. n. 8.

(159) Estão de accordo neste ponto todos os interpretes do nosso direito, a excepção de Pegas Forens. cap. 8, n. 21, 25.

(160) Valasc. Consult. 103, n. 10; Cabedo, P. I, Decis. 114; Phob. Decis. 93. Em contrario Mello, apoiado nas palavras seguintes da ord.: "e da terça poderá testar á sua vontade." (L. 2, T. 8, § 12 nota).

Estas palavras não têm o sentido absoluto e litteral que lhes dá Mello. A frase da ord. é simplesmente *adversativa*; a ord. diz "da terça poderá testar" em contraposição á idéa contida na proposição anterior, isto é, que a quinquagenaria não poderá testar das duas outras terças.

(161) B. Carneiro, L. 1º, T. 17, § 158, n. 6.

(162) B. Carneiro, cit. § 158, n. 18.

4.º Os bens que o marido da quinquagenaria trouxe para o casal e os que de futuro adquire. (163)

Egualmente não se comprehendem na restricção alludida, e ficão em consequencia, sujeitos ás regras geraes acerca da communhão, os bens da viuva quinquagenaria que não tinha descendentes ao tempo que se casou, embora tivesse ascendentes e collateraes. (164)

a) Pelo Codigo Civil, artigo 258, paragrapho unico, I, é obrigatório o regimen da separação de bens no casamento de viuvo ou viuva com filho do conjuge fallecido, não havendo feito inventario dos bens do casal.

No art. 225, ao viuvo ou viuva, com filhos do conjuge fallecido, que se casar antes de fazer inventario e antes de dar partilha aos herdeiros, o Codigo pune com a perda do direito ao usufructo dos bens dos mesmos filhos.

O Decreto n. 181, de 1890, ia além, pois fazia perder em proveito dos filhos duas terças partes dos bens que lhe deveriam caber no inventario do casal, se o tivesse feito antes do seguinte casamento, e o direito ao usufructo dos bens dos mesmos filhos (art. 99).

Do paragrapho unico do art. 258 resulta que o viuvo ou viuva, tendo filhós, desde que faça o inventario e partilhe os bens que houver, no caso de contrahir segundas nupcias, ficará no regimen da communhão de bens da mesma forma e nos mesmos termos que no primeiro matrimonio.

Salvo o preceito do citado artigo e paragrapho, prevalece a doutrina de LAFAYETTE.

§ 65. *Do dominio, da posse e administração dos bens na communhão*

Na constancia do matrimonio permanecem os bens communs no dominio e posse do marido e da mulher. (165)

(163) A disposição excepcional da ord. L. 4, T. 105 não entende litteralmente com o marido da quinquagenaria, nem em relação á elle se dá a rasão da lei. E demais uma disposição que importa restricção ao direito commum, não pode ser ampliada por via de interpretação.

A regra dos correlativos (que aliás não é principio seguro de hermeneutica) não tem applicação ao caso, pois segundo os proprios glosadores, a dita regra cessa desde que é diversa a rasão dos correlativos: *si correlativorum diversa sit ratio, diversa etiam debet esse juris dispositivo*.

Se ao consorte da quinquagenaria não convem a communicação de seus bens, fica-lhe livre excluir-a por via de pacto ante-nupcial.

(164) Pheb. Decis. 93, n. 7; B. Carneiro, L. 1º, T. 17, § 158, n. 13.

(165) A incapacidade da mulher casada é como a do menor; incapaci-

Este é um daquelles casos em que se verifica o condomínio e a posse commum (*compossessio*).

Nenhum dos conjuges é proprietario exclusivo da totalidade dos bens do casal, mas cada um tem nelles uma *me-tade ideal* de que não pode dispor enquanto dura a sociedade conjugal. (166)

Mas, como a mulher, em se casando, cahe em *incapacidade*, o marido exerce em seu proprio nome e no della todos os actos de verdadeiro senhor e possuidor.

A' elle como cabeça do casal compete a livre administração dos bens, não podendo, porém, dispor dos immoveis sem outhorga da mulher. (§ 38)

Por excepção, ha casos em que a mulher assume a administração do casal, como quando o marido se acha ausente ou quando elle lhe dá para isso authorisação. (§ 41)

a) Na constancia da sociedade conjugal, preceitua o artigo 266 doCodigo, a propriedade e posse dos bens é commum. Confirma-se a doutrina exposta no paragrapho acima.

A mulher, porém, pode administral-os:

a) por authorisação do marido (§ unico do art. 266);

b) quando são bens reivindicados por terem sido doados ou transferidos pelo marido á concubina, quer sejam moveis ou immoveis (art. 248, n. V);

c) quando o marido estiver em logar remoto ou não sabido, estiver em carcere por mais de dois annos e fôr judicialmente declarado interdito. Nestes casos cabe á mulher administrar os bens communs; dispôr dos particulares e alienar os moveis communs e os do marido; administrar os do marido; alienar os immoveis communs e os do marido mediante authorisação especial (art. 251 e paragrapho).

dade de facto, importa inibição do *exercicio*, mas não a *extinção* do direito.

...“A mulher fica na posse e cabeça de casal... o marido por morte da mulher *continua na posse velha*, justa razão é que por morte do marido fosse provido á ella de *algum remedio*, o qual remedio é ficar em posse e cabeça de casal.” Ord. L. 4, T. 96 pr.

Nas palavras transcriptas quer a ord. dizer em substancia que por morte do marido a mulher readquire a capacidade, torna-se *cabeça de casal* e consequentemente fica habilitada para defender a posse, *exercendo os remedios possessorios*.

“*Maritus atque uxor dicuntur simul bona possidere.*” Cabedo, P. I. Decis. 106, n. 1; Digest. Port. P. II, art. 319; Cod. Civil Port. art. 1117.

(166) Na constancia do matrimonio não pode um dos conjuges dispor do seu direito á meação, alienando-o á um terceiro, porque isto importaria dissolução da communhão em relação á elle: o que não está em sua vontade fazer. Pode, porém, deixar a sua meação á quem lhe aprouver por acto de ultima vontade, não tendo herdeiro necessario.

D. F. 11

§ 66. *Dos modos pelos quaes se dissolve a communhão.*

A communhão universal de bens, effeito do casamento, tem a sua razão de ser na sociedade conjugal.

Assim que: ella subsiste enquanto subsiste a sociedade conjugal; dissolve-se logo que se dissolve a sociedade conjugal.

Isto posto, segue-se que a communhão cessa:

1.º Por morte de um dos conjuges;

2.º Pela entrada de um dos conjuges em religião approvada; (167)

3.º Pela sentença que annulla o casamento, declarando-o putativo; (168)

4.º Pela partilha dos bens feita em virtude de sentença de divorcio perpetuo. (169)

a) Dispõe o Codigo Civil, no art. 267, que a communhão se dissolve:

I. Pela morte de um dos conjuges (art. 315, n. I).

II. Pela sentença que annulla o casamento (art. 222).

III. Pelo desquite (art. 322).

O Codigo autorisa a partilha de bens no caso de ausencia por mais de dois annos si o ausente não deixar representante ou procurador, e por mais de quatro si os deixar. E' a disposição dos arts. 469 e 471.

(167) Lobão, Not. á Mello, L. 2, T. 8, § 7, n. 5; B. Carneiro, L. 1, T. 11, § 114, n. 7. Depois do casamento consumado não é licito a um dos conjuges professar em religião approvada sem consentimento do outro.

(168) Lobão, Not. á Mello, L. 2, T. 8, § 7, n. 5; B. Carneiro, L. 1, T. 13, § 129, n. 1.

Veja-se o § 32.

Se o casamento não é putativo, a declaração da nullidade desfaz os seus effeitos desde o dia da celebração: não houve portanto, communhão: cada cônjuge recebe os bens com que entrou e os adquiridos na proporção destes. Vej. o § 31.

(169) P. Barbosa, in Leg. Solut. matrimonio, P. II, n. 49, 55, 56; Pheb. Decis. 72, n. 2 e 3; Moraes, Execut. L. 6, cap. 1º, n. 36; Gam. Decis. 357, n. 2; Lob., Not. á Mello, L. 2, T. 8, § 7.

A communhão tem por causa, não simplesmente o vinculo do matrimonio, mas a sociedade conjugal; tanto que do casamento ainda não consumado (rato) não resulta a communhão.

A sentença de divorcio perpetuo rompe a sociedade conjugal: marido e mulher ficão separados; cessa o poder marital.

Se, pois, o divorcio opera a dissolução da sociedade conjugal, ipso facto põe fim á communhão.

Não tem fundamento em direito a opinião d'aquelles que sustentão que os bens adquiridos depois do divorcio pelo conjuge que lhe deu causa, communicão-se em beneficio do conjuge innocente. Uma semelhante doutrina importaria uma pena para o conjuge culpado, pena que não pôde prevalecer, porque não há lei que a commine. Mello, L. 2, T. 8, § 7.

Art. 469. Passando-se dois annos, sem que se saiba do ausente, se não deixou representante, nem procurador, ou se os deixou, em passando quatro annos, poderão os interessados requerer que se lhe abra provisoriamente a successão.

Art. 471. A sentença que determinar a abertura da successão provisoria só produzirá effeito seis mezes depois de publicada pela imprensa; mas logo que passe em julgado, se procederá á abertura do testamento, se existir, e ao inventario e partilha dos bens, como se o ausente fosse fallecido.

— Na legislação estrangeira, os Codigos francez, arts. 1.441 e 115, 120, 122; portuguez, arts. 1.121; italiano, art. 22; chileno, arts. 81 e 83; argentino, arts. 110, 111 e 112.

§ 67. *Effeitos da cessação da communhão.*

Dissolvida a sociedade conjugal, a communhão termina de direito, mas os bens conservão-se indivisos na posse do conjuge sobrevivente até que se ultime a partilha. (170)

Ao conjuge que fica em posse e cabeça de casal, confere a lei os poderes necessarios para administrar, zelar e defender os bens pertencentes á communhão. (171)

Das mãos d'elle devem os herdeiros do conjuge defuncto receber os seus quinhões, e os legatarios os legados. (172)

Não ficão, porém na posse do conjuge sobrevivente e devem ser immediatamente entregues aos herdeiros do outro conjuge, os bens incommunicaveis que lhe pertencião (173). Todavia se n'esses bens se praticarão bemfeitorias na constancia do casamento, o conjuge em posse e cabeça de casal tem direito a rete-los até que seja pago de metade do valor das ditas bemfeitorias. (174)

Se a communhão cessa por outro motivo que não a morte

(170) Ord. L. 4, T. 95 pr. A mulher só pode ficar em posse e cabeça de casal, tendo vivido conjunctamente com o marido "em casa teúda e manteúda", ord. cit.

(171) A exposição dos direitos e obrigações do cabeça de casal pertence á outra Divisão do Direito.

(172) Cit. ord. L. 4, T. 95 pr.

(173) Cit. ord. § 1º.

(174) Cit. ord. *ibidem*. As bemfeitorias operadas em bens incommunicaveis não se compensão com os fructos provenientes desses bens na constancia do matrimonio, porque taes fructos communicão-se; mas podem ser compensados com os fructos percebidos depois da morte do conjuge até a conclusão da partilha. B. Carneiro, L. 1º, T. 13, § 130, n. 13.

As bemfeitorias estimão-se pelo que valem ao tempo da restituição. B. Carneiro, loc. cit. Sendo modicas, não dão direito á retenção. Ord. L. 4; T. 97, § 22 arz. Valasc. Consult. III, n. 18.

de um dos conjuges, continua o marido na posse até que se conclua a partilha. (175)

Durante o tempo em que se conservão indivisos os bens do casal; communicão-se e entrão em partilha as accessões sobrevividas e os fructos e os rendimentos, não por effeito da sociedade universal que já deixou de existir, senão pelo principio que os augmentos e os productos da cousa *indivisa* pertencem aos com-proprietarios na proporção do quinhão de cada um. (176)

Comprehendem-se tambem entre os bens sujeitos á partilha todos os lucros e ganhos acontecidos desde a dissolução da sociedade conjugal até findarem-se as partilhas, provenientes de causa anterior (177) e os adquiridos com as rendas e fructos dos bens communs, sendo comtudo permittido aos herdeiros chamar á conferencia a importancia das proprias rendas e fructos. (178)

E', porém, de notar que não se incluem na classe dos bens partilháveis os adquiridos no dito periodo pelo conjuge sobrevivente, á titulo gratuito, ou ainda oneroso sem o concurso dos capitaes communs.

Semelhantes acquisições, pois se realizarão em tempo em que já estava dissolvida a sociedade universal e não são consequencias do *pro indiviso* nem dependência do monte partivel, constituem propriedade particular do acquirente. (179)

a) Extincta a communhão e effectuada a divisão do activo e passivo, cessa a responsabilidade de cada um dos conjuges para com os credores do outro por dividas que este houver contrahido (art. 268 do Codigo Civil).

Si a sociedade se dissolve por morte de um dos conjuges, ao sobrevivente, no casamento por communhão de bens, cabe continuar, até a partilha, na posse da herança, com o cargo de cabeça do casal (art. 1.579).

(175) No caso de divorcio ou de ser o casamento declarado putativo.

(176) Ord. L. 4, T. 96, § 3, 7, 8; § 4, I, de oblig. quæ ex contract. nasc. Fr. 16, § 4, fr.: 17; fr. 25, § 16; fr. 29, 44 § 3. D. famíl. ersciscond.

(177) Arouca, Allegat. 24, n. 2, 4, 10; Lobão, Not. á Mello, L. 2, T. 8, § 7, n. 7.

(178) Ord. L. 4, T. 96, § 7 e 8; com certas distincções.

(179) Como por exemplo: os bens obtidos pela propria industria, as cousas doadas ou herdadas. Valasco (Consult. 166) sustenta que se communicão os bens que o viuvo por industria propria adquiriu depois da morte do outro conjuge até a partilha, permanecendo elle na ignorancia deste acontecimento.

§ 1.º Si, porém, fôr a mulher o conjuge sobrevivivo, será mister para isso que estivesse vivendo com o marido, ao tempo de sua morte.

Vigora a doutrina exposta por LAFAYETTE.

Annulado o casamento, ou desquitados, litigiosamente, os conjuges, partilhar-se-ão os bens entre os co-possuidores observando-se quanto ao seu valor, natureza e qualidade, a maior igualdade possivel (art. 1.775). O immovel que não couber no quinhão de um conjuge, ou não admittir divisão commoda, será vendido em hasta publica, dividindo-se o preço, excepto si um dos conjuges requerer adjudicação, repondo ao outro o que sobrar (art. 1.777).

Se os conjuges combinarem sobre a divisão da massa tal separação bonitaria valerá desde que a fizerem por instrumento publico, termo nos autos do inventario, ou escripto particular, homologado pelo juiz (art 1.773), ficando taes actos quando relativos a immoveis, sujeitos á transcripção no registro (art. 532, I).

(PONTES DE MIRANDA, cit. § 78; CLOVIS, vol. 2º, pag. 191).

Effectuada a partilha dos bens, cada um levantando a sua parte do activo, e, assumindo, pessoalmente, a responsabilidade pelas dividas, que lhe forem imputadas, cessa o estado de communhão, como já se dissolveu a sociedade conjugal. Não ha mais razão juridica que determine a communhão das dividas que, por sua parte, um dos conjuges contrahir. Nem era necessario que o Codigo o dissesse. Cessando a causa pela qual as dividas se communicavam que era o estado de communhão, cessa o effeito. (CLOVIS, cit. pag. 192).

TITULO TERCEIRO

Do regimen da simples separação de bens.

§ 68. Natureza deste regimen.

E' licito aos esposos estipularem nas convenções antenupciaes o pacto de separação de bens.

Este pacto póde ser:

Expresso, como quando declarão as partes — que se querem casar com separação de bens, ou com exclusão da communhão, ou que seus bens serão incommunicaveis. (180)

(180) O regimen da simples separação de bens acha-se autorizado pela ord. L. 4, T. 46 pr. verb. "salvo quando entre as partes outra cousa foi accordada e contractada, porque então se guardará o que for entre elles contractado.

Dão delle noticia os antigos escriptores. Barb. Fr. Solutio matr. P. 4, n. 100, Pereira, Decis. 53, n. 14, M. Barboza ad ord. T. 46, pr. n. 3

A lei de 24 de setembro de 1864, art. 3, § 1º, faz-lhe expressa allusão verb.: "pelos contractos antenupciaes exclusivos da communhão."

Ou tacito, quando resulta virtualmente de clausulas incompatíveis com a communhão, como é a de que cada um dos conjuges administrará seus bens e só responderá pelas dividas que contrahir. (181)

O pacto de simples separação de bens traz como consequencia a incommunicabilidade de todos os bens que cada um dos conjuges possui ao tempo do casamento; communicãose, porém, os fructos e rendimentos delles provenientes (182) e os *adquiridos* na constancia do matrimonio, não havendo clausula expressa em contrario. (183)

O que caracteriza este regimen e constitue-lhe o typo, é a simples incommunicabilidade de bens.

Póde elle comtudo ser modificado pela adjuncção de clausulas que declarem communicaveis uma certa classe de bens, ou que dêem aos incommunicaveis a natureza de inalienaveis. (184)

a) Nos artigos 269 a 275, o Codigo Civil dispõe sobre o regimen da communhão parcial.

Art. 269. Quando os contrahentes declararem que adoptam o regimen da communhão limitada ou parcial, ou usarem de expressões equivalentes, entender-se-á que excluem da communhão:

I, os bens que cada conjuge possuir ao casar, e os que lhes sobrevierem, na constancia do matrimonio, por doação ou successão;

II, os adquiridos com valores exclusivamente pertencentes a um dos conjuges, em subrogação dos bens particulares.

Art. 270. Egualmente não se communicam:

I, as obrigações anteriores ao casamento;

II, as provenientes de actos illicitos.

Art. 271. Entram na communhão:

I, os bens adquiridos na constancia do casamento, por titulo oneroso, ainda que só em nome de um dos conjuges;

(181) Lob., Not. á Mello, L. 3, T. 8, § 9, n. 5. Como no caso de clausula reversiva, de usufructo. Dig. Port. P. II, art. 212 e seguintes.

(182) Mello, L. 2, T. 8, § 10; Dig. Port. P. II, art. 224.

(183) Valasc. Consult. 103, n. 7; Gama, Decis. 314, n. 5; Matrimonio enim contracto, omnia bona efficiuntur communia, exceptis is de quibus specialiter disponitur per contrahentes." Digest. Port. P. II, art. 222; Cod. Civil Port., art. 1125.

Tal é o principio dominante do nosso direito: assim que se não ha disposição especial acerca dos adquiridos, elles cahem sob a regra geral.

(184) Lob. cit. n. 10.

II, os adquiridos por facto eventual, com ou sem o concurso de trabalho ou despeza anterior;

III, os adquiridos por doação, herança ou legado, em favor de ambos os conjuges (art. 269, n. I);

IV, as bemfeitorias em bens particulares de cada conjuge;

V, os fructos dos bens communs ou dos particulares de cada conjuge, percebidos na constancia do casamento, ou pendentes, ao tempo de cessar a communhão dos adquiridos;

VI, os fructos civis do trabalho ou industria de cada conjuge ou de ambos.

Art. 272. São incommunicaveis os bens cuja aquisição tiver por titulo uma causa anterior ao casamento.

Art. 273. No regimen da communhão parcial, os contraentes farão especificadamente, no contracto ante-nupcial, ou noutra escriptura publica anterior ao casamento, a descripção dos bens moveis, que cada um leva para o casal, sob pena de se considerarem como adquiridos.

Art. 274. A administração dos bens do casal compete ao marido, e as dividas por este contrahidas obrigam não só os bens communs, senão ainda, em falta destes, os particulares de um e outro conjuge, na rasão do proveito, que cada qual houver lucrado.

Art. 275. E' applicavel a disposição do artigo antecedente ás dividas contrahidas pela mulher, nos casos em que os seus actos são, autorisados pelo marido, se presumem sel-o, ou excusam autorisação (arts. 242 a 244, 248 e 233 v).

— Ver Codigos francez, arts. 1.498, 1.499, 1.421, 1.422; portuguez, arts. 1.129, 1.130, 1.131, 1.404; hespanhol, artigos 1.392, 1.396; italiano, arts. 1.433, 1.435, 1.437, 1.438; chileno, arts. 1.725, 1.739; uruguayo, arts. 1.951, 1.954.

—O Codigo Civil, além do regimen de communhão parcial, de que este paragrapho nos dá noticia em algumas variedades, estabelece nos arts. 276 e 277 o regimen da separação.

— Quando os contraentes casarem, estipulando separação de bens, permanecerão os de cada conjuge sob a administração exclusiva d'elle, que os poderá livremente alienar, se forem moveis. (Codigo Civil, art. 276).

A este respeito, podem ser considerados dous typos de separação de bens: a) a separação pura, proveniente de accôrdo dos contraentes, e que consistia na separação completa dos bens, anteriores e posteriores ao casamento, ficando cada conjuge com a sua parte nos existentes, nos adquiridos, fructos e rendimentos; b) a separação limitada ou simples, havendo incommunicabilidade dos bens (direitos e obriga-

ções) que cada conjugue possuía ao tempo do casamento, mas havendo communicação dos fructos e rendimentos dos mesmos, e dos adquiridos na constancia do matrimonio.

O primeiro desses typos era o do art. 189 do Decreto numero 181 de 1890, assim redigido: “Os conjugues divorciados podem reconciliar-se em qualquer tempo, mas não restabelecer o regimen de bens que, uma vez partilhados, serão administrados e alienados sem dependencia de autorisação do marido ou outorga da mulher.”

O Codigo igualmente o admite desde que os contrahentes no pacto antenupcial declararem a incommunicabilidade para os adquiridos, fructos e rendimentos. Não o fazendo expressamente, e estabelecido o regimen de separação, dar-se-á o disposto no art. 259 do Codigo: “Embora o regimen não seja o da communhão de bens, prevalecendo, no silencio do contracto, os principios della, quanto á communhão dos adquiridos na constancia do matrimonio.”

Commentando o art. 276, Clovis Bevilaqua, á pagina 204 do Codigo Civil, vol. 2.º, considera que o regimen da separação é caracterizado pela distincção completa dos patrimonios dos dous conjugues, da qual resultam: 1º) a incommunicabilidade dos fructos e acquisições; 2º) a independencia da mulher na gestão dos seus haveres. Entende, por isso, que o art. 259 é desharmonico no systema, tanto mais quanto si os conjugues estipulam regimen exclusivo da communhão o que se deve suppôr é que não a querem para os bens que, de futuro, lhe vierem.

A solução dada pelo Codigo está conforme á doutrina exposta por Lafayette, isto é, incommunicabilidade dos bens ao tempo do casamento, mas communicabilidade dos fructos, rendimentos e dos adquiridos, não havendo clausula expressa em contrario.

Ha ainda outros typos de separação incompleta, ou limitada diz Pontes de Miranda. Por exemplo os que resultam de clausulas do pacto antenupcial que estabelecerem um dos principios seguintes:

- 1 Que os fructos e rendimentos sejam incommunicaveis;
- 2 Que se não communicuem igualmente os bens adquiridos durante a sociedade conjugal;
- 3 Que só se communicuem os fructos e rendimentos de determinados bens ou parte dos fructos e rendimentos de todos.

Quando os conjugues estipularem a incommunicabilidade

dos bens presentes e futuros, bem como a dos fructos e rendimentos, entender-se-ha que adoptam o regimen da separação pura ou completa.

Esse regimen é o que se torna obrigatorio para todas as pessoas a quem o Codigo Civil impõe o regimen da separação (Pontes de Miranda, cit. pag. 175; art. 258 § unico do Codigo Civil).

Na legislação estrangeira, os Codigos francez, artigos 1.387 e 1.394; hespanhol, arts. 1.315 e 1.321; portuguez, artigos 1.096 e 1.097; chileno, arts. 1.715 e 1.716; uruguayo, artigos 1.912 e 1.917.

§ 69. *Não se communicão as dividas.*

No casamento com pacto de separação de bens não se communicão as dividas, ou fossem contrahidas antes ou na constancia delle. E' responsavel por ellas o conjuge que as trouxe ou que as contrahiu. (185)

Assim pois não são os bens da mulher obrigados pelos emprestimos do marido ou por quaesquer compromissos que tomasse, salvo:

1.º Se se obrigou expressamente: (186)

2.º Se a divida verteu em vantagem della, como se o dinheiro proveniente fôra applicado á conservação ou ao melhoramento dos bens que lhe pertencem; (187)

3.º Se foi em proveito de ambos, como para despesas communs, para compra e melhoramento dos adquiridos: hypotheses em que ella só responde por metade. (188)

a) A doutrina foi seguida pelo Codigo. As dividas são incommunicaveis, salvo as contrahidas pela mulher: a) com a compra de cousas necessarias á economia domestica, ou em-

(185) A incommunicabilidade dos bens traz como consequencia a incommunicabilidade das dividas. (Ord. L. 4, T. 95, § 4 arg.)

(186) Se no regimen da communhão a mulher fica obrigada pela divida do marido anterior ao casamento, consentindo expressamente; não ha razão para que não prevaleça o mesmo principio no regimen da simples separação de bens. B. Carneiro, L. 1º, § 136, n. 3.

(187) E' mister provar a versão em proveito della. B. Carneiro, loc. citado, n. 4.

(188) B. Carneiro, loc. cit. n. 5. Entrão nesta classe as despesas feitas com o sustento do casal, com alugueis de casas, etc. Os *adquiridos* são sujeitos ao pagamento das dividas communicaveis. Dig. Port., P. II, artigo 244.

prestimos para esse fim; b) em actos relativos á industria ou profissão que exercer com autorisação do marido (art. 247).

Os bens de ambos os conjuges ficam obrigados pelos actos ahi enumerados, de accôrdo com oartigo 254: Qualquer que seja o regimen do casamento, os bens de ambos os conjuges ficam obrigados igualmente pelos actos que a mulher praticar na conformidade do art. 247. Ver tambem o art. 253 do Codigo Civil.

Outros actos da mulher, mesmo autorizados pelo marido, so obrigam os bens particulares della; sendo annullaveis os actos que ella praticar sem autorisação, desde que seja esta necessaria. Neste caso, conforme o art. 255, a annullação importa em ficar obrigado aquelle pela importancia da vantagem, que do acto annullado haja advindo a esse conjuge, aos dous ou ao casal.

Quando o conjuge responsavel pelo acto annullado não tiver bens particulares, que bastem, o damno aos terceiros de boa fé se comporá pelos bens communs, na razão do proveito que lucrar o casal. (Art. 255, § unico).

§ 70. *Da natureza e condição dos bens.*

O pacto de simples separação de bens não sujeita os bens dos conjuges á um nexo particular, subtrahindo-os á circulação. (189)

O marido conserva a faculdade de dispor livremente de seus bens; precedendo outhorga da mulher quanto aos de raiz. (190)

Não lhe é permittido, porém, alienar os que são proprios da mulher sem consentimento della. (191)

A mulher, por isso que está subordinada ao poder marital, não póde dispor de seus bens, moveis ou immoveis, salvo nos casos exceptuados em direito. (192)

a) No regimen de separação de bens, pelo art. 276 do Codigo, cada conjuge tem a administração dos seus bens, podendo alienar-os livremente se forem moveis.

(189) A inalienabilidade é privilegio dos immoveis dotaes inestimados ou estimados *taxationis causa*. Veja-se § 75 adiante.

(190) Ord. L. 4. tit. 48.

(191) Lob., Not. á Mello, L. 2, tit. 9, § 15, p. 7. — B. Carneiro, L. 1º, tit. 16, § 151, n.4.

(192) Veja-se o § 41.

Assim, tanto o marido, como a mulher, póde dispôr de seus bens como entenderem, mas para a venda de immoveis nenhum delles, sem acquiescencia reciproca, tem liberdade.

Apezar da independencia economica da mulher, neste regimen, diz Clovis, o seu poder de livre disposiçào limita-se aos moveis. Para alienar ou gravar os immoveis, ou para dispor dos seus direitos reaes sobre immoveis alheios, e, ainda, para a respeito delles pleitear em Juizo, ella não póde dispensar a autorisaçào do marido (art. 242). Mais ainda, todos os actos que o Codigo lhe veda praticar sem outorga marital, não se tornam permittidos pela separaçào de bens, excepto aquelles que sómente se prohibem tendo em vista a communhão universal ou limitada como as obrigações que possam importar alheiaçào dos bens do casal. (Clovis, vol. 2º, pag. 204).

Ao marido, na forma do art. 233 n. V compete prover á manutença da familia, guardada a disposiçào do art. 277. Quer dizer que, apezar dessa obrigaçào, no regimen da separaçào, a vida é commum, ha despezas feitas com a familia e a mulher deverá contribuir. Diz o art. 277: A mulher é obrigada a contribuir para as despezas do casal com os rendimentos de seus bens, na proporçào de seu valor, relativamente ao dos do marido, salvo estipulaçào em contrario no contracto antenupcial.

§ 71. *Administração, dominio e posse dos bens.*

Ao marido como cabeça de casal compete, qualquer que seja o regimen do casamento, a administração de todos os bens do casal. (193)

Donde segue-se que no regimen da simples separaçào de bens, os que a mulher traz, e os que de futuro adquire, ficão sujeitos a administração do marido. (194)

Para segurança da restituicão destes bens e das indenisações por extravio, perda ou deteriorações, tem a mulher hypotheca legal nos immoveis do marido. (195)

(193) Lob., Not. á Mello, L. 2, T. 9, § 15, n. 4.

(194) Na faculdade de administrar comprehende-se o direito de alienar as cousas que são de vender-se como os fructos de predios rusticos, as madeiras de bosques destinadas ao corte, etc.

Neste regimen subsiste a incapacidade da mulher casada para alienar bens e contrahir dividas. Lob. cit.

(195) Lei de 24 de setembro de 1864, art. 3, § 1º. A hypotheca não vale contra terceiro se os bens da mulher não houverem sido estimados no contracto antenupcial. Lei cit. art. 3, § 9.

Sem embargo que de direito pertence ao marido administrar os bens do casal, podem validamente convencionar o pacto — que a mulher fique com a livre administração dos seus, independentemente de intervenção do marido. (196)

Tenha ou não a mulher a administração de seus bens, é fóra de toda duvida que o dominio e posse delles lhe pertence exclusivamente.

E pois praticando com relação aos ditos bens actos de senhor e possuidor, figura o marido na scena juridica, não em seu nome, mas em nome e como representante da mulher. (197)

a) Da disposição do art. 276 do Codigo Civil resulta a alteração do direito anterior. Hoje, desde que seja adoptado o regimen de separação de bens, *permanecem os de cada conju-ge sob a administração exclusiva delle*. E' o que está mais de accôrdo com o regimen, do qual um dos caracteristicos é justamente a independencia da mulher na gestão dos seus haveres. No direito antigo, qualquer que fosse o regimen de bens, ao marido competia a administração, conforme a doutrina de Lafayette e de Clovis, Direito da Familia, pag. 256.

No direito actual, marido e mulher administram livremente os bens que lhe pertencem. Cada um tem o dominio, a posse e a administração.

Mas o marido pôde administrar os bens da mulher por mandato della, expresso ou tacito. Neste caso é responsavel como procurador. O art. 260 dispõe: O marido, que estiver na posse de bens particulares da mulher, será para com ella e seus herdeiros responsavel; n. II, como procurador, se tiver mandato expresso ou tacito, para os administrar.

Exercendo mandato, terá de prestar contas; mas se fôr dispensado disso, por clausula expressa, será o marido sómente obrigado a restituir os fructos existentes: a) quando a mulher lhe pedir contas; b) quando revogar o mandato; c) quando fôr dissolvida a sociedade conjugal. Art. 311 do Codigo Civil.

(196) Lob. cit., § 25, n. 9. Nesta hypothese as dividas que a mulher contrahe, como as vendas que faz de moveis, valem independentemente de authorisação do marido. Quanto aos immoveis, não poderá aliena-los sem outhorga especial do marido. Consolid. das L. Civis, nota (2) ao art. 122.

(197) A mulher pelo facto do casamento, visto que não ha commu-nhão, não transfere o dominio; portanto conserva-o. O marido não pôde ter a posse, porque detem simplesmente os bens em nome da mulher, faltando-lhe a intenção de possui-los como proprios. Esta é a realidade dos factos.

§ 72. *Destino dos bens, dissolvida a sociedade conjugal.*

Fallecendo um dos conjuges, continua o sobrevivente na posse de seus bens; os que, porém, pertencião ao defuncto, devem ser logo entregues aos seus herdeiros para os quaes passa immediatamente a posse do author da herança com todos os seus efeitos. (198)

Todavia poderão os ditos bens conservar-se em poder do viuvo, até que se fação as partilhas (199), se houve pacto de que o conjuge sobrevivente ficaria em posse e cabeça de casal. (200)

a) Prevalece pelos melhores fundamentos a doutrina exposta no paragrapho. Ahi se trata do destino dos bens quando a sociedade conjugal se dissolve pela morte de um dos conjuges.

Se a dissolução provem de desquite ou annullação do casamento deve ser feita a partilha do que se houver, por excepção, communicado, excepto se estavam os conjuges accordes na divisão amigavel. E' o caso do art. 318 — desquite por mutuo consentimento.

No regimen de separação e na forma do art. 260, n. III, o marido é responsavel para com a mulher e seus herdeiros pelos bens particulares della em cuja posse estiver.

Sua responsabilidade é a de depositario se não fôr usufructuario, nem administrador. D'ahi resultam obrigações. Art. 1.266. O depositario é obrigado a ter na guarda e conservação da cousa depositada o cuidado e diligencia que costuma com o que lhe pertence, bem como a restituil-a, com todos os fructos e accrescidos, quando lh'o exija o depositante.

Art. 1.287. Seja voluntario ou necessario o deposito, o depositario, que o não restituir, quando exigido, será compellido a fazel-o mediante prisão não excedente a um anno, e a resarcir os prejuizos.

Dos arts. 1.280 e 1.256 resulta que tratando-se de cousas fungiveis, deve o depositario restituir o que recebeu em cousas do mesmo genero, qualidade e quantidade; e se constituiram em moedas de ouro e de prata, a restituição deve se ef-

(198) Valasc. de Part. cap. 6, n. 35. Reper. tom. 3, pag. 451, B. Carneiro, L. 1, § 137, n. 1.

(199) Como se fazem as partilhas quando o casamento não é conforme o costume do Imperio: veja-se Valasc. cit., cap. 23.

(200) Valasc. cit., cap. 6, n. 22; B. Carneiro, L. 1, § 139, n. 1, nota (a).

fectuar nas mesmas especies e quantidades, qualquer que seja a oscillação dos seus valores.

O marido, sendo depositario dos bens da mulher, póde *a*) rehavér da mulher as despezas feitas com os ditos bens e os prejuizos que advierem da posse; *b*) reter os bens até que seja pago do valor das despezas ou dos prejuizos. (Pontes de Miranda, cit., § 89).

TITULO QUARTO

Do regimen dotal

§ 73. Noção do dote (201)

Dote, em sua significação rigorosamente juridica, é a porção de bens incommunicaveis, que a mulher ou alguem por ella, transfere ao marido para com os fructos e rendimentos provenientes sustentar os onus do matrimonio, sob a clausula de restituição de taes bens, dissolvida a sociedade conjugal. (202)

Desta noção resulta que, para a composição da *essencia* do dote, entrão como elementos: a incommunicabilidade dos bens dotaes; a sujeição delles ao poder do marido; a destinação dos fructos e rendimentos á sustentação dos encargos do matrimonio; e finalmente a clausula de restituição, á mulher ou á seus herdeiros, ou ao instituidor do dote. (203)

A reunião destes caracteres, creados pela convenção antenupcial, constitue *dotaes* os bens e os sujeita ás leis do *regimen dotal*.

(201) Acerca dos dotes a legislação patria é quasi totalmente omisea. Temos apenas exparsas nas ordenações e em leis antigas e modernas uma ou outra disposição isolada.

Rege a materia, como subsidiario o Direito Romano, com as modificações trazidas pelo uso moderno e pela necessidade de accomodar as suas disposições ao espirito e ás peculiaridades do nosso Direito.

Forão estas modificações lentamente operadas pelos costumes, pela jurisprudencia dos tribunaes e pela elaboração scientifica do Direito.

Achão-se virtualmente revogados entre nós pela constituição politica do Imperio, o Alvará de 14 de agosto de 1645 e as leis de 17 de agosto de 1761 e de 4 de fevereiro de 1765, as quaes estabelecão prescripções especiaes acerca de dotes, alfinetes e apanagios nos casamentos dos nobres.

(202) Fr. 2, pr.; fr. 56, § 1º; fr. 76 D. de jure dotium (23. 3).

Vulgarmente e ainda em linguagem juridica, no sentido lato, dá-se a denominação de *dote* aos bens que a mulher traz para o casal, qualquer que seja o regimen do casamento. Vej. Manual do Tabellião, § 136.

(203) Póde-se estipular, que premorrendo a mulher, lucre o marido o dote. Veja-se § 79.

A inalienabilidade não constitue caracter essencial do dote. Os bens podem ser inalienaveis sem ser dotaes; e dotaes sem ser inalienaveis.

O *dote*, segundo o espirito da legislação moderna tem um duplo fim: — garantir á sociedade conjugal meios de satisfazer suas variadas necessidades, e assegurar a sorte da mulher para os dias da viuvez. (204)

a) A doutrina exposta no paragrapho está confirmada pelo Código.

Dispõe o art. 278: E' da essencia do regimen dotal descreverem-se, e estimarem-se cada um de per si, na escriptura ante-nupcial (art. 256), os bens, que constituem o dote, com expressa declaração de que a este regimen ficam sujeitos.

São requisitos essenciaes do regimen: a) descripção e estimação dos bens, cada um de per si; b) escriptura publica antenupcial; c) expressa declaração de que os bens constitutivos do dote ficam sujeitos ao regimen dotal.

Ver Código francez, art. 1.392; hespanhol, art. 1.346; italiano, art. 1.388.

§ 74. *Bens que podem ser dados em dote*

Um dos fins do dote é fornecer ao marido meios de sustentar os onus do matrimonio.

D'ahi a consequencia que podem ser objecto do dote bens de todo o genero.

Podem, pois, ser dados em dote:

1.º Cousas moveis ou immoveis, ainda litigiosas (205, apolices da divida publica, tenças, pensões, acções de companhias commerciaes. (206)

2.º Direitos reaes, como o dominio util (207), o uso-

(204) Entre os Romanos o dote tinha por fim capital facilitar os casamentos: pelo que era muito favorecido do Direito. (Fr. 7, de jure dot.: fr. 1 D. solut. matrim.) *Virgo illocabilis* chamava Plauto a que não tinha dote.

(205) Ord. L. 4, T. 10, § 11.

(206) Lobão, Not. á Mello, L. 2, T. 9, § 11, n. 3, Digest. Portug. P. II, art. 96 e 101.

(207) Ord. L. 4, T. 38 pr. Da disposição desta ord. vê-se que a emphyteuse não pode ser dado em dote sem previa notificação do senhorio directo, não de certo para exercer o direito de prelação, impraticavel na hypothese, (Valasc. Consult. 113) mas para reconhecer o novo emphyteuta e declarar se tem justo motivo para não aceita-lo. Cabedo, P. I, Decis. 104, n. 2.

Entendem a citada ord. de modo vario os nossos antigos escriptores, fazendo uns e outros segundo seu costume, distincções que a letra terminante do texto repelle. Gam. Decis. 116, 242 e 244; Valasc. Consult. 113; Cabedo, P. I, Decis. 103 e 104.

fructo (208), a renuncia d'um direito real em favor do marido. (209)

3.º Direitos pessoaes, como um credito contra terceiro (210), a renuncia d'um credito de que é devedor o proprio marido. (211)

4.º A renuncia em favor do marido de um direito deferido, como uma successão. (212)

O dote pôde consistir em um objecto singular, como um predio; em uma porção de bens, como a legitima materna da mulher; e ainda em uma universalidade de bens, como quando a mulher constitue em dote todos os bens que possui ao tempo do casamento (213) ou a herança que para esse fim lhe fôra deixada. (214)

a) O dote pôde comprehender, no todo ou em parte, os bens presentes e futuros da mulher. Os bens futuros, porém, só se consideram comprehendidos no dote, quando, adquiridos por titulo gratuito, assim fôr declarado em clausula expressa do pacto ante-nupcial. (Art. 280 e § unico do Codigo.)

A mulher pôde dotar-se com todos os seus bens, mesmo os futuros; ella os submete a um regimen legal, com as garantias estabelecidas. Não se trata de uma doação. Outros, porém, não poderiam incluir no dote todos os bens porque dar-se-ia o caso do art. 1.175 do Codigo. E' nulla a doação de todos os bens sem reserva de parte, ou renda sufficienté para a subsistencia do doador.

(208) Fr. 4, § 2; fr. 66, D. de jure dot. (23. 3.)

Quando o dote consiste em usufructo, pensão, tença; o que é objecto do dote é o direito e não os fructos e rendimentos, que, como os de quaesquer outros bens dados em dote, são destinados á sustentação dos encargos do matrimonio. Cit. fr. 7, § 2: Putare se jus ipsum in dote esse, non fructus qui percipiuntur.

(209) Fr. 78 e 57, D. de jure dot. Verifica-se esta hypothese, quando, sendo do marido a propriedade da cousa, a mulher, á quem pertence o usufructo, lhe faz delle cessão, á titulo de dote. Si cum haberet mulier fructum, viro cuius erat proprietas usumfructum cessit.

(210) Const. 2, C. de obligat. et act. (4. 10).

(211) Fr. 12, § 2; fr. 41, § 2, D. de jure dot. (23. 3).

(212) Fr. 14, § 3, D. de fund. dot. (23. 5): Si substituto viro omiserit hereditatem vel legatum: erit fundus dotalis.

(213) Fr. 72 pr., D. de jure dot.; Const. 4, C. de jure dot. (5. 12): Nulla lege prohibitum est universa bona in dotem fœminam dare. Neste caso o dote entende-se constituido, deduzidas as despezas pelas quaes não fica o marido pessoalmente obrigado. Cit. fr. 72.

(214) Fr. 13, § 10, D. de heredit. petition. (5. 3.) O marido, posto na hypothese figurada, possua *pro dote*, é reputado successor da mulher na herança e pode ser demandado pelas dividas que a onerão até a concorrente quantia.

§ 75. *Estimação do dote.*

O dote que não consiste em dinheiro ou em cousa de quantidade, pôde ser dado ao marido com ou sem a declaração de seu valor monetario; no primeiro caso se diz *dote estimado*; no segundo, dote *inestimado*. (215)

A estimação tem ordinariamente por fim fixar o valor dos bens (*dos taxationis causa aestimata*), já para se saber em quanto monta o dote, já para determinar-se com precisão e segurança a indemnisação que o marido será obrigado á prestar se os bens perecerem ou se deteriorarem por culpa sua. (216)

Todavia pôde a estimação importar alienação dos bens ao marido (*dos venditionis causa aestimata*): o que acontece, ou quando vem declaração expressa nesse sentido, ou quando do contexto da escriptura se depreheende que essa é a tenção das partes.

Os interpretes do Direito Civil accumulão regras para se saber quando a estimação importa venda ou simples fixação de valor. (217)

São diferentes e importantes os efeitos resultantes da estimação, segundo ella significa venda ou mera taxação de valor. (218)

Por evitar duvidas, pois, aconselha a prudencia que no

(215) Fr. 10 pr. D. de jure dot. (23. 3); Makeldey, Droit Romain, § 554.

Tambem se divide o dote em *profecticio* e *adventicio*. Na linguagem do nosso Direito dote *profecticio* é o que é constituído pelo pae, pela mãe, ou pelos avós da mulher; *adventicio* é o que não é profecticio, isto é, o que é feito pela propria mulher ou por terceiro.

Segundo o Direito Romano, dote profecticio era tão somente o que provinha do pae ou do avô paterno da mulher. Fr. 5, D. de jure dot. (23. 3).

(216) Por Direito Romano a simples estimação sem declaração em contrario importava venda. Fr. 4 e 5, § 10 D. de jure dot.: Const. 5. 10. C. de jure dot.

O *uso moderno*, porém, tem corrigido a disposição do Direito Romano, fazendo prevalecer justamente o principio contrario: que a estimação, sem declaração em contrario, não vale venda, senão simples taxação de vaolr; Brunem. ad. Const. 5. C. de jure dot.: Manual do Tabellião, § 140 nota; B. Carneiro, L. 1, T. 15, § 148, n. 1 e 2, nota (a).

Segundo o cod. civil fr., não havendo estipulação em contrario, a estimação dos immoveis não importa venda. Art. 1551 e 1552.

(217) Bagn. cap. 22; Voet. ad. Pandect., L. 23, T. 3, n. 19; Brun. loc. cit.

(218) Veja-se o § 83.

instrumento dotal se declare expressamente a intenção com que é feita a estimação.

a) E' da essencia do regimen dotal a estimação, conforme o disposto no art. 278.

Pelo direito anterior, escreve Clovis, a falta de estimação tornava o dote nullo, apenas em relação a terceiros. Subsistia entre as partes. O Codigo não manteve essa distincção, tornou a estimação formalidade substancial, sem a qual não existirá dote.

Poderá haver estimação dos bens da mulher, sem dote, mas dote sem estimação não permite a lei. (Clovis, Cod. Civil, vol. 2, pag. 209).

§ 76. *Por quem pôde ser constituido o dote?*

Pôde o dote ser constituido pela propria noiva, pelo pai, pela mãe, pelos avós (219) ou por um terceiro estranho. (220)

Ha certas peculiaridades do dote, que varião segundo a pessoa que o constitue.

E são as seguintes:

1.º O dote feito pela propria mulher pôde abranger todos os seus bens, ou sómente parte delles (221): tanto em uma como em outra hypòthese reputa-se o dote consistente nos bens que restão, deduzidas as dividas. (222)

2.º O dote promettido ou dado pelo pai ou pela mãe, existindo outros filhos, não pôde exceder a legitima e terça do dotador. (223) Na parte em que vai além das forças da legitima e terça, é inofficioso: a dotada, portanto, fica obrigada a restituir o excesso. (224)

3.º O dote constituido pelo pai ou pela mãe, não havendo declaração em contrario, é considerado adiantamento de

(219) Nem o pae e mãe, nem os avós maternos ou paternos, são, segundo o nosso Direito, obrigados a dotar a filha ou neta. Veja-se a nota VIII no fim.

(220) Fr. 5 pr. e § 1; fr. 72; fr. 5, § 9, 11, 14, D. de jure dot. (23. 3.)

(221) Const. 4. C. de jure dot. (5. 12).

(222) Fr. 72, D. de jure dot.; Cabedo, Part. I, Decis. 177, n. 2.

(223) Ord. L. 4, T. 97, § 3.

(224) Ord. cit.; Cabedo, P. I, Decis. 108, n. 4.

legítima, devendo ser completado pela terça no que exceder a legítima. (225)

4.º Quando o dote é dado pelo pai conjuntamente com a mãe, entende-se que cada um delles contribue com metade, qualquer que seja o regimen do casamento. (226)

5.º Quando pai e mãe são casados por carta de metade, o dote em moveis dado pelo marido, é considerado divida commum (227). Se o dote consiste em immoveis, não pôde ser dado sem consentimento da mulher. (228)

6.º Nos regimens exclusivos da communhão o dote dado por um só dos conjuges, sahe de seus bens e não dos do outro conjuge. (229)

7.º A mulher, por isso que vive sob o poder marital, não pôde, qualquer que seja o regimen de seu casamento, constituir dote á filha sem authorisação do marido, salvo em bens que segundo convenção antenupcial ficarão á sua livre disposição. (230)

8.º O dote feito pelos avós, paternos ou maternos, entra na classe das doações dos ascendentes aos descendentes e portanto deve vir á collação nos mesmos casos em que á ella são sujeitas taes doações. (231)

9.º O dote constituido por terceiro é uma mera liberalidade, de estranho em favor do casamento, e como tal fica subordinado aos principios geraes de direito que regem as doações. (232)

a) A doutrina do paragrapho, salvas pequenas modificações, está confirmada no Código Civil.

Art. 279. O dote pôde ser constituido pela propria nubente, por qualquer dos seus ascendentes, ou por outrem.

(225) Ord. cit. verb. "Porque as terças..." Digest. Port., Part. II, artigo 88; cod. civil Port., art. 1147.

(226) Ord. L. 4, T. 97 pr.; Valasc. Consult. 127; B. Carneiro, L. I, T. 15, § 139, n. 17 e 21.

(227) B. Carneiro, cit. § 139, n. 18.

(228) Ord. L. 4, T. 48; Lobão, Not. á Mello, L. 2, T. 9, § 7, n. 5. Qualquer que seja o regimen do casamento.

(229) Porque nestes regimens o marido não pode dispor dos bens pertencentes á mulher: (§ acima).

(230) Phebo, Decis. 96, n. 1 e seguint.; Decis. 98, 180, n. 2; B. Carneiro, cit. § 139, n. 25.

(231) Ord. L. 4, T. 97, § 21; Gama, Decis. 34.

(232) Mourlon, Repet. Escrit. L. 3, T. 5, n. 340.

Assim não pode o dotador doar todos os seus bens; o dote é revogável pela superveniencia de filho, etc.

§ unico. Na celebração do contracto intervirão sempre, em pessoa, ou por procuradores, todos os interessados.”

Quando constituído pela propria noiva, o dote só o poderá ser em pacto ante-nupcial, não podendo os casados, conforme dispõe o art. 281, augmentar o dote.

Os noivos, porém, até a celebração do matrimonio, podem, não só constituir novo dote, como augmentar o primeiro.

O noivo não pôde dotar a noiva, pois o fim do dote é auxiliar ao marido; mas pôde fazer doação á sua futura esposa e ahí estabelecer as condições que julgar convenientes, o que se vê permittido no art. 312: Salvo o caso de separação obrigatoria de bens (art. 258 § unico) é livre aos contrahentes estipular, na escriptura antenupcial, doações reciprocas, ou de um ao outro, contanto que não excedam á metade dos bens do doador. (Arts. 263 n. VIII, e 232 n. II).

Art. 280. O dote pôde comprehender, no todo ou em parte, os bens presentes e futuros da mulher.

§ unico. Os bens futuros, porém, só se consideram comprehendidos no dote, quando, adquiridos por titulo gratuito, assim fôr declarado em clausula expressa do pacto antenupcial.

— O dote prometido ou dado pelos pais não pôde exceder á metade dos bens do dotador. Fallecendo o autor do dote, os descendentes que lhe succederem, devem conferir os dotes e se já os não possuirem, darão á collação o seu valor. E' o que dispõe o art. 1.786 do Codigo Civil.

Os filhos que dos pais houverem doações ou dotes, concorrerão com elles á partilha. (Art. 1.787).

São dispensados da collação os dotes ou as doações que o doador determinar que saiam da sua metade, contanto que não a excedam, computado o seu valor ao tempo da doação. (Art. 1.788).

Sendo feita a doação por ambos os conjuges, no inventario de cada um se conferirá por metade. (Art. 1.795).

— A doação dos pais aos filhos importa adiantamento da legitima. (Art. 1.171 do Codigo); e os pais podem dar em dote bens presentes e futuros desde que não excedam á metade do que possui o dotador. Os artigos 1.175 e 1.176 dispõem:

E' nulla a doação de todos os bens sem reserva de parte, ou renda sufficiente para a subsistencia do doador.

Nulla é tambem a doação quanto á parte que exceder a de que o doador, no momento da liberalidade, poderia dispôr em testamento.

— O Codigo Civil, art. 284, prescreve: Se o dote fôr pro-

mettido pelos pais conjuntamente, sem declaração da parte com que um e outro contribuem, entende-se que cada um se obrigou por metade.

— Ver Codigos francez, art. 1.542; italiano, art. 1.389; portuguez, art. 1.136.

— Não é licito aos casados augmentar o dote. Codigo, artigo 281.

O dote constituido por extranhos durante o matrimonio não altera, quanto aos outros bens, o regimen preestabelecido, Codigo, art. 282.

Confrontadas as disposições acima e a do art. 230 se conclue: a) que os casados não podem constituir dote nem augmental-o na constancia do casamento; b) que os extranhos podem constituir dote em favor da mulher durante a constancia do casamento e podem augmental-o.

§ 77. *Do contracto dotal; suas formalidades.*

O dote é constituido por *acto entre vivos* (233). Este acto; quando nelle intervem uma terceira pessoa, encerra em si dous contractos: um entre a mulher e o dotador, outro entre a mulher e o marido; mas é sempre da mulher que se reputa provirem os direitos do marido. (234)

Pois que é um perfeito contracto, o acto constitutivo do dote vem a entrar na classe das convenções matrimoniaes, de que forma a especie mais usual, e é como tal sujeito ás regras que fixão as formalidades de semelhantes convenções.

Donde segue-se:

1.º Que a convenção dotal ha mister ser reduzida á escriptura publica sob pena de não valer; (235)

(233) Segundo o Direito Romano podia o dote ser constituido por acto de ultima vontade: o que acontecia, ou quando, sendo algum objecto legado á mulher *dotis nomine*, ella o dava ao marido em dote; ou quando o objecto era directamente legado ao marido como dote. Neste ultimo caso a constituição do dote baseava-se no proprio legado. (Makeldy, § 555 n. 1 e 2.)

Segundo o nosso Direito o dote é sempre constituido por contracto. Se uma cousa é deixada á mulher *nomine dotis*, ou directamente ao marido; nem por isso ha dote, se não se lavra, antes do casamento, a respectiva escriptura.

(234) Moulon, Repet. Ecrit. L. 3. T. 5. n. Guer. Tract. 2. L. 7. cap. 5. n. 1. Assim, o dote quando constituido pelo pae ou mãe, vem á collação: o que não aconteceria se o dote fosse directamente constituido ao marido. (Ord. L. 4. T. 97 pr.)

(235) Pela antiga legislação o dote podia ser feito por escriptura publica ou particular, segundo o seu valor excedia ou não a taxa da lei.

2.º Que, sob a mesma pena de nullidade, deve ser celebrada antes do casamento; (236)

3.º Que não pôde ser modificada na constancia do matrimonio. (237)

O dote é uma liberalidade em favor da mulher; portanto, em regra, sem insinuação não vale além da taxa da lei. (238)

Por não importarem verdadeira doação, são isentos de insinuação:

1.º O dote constituído pela propria mulher com seus bens ou com bens que para esse fim lhe forão deixados; (239)

2.º O dote feito pelo pai ou pela mãe, comtanto que não exceda a legitima e mais a taxa da lei; (240)

3.º O dote dado pelos avós, quando não é tirado da terça. (241)

a) Pelo art. 258 é da essencia do regimen dotal descreverem-se e estimarem-se, cada um de que si, na escriptura ante-nupcial, (art. 256), os bens que constituem o dote, com expressa declaração de que a este regimen ficam sujeitos.

No § unico do art. 256 está preceituado que serão nullas essas convenções:

1 Não se fazendo por escriptura publica.

2 Não se lhes seguindo o casamento.

O Codigo Civil não allude á formalidade da insinuação de que cogitava o direito anterior.

Além da descripção e estimação dos bens, o Codigo exige a *declaração expressa* de que ficam pertencendo ao regimen dotal.

Assento de 21 de julho de 1536 e ord. L. 3, T. 59 pr. O citado Assento vem nos *Estilos de Costa*, pag. 124.

Hoje a escriptura publica é de substancia do acto. Veja-se § 52.

(236) Guer. Tract. 2, L. 7. cap. 16, n. 13; Lob., Notas á Mello, L. 2, T. 8, § 8, n. 3; Dig. Port. P. II, art. 79; Cod. Civil Fr., art. 1394; Codigo Civil Portuguez. art 1096.

(237) Vej. § 53; Cod. Civil Port., art. 1105. Não pode, pois, o dote ser augmentado ou diminuído na constancia do matrimonio, salvo por accessão. (238) Ord. L. 4, T. 62; Lei de 25 de janeiro de 1775 e Assento de 21 de julho de 1797.

A taxa da lei é de 360\$, sendo o dote constituído por varão; de 180\$ sendo por mulher. Ord. L. 4, T. 62 e Alv. de 16 de set. de 1814.

(239) Mello, L. 2, T. 9, § 20.

(240) Cit. Ass. de 21 de julho de 1797. No caso figurado o dote não é senão um adiantamento de legitima.

Quando o dote consiste em prazos e é por conta da terça, só fica sujeito á insinuação, quando o usufructo é logo transferido. Cit. Ass.

(241) Cit. Ass. (arg.)

§ 78. *O dote não se presume.*

Não só por subordinar os bens a um nexo particular como por importar derogação do direito commum, deve o dote ser constituído expressamente, ou em termos de que se induza a intenção positiva das partes de sujeitarem os bens designados na escriptura ao regimen dotal. (242)

Assim que: a constituição do dote não se presume, mas carece ser provada. (243)

a) O Codigo no citado art. 278 exige a *expressa declaração* de que os bens ficam sujeitos ao regimen dotal. Ha, pois, necessidade de ser provada a constituição do dote; não bastam presumpções. Deve ficar manifestada a intenção positiva de sujeitar os bens doados ao regimen: *ex pactis dotalibus expressis petito id fiat.*

O official publico que lavrar a escriptura de dote, ou lançar em nota a relação dos bens particulares da mulher, communicar-o-á *ex-officio* ao official do registro de immoveis. (Art. 839 § 1º do Codigo).

§ 79. *Dos pactos permittidos no contracto dotal.*

Ao contracto dotal podem-se juntar os pactos que não forem contrarios aos bons costumes, á natureza e fim do dote e á prohibição das leis. (244)

Entre outros são licitos os pactos seguintes:

1.º Que tomem a natureza de *dotaes* todos os bens que a mulher adquirir na constancia do matrimonio, por herança, legado ou doação ou por qualquer outro titulo. (245)

(242) Mello, L. 2, T. 9, § 3; Lob., Notas á Mello, L. 2, T. 8, § 8, -n. 4; Mourlon, Repet. Escrit. L. 3, T. 5, n. 344.

(243) Mello cit.; Makeldey, Droit Romain, § 555, in fine.

(244) Ord. L. 4, T. 46 pr.; Mello, L. 2, T. 9, § 25. Ver. acima o § 54.

São oppositos á natureza e ao fim do dote estes pactos: — que o marido não perceba os fructos e rendimentos do dote, — que os restitua, — que seus herdeiros não sejam obrigados a restituir o dote em todo ou em parte, — que elle não seja responsavel pelos damnos e perdas causadas por culpa sua. Heinccio, ad. Pandect. P. IV, § 203 e seg.

(245) Const. 4. C. de iure dot. (5. 12). Dig. Port. P. II, art. 83.

Não havendo estipulação á respeito, os bens que a mulher adquire no decurso da sociedade conjugal, não se podem converter em dotaes, visto como semelhante conversão importaria augmento de dote, o que não é permittido. Lobão, Not. á Mello, L. 2, T. 9, § 11, n. 5; Mourlon, Repet. Escrit. L. 3, T. 5, n. 317.

2.º Que sejam igualmente *dotaes* os bens que forem havidos com o dinheiro doado em dote ou com o preço dos bens *dotaes* que forem vendidos. (246)

3.º Que o dote reverta ao dotador, dissolvida a sociedade conjugal, quer a dotada tenha filhos, quer não. (247)

4.º Que, premorrendo a mulher sem deixar herdeiros necessarios, lucre o marido o dote. (248)

5.º Que a administração dos bens *dotaes* pertença á mulher, ficando ella obrigada á contribuir com os fructos do dote para a sustentação dos encargos do matrimonio. (249)

a) Dispõe o art. 283: E' licito estipular na escriptura ante-nupcial a reversão do dote ao dotador, dissolvida a sociedade conjugal.

No art. 287 o Codigo permite estipular no contracto dotal:

1 que a mulher receba, directamente, para suas despesas particulares, uma determinada parte dos rendimentos dos bens *dotaes*.

2 que, a par dos bens *dotaes*, haja outros submittidos a regimens diversos.

Parapho unico. Em falta de expressa declaração quanto ao regimen dos bens extra-*dotaes*, prevalecerá o da communhão.

Cumpra observar que prevalece sempre a regra do artigo 256 segundo a qual os conjuges podem estipular o que lhes aprouver, quanto aos seus bens, comtanto que não contravenham disposição absoluta de lei.

Se o dote fôr promettido pelos pais conjunctamente, sem declaração da parte com que um e outro contribuem, entende-se que cada um se obrigou por metade. (Art. 284).

(246) Lobão, loc. cit. n. 2.

Ainda sem esta clausula, podem o marido e a mulher declarar na escriptura de compra que fiquem os bens comprados subrogados no lugar do dinheiro. Uma semelhante declaração vale, porque na realidade não ha augmento de dote.

(247) Lobão, Not. á Mello, L. 2, T. 9, § 22, n. 4. Quando o dotador é o pae ou a mãe, a reversão só pode ser estipulada na parte em que o dote entra pela terça. Lob. cit. n. 2.

(248) Fr. 2, Dig. de pactib. dotalib.; Mello, L. 2, T. 9, § 22, nota. E' uma excepção ao principio segundo o qual são prohibidos os pactos successorios.

Este pacto só prevalece, não deixando a mulher herdeiros necessarios; pois aliás importaria alteração na ordem legal da successão, o que não é permittido. Vej. § 54 acima.

(249) Guerr. Tract. 2, L. 7, cap. 6, n. 1; Brun. ad Const. 4 C. de jure dot.: Lobão, Not. á Mello, L. 2, T. 9, § 25, n. 9.

§ 80. *Da acção que compete ao marido para haver o dote promettido*

Do contracto dotal resulta:

Para o dotador, a obrigação de entregar o dote, realizado o casamento, a não ter havido estipulação de praso: (250)

Para o marido, a acção competente para exigir o cumprimento daquella obrigação. (251)

E pois que o dote é dado para sustentação dos onus do matrimonio, se não é entregue no tempo devido; ao marido assiste direito para haver os fructos e rendimentos correspondentes ao tempo da mora. (252)

Dissolvendo-se na hypothese alludida a sociedade conjugal, cessão de correr os fructos e rendimentos (253), mas subsiste sempre o direito de cobrar os que se vencerão na constancia do matrimonio. (254)

Póde o promittente do dote dar^a ao marido, em penhor da promessa, um predio ou objecto semelhante, transferindo-lhe o direito de perceber os rendimentos da coisa empenhada enquanto o dote não for pago. (255)

Neste caso os rendimentos percebidos na constancia do matrimonio reputão-se fructos do dote promettido e em consequencia não podem ser contados para perfazer o dote. (256)

(250) Ord. L. 3. T. 25. § 5; B. Carneiro, L. 1, T. 15, § 143, n. 2; Doctrin. das Acc., § 304 e nota 671.

(251) Cit. ord. *ibidem*; Const. unic. § 1º de rei uxor. act. (5. 11); Doctrin. das Acc., § 303 e nota 670.

(252) Valasc. Consult. 8 e 84; Cabedo. P. I, Decis. 123; B. Carneiro, cit. § 143, n. 3. Se o dote promettido consiste em dinheiro, são devidos os juros legaes; se em bens, os rendimentos.

(253) Barbos. ad. ord. L. 4, T. 67. § 1º, n. 4.

(254) Valasc. Consult. 8, n. 9 e 10, 84, n. 1 e 2.

(255) Ord. L. 4, T. 67, § 1º; C. 16 X de usuris (5. 19); Sane generum ad fructus possessionum quæ sibi a socero sunt pro numerata dote pignori obligatæ, *computandos* in sortem non credimus compellendum: cum frequenter dotis fructus non sufficiant ad onera matrimonii supportanda.

(256) Ord. cit.

Para que os rendimentos não se descontem do dote promettido, não é mister clausula expressa; 1º porque tal é a disposição do cit. cap. 16 de usuris acima transcripto, fonte donde foi extrahido o § 1º da ord. 2º porque os rendimentos da coisa empenhada são destinados, não á pagar o dote, mas á substituir os fructos. Gomes ad. Taur. L. 50, n. 30; Valasc. Consult. 8, n. 1.

A acção que compete ao marido para haver o dote é a de assignação de dez dias. (257)

a) Tem relação com a materia do paragrapho a disposição do art. 286 do Codigo: O dotado tem direito aos fructos do dote desde a celebração do casamento, se não se estipulou praso.

A acção para haver esses fructos é pessoal e não tendo a lei fixado praso menor para sua prescripção, deve ser observado o art. 177 que estabelece o de trinta annos.

O art. 306 prescreve que dada a dissolução da sociedade conjugal, os fructos dotaes, correspondentes ao anno corrente, serão divididos entre os dois conjuges, ou entre um e os herdeiros do outro, proporcionalmente á duração do casamento, no decurso do mesmo anno.

Os annos do casamento contam-se da data da sua celebração. Tratando-se de colheitas obtidas em periodos superiores, ou inferiores a um anno, a divisão se effectuará proporcionalmente ao tempo da duração da sociedade conjugal, dentro no periodo da colheita.

§ 81. O dotador não é obrigado á evicção.

Se a coisa dada em dote for reivindicada do marido por terceiro que sobre ella tenha direito, o dotante não é obrigado á prestar a evicção, pois que o dote é constituído por um acto de sua natureza gratuito. (258)

Por excepção, a evicção é devida, 1º, se foi estipulada,

(257) Ord. L. 3, T. 25, § 5. Esta acção, bem como a de haver os fructos da mora, prescreve em trinta annos. Valasc. Consult. 84, n. 3.

(258) Veja-se a Const. 1. Cod. de jure dot. (5. 12) Const. unic. § 1º C. de rei uxor. act. (5. 13).

O dotador nada recebe em compensação do dote; fora, pois, iniquidade obrigar-o á evicção.

O Direito Romano sujeitava o dotador á evicção quando o dote era estimado porque nesta hypothese não havia doação, senão venda. Nisto só ha subtiliza, porque na realidade da coisa, ou o dote seja estimado ou inestimado, é sempre uma verdadeira doação em relação ao dotador.

Se o dote, constituído pelo pae, ou pela mãe, é evicto; a dotada será indemnizada, por occasião da partilha, visto como os coherdeiros são obrigados á evicção. Lobão, Segund. Linh., nota 352.

Se o dote, é constituído pela propria mulher, entendem alguns que ella é obrigada á evicção. Não nos parece fundada esta opinião, porque embora os fructos do dote sejam destinados á sustentação dos onus do matrimonio, todavia não é o dote considerado em Direito como o preço das obrigações que o marido contrahe em consequencia do casamento. O dote não é senão uma doação *modal*.

2º, se o dotador, ao tempo em que constituiu o dote, sabia que a cousa doada não era sua. (259)

O marido exime-se da obrigação de restituir o dote, estimado ou inestimado, provando que elle foi evicto. (260)

a) Art. 285. Quando o dote fôr constituído por qualquer outra pessoa, esta só responderá pela evicção se houver procedido de má fé, ou se a responsabilidade tiver sido estipulada.

O Codigo Civil firmou o principio de que somente os pais dotadores respondem pela evicção. Si a perda do bem doado se verificar na permanencia da sociedade conjugal, cabe ao marido como administrador do dote usar da acção de garantia; se o facto occorrer, depois de dissolvida a sociedade conjugal, esse direito é da mulher, porque o dote está no seu patrimonio, desembaraçado do *onus*, que sobre elle recaía, de subvencionar as despesas da familia por acção exclusiva do marido. CLOVIS, Codigo Civil, vol. 2, pag. 219).

Ver, na legislação estrangeira, os Codigos francez, art. 1.547; italiano, art. 1.396; portuguez, art. 1.142.

§ 82. Das diversas classes de bens no casamento dotal.

No casamento segundo o regimen dotal formão os bens pertencentes aos conjuges as classes seguintes:

1.º Bens dotaes: — que são aquelles que por declaração expressa ou virtualmente contida nas clausulas estipuladas, ficão sujeitos ao nexo dotal; (261)

2.º Bens paraphernaes, isto é, os particulares da mulher, não comprehendidos na classe dos dotaes; (262)

3.º Bens que o marido possuia ao tempo do casamento;

4.º Os adquiridos na constancia do matrimonio.

São incommunicaveis os bens dotaes, os paraphernaes, os que o marido possuia ao tempo do casamento e os fructos

(259) Const. 1 C. de jure dot. B. Carneiro, L. 1º, T. 15, § 143, n. 19.

(260) A evicção tem sempre por fundamento uma causa anterior á constituição do dote, a qual não pode, portanto, ser imputada ao marido.

(261) In dubio dos constituta non censetur. Mello, L. 2, T. 9, § 3 e 10; Cod. Civil Port., art. 1137.

(262) *Paraphernaes* — quer dizer extradotaes. Os bens da mulher, sobre os quaes conserva ella o dominio e administração livre, denominava-os o Direito Romano — *recepticios*. Segundo o nosso direito, qualquer que seja o regimen do casamento, a administração dos bens pertence ao marido, salvo se a mulher reservou-se um tal direito no pacto antenupcial.

do dote (263); communicão-se porém os adquiridos com suas accessões e fructos. (264)

Reputão-se *adquiridos* todos os bens que são achados no casal, deduzidos o dote, os bens incommunicaveis de cada conjuge e o montante das dividas; quer taes bens tenham sido adquiridos por herança, legado ou doação, quer por outro titulo. (265)

Não se considerão *acquestos* conjugaes e pois não se communicão, os bens cuja aquisição tem por titulo uma causa anterior ao casamento. (266)

Taes são:

Os bens havidos por titulo oneroso ou gratuito, mas sob condição suspensiva que só se verificou já na constancia do matrimonio; (267)

Os bens vendidos antes, por um dos conjuges sob condição resolutive que só veiu a realisar-se depois de contraído o matrimonio; (268)

Os bens reivindicados por acção anteriormente iniciada; (269)

O dominio util preexistente, consolidado no directo depois do casamento. (270)

a) O art. 287 do Codigo Civil dispõe: E' permittido estipular no contracto dotal:

I, que a mulher receba, directamente, para suas despesas

(263) Ord. L. 4, T. 48 pr.: "Quando alguns casão, não pelo costume do reino porque o marido e a mulher são meeiros, mas por contracto de dote e arrhas."

(264) Gama, Decis. 314, n. 4; Valasc. Consult. 103; B. Carneiro, L. 1, T. 14, § 134, n. 4 e seg.; Lobão, Not. á Mello, L. 2, T. 8, § 10. Veja-se no fim a nota IX.

(265) Valasc. Consult. 101, n. 17, 18, 19. Em relação aos adquiridos prevalece a communhão como se o casamento fosse por carta de metade. "Consuetudo dividendi omnia bona est generalis ad omnia indiscriminatim quæ acquirunt, non facta differentia an veniant donatione régia, vel ex bello, vel ex aliundé. Valasc. Consult. cit. n. 24.

Os objectos havidos na constancia do matrimonio com dinheiro trazido por um dos conjuges, communicão-se; mas finda a sociedade conjugal, deduz-se o dinheiro em favor do conjuge á quem pertencia. Valasc. Consult. cit. n. 20.

(266) Voet. ad Pandect. L. 23, T. 4, n. 39; Lobão, Not. á Mello, L. 2, T. 8, § 10 n. 14.

(267) Lobão cit., n. 16.

(268) Voet. cit., n. 45.

(269) Voet. cit., n. 14.

(270) Voet. cit., n. 38.

particulares uma determinada parte dos rendimentos dos bens dotaes;

II, que, a par dos bens dotaes, haja outros submettidos a regimen diversos.

Paragrapho unico. Em falta de expressa declaração, quanto ao regimen dos bens extra-dotaes, prevalecerá o da communhão.

— Uma vez estabelecido o regimen dotal os bens dos conjuges distribuem-se nas seguintes classes:

os dotaes;

os paraphernaes;

os proprios do marido, que elle possuia quando se casou;

os adquiridos.

Nos termos dos arts. 259 e 288 communicam-se os adquiridos, não havendo estipulação em contrario.

— Sobre os bens paraphernaes, dispõe o art. 310 que a mulher conserva a propriedade, a administração, o gozo e a livre disposição dos bens paraphernaes; não podendo, porém, alienar os immoveis. (Art. 276).

§ 83. *Direitos do marido sobre os bens dotaes.*

Os direitos do marido sobre o dote varião segundo a natureza dos bens.

I. Passão para o dominio pleno do marido as cousas fungiveis, e os moveis e immoveis dados com estimação *ventionis causa*. (271)

D'ahi resulta:

1.º Que o marido tem o direito de alienar taes bens, hypotheca-los, da-los em penhor e grava-los de quaesquer onus reaes; (272)

2.º Que pôde perde-los por prescripção, (273)

3.º Que podem seus credores penhora-los; (274)

(271) Fr. 42 D. de jure dot. (23. 3) fr. 10, § 4 D. eod titul.; Const. unic. § 15. C. de rei uxor. act. (23. 5); Const. 5. C. de jure dot. (5. 12). A questão de saber qual a natureza dos direitos do marido sobre o dote foi assumpto de larga controversia entre os antigos interpretes do Direito Romano. Vej. Makeldey, Droit Romain, § 556, nota (3); Mello. L. 4, T. 6, § 12; B. Carneiro, L. 1º, T. 15, § 144, n. 1 e 2; Heinecio, Recit. § 465.

(272) Const. unic. § 15. C. de rei uxor. act.

(273) Fr. 10 pr. D. de jure dot. (23. 3); Mourlon, L. 3, T. 5, n. 362.

(274) Pereira e Souza Prim. Linh., nota 890; B. Carneiro, L. 1º, T. 15, § 148, n. 10.

4.º Que por sua conta correm os riscos e perigos que lhes acontecem. (275)

II. Sobre os immoveis inestimados ou estimados *taxationis causa* tem o marido dominio, não pleno, senão limitado, porque é resolúvel pela dissolução da sociedade conjugal. (276)

N'estes bens exerce o marido todos os direitos dominicaes, que não são incompatíveis com a obrigação de restitui-los em especie.

Assim que:

Póde have-los da mão de terceiro por acção de reivindicacção ou da publiciana (277); póde grava-los com onus reaes que se resolvão com o seu dominio (278); adquire-os por prescripção á titulo de dote (279); faz seus os fructos por força da accessão e não pela percepção. (280)

Direitos taes não são por certo os de um simples usufructuario; — corollarios do dominio, só pela existencia do dominio podem ser explicados.

Não póde o marido, é verdade, alienar taes bens; mas a ausencia do direito de alienar não anniquila a essencia do dominio; limita-o tão sómente, como na propriedade sujeita á fideicommisso. (281)

III. Os immoveis inestimados ou estimados *taxationis causa* não podem ser alienados na constancia do matrimonio. (282)

Salvo:

1.º Para alimentar a familia, não havendo absolutamente outros meios de prover áquella necessidade: (283)

(275) Fr. 10 pr. D. de jure dot.; Const. unic. § 9 in fine. C. de rei uxor. act.

(276) Mello, L. 4, T. 6, § 12; Heinec. Recit. § 465.

(277) Fr. 24 D. de act. rerum amotar. (25. 2); Const. 11 C. de jure dot.; Const. 9 C. de reivindicat. (3. 32).

(278) Fr. 3, § 1 D. de fund. dot. (23. 5); Makeldey, § 556, nota (117).

(279) Fr. 1, D. Pro dote (41. 9).

(280) Fr. 78. D. de jur. dot.

(281) Hein. Recit. § 465; Lastarria, Instituta de Direito Civil Chileno, L. 2, T. 6.

(282) Cod. Com. art. 268, 874, § 6, n. 1; Reg. Com. art. 621. A ord.

L. 4, T. 48 e 68 allude aos immoveis estimados *venditionis causa*.

(283) Barb. fr. Solut. matrim. n. 52; Moraes, Execution, L. 6, T. 8, n. 65; Lobão, Not. á Mello, L. 2, T. 9, § 14, n. 8. Cod. Civil Port. art. 1149, n. 2.

2.º Para reparar ou salvar de ruina outros bens dotaes cuja conservação interesse mais ao casal; (284)

3.º No caso de troca proveitosa por outros de igual valia ou maior, precedendo accordo de ambos os conjuges e licença do juiz competente; (285)

4.º Para pagamento de dividas do dotador, anteriores á constituição do dote, não possuindo elle outros bens. (286)

§ 84. *Direitos da mulher sobre os bens dotaes.*

Determinada a natureza e os limites dos direitos do marido sobre os bens dotaes, torna-se de si mesma clara a posição da mulher em relação ao dote.

Pelo que respeita aos bens fungiveis, aos moveis e aos immoveis dados com estimação *venditionis causa*, a mulher é credora pelos preços por que forão estimados, com hypotheca sobre os immoveis do marido. (287)

Quanto aos immoveis inestimados ou estimados *taxationis causa*, é credora de dominio; mas o seu direito não é exigivel, senão verificada a resolução do dominio do marido pela dissolução da sociedade conjugal. (288)

(284) Fr. 85 D. de jur. dot.; Dig. Port. P. II, art. 138; Cod. Civil Port. art. 1149, n. 3.

(285) Fr. 26 D. de jure dot.; Reg. do Desemb. do Paço, § 40; Lei de 22 de setembro de 1828, art. 1, § 1. E' competente o juiz municipal.

(286) Fr. 26 D. de jure dot.; Pereira e Souza, Prim. Linh. notas 772 e 804. Ainda mesmo estando o marido em boa fé: porque o dote é considerado doação e a acção Pauliana pode ser dirigida contra o que possui á titulo gratuito, embora esteja em boa fé. Mello, L. 4, T. 6, § 15.

Não é mister observar que a inalienabilidade dos immoveis dotaes cessa na hypothese de desapropriação por utilidade publica. Lob., Not. á Mello, L. 2, T. 9, § 14, n. 10. Lei de 9 de setembro de 1826.

(287) Fr. 10 pr. D. de jure dot.; fr. 9, § 3 D. Qui potiores in pignorib. (20. 5); Lei de 24 de setembro de 1864, art. 3, § 1º.

(288) Fr. 17 D. de jure dot.; fr. 10 pr. titul. eod.

Os interpretes do Direito Romano, fundados nas palavras da Const. 30 C. de jure dot.: non enim quod legun *subtilitate transitus eorum in patrimonium mariti videatur fieri, ideo rei veritas deleta vel confusa est*; crearam a doutrina de que em relação aos inestimados ou estimados *taxationes causa* tinha o marido o *dominio civil* e a mulher o *dominio natural*. (Malkelley, § 556, not. 3.)

Uma tal doutrina não é mais do que um mero jogo de espirito: *dominio natural* que não é protegido por acção alguma, que não dá á mulher nenhum direito actual na constancia do matrimonio, é uma pura chimera.

A mulher á respeito do dote inestimado, emquanto não se dissolve a sociedade conjugal, guarda uma posição semelhante á do fideicommissario para com o fideicommisso, antes de realisada a condição suspensiva.

Pois que a venda dos bens dotaes inalienaveis é nulla, á mulher assiste o direito de reivindicá-los, ainda na constancia do matrimonio. Este direito é transmissivel aos herdeiros. (289)

Póde o marido usar desta acção, mas tão somente em beneficio da mulher. Assim que, se por morte della fica elle senhor do dote, revalida-se a venda. (290)

E' de notar que a propria mulher, sendo herdeira do marido, não póde reivindicar os bens dotaes illegalmente por elle vendidos, salvo tanto delles quanto for necessario para completar o pagamento do dote, se para isso não for sufficiente a herança. (291)

§ 85. Das obrigações do marido relativamente ao dote.

O marido na constancia do casamento é obrigado:

1.º A' conservar os bens dotaes, inestimados ou estimados *taxationis causa*, com a mesma diligencia com que cuida dos seus, fazendo as despesas necessarias para resguardá-los de ruina e deteriorações, sob pena de ficar responsavel pelo damno causado. (292)

2.º A' concorrer com as despesas que são necessarias para a producção dos fructos. (293)

3.º A' pagar os impostos, fóros e encargos reaes a que são sujeitos. (294)

(289) Doctrin. das Acç. § 93 e nota 167; Mello, L. 4, T. 6, § 12 nota.

(290) Makeldey, § 556; Repert. das ord. vol. 3, pag. 448; B. Carneiro, L. 1, T. 15, § 145, n. 14; Doctr. das Acç. not. 178.

(291) Fr. 13, § 14 D de fund. dotal. (23. 5).

A opinião de que a mulher não tem acção para reivindicar os bens dotaes nullamente vendidos, quando ella e o marido illudirão o comprador assegurando-lhe que os bens são alienaveis, é infundada. A prevalecer tal opinião, a inalienabilidade dos bens dotaes ficaria exposta a ser facilmente burlada. A alienação, praticada com a fraude alludida, pode ser annullada, ficando a mulher e o marido responsaveis pelos prejuizos que de sua falta resultarão ao comprador.

(292) Fr. 17 D de jure dot.; fr. 4 D. de impens. in rem dot. factis: "id videtur necessariis impensis contineri quod si á marito ommissum sit; judex tanti eum damnabit quanti mulieris interfuerit eas impensas fieri."

O marido tem o direito de reaver a importancia destas despesas.

(293) Fr. 13 D. de impens. in rem dot. fact. (25. 1).

(294) Rr. 13; fr. ult. D. de impens. in rem dotal. fact.; B. Carneiro, L. 1, T. 15, § 144, n. 21.

4.º A reivindicar os bens dotaes do poder de quem injustamente os detem. (295)

5.º A cobrar as dividas activas que lhe forão dadas em dote. (296)

a) A respeito dos direitos do marido sobre bens dotaes, o Codigo Civil dispõe no art. 289:

“Na vigencia da sociedade conjugal, é direito do marido:

I, administrar os bens dotaes;

II, perceber os seus fructos;

III, usar das acções judiciaes a que derem logar.

Art. 290. Salvo clausula expressa em contrario, presumir-se-á transferido ao marido o dominio dos bens sobre que recahir o dote, se forem moveis e não transferido, se forem immoveis.

Paragrapho unico. Só mediante clausula expressa adquirirá dominio o marido sobre os immoveis dotaes.

Art. 291. O immovel adquirido com a importancia do dote quando este consistir em dinheiro, será considerado dotal.

Art. 292. Quando o dote importar alheação, o marido considerar-se-á proprietario, e poderá dispôr dos bens dotaes, correndo por sua conta os riscos e vantagens que lhes sobrevierem.

— No pacto ante-nupcial o dotante pode estabelecer clausulas que ampliem ou restrinjam os direitos do marido quanto á venda e aos *onus* dos bens dotaes.

Si não ha clausula expressa, o dominio dos bens dotaes moveis presume-se transferido ao marido, e não transferido o dos immoveis.

O marido pode quanto aos moveis, desde que não ha clausula em contrario:

a) alienar, dar em penhor e gravar de quaesquer *onus* os referidos bens;

b) perder por prescripção, embora fique responsavel.

Dahi resulta poderem os credores penhorar os bens dotaes moveis, correndo por conta do marido, nos termos do art. 292, os riscos e as vantagens que lhes sobrevierem.

Quanto aos immoveis, o principio é que não podem ser alienados ou gravados, e só mediante clausula expressa o marido adquirirá dominio sobre elles. Art. 290, paragrapho unico.

(295) B. Carneiro, cit. § 144, n. 19. O marido pode rehver as despesas feitas.

(296) B. Carneiro, cit. § 144, n. 20. O marido tem igualmente direito as despesas feitas.

No systema do Codigo Civil, não ha duas especies de estimação: *taxationis causa* e *venditionis causa*, para fixar o valor dos bens e para transferir o dominio. Todo dote é, necessariamente, estimado. A translação do dominio, em relação aos immoveis, é effeito do acto juridico, da declaração da vontade. A estimação, sempre obrigatoria, nenhuma influencia exerce sobre o destino dos bens. (CLOVIS, Codigo Civil, vol. 2, pag. 227).

O marido não tem dominio sobre os bens dotaes immoveis, mas pode:

a) havel-os de terceiros pela acção de reivindicação e publiciana;

b) prometter, alienar e gravar os fructos e rendimentos de taes bens que forem percebidos na constancia do casamento.

— Art. 293. Os immoveis dotaes não podem, sob pena de nullidade, ser onerados nem alienados, salvo em hasta publica, e por autorisação do juiz competente, nos casos seguintes:

I, si de accôrdo, o marido e a mulher quizerem dotar seus filhos communs.

II. Em caso de extrema necessidade, por faltarem outros recursos para subsistencia da familia.

III. No caso da primeira parte do § 2º do art. 299. (As dividas passivas da mulher, anteriores ao casamento, serão pagas pelos seus bens extra-dotaes, ou em falta destes, pelos fructos dos bens dotaes, pelos moveis dotaes, e, em ultimo caso, pelos immoveis dotaes.)

IV. Para reparos indispensaveis á conservação de outro immovel ou immoveis dotaes.

V. Quando se acharem indivisos com terceiros, e a divisão fôr impossivel ou prejudicial.

VI. No caso de desapropriação por utilidade publica.

VII. Quando estiverem situados em logar distante do domicilio conjugal, e, por isso, fôr manifesta a conveniencia de vendel-os.

Paragrapho unico. Nos tres ultimos casos, o preço será applicado em outros bens, nos quaes ficará subrogado.

O art. 294 dispõe sobre a responsabilidade do juiz.

Ficará, subsidiariamente, responsavel o juiz que conceder a alienação fóra dos casos e sem as formalidades do artigo antecedente, ou não providenciar na subrogação do preço, em conformidade com o paragrapho unico do mesmo artigo.

A nullidade da alienação pode ser promovida:

I, pela mulher;

II, pelos seus herdeiros.

A reivindicação dos moveis, porém, só será permittida se o marido não tiver bens com que responda pelo seu valor, ou se a alienação pelo marido e as subsequentes entre terceiros tiverem sido feitas por titulo gratuito ou de má fé. (Art. 295, paragrapho unico).

Esta acção prescreve em quatro annos, contados da dissolução da sociedade conjugal. (Art. 178, § 9º, III).

Nos termos do art. 296, o marido fica obrigado por perdas e damnos, aos terceiros prejudicados com a nullidade, se no contracto de alienação, não se declarar a natureza dotal dos immoveis.

Isto porque, neste caso, o terceiro estará de má fé, fez negocio com um bem que elle sabia fóra do commercio, e si desse acto illicito lhe resultar damno, a si mesmo deve imputar essa má consequencia. (CLOVIS, pag. 237, Codigo Civil, vol. 2).

— Ver Codigos francez, art. 1.549; italiano, art. 1.399; hespanhol, art. 1.387; uruguayo, art. 2.033.

§ 86. *Das dividas passivas no casamento dotal.*

No regimen dotal em regra não se communicão as dividas, ou fossem contrahidas antes ou na constancia do matrimonio. (297)

A responsabilidade de cada um dos conjuges é determinada pela causa e origem da divida.

Assim correm por conta do marido:

- 1.º As dividas contrahidas para sustentação dos encargos do matrimonio; (298)
- 2.º As dividas para conservar ou melhorar os bens dotaes; (299)
- 3.º As dividas relativas aos bens particulares delle; (300)

(297) Gam. Decis. 177, 186, 200 e 367; Pereira, Decis. 86; Valasc. Consult. 103, n. 33; Consult. 128; Mello, L. 2, T. 3, § 14.

Pelas dividas anteriores ao casamento é responsavel o conjuge que as contrahiu. Os fructos do dote não podem ser penhorados por dividas anteriores. Zach. Aubry e Rau, tom. 4, pag. 510.

(298) Const. 20, C. de jure dot. (2. 13); Valasc. Consult. 128, n. 5.

(299) Fr. 4 D. de impens. in res dot. factis (25. 1). O marido é obrigado a fazer estas despezas mas fica-lhe salvo o direito de havel-as da mulher ou de seus herdeiros por occasião da restituição do dote. Os credores não podem cobral-as da mulher na constancia do matrimonio.

(300) Vej. Mourlon, L. 3, T. 5, n. 103.

4.º As dividas occasionadas por delicto ou actos reprovados, por elle praticados; (301)

5.º E em geral todas as dividas que forão contrahidas em exclusivo beneficio seu. (302)

A mulher não é responsavel pelas dividas de que o marido é author. (303)

Excepto:

a) Pelas dividas que verterão em vantagem della, como as que forão occasionadas para melhorar, conservar ou reivindicar os bens á ella pertencentes; (304)

b) Subsidiariamente, pelas dividas para sustentação dos onus do matrimonio, quando nem os rendimentos do dote, nem os adquiridos e seus fructos e nem os bens proprios do marido são sufficientes para occorrer á semelhantes despesas; (305)

c.) Pelas dividas resultantes de delicto ou acto reprovado que houvesse commettido. (306)

a) Regula o assumpto o artigo 299 do Codigo Civil.

Quanto ás dividas passivas, observar-se-á o seguinte:

§ 1.º As do marido, contrahidas antes ou depois do casamento, não serão pagas senão por seus bens particulares.

§ 2.º As da mulher, anteriores ao casamento, serão pagas pelos seus bens extra-dotaes, ou em falta destes, pelos fructos dos bens dotaes, pelos moveis dotaes e, em ultimo caso, pelos immoveis dotaes. As contrahidas depois do casamento só poderão ser pagas pelos bens extradotaes.

§ 3.º As contrahidas pelo marido e pela mulher, conjuntamente, poderão ser pagas ou pelos bens communs ou pelos particulares do marido ou pelos extradotaes.

(301) B. Carneiro, L. 1, T. 13, § 127, n. 18.

(302) Valasc. Consult. 103, n. 33. Taes como as que provem de emprestimo para seus negocios mercantis, para pagar dividas da herança incommunicavel em que succeder.

(303) Gama, Decis. 366. Valasc. Consult. 128; B. Carneiro, L. 1, T. 14, § 136, n. 3.

(304) Gam. Decis. 186; Add. de Florez, in fine; B. Carneiro, cit. § 136, n. 4.

(305) A obrigação de sustentar os encargos do matrimonio é pessoal do marido e para esse fim lhe são dados os fructos do dote. Gam. Decis. 366, n. 2; Valasc. Partition. cap. 23, n. 3.

Na falta dos fructos do dote, são obrigados os adquiridos. Valasc. Partition. cap. 23, n. 7; Gam. Decis., n. 6. Na falta dos adquiridos, os proprios do marido. Gam. Decis. cit. n. 6.

Na falta de todos estes bens, a mulher é obrigada pelos extra-dotaes e mesmo pelos dotaes; provada a impossibilidade absoluta de prover de outro modo á alimentação da familia. Veja-se § 83 acima.

(306) B. Carneiro, L. 1, Tit. 13, § 127, n. 18.

§ 87. *Da restituição do dote.*

I. Os direitos do marido sobre o dote extinguem-se pela dissolução da sociedade conjugal e desde esse momento torna-se exigível a obrigação de restituil-lo á quem de direito for. (307)

Esta obrigação passa aos herdeiros.

Em regra o dote deve ser restituído á mulher, e, na falta della, aos seus herdeiros: ou tenha sido elle constituído pela propria mulher, ou pelos pais, ou por um estranho. (308)

Todavia cessa a regra:

1.º Quando o dotador estipulou na escriptura antenupcial a reversão do dote (309); sendo de notar que mesmo o pai ou a mãe podem estabelecer uma semelhante clausula se o dote é tirado da terça ou na parte em que entra pela terça; (310)

2.º Quando estipulou-se a clausula de que, premorrendo a mulher sem herdeiros necessarios, lucrasse o marido o dote. (311)

II. Sem embargo da doutrina exposta, pode a mulher pedir a restituição do dote ainda na constancia da sociedade conjugal, se, por ir cahindo o marido em pobreza, ha fundado receio de que venhão os bens dotaes á ser distrahidos de seu destino. (312)

A acção, porém, para pedir o dote nos termos expostos,

(307) D. Solut. matrim. (24. 3) C. de rei uxori act. (5. 13); C. Solut. matrim. (5. 18); fr. 1, § 1. D. de fund. dotal. (23. 5).

(308) Mello, L. 2, T. 9, § 22.

(309) Vej. § 79.

(310) Lob., Not. á Mello, L. 2, T. 8. § 22, n. 2. O dote dado pelo pae ou pela mãe reputa-se adiantamento da legitima, emquanto dentro das forças desta, portanto não pode ser gravado de condições onerosas.

(311) Const. unic. § 6. C. de rei uxori act. (5. 13); Mello, L. 2, T. 9, § 25.

(312) Fr. 24 nr. D. solut. matrim. (24. 3); Const. 29, C. de jur. dot. (5. 12); Pheb. Decis. 151.

Para ter lugar a repetição do dote, basta que o marido comece a cair em pobreza no sentido exposto: *Ex inde satis exactionem competere ex quo evidentissime apparuerit mariti facultates ad dotis exactionem non sufficere.* Cit. fr. 24: Pheb. cit. Decis. 151, addic.

Compete á mulher a acção de reivindicação contra o marido ou contra o terceiro possuidor dos bens, se o dote é inestimado ou estimado *transfinitis causa*. Pheb. cit. Decis. n. 22.

Si o dote foi dado com estimação *venditionis causa*, cabe-lhe acção *hypothecaria* contra o marido, ou contra o terceiro que esteja na posse dos bens do marido, Pheb. cit. n. 22.

deixa de subsistir quando os bens do marido são sufficientes para pagar as dividas que o reduzem á pobreza.

Se o marido, quando casou era pobre, mas não onerado de dividas, nem as contrahi pelo tempo adiante; cessa o perigo que a lei quiz acautelar e portanto não pode o dote ser repetido. (313)

Restituído o dote, passa elle com os bens parafernaes para a administração da mulher, mas não pode ella praticar acto algum de alienação; e, enquanto dura o casamento, é obrigada á applicar á sustentação dos onus do matrimonio os fructos e os rendimentos, entregando ao marido as sóbras. (314)

a) No art. 300, o Codigo prescreve que o dote deve ser restituído pelo marido á mulher, ou aos seus herdeiros, dentro do mez que se seguir á dissolução da sociedade conjugal, se não o puder ser immediatamente (arts. 178, § 9º, n. I, e n. II).

O Decreto n. 181, de 1890, art. 91, mandava conservar o dote, apezar do divorcio, quando havia filhos communs. Tal prescripção não prevaleceu no regimen do Codigo. O marido, a quem foi entregue o dote, tem obrigação de restituil-o. A obrigação passa aos herdeiros. Nem se eximirá da obrigação allegando já ter entregue o dote antecipadamente, salvo no caso de separação judicial na forma dos arts. 308 e 309.

Na constancia da sociedade conjugal, porém, pode se dar a separação do dote quando a mulher a requer judicialmente demonstrando que a desordem nos negocios do marido faz receiar que os bens deste não bastem a assegurar os bens della; mas aos credores fica salvo o direito de se opporem á separação quando fraudulenta. (Art. 308).

Feita a separação, a mulher será a administradora do dote, que continuará inalienavel, provendo o juiz, ao conceder a separação, a que sejam convertidos em immoveis os valores entregues pelo marido em reposição dos bens dotaes. (Art. 309).

A sentença da separação, para produzir effeito em relação a terceiros, deve ser averbada no registro de immoveis do domicilio dos conjuges. (Art. cit. § unico).

— Ver Codigos francez, art. 1.564; italiano, art. 1.409; hespanhol, arts. 1.365-1.370; portuguez, arts. 1.156 a 1.158; uruguayo, arts. 2.043-2.050.

(313) Gomez, Taur. ad Leg. 50 n. 33.

(314) Const. 29 C. de jur. dot. (5. 12) Pheb. Decis. 151, addic.

§ 88. *Que objectos se restituem.*

Todos os objectos que constituem o dote, devem ser restituídos, ou em especie ou em valores, segundo a natureza dos bens.

1.º Se o dote consiste em cousas de quantidade, o marido é obrigado á restituir outra igual quantidade, equivalente em qualidade e valor á que recebera. (315)

2.º Se o dote consta de cousas moveis ou immoveis estimadas *venditionis causa*, o marido deve restituir a estimação fixada no pacto antenupcial, sem attenção aos augmentos ou diminuições supervenientes, visto como, tendo passado para elle o dominio pleno de taes objectos, são por sua conta os melhoramentos e as deteriorações acontecidas. (316)

E' -lhe, porém, permittido, salvo convenção em contrario, restituir os proprios objectos em especie, indemnizando os damnos que importem diminuição do valor fixado na estimação. (317)

3.º Se o dote é de immoveis inestimados ou estimados *taxationis causa*, observão-se as regras seguintes:

A. Devem os bens ser restituídos em especie com os melhoramentos accrescidos e as deteriorações soffridas, pois por conta da mulher correm os riscos e perigos que lhes possam acontecer. (318)

O marido só é responsavel pelos damnos causados por culpa sua. (319) Se a cousa pereceu por caso fortuito ou por força maior, á elle, sujeito da obrigação, incumbe a prova, aliás presume-se lhe a culpa. (320)

B. A mulher é obrigada á pagar ao marido as quantias que elle despendeu para conservar, reparar e melhorar os ditos bens. (321)

(315) Fr. 42. D. de jur. dot. (23. 3).

(316) Const. 5, C. de jur. dot. (5. 12); Const. unic. § 9 in fine; C. de re ux. act. (5. 13).

(317) Fr. 10, § 6 D. de jur. dot.

(318) Fr. 17, § 1: fr. 10 pr. e § 1. D. de jur. dot.

(319) Fr. 17 pr. D. de jur. dot.: fr. 25, § 1: fr. 66, D. Solut. matrim.; Const. 21 C. de jur. dot. Se a cousa era estimada, paga pelo valor da estimação; se não foi estimada, paga pelo valor do tempo do casamento. B. Carneiro. L. 1, T. 15, § 149. n. 29.

(320) Mourlon. Rep. Escrit. L. 3, T. 5, n. 421.

(321) D. de impens. in res dot. factis (25. 1).

O marido pode, pelo valor das bemfeitorias *necessarias* e pelas *uteis*, reter o dote enquanto não é pago ou se não faz a compensação. (322)

Quanto as obras de mero ornato e recreação, como não augmentão a utilidade da cousa, não tem acção para reaver o custo: é-lhe permittido no entanto tira-las (*jus tollendi*) uma vez que possam ser extrahidas sem damno do corpo á que estão adheridas: todavia a mulher pode impedir que sejam levadas, offerecendo-se á pagar o valor. (323)

4.º Com os bens devem ser restituídos, além das accessões, os fructos civis vencidos desde o dia em que cessou a sociedade conjugal. (324)

Os fructos *naturaes*, por uma singularidade do regimen dotal, adquirem-se, como os civis, dia por dia, e não pela percepção, como na generalidade dos casos. (325)

Os fructos do dote são dados ao marido para sustentação dos encargos do matrimonio: d'ahi o principio — que o marido tem direito á todos os fructos que correspondem á duração da sociedade conjugal.

Assim que:

Pertencem ao marido todos os fructos percebidos ou não percebidos, relativos á cada periodo de colheitas, durante o qual subsistiu a sociedade conjugal. (326)

(322) Fr. 56, § 3 D. de jure dot.: “Nisi impensa reddatur, aut pars fundi aut totus retineatur. Fr. 5, §§ 1 e 2. D. tit. codum.

Por Direito Romano o marido só tinha retenção pelas bemfeitorias *necessarias*. Mas como as ord. dão direito de retenção pelas *uteis* em casos analogos (ord. L. 4, T. 56, § 1º; T. 95, § 1º; T. 96, § 1º): tem-se entendido que o marido tem tambem retenção pelas bemfeitorias *uteis*. Mello, L. 2, T. 9, § 24.

No fr. 4 e no 5 § 3 D. de impens. in res dot. fact. vem a definição do que sejam bemfeitorias *necessarias* e *uteis*.

(323) Fr. 9 D. de impens. in res dot. factis.

Estas bemfeitorias denominão-se em Direito voluptuarias (*impensae voluptuariae*). São as que consistem em obras de mero ornato e recreação. Se bem que no rigor da accepção economica possam augmentar o valor da cousa, todavia não lhe accrescentão *utilidade* tornando-a mais adaptada e proveitosa para os fins á que é destinada. Fr. 7 D. eod. tit.

(324) Const. unic. § 7. C. de rei uxor. act. (5. 13); Mourlon, Rep. Ecrit. L. 3, T. 5, n. 433.

(325) Makeldey, § 556 not. 4; Mourlon citado, n. 434.

Segundo as regras geraes de direito os fructos *naturaes* adquirem-se, não dia por dia, mas pela percepção: assim o usufructuario, o possuidor de boa fé adquirem os fructos percebidos, mas não os pendentés.

(326) Para se contar o periodo da colheita toma-se como ponto de partida o dia do casamento, se o dote foi entregue antes; o dia da tradição do dote, se foi entregue depois. Fr. 5 e 6 D. Solut. matrim. (24. 3).

Se porém a sociedade conjugal começou ou dissolveu-se antes de findo o periodo ou o anno da colheita, o marido adquire tão sómente a parte da colheita correspondente aos mezes que o casamento durou nesse periodo; a porção restante pertence á mulher ou á seus herdeiros: ou tenham sido colhidos pelo marido ou pela mulher. (327)

5.º Se o dote consiste em um direito real, como o usufructo de um predio, censos, foros, ou em pensões vitalicias, apolices, acções commerciaes; o marido é obrigado á restituir os respectivos titulos. (328)

Extinguindo-se alguns destes direitos por culpa sua, é elle responsavel pela indemnisação. (329)

6.º Quando o objecto do dote é um credito, o marido deve restituir a importancia, se a recebeu; o proprio titulo, se não alcançou effectuar a cobrança. (330)

Se porém por culpa ou negligencia não houve a importancia, como se deixou o direito prescrever, se não demandou o devedor enquanto era solvavel, se não fez em tempo

(327) Fr. 7, § 1, 2, 3, 6, 7, 8; fr. 25, § 4; fr. 31, § 4, D. Solut. matrim.; Const. unic. § 9 C. de rei uxor. act. (5. 13): *Omnia quæ fructuum nomine continentur ad lucrum mariti pertineant pro tempore matrimonii*. Mello, L. 2. T. 9, § 22 nota; cod. civil franc. art. 1571; cod. civil port. art. 1162.

Exemplos:

1.º O casamento foi celebrado no 1º de janeiro de 1869; dissolveu-se no 1º de janeiro do anno seguinte. O marido colheu os fructos correspondentes á este periodo: nada tem que restituir porque carregou com as despesas do matrimonio relativas ao periodo da colheita.

2.º O casamento durou o periodo inteiro d'uma colheita e metade de outro periodo. Da colheita relativa ao primeiro periodo, o marido nada é obrigado a restituir porque supportou as despesas correspondentes. Quanto aos fructos do periodo começado: adquire, na hypothese figurada, metade dos fructos correspondentes ao tempo que nesse periodo durou o casamento: a outra metade pertence á mulher, ou á seus herdeiros.

3.º O marido no periodo em que se dissolve o casamento, percebe duas colheitas de fructos: — é obrigado a restituir integralmente uma á mulher; da outra só retem a parte relativa ao tempo que durou o casamento nesse periodo.

4.º No periodo em que cessa o casamento, o marido fez a colheita respectiva e arrendou o predio pelo tempo que resta para completar-se o periodo. Nesta hypothese os fructos colhidos dividem-se segundo a regra estabelecida, mas a renda pertence toda aos herdeiros da mulher. Papiniano resolve esta questão de modo diverso. Vej. fr. 7, § 1º D. Solut. matrim.

5.º Os fructos são de natureza tal que a colheita faz-se de 10 em 10 annos. Neste caso toma-se o periodo de dez annos como unidade e divide-se a colheita em dez partes e dão-se ao marido as decimas partes correspondentes aos annos que durou o casamento no periodo. Cit. fr. 7 § 7.

(328) Fr. 57, D. olut. matrim.; Murlon, L. 3, T. 5, n. 433; Cod. Civil Port. art. 1160.

(329) Murlon citado.

(330) Const. 2 C. de oblig. et act. (4. 10); B. Carneiro, L. 1, T. 15, § 144, n. 20; cod. civil Port. art. 1161.

a inscrição hypothecaria; responde pelo prejuizo resultante. (331)

7.º Consistindo o dote na renuncia de um credito de que o marido era devedor, revive o direito renunciado: o marido é obrigado á pagar á mulher ou á seus herdeiros a respectiva importancia. (332)

8.º Se o dote constava da renuncia d'um direito deferido, como uma successão, deve o marido restituir o direito ou o seu objecto. (333)

a) Dispõe o art. 301: O preço dos bens fungiveis ou não fungiveis, quando legalmente alienados, só pode ser pedido seis mezes depois da dissolução da sociedade conjugal.

Quanto aos moveis dotaes, si tiverem se consumido pelo uso ordinario, o marido será obrigado a restituir, somente, os que restarem, e no estado, em que se acharem, ao tempo da dissolução da sociedade conjugal. (Art. 302).

A mulher pode, em todo o caso, reter os objectos de seu uso, em conformidade com a disposição do art. 263, n. IX, deduzindo-se o seu valor do que o marido houver de restituir. (Art. 303).

Os objectos considerados de uso da mulher pela disposição do art. 263, IX, são as roupas, as joias esponsalicias, dadas antes do casamento pelo esposo, os livros, os instrumentos de trabalho e os retratos de familia.

Se o dote comprehender capitaes ou rendas que tenham soffrido diminuição ou depreciação eventual, sem culpa do marido, este desonerar-se-á da obrigação de restituil-os, entregando os respectivos titulos.

Quando, porém, constituido em usufructo, o marido ou seus herdeiros, serão obrigados, sómente, a restituir o titulo respectivo e os fructos percebidos após a dissolução da sociedade conjugal. (Art. 304 e paragrapho unico).

O marido, conforme o art. 307, tem direito á indemnisação das bemfeitorias necessarias e uteis, segundo o seu valor ao tempo da restituição, e responde pelos danos de que tiver culpa. Este direito e esta obrigação transmittem-se aos seus herdeiros.

Dissolvida a sociedade conjugal, os fructos dotaes que correspondem ao anno corrente, serão divididos entre os dois conjuges, ou entre um e os herdeiros do outro, proporcional-

(331) Mourlon, L. 3, T. 5, n. 433; C. C. Port. art. 1161.

(332) Fr. 12, § 2; fr. 43, D. de jur. dot.

(333) Fr. 14, § 3, D. de fund. dotalib. (23. 5).

mente á duração do casamento, no decurso do mesmo anno. Os annos do casamento contam-se da data de sua celebração.

Quando se tratar de colheitas obtidas em periodos superiores ou inferiores a um anno, a divisão se effectuará, proporcionalmente ao tempo de duração da sociedade conjugal, dentro no periodo da colheita. (Art. 306 e paragrapho unico):

A restituição do dote sómente pode ser exigida si ficar provado que o marido o recebeu. Presume-se recebido o dote:

I, se o casamento se tiver prolongado por cinco annos, depois do praso estabelecido para sua entrega;

II, si o devedor fôr a mulher. (Art. 305).

Paragrapho unico. Fica, porém, salvo ao marido o direito de provar que o não recebeu, apesar de o ter exigido.

O dote promettido, escreve Clovis, livro citado, pag. 249, pode não ser effectivamente entregue, e o marido tem acção para havel-o do promittente, assim como, no momento da restituição, lhe é facultado usar da excepção *non numeratæ pecuniæ* ou *non numeratæ dotis*, quando não se lhe apresenta outro documento, além da escriptura ante-nupcial, para prova de que o dote lhe foi entregue.

Mas se o casamento se tiver prolongado por cinco annos, além do praso estabelecido para a entrega do dote, presume-se que o marido o recebeu. Esta presumpção, porém, não é *juris et de jure*. Ao marido fica sempre salvo o direito de provar que, apesar das diligencias empregadas, não conseguiu haver o dote promettido. E verificado que realmente assim foi, nada tem que restituir.

Si a dotadora é a mulher, presume-se que entregou ao marido o dote, desde que se casou, porque sua posição de consorte e os seus sentimentos de afeição, naturalmente, a impellem ao cumprimento dessa obrigação, e porque o marido tem meios de haver, sem estrepito judicial, o dote extrahido do patrimonio de sua mulher. Todavia, essa presumpção, como a do n. I, cede deante de prova em contrario. (Clovis, pag. 249, citado).

§ 89. *Da acção de restituição do dote.*

Os immoveis dotaes inalienaveis devem ser restituidos logo que se dissolve a sociedade conjugal. Para a restituição dos demais bens, moveis ou immoveis, tem o marido o praso de um anno. (334)

(334) Const. unic. § 7. C. de rei uxor. act. (5 13); B. Carneiro, L. 1, T. 15, § 149, n. 24; Dig. Port. P. II, art. 170; Cod. Civil Port. art. 1158. Os inalienaveis devem ser restituidos em especie.

Se o dote deixa de ser restituído no tempo devido; para have-lo competem á mulher e, na falta della, aos seus herdeiros, as acções seguintes:

A acção de reivindicacão contra o marido ou seus herdeiros ou contra terceiro possuidor, pelos bens de que ella é credora de dominio; (335)

A acção hypothecaria contra o marido ou seus herdeiros, ou contra terceiro detentor dos immoveis do marido, para cobrar os valores dos bens de cujo preço é ella credora hypothecaria. (336)

Ao author do dote ou á pessoa por elle designada, se na convenção matrimonial estipulou-se a clausula de reversão, compete tambem acção para reivindicar o dote ou cobrar o seu valor, segundo for a hypothese. (337)

Da tradição do dote ao marido é que resulta a obrigação de restituí-lo á mulher. A ella, pois, cumpre provar que elle effectivamente o recebera. (339)

A simples confissão do marido de haver recebido o dote não faz prova contra terceiro. (340)

Na constancia da sociedade conjugal não corre o tempo para a prescripção das ditas acções, porque não pode a mulher no decurso desse periodo inicia-las. (341)

a) O art. 300 dispõe que o dote deve ser restituído pelo marido á mulher ou aos seus herdeiros, dentro do mez que se seguir á dissolução da sociedade conjugal, si não o puder ser immediatamente. Mas si alguma outra cousa foi estipulada, deve ser observada a convenção. Si foi combinado, por exem-

(335) Doctr. das Acç. § 90; B. Carneiro, L. 1, T. 15, § 150, n. 3; Mello, L. 4, T. 6, § 12.

(336) Lei de 24 de set. de 1864, art. 3, § 1 e 9.

Não vale a hypotheca contra terceiro se não forão guardados os requisitos do § 9 do cit. art. 3.

(337) B. Carneiro, L. 1, T. 15, § 150, n. 7.

(338) Valasc. Consult. 5; Cabedo, P. 1, Decis. 177, n. 2; B. Carneiro, cit. § 150, n. 8.

(339) B. Carneiro, cit. § 150, n. 9. Cfr. Pereira e Souza, Prim. Linha nota 903.

(340) Mello, L. 4, T. 6, § 12.

A mulher não tem o direito de reter os bens do marido até ser paga do dote, como sustentavão os antigos glossadores. (Valasc. Partitionib. cap. 6, n. 38. e seguint.) Nem o Direito Romano nem a legislação patria fundamtao uma tal opinião.

(341) Como a prohibição de vender os immoveis inestimados e estimados *taxationis causa*; a acção para pedir a restitução do dote ainda na constancia do matrimonio por ir cahindo o marido em pobreza; a acção para reivindicar os inestimados de quem quer que os detenha.

plo, que o dote reverteria ao dotador, ou que o marido ficaria com o dote si a mulher morresse sem filhos, não haverá restituição á mulher ou aos herdeiros. O art. 283 permite estipular na escriptura ante-nupcial a reversão do dote ao dotador, dissolvida a sociedade conjugal.

De accôrdo com o art. 301 o preço dos bens legalmente alienados só pode ser pedido seis mezes depois da dissolução do casamento. Dá-se um prazo maior para a restituição de taes bens porque, sendo transferidos ao marido, na intenção de que os aliene, presume-se que não estejam mais na sua posse; dahi vem não se exigir pagamento immediato ou em prazo muito restricto.

A acção para reaver do marido o dote, quando proposta pela mulher, prescreve em quatro annos contados da dissolução da sociedade conjugal, e quando proposta pelos herdeiros, no mesmo prazo contado da data do fallecimento da mulher. (Art. 178, § 9, I, letra c, n. II).

§ 90. *Garantias para a restituição do dote.*

Para assegurar a restituição dos bens dotaes contra as eventualidades á que por ventura pode expo-los a má administração do marido; além de outras garantias (342), a lei confere á mulher hypotheca sobre os immoveis do marido. (343)

Esta hypotheca garante a restituição de todos os objectos e valores que formão o dote: — sommas de dinheiro, cousas de quantidade, bens moveis e immoveis, alienaveis ou inalienaveis (344); e affecta tanto os immoveis que o marido possuia ao tempo do casamento como os que de futuro adquire. (345)

Mas para que a hypotheca valha contra terceiros é mister que o dote tenha sido estimado, não importa se para o effeito de transferir o dominio pleno, se para simples taxação do valor. (346)

(342) Lei de 24 de set. de 1864, art. 3 § 1°.

(343) Lei cit. *ibidem*.

(344) Lei cit. art. 3°, § 11; salvo sendo especialisada porque então so abrange os immoveis designados.

(345) Lei cit. art. 3, § 9.

Pelos immoveis *inestimados* compete á mulher a reivindicacão; mas se elles arruinão-se por culpa do marido, tem ella accão para haver a indemnisação, sem a garantia da hypotheca. Veja-se a Nota X no fim.

(346) Decr. n. 3453 de 26 de abril de 1865, art. 136, § 5.

Esta hypotheca pode ser especialisada e inscripta, posto sem as ditas

A hypotheca só se entende constituída da data do casamento, porque é pelo casamento que o contracto dotal adquire a plenitude de acto perfeito e definitivo. (347)

a) A lei confere hypotheca legal á mulher casada sobre os immoveis do marido para garantia do dote e dos outros bens particulares della, sujeitos á administração marital. (Art. 827, n. I).

Si o marido não tiver immoveis que se possam hypothecar em garantia do dote, poder-se-á no contracto ante-nupcial estipular fiança, ou outra caução. (Art. 297).

As hypothecas legaes, de qualquer natureza, não valerão em caso algum contra terceiros, não estando inscriptas e especialisadas. Art. 828. O credor da hypotheca legal ou quem o represente, poderá, mostrando a insufficiencia dos immoveis especialisados, exigir que seja reforçada com outros, posteriormente adquiridos pelo responsavel. Art. 819.

Incumbe ao marido, ou ao pae, requerer a inscrição e especialização da hypotheca legal da mulher casada, devendo o official publico que lavrar a escriptura de dote communcal-o *ex-officio* ao official do registro de immoveis. (Art. 839 e § 1º).

E o paragrapho segundo prescreve que consideram-se interessados em requerer a inscrição desta hypotheca, no caso de não o fazer o marido ou o pae, o dotador, a propria mulher e qualquer dos seus parentes successiveis.

Dispõe o art. 845 que as pessoas a quem incumbir a inscrição e especialização das hypothecas legaes ficarão sujeitas a perdas e damnos pela omissão. A inscrição da hypotheca, segundo o art. 846, deve declarar:

I, o nome, o domicilio e a profissão do credor e do devedor;

II, a data, a natureza do titulo, o valor do credito e o da cousa ou sua estimação fixada por accordo entre as partes, e a declaração de ser feita em garantia do dote;

III, a situação, a denominação e os caracteristicos da cousa hypothecada.

Paragrapho unico. O credor, além do seu domicilio real, poderá designar outro, onde possa tambem ser citado.

diligencias valha contra terceiros. Lei de 24 de set. de 1864, art. 9.

Se o valor dos bens dotaes, dados sem estimação, for declarado na especialização, valerá a hypotheca contra terceiro? Parece que sim porque a fixação do *quantum* da responsabilidade do marido pelos bens inestimados, determinada na especialização, equivale, para o fim da lei, á estimação feita na escriptura do dote.

(347) Veja-se o §.

No art. 820, o Codigo permite que a *hypotheca legal* possa ser substituida por caução de titulos da divida publica federal ou estadual, recebidos pelo valor de sua cotação minima no anno corrente.

— O direito aos immoveis dotaes não prescreve durante o matrimonio. Mas prescreve, sob a responsabilidade do marido, o direito aos moveis dotaes. Codigo, art. 298.

§ 91. *Bens parafernaes.*

No regimen dotal, tal como se acha constituido pelo nosso Direito, dizem-se *parafernaes* os bens da mulher que não são dotaes e conservão-se incommunicaveis.

São, pois, parafernaes ;

1.º Os bens que a mulher possuia ao tempo do casamento e não forão comprehendidos no dote propriamente dito; (348)

2.º Os bens que a mulher adquire na constancia do matrimonio e por excepção da regra se não communicão. (349)

Estes bens ficão sob a administração do marido, como cabeça de casal, salvo convenção em contrario (350), mas permanecem sob a posse e dominio da mulher. (351)

Do exposto resulta :

Que o marido não pode aliena-los sem consentimento da mulher ; (352)

Que é obrigado á conserva-los com o mesmo zelo com que cuida dos seus, (353) sob pena de responsabilidade pelos damnos causados por culpa ;

Que, dissolvida a sociedade conjugal, deve restitui-los com as accessões sobrevindas. (354)

(348) B. Carneiro, L. 1. T. 15, § 151, n. 16. Taes são os bens que lhe são deixados ou doados com a clausula da incommunicabilidade.

(349) Lob., Not. á Mello, L. 2, T. 9, § 15, n. 4; B. Carneiro, cit. § 151, n. 18.

(350) Mello, L. 2, T. 9, § 2; Lob., cit. n. 5.

O marido não pode ter a posse porque não os detem com animo de possuir.

(351) Lob. cit. n. 4; B. Carneiro, cit. § 151, n. 4.

(352) Const. 11 C. de pact. conventis. (5. 14).

(353) B. Carneiro, cit. § 151, n. 12.

(354) Lei de 24 de set. de 1864, art. 3, § 1 e 9. Comtanto que os ditos bens sejam estimados.

Para assegurar a restituição de taes bens tem a mulher a mesma garantia hypothecaria que pelo dote lhe confere a lei. (355)

a) O Codigo estabelece no art. 310 que a mulher conserva a propriedade, a administração, o gozo e a livre disposição dos bens paraphernaes; não podendo, porém, alienar os imoveis (art. 276).

O marido, como seu procurador, pode administrar taes bens e accetando o mandato, responde por todas as obrigações decorrentes d'elle (arts. 260, n. II; 1.300 e seguintes).

Pode, porém, o marido ser dispensado, por clausula expressa, de prestar contas; neste caso, na forma do art. 311, será somente obrigado a restituir os fructos existentes:

I. Quando ella lhe pedir contas.

II. Quando ella lhe revogar o mandato.

III. Quando dissolvida a sociedade conjugal.

Ver, na legislação estrangeira, os Codigos francez, arts. 1.574 a 1.576; italiano, arts. 1.425 a 1.427.

TITULO QUINTO

Arrhas

§ 92. Noção de arrhas.

Em Direito Patrio denominão-se *arrhas* a pensão, ou a cousa certa e determinada, que no contracto dotal o marido promette á mulher para o caso della lhe sobreviver. (356)

Toda a doação feita pelo marido á mulher no contracto

(355) A palavra — arrhas, alem do sentido exposto, é tomada em outras accepções: significa a cousa ou valor que um dos contractantes entrega por antecipação ao outro, em signal e firmeza do contracto. (Ord. L. 4, T. 2, § 1; Makeldey, § 186); significa tambem o donativo que um dos esposos faz á outro em penhor e garantia da realisação do casamento ajustado (arrhas sponsalicias). Veja-se o § 5.

E' erronea a opinião d'aquelles que acreditavão que as arrhas representavão o preço do corpo da mulher. Veja-se Viterbo, *supplem. verb. Comprado corpo*, onde vem corrigido o erro em que incorre no artigo *Marido conuçado*.

(356) Ord. L. 4, T. 47, pr. verb.: Mas poderá cada um em o contracto dotal... Mello, L. 2, T. 9, § 35, not. Esta prohibição é uma reminiscencia do Direito Romano acerca das doações propter nuptias, de que aliás distinguem-se essencialmente as arrhas.

dotal toma a natureza de arrhas e como tal não pode exceder do limite marcado pela lei. (357)

Mas quando no pacto antenupcial não se estipula o regimen dotal; ao marido é licito fazer á mulher as doações que lhe aprouver, guardadas tão somente as regras geraes de direito que regem o assumpto. (358)

§ 93. *Da constituição das arrhas.*

A promessa de arrhas não pode ser legalmente feita se não no contracto dotal de que vem á ser um accessorio. (359)

D'ahi resulta:

Que a constituição d'arrhas presuppõe a existencia do dote;

Que a nullidade do dote acarreta virtualmente a nullidade das arrhas;

Que as arrhas não podem ser constituídas depois de contrahido o matrimonio. (360)

A constituição de arrhas é dominada pelos principios seguintes:

1.º A promessa de arrhas deve de ser de quantia certa ou de cousa individuada. E' nulla a promessa de cousa incerta. (361)

2.º Os bens doados á titulo de arrhas não podem exceder da terça parte do dote que a mulher traz. No excesso do dito maximo não vale a doação. (362)

3.º São inofficiosas as arrhas na parte em que vão além da terça dos bens do marido calculados ao tempo em que são

(357) Consolid. das Leis Civis, art. 90, not. 2.

(358) Ord. L. 4, T. 47 pr. A doação *propter nuptias* presuppunha igualmente contracto dotal. Novel. 22, cap. 20; Novel. 27, cap. 1 e 2.

(359) Ord. cit. *ibidem*; Valasc. Consult. 4, n. 2; Mello, L. 2, T. 9, § 29, n. 5.

(360) Ord. cit. *ibidem*. Não estão de accordo os interpretes do nosso direito sobre a significação das palavras *camera cerrada*. O P. Bento Pereira, Elucidario, sob n. 1989 diz que *camera cerrada* quer dizer: promessa d'arrhas em quantidade *incerta*.

(361) Ord. L. 4, T. 47 pr. Na doação *propter nuptias* a quantidade dos bens doados não devia exceder a quantidade dos bens dotaes. Novell. 22, cap. 20.

A prohibição da ord. de que as arrhas não excedão a terça parte do dote, não é hoje observada. Consolid. das Leis Civis, art. 90, not. 2.

(362) Cit. ord. § 1. A ord. só falla de filhos e descendentes legitimos da primeira mulher; mas a rasão da lei comprehende todos os herdeiros necessarios. Mello, L. 2 T. 9, § 30.

instituídas, se por morte delle ficão herdeiros necessarios. (363)

4.º A promessa de arrhas carece de ser insinuada para valer além da taxa da lei. (364)

§ 94. *Da tradição das arrhas.*

A promessa de arrhas, ainda depois de legalmente feita, persevera subordinada ao dote.

Assim que não podem as arrhas ser exigidas do marido se não houve entrega do dote (365). E se do dote apenas foi entregue uma parte, das arrhas não é devida senão a parte correspondente. (366)

Todavia cessa a regra estabelecida nos casos seguintes:

1.º Se o dote deixou de ser entregue por negligencia ou culpa do marido: fôra contra direito converter-se-lhe a falta em proveito proprio e em prejuizo da mulher. (367)

2.º Se estipulou-se praso para a entrega do dote, e dissolveu-se o casamento antes de findo esse praso: a concessão do praso é facto do marido e não pode rasoavelmente ser imputado á mulher. (368)

§ 95. *Das arrhas na constancia do matrimonio, e depois que elle se dissolve*

Na constancia do matrimonio permanecem as arrhas sob a administração do marido ao qual pretencem os fructos e rendimentos, dellas provenientes. (369)

Não pode o marido aliena-las e é responsavel pelos danos que soffrerem por culpa ou negligencia sua.

(363) Ord. L. 4, T. 62, lei de 25 de janeiro de 1775 e Ass. de 21 de julho de 1797. As arrhas são verdadeira doação.

(364) Ord. L. 4, T. 47 pr. "Comtanto que não passe o tal promettimento... da terça parte do que a mulher trouzer em seu dote. Mello, L. 2, T. 9, § 29, n. 4.

(365) Gama, Decis. 170, n. 2; Valasc. Consul. 3, n. 5.

(366) Portugal, de donation. L. 1, Prælud. 2, § 6, n. 25; Lob. á Mello, L. 2, T. 9, § 29, n. 9.

(367) Valasc. Consult. cit. n. 5, in fine. Habita fide de pretio pro numeratione habetur.

(368) Mello, L. 2, T. 9, § 32, n. 3 e 5.

(369) Lei de 24 de setembro de 1864, art. 3, § 1º.

Em garantia da entrega das arrhas e indemnizações devidas tem a mulher a hypotheca legal nos immoveis do marido. (370)

Dissolvido o casamento, varia o destino das arrhas, segundo a dissolução acontece, ou por morte da mulher ou por morte do marido:

Se por morte da mulher, revertem as arrhas ao marido, embora ella tenha deixado herdeiros necessarios: a promessa, por assim dizer, caducou por se não ter realisado a condição da sobrevivencia. (371)

Se por morte do marido, ficão as arrhas com a mulher: ella as gosa e fruê durante a sua vida e por sua morte passão aos herdeiros do marido, salvo se houve convenção em contrario. (372)

§ 96. *Dotalicio, apanagios e alfinetes.*

Nunca esteve em uso em Portugal nem entre nós a doação antenupcial, conhecida sob o nome de *dotalicio* (*dotalitium*), criação do antigo Direito Germanico.

Consiste o *dotalicio* em certos bens que o esposo promete á esposa em compensação do dote e para sua decente subsistencia na viuvez. (373)

(370) Lobão á Mello, L. 2, T. 9, § 31, n. 1 in fine.

(371) Egidio, ad. fr. de justitia et jur. P. I, cap. II, n. 89; Mello cit., § 31.

As citadas disposições sobre o destino das arrhas não se fundão em lei escripta: consagradas á principio nos contractos dotaes em clausulas expressas, passarão depois a ser applicadas indistinctamente á todos os cazos, vindo dest'arte á constituir direito por força do costume.

A mulher não pode dispor das arrhas, visto como por sua morte ellas tem de passar aos herdeiros do marido.

Mello sustenta que a mulher não tem dominio, senão usufructo nas arrhas. As palavras da ord. L. 4, T. 47 pr.: "poderá... prometter e dar a sua mulher a quantia ou quantidade que quizer ou certos bens..." alludem evidentemente á translação de dominio; mas um tal dominio é limitado porque é resolúvel.

(372) Heinec. Pandect. P. IV, § 186 e seg.

Ao dotalicio allude o Direito Canonico no C. 10. C. 36, q. 2 e no cap. 15. X. de for. compet.

(373) O dotalicio é regido pelos principios seguintes: 1º o valor dos bens dados não tem limite fixo, não sendo de necessidade que seja igual ao dote; 2º o dotalicio pode ser constituido á mulher indotada; 3º absorve o dote, ficando ao arbitrio da mulher repetir o dote, ou contentar-se com o dotalicio. Hein. Jus. Germ. L. 1, T. 11, § 245 e seg.

O dotalicio é regido por principios que lhe dão uma natureza distincta das nossas arrhas. (374)

Apanagios são certas rendas ou pensões assignadas á mulher nobre para a viuvez (375); e *alfinètes* as pensões mensaes para enfeites e adornos.

A materia dos apanagios e alfinetes foi no seculo passada regulada em Portugal por uma legislação especial que só era applicavel ao casamento dos nobres. (376)

Esta legislação cessou de vigorar no Imperio depois do juramento da Constituição politica do Imperio, a qual aboliu a odiosa distincção de fidalgos e plebeus, um dos fundamentos do antigo regimen.

a) Salvo o caso da separação obrigatoria de bens, é licito aos contrahentes estipular, na escriptura ante-nupcial, doações reciprocas, ou de um ao outro, contanto que não excedam á metade dos bens do doador. (Art. 312 do Codigo).

As doações estipuladas nos contractos ante-nupciaes para depois da morte do doador, aproveitarão aos filhos do donatario, ainda que este falleça antes daquelle.

No caso, porém, de sobreviver o doador a todos os filhos do donatario, caducará a doação. (Art. 314 e paragrapho unico).

— As doações feitas por terceiros não são arrhas.

Dispõe o art. 313: As doações para casamento podem tambem ser feitas por terceiros, no contracto ante-nupcial ou em outro instrumento publico anterior ao casamento”.

— Ver Codigos francez, arts. 1.081 a 1.090; portuguez, arts. 1.166 e 1.167; hespanhol, art. 1.331; chileno, arts. 1.786 a 1.790.

(374) Não havendo clausula á respeito no contracto dotal, separava-se para a viuva, á titulo de apanagios, a decima parte das rendas de todos os bens do casal, tanto allodiaes, como da coroa e ordéns. Lei de 17 de agosto de 1761, § 7 e lei de 4 de fevereiro de 1765, § 4.

(375) Leis de 17 de agosto de 1761, de 4 de fevereiro de 1765 e de 17 de julho de 1778.

Não tem tambem applicação entre nós a disposição do § 16 da Pragmatica de 24 de maio de 1748, a qual prohibia ao esposo dar á esposa joias excedentes em valor a quinta parte do dote e á 600\$000 quando a esposa não trazia dote.

(376) D. de donat. inter virum et uxorem. (24. 1).

TITULO SEXTO

Das doações entre marido e mulher.

§ 97. *Origem da proibição das doações entre marido e mulher.*

A proibição das doações entre marido e mulher (*donationes inter virum et uxorem*) prende com as mais antigas tradições do Direito Romano. (377)

Praticada em termos absolutos nos primeiros seculos da republica, foi esta proibição com o andar do tempo recebendo diversas modificações que acabarão por afrouxar-lhe o primitivo rigor (378). Todavia, sem-embargo do temperamento acrescentado, conservou ella sempre os seus caracteres essenciaes.

Filha dos costumes (379) foi mantida pela lei escripta como um invento efficaz para neutralisar a influencia desmoralisadora que a cobiça podia exercer no seio do casamento e ao mesmo tempo impedir que, obsecado pela força do amor, um dos conjuges não se empobrecesse em beneficio do outro. (380)

Tal como se achava ao tempo do imperador Justiniano foi o Direito Romano acerca destas doações adoptado em Portugal pelos começos do seculo XVI, em contravenção aos costumes até então aceitos. (381)

Inseridas á principio no codigo Affonsino (L. 4 T. 14), d'ahi passarão as ditas disposições para as ordenações Manuelinas (L. 4, T. 9) e destas forão trasladadas para as

(377) Marezoll, Droit Romain, L. 4, § 164.

(378) Fr. 1, D. de donat. inter. virum et ux. (24, 1): *Moribus apud nos receptum ut ne inter virum et uxorem donationes valerent.*

(379) Fr. 1, D. de donat.: *Hoc autem receptum est ne mutuato amore invicem spoliarentur, donationibus non temperantes, sed profusa erga se facilitate. — Fr. 3 pr. D. eod. tit.: — Maiores nostri inter virum et uxorem donationes prohibuerunt, amorem honestum solis animis aestimantes famae etiam conjunctorum consulantes, ne concordia pretio conciliari videretur; nec melior in paupertatem incideret, deterior ditior fieret.*

(380) Mello, L. 2, T. 10, § 3.

(381) F. 32, § 2. D. de donat. inter. (24, 1): *“Ait oratio: Fas esse eum quidem qui donavit, pœnitere: heredem veró eripere forsitan adversus voluntatem supremam ejus qui donavit, durum et avarum esse.*

Phillipinas (L. 4, T. 65), que constituem hoje o texto vigente ácerca desta materia.

§ 98. *Dos termos em que são permittidas as doações entre marido e mulher*

As doações feitas na constancia do matrimonio pelo marido á mulher ou pela mulher ao marido, só adquirem a natureza de acto definitivo e irrevogavel pelo acontecimento da morte do doador. (382)

Ao conjuge doador, portanto, é licito revogar a doação á todo o tempo. (383)

Assim se a promessa ainda não foi cumprida, pode recusar-lhe á dar-lhe execução: se já houve tradição da coisa doada; pode repeti-la por acção de reivindicação, ou não existindo em ser, demandar o preço. (384)

A revogação da doação pode ser expressa ou tacita.

E' expressa quando o doador a declara em termos formaes por escriptura publica ou em testamento. Tacita, quando resulta virtualmente de acto que revela mudança de vontade, como se o doador vende, empenha, hypotheca a coisa doada, ou a dôa á terceiro. (385)

A doação entende-se *ipso facto* annullada:

a.) Pela morte do donatario acontecida antes da do doador; (386)

Fallecendo ambos os conjuges ao mesmo tempo, o doador reputa-se ter perseverado na sua vontade e a doação subsiste. (387)

(382) Ord. L. 4, T. 65 pr. Antes da morte do conjuge doador não vale a doação: "Porque na vida nunca valeu e por morte foi confirmada." Ord. cit. § 1º in fine.

(383) Fr. 5, § 18, D. de donat. inter. (24. 1); Borges Carneiro, L. 1º, T. 16. § 154, n. 9.

(384) B. Carneiro cit. n. 8.

(385) Const. 6, C. de donat. inter. (5. 16): ...cum donatio in matrimonio facta, prius mortu ea, quæ liberalitatem exceptit, irrita sit.

(386) Fr. 32, § 14, D. de donat. inter.

(387) Ord. L. 4, T. 65, pr. Esta hypothese é diversa daquella em que os filhos já existião ao tempo da doação (Ord. cit. § 1). Na primeira a doação annulla-se integralmente; na segunda se torna inofficiosa.

Se o filho sobrevivendo fallece antes de dissolvido o casamento por morte do doador? Cessa a razão da lei e portanto a doação não se pôde reputar annullada. Em contrario Barb. ad. ord. cit. pr., n. 13.

b.) Pelo nascimento de filho ou filhos d'entre ambos, posterior á data da doação. (388)

A doutrina exposta acerca das doações entre marido e mulher não comprehende:

1.º Quaesquer outros contractos entre os conjuges, salvo se no todo ou em parte envolvem doação simulada; (389)

2.º As doações feitas ántes do casamento. (390)

3.º As doações *causa mortis*. (391)

§ 99. *Doações que por excepção se tornão irrevogaveis em vida do doador.*

Ha comtudo doações entre o marido e a mulher, feitas na constancia do matrimonio, que desde logo se tornão valiosas e irrevogaveis.

A prohibição das doações entre o marido e a mulher, tem por fim, como já ficou declarado, suprimir a influencia desmoralisadora que podião exercer no seio do casamento e evitar que um conjuge se empobrecesse em favor do outro (§ 97).

D'ahi a consequencia que devem ser permittidas as doações de que não podem provir os inconvenientes que a prohibição tem por fim atalhar.

Assim que são permittidas e valem desde sua data: (392)

a.) As doações que não fazem o doador mais pobre, embora fação o donatario mais rico (393), como a renuncia' de um direito, de um legado, de uma successão; (394)

b.) As doações que não fazem o donatario mais rico, embora fação o doador mais pobre. (395)

(388) Fr. 5, § 5, 6, 7; fr. 52. D de donat. inter. Mello, L. 2, T. 10, § 4, n. 1.

(389) Fr. 5, pr.; 27 pr.; fr. 64 pr. D. tit. eodem. Mello cit., n. 3.

(390) Fr. 9, § 2. D. tit. eodem.

(391) Ord. L. 4, T. 65, § 3.

(392) Fr. 5, § 16. D. de donat. inter. (24. 1); Cardoso, Prax. verb. donatio n. 69.

(393) Fr. 5, § 13 e 14. D. de donat. inter.... Neque enim pauperior fit qui non adquirat, sed qui de patrimonio suo deposit.

(394) Fr. 5, § 16. D. tit. eodem: vel etiam si deminuat (de facultatibus suis qui donavit), locupletior tamen non fit qui accepit, donatio valet.

(395) Fr. 14, D. tit. cod... valet donatio in totum in quantum ædificii extractio postulat. "Tunc enim accipiens non videtur locupletior, cum de suo tantum amiserit. Gothofr. not. 45 ao cit. fr.

Taes são:

- 1.º A doação para reconstruir um predio arruinado por incendio, ou por qualquer outro incidente. (396)
- 2.º A doação para a alimentação commum da familia. (397)
- 3.º A doação que a mulher faz ao marido para obter uma dignidade. (398)
- 4.º As doações modicas. (399)

§ 100. *Doações inofficiosas.*

As doações entre marido e mulher não podem prejudicar as legitimas dos herdeiros necessarios que ficarem por morte do doador. (400)

Para calcular-se a legitima se juntão os bens doados aos bens da herança. (401)

I. Se o doador morre intestado, vale a doação tão somente dentro das forças da terça. Aos herdeiros compete o direito de haver do conjuge donatario o excesso, afim de completarem as suas legitimas. (402)

II. Se fallece o doador com testamento, em que, sem revogar a doação, faz disposição de legados, cumpre distinguir:

a.) Se os legados e a doação ferem as legitimas, se desfalcará tanto da doação quanto dos legados até se prefazerem as legitimas; ficando o donatario com o que sobrar da doação e os legatarios com o que restar dos legados. (403)

(396) Fr. 31, § 10. D. tit. eod.

(397) Fr. 40 e 42, D. tit. eod.

(398) Fr. 31, § 8 e 9; fr. 75, § 1, 2. D. tit. eod.

(399) Ord. L. 4, T. 65.

(400) Ord. cit. § 1, in fine; B. Carneiro, L. 1, T. 16, § 154, n. 29, Dig. Port. P. III, art. 152.

(401) Ord. cit. § 1. verb.: E ficando por sua morte...

(402) Ord. cit. § 2.

Um exemplo tornará claro o pensamento da lei.

O marido faz á mulher uma doação no valor de 4:000\$000. Reunida a doação aos bens que ficarão por sua morte, montou a herança em 18:000\$000. A legitima, portanto, vem á ser de 12:000\$000. Se orçarem a doação e legados em 7:000\$000 é evidente que fica faltando para completar a legitima 1:000\$000.

Isto posto, o desfalque nos termos da cit. ord. opera-se, tirando-se da doação 500\$000 e outra tanta quantia dos legados.

(403) Ord. cit. § 3.

A razão da differença entre a disposição do cit. § 2 e a do § 3, a propria ord. a dá e vem a ser — que a doação que só vale depois da morte do doador, reputa-se como legado, ao passo que a doação, que se torna desde

b.) Se os legados e a doação ferem as legitimas, mas a doação é daquelles que valem em vida do doador; serão em primeiro lugar desfalcados os legados para completarem as legitimas, e se absorvidos integralmente ainda não bastarem; então será subsidiariamente desfalcada a doação. (404)

§ 101. *Solemnidades externas.*

Pelo que diz respeito ás solemnidades externas, as doações entre marido e mulher nada tem de especial: devem ser revestidas das mesmas formalidades que a lei requer para as doações em geral.

E' pois desde que excedem a taxa da lei, hão mister ser reduzidas á escriptura publica e insinuadas. (405)

§ 102. *E' applicavel a doutrina exposta á todos os casamentos, qualquer que seja o regimen dos bens?*

As doações entre marido e mulher produzem, nos termos declarados, os seus effeitos legaes, qualquer que seja o regimen de bens segundo o qual se casarão os conjuges.

Todavia se o casamento foi por carta de metade não prevalece em toda sua extensão a doutrina exposta.

As doações que por excepção de regra se tornão desde logo valiosas e irrevogaveis (§ 99) são impraticaveis neste regimen: — annullar-se-ão de si mesmas visto como tudo que adquirem os casados por carta de metade, *ipso facto* faz-se *commum* entre elles. (406)

Esta difficuldade, porém, não subsiste para as doações que só se confirmão pela morte do conjuge doador.

Taes doações em vida do doador não valem; é só por morte d'elle que revestem a natureza de acto translativo da propriedade. (407) A propria lei as reputa legado. (408)

logo irrevogavel, conserva a natureza de doação entrè vivos e portanto é sujeita á regra segundo a qual devem de ser reduzidas as doações inoficiosas. Veja-se Lob. Obrig. Recip. § 395.

(404) Ord. L. 4, T. 65, § 2, verb. Em quanto não passar a quantia... etc.

(405) E' uma consequencia necessaria, da natureza do regimen do casamento.

(406) "Porque em vida nunca valeu e por morte foi confirmada." Ord. cit., § 1. in fine.

(407) Ord. cit. § 1... de modo que a doação seja contada com a herança assi principal como terça e reputada assi como legado."

(408) Não é preciso acrescentar que na hypothese alludida a doação não pode retrotrahir os effeitos ao tempo anterior á morte do doador.

Assim, ao tempo que a doação assume a plenitude de *título de aquisição* para o donatario, já não existe a communhão universal de bens, dissolvida pela morte do conjuge doador.

Se pois ao tempo que a doação se torna 'um acto perfeito e definitivo, já não subsiste a communhão de bens que lhe burlava os efeitos; não se lhe pode recusar vigor e efficaçia: a doação prevalece como prevalecem os legados deixados pelo marido á mulher. (409).

a) O Codigo Civil não falla das doações entre conjuges. No systema adoptado, essas doações são permittidas desde que o regimen do casamento a ellas não se opponha.

No regimen da communhão universal, escreve o Consehheiro CANDIDO DE OLIVEIRA, não havendo entre os esposos distincção do meu e do teu e cada conjuge tendo uma parte ideal nos bens do casal, não são regulares doações de bens que a ambos pertençam e que, se validas fossem, constituiriam um regimen contrario ao estabelecido.

Tambem no regimen da separação obrigatoria, qual o do art. 258, paragrapho unico, isto é, quando o casamento é celebrado com infracção do estatuido no art. 183, entre o homem maior de 60 annos e a mulher maior de 50, de orphãos de pai e mãe e daquelles que para casar dependem da autorisação judicial, não podem marido e mulher fazer-se doações reciprocas.

Si fosse isso permittido, taes doações contrariariam o fim da lei. (CANDIDO DE OLIVEIRA, Manual do Codigo Civil, Fasciculo 14).

— As doações entre conjuges, como as doações de terceiros aos esposos, estão reguladas pelas mesmas disposições das doações em geral.

Assim, de accordo com o art. 1.174 do Codigo, o doador pode estipular que os bens dados voltem ao seu patrimonio,

Mello Freire (L. 2, T. 10, § 7), Lobão e outros sustentão a opinião contraria. A razão, em que se fundão, — a incompatibilidade da communhão com os efeitos da doação — não procede, porque, como fica ponderado no texto, ao tempo em que a doação se torna valida, já não existe a communhão.

As palavras da cit. ord. pr. verb. "E assi se fará quando a doação, etc." não dão a conclusão que dellas deduz B. Carneiro (L. 1, T. 16, § 154, n. 10). Trata-se ahi d'uma doação anterior ao casamento. A cousa doada, seguindo-se o casamento por carta de metade, communica-se como communicão-se todos os bens que traz cada um dos conjuges. A hypothese de que nos occupamos, é a d'uma doação, feita entre marido e mulher depois de casados e que só vale por morte do doador.

, (409) Mourlon, Repet. Ecrit. L. 1, T. 7, n. 858.

si sobreviver ao donatario, e este, nos termos do art. 1.180, é obrigado a cumprir os encargos da doação, caso fôrem a beneficio do doador, de terceiro, ou de interesse geral. Sendo de interesse geral, o Ministerio publico pode exigir sua execução depois da morte do doador, si este não o tiver feito. Art. 1.180, paragrapho unico do Codigo.

São nullas as doações:

quando consistirem em todos os bens, sem reserva de parte, ou renda sufficiente para a subsistencia do doador. (Art. 1.175)

quanto á parte que exceder a de que o doador no momento da liberalidade, poderia dispôr em testamento. (Art. 1.176).

Sobre revogação de doações, o Codigo dispõe:

Art. 1.181. Além dos casos communs a todos os contractos, a doação tambem se revoga por ingratidão do donatario. Paragrapho unico. A doação onerosa poder-se-á revogar por inexecução do encargo, desde que o donatario incorrer em mora.

Art. 1.182. Não se pode renunciar antecipadamente o direito de revogar a liberalidade por ingratidão do donatario.

Art. 1.183. Só se podem revogar por ingratidão as doações:

I, si o donatario attentar contra a vida do doador;

II, si commetteu contra elle offensa physica;

III, si o injuriou gravemente, ou o calumniou;

IV, si, podendo ministrar-lhe, recusou ao doador os alimentos, de que este necessitava.

Art. 1.184. A revogação por qualquer destes motivos pleitear-se-á dentro em um anno, a contar de quando chegue ao conhecimento do doador o facto, que a autorisar.

Art. 1.185. O direito de que trata o artigo precedente não se transmite aos herdeiros do doador. nem prejudica os do donatario. Mas aquelles podem proseguir na acção iniciada pelo doador, continuando-a contra os herdeiros do donatario, si este fallecer depois de contestada a lide.

Art. 1.186. A revogação por ingratidão não prejudica os direitos adquiridos por terceiro, nem obriga o donatario a restituir os fructos, que percebeu antes de contestada a lide; mas sujeita-o a pagar os posteriores e, quando não possa restituir em especie as coisas doadas, a indemnisal-as pelo meio termo do seu valor.

Art. 1.187. Não se revogam por ingratidão:

I, as doações puramente remuneratorias;

II, as oneradas com encargo;

III, as que se fizerem em cumprimento de obrigação natural;

IV, as feitas para determinado casamento.

CAPITULO TERCEIRO

DAS RELAÇÕES ENTRE OS PAES E OS FILHOS LEGITIMOS

TITULO PRIMEIRO

Dos filhos legitimis

§ 103. *Da filiação legitima*

Filiação é a relação que o facto da procreação estabelece entre duas pessoas, das quaes uma é nascida da outra. (410)

Considerada com respeito ao filho, esta relação toma particularmente o nome de *filiação*; com respeito ao pai, o de *paternidade* e com respeito á mãe, o de *maternidade*. (411)

Diz-se *legitima* a filiação quando o pae e a mãe de que descende o filho, já se achavão ligados, ao tempo da concepção, por matrimonio valido ou putativo. (412)

Assim a *legitimidade* da filiação é determinada pela *legitimidade* das relações do pae e da mãe ao tempo da concepção.

A experiência, fundada em uma longa serie de factos cuidadosamente observados, demonstra que a gestação do

(410) Mourlon, loc. cit.

(411) Fr. 2, D. de statu homin. (1. 5); Mello, L. 2, T. 6, § 2.

(412) Os jurisconsultos romanos, apoiados na autoridade de Hypocrates, tomavão como prazo mais breve da gestação o espaço de 182 dias, seis meses completos (fr. 12 D. de stat. hom.) e como prazo mais longo o de dez meses (fr. 3, § 11, D. de suis. et legit. hered. (Q. 38. 16).

O Cod. Civil francez, art. 312, o Portug., art. 101, o do Chile e outras legislações modernas, aceitando como base os resultados de observações mais recentes, fixão o minimo da gestação em 180 e o maximo em 300 dias.

E' esta uma questão que, como judiciosamente observa Paschoal, depende do facto. A lei deve, pois, aceitar o resultado das observações dos homens competentes e sobre elle assentar o seu decreto.

O pensamento da lei é — que não se repute legitimo o filho que, nos termos expostos, nasce antes de estar completo o periodo minimo, ou depois de passado o maximo. Qual é o periodo minimo e qual o maximo, é questão da competencia da Medicina.

feto humano não pode, nem consummar-se antes de cento e oitenta dias depois da concepção nem protrahir-se além do decimo mez. (413)

Destes dados resulta que *podia* ser concebido na constancia do matrimonio, e portanto a lei reputa legitimo:

1.º O filho que nasce, passados 180 dias depois do casamento; (414)

2.º E o que nasce dentro dos 300 dias posteriores á dissolução da sociedade conjugal. (415)

Mas nem aquelle que, na primeira hypothese, nasce dentro dos 180 dias^a nem o que, na segunda, nasce depois de passados os 300 dias, podião ter sido concebidos na constancia do matrimonio; portanto não são havidos como legitimos. (416)

§ 104. *Da maternidade e paternidade.*

A *maternidade* revela-se por signaes exteriores inequívocos: a gravidez e o parto, — factos claros e positivos, susceptiveis de inspecção occular. E' neste sentido que deve ser entendida a maxima: *semper est certa mater.* (417)

A *paternidade*, porém, é por sua natureza occulta e incerta; e, pois, não pode ser firmada em prova directa, como a maternidade.

D'ahi a necessidade de funda-la em uma probabilidade que a lei eleva á cathogoria de presumpção legal. (418)

A *presumpção legal* é a seguinte:

“O filho concebido na constancia do matrimonio é

(413) Fr. 12, D. de stat. hom. (1. 5); Cod. Civil Fr., art. 312; Cod. Civil Port. art. 101. O prazo taxado por estes codigos é mais favoravel á legitimidade.

(414) Fr. 3, § 11, D. de suis. et legit. heredib. (38, 16). Codigos cit.; Repert. das ords. volum. 3 pag. 663.

Estes prazos não se contão por horas, de momento á momento; mas de *die ad diem*, por durações de 24 horas, de meia-noite á meia-noite. Fr. 8, D. de feriis et delationib. (2. 12); Mourlon, L. 1, T. 7, n. 863.

(415) Entendem alguns escriptores que em favor da legitimidade pode o prazo maximo ser prorogado por tres, quatro e mesmo sete dias. Mendes, P. I, L. 4, Cap. 3, n. 6; Phebo, Decis. 51.

O filho que nasce antes de passados os 180 dias, pode ficar legitimado pelo casamento subsequente.

(416) Fr. 5, D. de in jus vocando (2. 4)

(417) Valasc. Consult. 134, n. 2 e 3.

(418) Cit. fr. 5. D. in jus vocando; Mello, L. 2, T. 6, § 2

reputado ter por pae o marido de sua mãe.” *Pater est quem nuptiæ demonstrant.* (419)

Tal é a regra de direito.

I.º A dita regra tem á seu turno por fundamento esta outra presumpção: a da cohabitação dos conjugues ao tempo da concepção. (420)

Donde resulta que a regra pode ser subvertida por prova que illida a presumpção da cohabitação. (421)

A presumpção da cohabitação, fundamento da regra, illide-se deante da prova da impossibilidade fysica da cohabitação no praso legal da concepção.

II. A impossibilidade da cohabitação resulta da *impotencia* e da *separação*. (422)

A impotencia, ou seja anterior ou posterior ao casamento (423), não é aceita como causa de impossibilidade da cohabitação senão quando absoluta e certa, sendo indifferente que provenha de facto externo; como a mutilação, ou de molestia interna grave. (424)

A separação dos conjugues deve ser tal que torne materialmente impossivel a sua conjuncção, como a ausencia em lugar remoto; o encarceramento incommunicavel d’um d’elles. (425)

(419) Fr. 6, D. de is qui sui vel alieni jur sunt. (1, 6); Mourlon, L. 1, T. 7, n. 861.

(420) Cit. fr. 6, verb: sed mihi videtur; Mello, cit. § 2.

(421) Cit. fr. 6, D. de his que sui etc.; fr. 1, § 14, D. de agnoscend. et alend. liber. (25. 3); Mello cit. § 2.

(422) Os commentadores do Codigo Civil francez controvertem largamente a questão de saber se a impotencia anterior ao casamento pode ser recebida para excluir a presumpção legal da paternidade. E’ fora de duvida que a impotencia anterior pode ser tão absoluta, certa e susceptivel de prova como a posterior; não ha portanto rasão para denegar-lhe o effeito de illidir a presumpção da paternidade. Neste sentido Valette, *Explications Sommaires*, pag. 421; *Demol.* tom. 3, n. 35. Em contrario o Codigo Civil Port. art. 105.

(423) Fr. 6. D. de his qui sui etc. (1, 6): *Infirmirate interveniente vel alia causa, vel si ea valetudine paterfamilias fuit ut generare non possit.* Lobão, not. á Mello, L. 2, T. 6, § 2, n. 8. Mourlon cit. 874 e Toullier, tom. 2, n. 810.

(424) Fr. 1, § 14, D. de his qui sui, etc.; Lobão cit., n. 8; Mourlon cit., n. 872.

(425) Isto é de si mesmo evidente. Provada a impossibilidade do accesso nos primeiros 120 dias dos 300 que precederão ao nascimento, maximo da gestação, é claro que, sendo o minimo da gestação de 180 dias, não pode o filho ser do marido: para isso fora mister que nascesse vidavel antes de passados os 180 dias, espaço que vae do ultimo dos 120 dias ao ultimo dos 300 — o que seria contra os dados da experiencia aceitos pela lei. *Cod. Civ. Fr. art. 312, Port. art. 103; Veja-se a nota ao art. 101 do Projecto de Cod. Civ. de Hespanha por Goyena.*

III. E' mister que a impossibilidade fysica da cohabitação tenha subsistido no *praso legal* da concepção.

Pois que o parto perfeito não acontece nem antes dos 180 dias da data da concepção, nem 300 dias depois, segue-se que o *praso legal* da concepção não pode protrahir-se além dos primeiros 120 dias dos 300 que precedem ao nascimento. (426)

A presumpção legal da paternidade, portanto, só cessa, provada a impossibilidade da cohabitação dentro do dito praso de 120 dias. (427)

a) O art. 337 do Código dispõe: São legítimos os filhos concebidos na constancia do casamento, ainda que annullado, ou nullo, se se contrahio de boa fé.

Presumem-se concebidos na constancia do casamento, diz o art. 338, os filhos nascidos cento e oitenta dias depois de estabelecida a convivencia conjugal; os nascidos dentro nos trescentos dias subsequentes á dissolução da sociedade conjugal por morte, desquite ou annullação.

Art. 339. A legitimidade do filho nascido antes de decorridos os cento e oitenta dias de que trata o n. I do artigo antecedente, não pode, entretanto, ser contestada:

I, si o marido antes de casar tinha sciencia da gravidez da mulher;

II, si assistio, pessoalmente, ou por procurador, a lavar-se o termo de nascimento do filho, sem contestar a paternidade.

Art. 340. A legitimidade do filho concebido na constancia do casamento, ou presumido tal (arts. 338 e 339) só se pode contestar:

I, provando-se que o marido se achava physicamente impossibilitado de cohabitar com a mulher nos primeiros cento e vinte e um dias, ou mais, dos trezentos que houverem precedido ao nascimento do filho;

II, que a esse tempo estavam os conjuges legalmente separados.

(426) Quando a viuva passa á segundas nupcias dentro dos 120 dias que se seguem á morte do marido e tem parto ainda dentro dos 300 dias depois daquella data, dá-se a *confusio partus* e é difficil determinar quem é o pae: se o primeiro, se o segundo marido. Esta questão resolve-se á vista das provas e circumstancias. B. Carneiro, L. 1, T. 20, § 177, n. 17; Cod. Civ. do Chile, art. 200 e 201; Cod. Civ. Port. art. 1234; Rogron ao art. 228 do Cod. Civil Fr.

(427) Fr. 11, D. ad. leg. Juliam. de adult. (48. 5): cum possit et illa adultera esse et impubes defunctum patrem habuisse. Mello, L. 2, T. 6, § 6; Cod. Civ. Port. art. 103. A declaração da mulher de que o filho não é do marido não faz prova. B. Carneiro, L. 1, T. 20, § 177, n. 7.

Art. 341. Não valerá o motivo do artigo antecedente, n. II, si os conjuges houverem convivido algum dia sob o tecto conjugal.

Art. 342. Só em sendo absoluta a impotencia, vale a sua allegação contra a legitimidade do filho.

§ 105. *Do adulterio e divorcio quanto á legitimidade da paternidade.*

A prova de adulterio, ainda acompanhado da circumstancia da occultação do estado de gravidez e do parto, não destroe a presumpção legal da paternidade; porque, não obstante as relações criminosas da mulher com outra pessoa, o filho bem pode ser do marido, e, na duvida, prevalece a presumpção em favor da legitimidade. (428)

Os filhos que nascem 300 dias, depois da separação judicial e de facto dos conjuges, em virtude de sentença de divorcio perpetuo ou temporario, são havidos como illegítimos, porque o divorcio importa a cessação da presumpção da cohabitação. (429)

Todavia, como o divorcio não rompe o vinculo matrimonial, subsiste a legitimidade da filiação: — provando-se que o marido reconheceu o filho ou que teve contacto com a mulher durante o praso legal da concepção. (430)

a) No art. 343, o Código dispõe: Não basta o adulterio da mulher, com quem o marido vivia sob o mesmo tecto, para illidir a presumpção legal de legitimidade da prole.

Adoptam a mesma doutrina os Codigos francez, art. 313; italiano, art. 165; argentino, art. 252; uruguayo, art. 218; e o Codigo do Chile, art. 181.

Este codigo estabelece que “el adulterio de la mujer, aun cometido durante la epoca em que pudo effectuar-se la concepcion, no autorisa por si sólo al marido para reconocer al hijo como suyo. Pero probado el adulterio en esa epoca, se le admitirá la prueba de cualesquiera otros hechos conducentes a justificar que él no es el padre”.

(428) Cardoso, Praxe, verb. *Filius*, n. 10; Cod. Civ. Port. art. 101; Mourlon, L. 1, T. 7, n. 879.

(429) Veja-se art. 313 do C. C. Fr e os arts. 190 e 191 do Cod. do Chile.

(430) Quando a acção de contestação da legitimidade da filiação tem este fundamento, a denominação os Francezes — *action en desaveu*. Mourlon, L. 1, T. 7, n. 867.

CHACON em seu Código Civil chileno, escreve: Para que el marido pueda arrebatarse al hijo el estado civil en que nace es preciso que pruebe previamente el adulterio de la madre, esto es, la posibilidad de una paternidad estraña, i despues que haja constar que el no es el padre, esto es, que no ha tenido acceso a la mujer durante la epoca de la concepcion.

§ 106. *Da contestação da legitimidade da filiação.*

A legitimidade da filiação pode ser contestada:

1.º Em relação ao pae; (431)

Por não ter tido cohabitação com a mulher no *prazo legal* da concepção.

2.º Em relação á mãe; (432)

Pela prova de parto suposto; (433)

Pela negação da identidade da pessoa que se diz filho.

3.º Em relação tanto ao pae como á mãe; (434)

Por não ter havido casamento entre elles;

Por ser nullo o casamento.

Por não ter sido o filho concebido na constancia do matrimonio.

A acção de contestação de legitimidade da filiação varia de natureza, segundo o fundamento que lhe serve de base.

Assim que:

a) Quando tem por base o fundamento sob n. 1. (contestação da paternidade) pertence tão somente ao pae. Esta acção envolve essencialmente arguição de adulterio; permitti-la a outrem, alem do pae, fora despojar o marido do direito de resguardar a sua dignidade e a honra da familia. (435)

Mas, como á contestação da paternidade se prendem di-

(431) *Action en contestation* de l'état. Mourlon, cit.

(432) O parto se diz supposto: 1º quando a mulher se finge pejada e dá o parto alheio como seu; 2º ou quando substitue a sua por outra criança. Art. 254 do cod. crim.

(433) *Action en contestation de legitimité.*

Não temos, como os francezes, em nossa linguagem juridica expressões consagradas para designar a acção de contestação de legitimidade em cada um dos tres aspectos expostos. O cod. civil portuguez usa da fraze — impugnar a legitimidade — no sentido geral para exprimir a dita acção, qualquer que seja o seu fundamento. P. I, L. unic. T. 9, cap. 2.

(434) Cod. Civil (Fr.; C. C. Port., art. 106; DL 14 e 15, T. 2, Part. II; código do Chile e outros. Esta doutrina é consequencia da disposição do art. 252 do cod. crim.

(435) Mourlon, cit. L. T. 7, n. 897.

reitos transmissíveis por successão, a dita acção passa por morte do pae aos seus herdeiros. (436)

b) A acção de contestação de legitimidade da filiação por qualquer dos fundamentos sob o n. 2 e 3 pode ser indistinctamente exercida por todos aquelles á quem aproveitar a declaração da illegitimidade. (437)

c) O pae, pelo fundamento n. 1, a mãe pelos fundamentos n. 2, e ambos pelos fundamentos sob n. 3, podem intentar a acção de contestação de legitimidade com o unico fim de firmar por sentença a negação da filiação ou simplesmente a negação da legitimidade da filiação. (438)

A' outras quaesquer pessoas, porém, á quem a acção alludida possa competir, como os herdeiros do pae ou da mãe, não é licito propo-la senão com character prejudicial, isto é, como fundamento de outra que della deriva, como é a de petição de herança. (439)

Resta finalmente observar que a acção de contestação de legitimidade da filiação não prescreve em tempo algum; (440) mas prescrevem, passado o praso legal, os direitos hereditarios, que della dependem.

a) Cabe privativamente ao marido o direito de contestar a legitimidade dos filhos nascidos de sua mulher. (Codigo Civil, art. 344).

Vêr Códigos francez, arts. 312-317; italiano, arts. 162-167; portuguez, art. 106; argentino, art. 256; chileno, art. 182.

A acção para o marido contestar a legitimidade do filho de sua mulher prescreve em dois mezes contados do nascimento, salvo o caso do marido ter estado ausente ou de lhe terem occultado o nascimento, pois nesta hypothese a prescrição é de 3 mezes contados do dia do regresso á casa

(436) A contestação de legitimidade da filiação por qualquer dos fundamentos sob n. 2 e 3 não tem por fim destruir a presumpção — pater est quem nuptiæ demonstrant; — entende sómente com os filhos que não estão debaixo da protecção daquella maxima, como no caso de nullidade do casamento, de concepção antes do matrimonio, etc.

(437) Lobão, Not. á Mello, L. 2, T. 6, § 22, n. 2.

(438) Quando esta acção é intentada por terceiros, que não o pae ou a mãe, não tem um fim proprio: é proposta conjunctamente com outras, com character simplesmente prejudicial.

(439) O cod. civil fr., art. 316 e 318 e o port. art. 107 marçáo um praso breve para a iniciação da acção de contestação da paternidade, sob pena de prescrição. Não temos lei a respeito; portanto semelhante acção não pode prescrever em tempo algum, visto como entra na classe das *prejudiciaes*, isto é, das que tem por objecto o estado das pessoas, as quaes são imprescriptíveis.

(440) Doctr. das Acç. nota 66.

conjugal ou da data do conhecimento do facto (arts. 178, § 3º, e § 4º).

A acção, de que trata o art. 344, uma vez iniciada, passa aos herdeiros do marido. E' o que dispõe o art. 345 que seguiu a doutrina do Direito romano segundo o qual, si o marido morresse sem ter proposto a acção de contestação de legitimidade do filho, os herdeiros não a podiam propôr.

Os codigos estrangeiros adoptam outra doutrina.

O codigo francez, art. 317, morrendo o marido antes de expirado o prazo para propôr a dita acção, os herdeiros podem propol-a. O codigo hespanhol, art. 112, dá aos herdeiros do marido o direito de impugnar a legitimidade do filho em tres casos: a) si o marido fallecer antes de esgotado o prazo concedido para deduzir a sua acção; b) si morre depois de iniciada a acção; c) si o filho é posthumo. Vêr ainda os codigos italiano, arts. 167 e 169; portuguez, art. 108; argentino, art. 258; chileno, arts. 164 e 165; uruguayo, art. 221.

— No art. 346 preceitúa o Codigo: Não basta confissão materna para excluir a paternidade.

Vêr Codigo francez, art. 318; hespanhol, art. 109; italiano, art. 165; argentino, art. 255; chileno, art. 188, ultima parte.

A razão principal, diz Clovis no seu Codigo civil, volume 2º, porque a confissão materna é inoperante para a exclusão da paternidade, é a suspeita de que sómente por um impulso de odio, que lhe tenha nublado a razão e obliterado o pudor, a mãe virá, de publico, declarar que seu filho não é legitimo. Um tal depoimento deve ser recebido com prevenção. Mas poderá ser verdadeiro, e a lei o aceita para confirmação de outras provas.

§ 107. *Acção de filiação.*

Os filhos de legitimas nupcias que tem á seu favor a presumpção legal da legitimidade, são mantidos na posse do seu estado, em quanto o contrario não for declarado por sentença passada em julgado. (441)

A' aquelle, porém, á quem o pai ou a mãe impugnão reconhecer por tal, compete a acção de filiação para vindicar o seu estado de filho legitimo. (442)

Esta acção tem um fim duplo: um, directo, principal e puramente moral — o estado de filho legitimo; o outro, ac-

(441) Fr. 5. D. de agnoscend. et alend. Dotrin. das Acç. § 36.

(442) Lob. á Mello, L. 2, T. 6, § 22, n. 2.

cessorio e dependente do primeiro — o complexo dos direitos que resultão do estado de filho legítimo.

Quando ella tem por objecto unicamente a vindicação do estado da pessoa, é privativa do filho (443)

Mas quando a qualidade de filho legítimo é invocada para fundamentar direitos successorios, a dita acção toma o nome de *habilitação* e pode ser intentada por quem quer que tenha direitos á fazer valer contra os que estão na posse da herança deixada pelo pai ou pela mãe. (444)

A acção de filiação não prescreve em tempo algum; são todavia sujeitos á prescripção os direitos hereditarios, inherentes á qualidade de filho legítimo. (445)

a) “A acção de prova da filiação legitima compete ao filho, enquanto viver, passando aos herdeiros, si elle morrer menor, ou incapaz.” Art. 350 do Codigo Civil.

“Si a acção tiver sido iniciada pelo filho poderão continuar-a os herdeiros, salvo si o autor desistio, ou a instancia foi perempta (art. 351).

Na legislação estrangeira os Codigos francez, arts. 329-330; hespanhol, art. 118; italiano, art. 178; venezuelano, art. 228.

A acção é imprescriptivel durante a vida do filho e extingue-se com a sua morte si elle morre maior e capaz, si elle morre menor ou incapaz, prescreve em um anno contado da data do fallecimento. (Art. 178 § 6, n. XII).

Si o registro não existe ou tem defeito, o filho, para provar a filiação legitima, terá de justificar previamente as condições do art. 349, isto é, começo de prova por escripto proveniente dos pais, conjuncta ou separadamente, ou vehementes presumpções resultantes de factos já certos. Só depois disso, o filho deduzirá os meios admissiveis em direito para prova de filiação.

§ 108. *Da prova da filiação legitima.*

A prova da filiação legitima presuppõe a prova dos factos seguintes:

- 1.º Do casamento entre o pai e a mãe;
- 2.º Do nascimento do filho (parto);
- 3.º Da identidade da pessoa do filho;

(443) Como no caso do art. 32 do Reg. de 15 de junho de 1859.

(444) Mourlon, L.1, T. 7, n. 931.

4.º Da concepção na constancia do matrimonio.

I. O casamento e o nascimento provão-se pelas certidões extrahidas dos livros competentes, e em falta, por testemunhas. (446)

A prova do casamento e a do nascimento no praso legal importão a presumpção da paternidade. (447)

A certidão do nascimento prova a maternidade. (448)

Da prova do nascimento no tempo legal resulta a presumpção da concepção na constancia do matrimonio.

A identidade prova-se por testemunhas. (449)

II. Na falta da certidão de nascimento, ou por se não ter feito o respectivo assentamento ou por se ter extraviado o livro, a filiação legitima pode ser provada pela *posse do estado*. (450)

Resulta a *posse do estado* de uma serie de factos que por sua significação importão o reconhecimento do filho pela familia á que se diz pertencer. (451)

Para produzir o indicado effeito deve a *posse do estado*

(445) Lei de 24 de setemb. de 1829; Consolidação das leis civis, art. 2 a 7.

Não temos propriamente registro de nascimento para as pessoas catholicas. Este registro é suprido pelo assentamento de baptismo, no qual ordinariamente são declarados os nomes do pae e mãe legitimos do baptisado. O registro civil creado pelo decreto n. 798 de 18 de junho de 1851 não está ainda em pratica, por ter sido o dito decreto suspenso pelo de 29 de janeiro de 1852.

O assento de baptismo, bem como *l'act de naissance* dos francezes, não contem senão uma declaração do nascimento feita por terceiro — nascimento que não é testemunhado pelo parochro ou official encarregado do registro; todavia o Direito da-lhes a força de prova. Vej. Mourlon, L. 1º, T. 7, n. 905.

Sobre o registro de nascimentos de filhos pertencentes ás religiões dissidentes, veja-se a lei de 11 de setemb. de 1861, art. 2 e decreto de 17 de abril de 1863, art. 19, 31 e 47.

Nos diversos bispados do Imperio subsiste a pratica de na falta de assentamento feito opportunamente, abrir-se novo em virtude de justificação dada no juizo ecclesiastico

(446) Lobão á Meilo, L. 2, T. 6, § 22, n. 1.

(447) Veja-se a nota 1 acima.

(448) A certidão do nascimento prova o parto, mas não a identidade.

(449) Cardoso, Praxe, verb. *filius*, n. 2; Lobão, Acç. Sum. § 251; cod. civil Port. art. 114.

(450) A posse do estado de filho é principalmente constituida por tres factos:

Nominatio: quando o filho tem o appellido do pae;

Tractatus: quando é tratado de filho pelo pae e pela mãe e por elles educado;

Reputatio: quando é tido e havido por filho na familia e pelos visinhos. Cardoso, verb. cit.; Pheb. Decis. 76; Mourlon, L. 1º, T. 7, n. 908; Acç. Sum. § 251.

(451) Mourlon cit., n. 910.

ser *constante* e sem *interpolação* (452), *simultanea* e *indivisível* em relação ao pai e á mãe. (453)

A *posse do estado* pode ser firmada em juizo por todo o genero de provas admittidas em direito. (454)

A prova da *posse do estado* induz virtualmente, e, portanto, supre: a prova do nascimento, a da paternidade e a da maternidade.

Mas della não resulta a prova do casamento. Assim que para firmar a legitimidade da filiação na hypòthese figurada, é mister, além da prova do *estado da pessoa*, accrescentar a prova do casamento em forma legal. (454)

a) “A filiação legitima prova-se pela certidão de termo do nascimento, inscripto no registro civil (art. 347 do Codigo Civil).

Na legislação estrangeira os Codigos francez, art. 319; portuguez, art. 114; hespanhol, art. 115; italiano, art. 170; venezuelano, art. 222.

O Decreto n. 181 de Janeiro de 1890, art. 8 § unico, incluia disposição mais ampla permittindo a prova do parentesco legitimo, quando não fôr notorio ou confessado, pelo acto do nascimento dos contrahentes, ou pelo do casamento dos seus ascendentes.

“Ninguem pôde vindicar estado contrario ao que resulta do registro do nascimento” (art. 348 do Codigo).

Na legislação estrangeira os Codigos francez, art. 232; portuguez, art. 117; italiano, art. 173.

Feito com as formalidades exigidas pela lei, o registro tem grande força probante, tendo inteira fé publica.

“Na falta ou defeito do termo de nascimento poderá provar-se a filiação legitima, por qualquer modo admissivel em direito:

I. Quando houver começo de prova por escripto, proveniente dos pais, conjuncta ou separadamente.

II. Quando existirem vehementes presumpções resultantes de factos já certos (Codigo Civil, art. 349).

Na legislação estrangeira os Codigos francez, art. 323; portuguez, art. 116; italiano, art. 174; hespanhol, art. 117; argentino, art. 263.

(452) Mourlon cit., n. 911.

(454) Como cartas epistolares, documentos de diversa natureza, depoimento de testemunhas, etc.

(454) O § 2 da ord. L. 4, T. 46 acha-se derogado entre nós.

(456) Os legitimados por matrimonio seguinte então neste capitulo porque são em tudo equiparados aos legitimos. Sendo menores cahem, pela legitimação, sob o patrio poder.

TITULO SEGUNDO

Dos filhos legitimados por subseqüente matrimonio. (456)

§ 109. *Que filhos podem ser legitimados por subseqüente matrimonio?*

Por um principio de equidade permite a lei que o casamento, que ergue á posição de esposos legitimos o homem e a mulher que tiverão relações illicitas, retrotraia os seus effeitos e torne tambem legitima a prole antes havida.

Mas, como podem ter existido entre o homem e a mulher impedimentos que, embora dispensaveis, communicão, todavia, ás relações havidas um character de profunda immoralidade: occorrendo taes impedimentos, é denegado aos filhos o effeito retroactivo da legitimação.

Esses impedimentos são: o que provem do vinculo matrimonial (*ligaminis*) e os que resultão de parentesco em gráu prohibido.

Não podem, portanto, ser legitimados por matrimonio seguinte os filhos que nascerão de adulterio ou de incesto. (457)

Reputão-se incestuosos para o dito fim os que nascem de pai e mãe ligados por parentesco, que, segundo o Direito Civil, importa prohibição para casamento. (458)

A legitimação é determinada pelo tempo da concepção ou do nascimento, segundo for mais favoravel ao filho. (459) Assim se o impedimento não existia ao tempo da concepção, mas sobreveiu antes do nascimento; (460) ou existia ao tem-

(457) Const. 10. 11 C. de naturalib. liber. § 13, I. de nuptiis (1. 10), C. 6. X qui sint filii legitimi; ord. L. 2, T. 35, § 12. Veja-se a nota XI no fim.

(457) Dig. Port. P. II. art. 465. Por Direito civil (romano) o casamento era prohibido entre os collateraes, dentro do 2º gráu; e entre os parentes que estavam entre si em relação de pae e filho (*respectu parentela*) como tio e sobrinha, e entre os affins nos mesmos grãos. Hein. ad Pandect. P. IV, § 116; Makeldey, § 544 e 545.

(458) Novella 89, cap. 8, § 1.

(459) Como quando o pae era solteiro ao tempo da concepção e já casado com outra mulher ao tempo do nascimento do filho.

(460) Como se era casado na epoca da concepção e já viuvo no tempo do nascimento.

po da concepção, mas cessou antes do nascimento (461): nestes dous casos o filho se legitima pelo subseqüente matrimonio.

Da doutrina exposta resulta que podem ser legitimados por subseqüente matrimonio todos os filhos que não entrão na definição de adulterinos ou de incestuosos, sem embargo de que entre o pai e a mãe tivessem existido impedimentos de outra natureza, como o de rapto, de disparidade de culto etc. (462)

§ 110. *Natureza e efeitos da legitimação.*

Os filhos legitimados por matrimonio seguinte são por direito considerados á todos os respeitos como se forão nascidos e gerados na constancia do matrimonio. (463)

Desta identificação operada pela lei resulta que á taes filhos convém todás as relações de direito que tem por base a qualidade de filho legitimo.

O casamento retrotrahe os seus efeitos ao tempo do nascimento dos filhos. (464)

Todavia esta retroação não affecta os actos consumados, nem os direitos deferidos antes da legitimação. (465)

Nos termos expostos, o matrimonio legitima não só os filhos vivos, senão também os fallecidos em proveito de seus descendentes. (466)

Os impedimentos do Direito Canonico nos grãos de parentesco em que o Direito Civil não prohibe o casamento, não impossibilitão a legitimação. Guerreiro, Tract. 2, L. 1, cap. 4, n. 89. Dig. Port. P. II, art. 415.

(462) Ord. L.2, T. 35, § 2: "porque este *legitimado* é em todo *perfeitamente legitimo*."

E' questão se o matrimonio putativo produz o efeito de legitimar os filhos antes havidos. Inclino-me a solução negativa, porque a lei equipara o matrimonio putativo ao valido para os efeitos posteriores: retrotrahil-o aos factos anteriores é ampliar a ficção alem dos termos da sua definição: — o que é inadmissivel. Em contrario B. Carneiro, L. 1, § 203, n. 8:

(463) Lobão, Dissert. 1^a das anonymas, § 30; B. Carneiro, L. 1, T. 23, § 204, n. 1.

(464) Mourlon, L. 1, T. 7, n. 943. E' regra geral de Direito acerca da *retroactividade*.

(465) Gomez á Lei Taur. 9, n. 61; Peres ad Const. 5 C. T. 27, n. 17.

A legitimação prevalece ainda que tivesse intermeiado casamento com outra pessoa. B. Carneiro, cit. § 203, n. 10.

(466) Mello, L. 2, T. 5, § 16 nota; Peres ad Const. 5 C. de nat. liber. (T. 27, n. 10); Dig. Port. Part. II, art. 474.

Do facto do casamento resulta necessariamente a legitimação: o que pode dar lugar á discussão é a questão de prova da filiação.

Segundo o D. R., o filho podia recusar a legitimação. (Novell. 89, ca-

§ III. *Da prova da filiação dos legitimados.*

A legitimação por subsequente matrimonio opera-se por força da lei, independentemente do consentimento do pai e do filho. (467)

Mas, como nasceu antes do casamento, o filho não tem em seu favor, como os legitimados, a presumpção legal da paternidade.

Assim que o facto do casamento não basta para provar a paternidade. (468)

A prova se estabelece ordinariamente pela posse do estado, e o filho é nella mantido enquanto o contrario não é declarado em juizo por via de acção competente.

Pode ainda a paternidade ser firmada, pelo reconhecimento do pai em escriptura publica ou em testamento, ou por qualquer genero de provas em direito admittidas.

Ao filho fica sempre salva a acção para se fazer reconhecer legitimado pelo subsequente matrimonio. (469)

Pode, porém, a legitimação ser contestada pelo marido, por seus herdeiros ou por terceiros interessados. (470)

a) "Os filhos legitimados são, em tudo, equiparados aos legitimados". Código Civil, art. 352.

Vêr Codigos francez, art. 333; hespanhol, art. 122; italiano, art. 197; portuguez, art. 121; chileno, art. 214; argentino, art. 319

"A legitimação resulta do casamento dos pais, estando concebido ou depois de havido o filho" (Código Civil, art. 353).

pitulo II). Provinha esta disposição da natureza do patrio poder entre os Romanos. Não consentia a lei que uma pessoa *sui juris*, contra sua vontade, perdesse a sua personalidade e se submettesse ao poder de outra. Hoje, porem, afrouxado o rigor do patrio poder, cessou a razão da doutrina romana, e geralmente entende-se que a legitimação opera os seus efeitos em relação aos filhos, independentemente do consentimento delles. Cod. civil Port. art. 118 e seguintes.

(467) Lob. Morgados, cap. 11, § 8 in fine.

E' evidente que o filho, na hypothese de subsequente matrimonio não tem em seu favor a presumpção legal da paternidade. O cod. civil fr. exige reconhecimento do pae, antes ou no acto do casamento, art. 331.

A lei de 2 de setemb. de 1847 não entende com os filhos legitimados por matrimonio seguinte. Consol. das leis civis, not. 3 ao art. 215.

(468) Doctr. das Acções, § 36. O cod. civil fr. cit. art. 331, denega ao filho esta acção; concede-a expressamente o cod. civil Port. art. 119, n. 2.

(469) Guerr. Tract. 2, L. 1, cap. 5, n. 100 e seg.; D. Port. P. II, artigo 476.

O Código suíço, art. 258, e o venezuelano, art. 248 não estabelecem condição ou restrição alguma para que a legitimação resulte, de pleno direito, do casamento.

Os Códigos hespanhol, art. 119; italiano, art. 194; chileno, art. 205; argentino, art. 311, não permitem a legitimação *por subsequente matrimonio* dos espúrios, ou, em particular, dos adúlteros.

O artigo 353 deu solução a uma grande controversia quanto á amplitude da legitimação.

No direito actual, a legitimação póde resultar:

a) do casamento valido, depois de concebido ou nascido o filho: ainda que seja adúlterino;

b) do casamento putativo em favor de ambos ou de um só dos conjuges; ainda que o filho seja adúlterino ou incestuoso;

c) do casamento annullavel.

Assim nenhum filho se exclúe do beneficio da legitimação.

Commentando o artigo, escreve Merêa, Código Civil Brasileiro: Nada ha na lei que prohiba a legitimação dos filhos adúlterinos; pelo contrario, desde que dissolvido o casamento do adúltero e não havendo impedimento ao novo casamento, o conjuge adúltero se consorcia com seu cúmplice, os filhos havidos do adúlterio ficam *ipso facto* legitimados, pois tem plena applicação o art. 353.

Si, porém, houve condemnação pelo crime de adúlterio, o casamento que legitimaria os filhos não póde ter lugar (art. 183, VII) e pela mesma razão — impossibilidade de casamento — não podem, salvo o caso de matrimonio putativo, ser legitimados os filhos incestuosos."

Clovis, em seu Código Civil, pag. 321, considera que podem legitimar-se todos os illegítimos, sejam naturaes ou espúrios, contanto que os pais se unam, legitimamente, pelo casamento. Seria injusto, além de illogico, permittir o casamento aos que se uniram contra o direito e a moral, e fazer recahir, sobre os fructos dessa união reprovada, o estygma da espuriedade.

Produz o mesmo effeito do casamento valido, o que é declarado putativo em attenção á bôa fé dos conjuges, ou sequer á de um delles.

Pouco importa que entre o nascimento do filho e o casamento dos seus pais, tenha intervindo outro matrimonio. Casados os pais, a acção letigimadora do casamento reflue sobre o filho e vai alcançal-o no momento da sua concepção, expungindo a nota da illegitimidade.

Este effeito retroactivo tem apenas uma função moral. Nem o filho legitimado adquire direitos hereditarios anterio-

res á legitimação, nem aos pais aproveita o usufructo dos bens do filho antes do casamento.”

“A legitimação dos filhos fallecidos aproveita aos seus descendentes.” (Codigo Civil, art. 354).

Vêr Codigos francez, art. 322; hespanhol, art. 124; italiano, art. 196; portuguez, art. 120; argentino, art. 316; uruguayo, art. 230.

Abrangendo a legitimação os filhos nascidos ou concebidos antes do casamento dos pais, devem os seus effeitos se estender aos já fallecidos que deixaram prole. Quando não puderem aproveitar della, cessará ou não será applicado o dispositivo. Os descendentes, em cujo beneficio se admite a legitimação dos filhos premortos, podem ser, além dos legitimos, os illegitimos. O Codigo Civil não faz distincção entre elles.

TITULO TERCEIRO

Dos direitos entre os paes e os filhosfamilias

§ 112. *Generalidades.*

Nó decurso da menoridade fallece ao ente humano a capacidade indispensavel para prover ás suas necessidades e reger sua pessoa e bens.

E' mister que alguém tome o infante sob sua protecção, que o alimente, que cultive os germens que lhe brotão no espirito; que, em uma palavra, o eduque, e zele e defenda seus interesses.

Esta nobre missão a natureza confiou-a ao pai e á mãe. Presupõe elle tanto em um como em outro, certos direitos sobre a pessoa e bens do filho. Estes direitos em seu complexo constituem o que se chama *patrio poder*.

Tem elle por fundamento a incapacidade do menor;

Consiste no direito de educa-lo, de defender-lhe a pessoa, e de guardar e zelar-lhe os bens;

Compete tanto ao pai como á mãe.

Tal é no ponto de vista filosofico o *patrio poder*.

Mas não é assim, nesta pureza, que tem sido elle comprehendido e regulado pelo Direito positivo.

Modeladas em sua generalidade pelas formulas severas do Direito romano, que, neste assumpto, reproduz em energico resumo, o genio dominador e avaro do povo latino, as leis civis tem desnaturado grosseiramente a instituição do patrio poder, acrescentando-lhe attribuições inconciliaveis com a sua indole e razão de ser e convertendo-o, por uma singular inversão de seu fim, em pesado instrumento da prepotencia, do orgulho e da cobiça dos pais.

Assim que:

O patrio poder rouba ao filho a independencia pessoal nas relações do direito privado; despoja-o em favor do pai dos rendimentos da classe mais importante de seus bens: seu jugo não cessa com a menoridade.

Felizmente, porém, graças ao progresso das luzes, vão os legisladores modernos reconhecendo a necessidade de separa-lo dos elementos estranhos que o disvirtuão, esforçando-se por aproxima-lo do typo filosofico. E' esta a tendencia que predomina nos codigos recentemente promulgados. (470)

Entre nós prevalece ainda acerca deste grave assumpto a antiga legislação portugueza que não é senão a reprodução do Direito Romano, no estado em que o deixára o imperador Justiniano, com as modificações que o tempo e os costumes lhe forão fazendo. (471)

§ 113. *Do patrio poder.*

Em sentido legal, o *patrio poder* é o *todo* que resulta do conjuncto dos diversos direitos que a lei concede ao pai sobre a pessoa e bens do filho familias.

(470) Veja-se o cod. civil fr. L. 1, T. 9: o Port. P. I, L. unic., T. 9. Secção 7 e seg.; o do Chile, art. 240 a 263.

(471) A instituição do patrio poder, tal como se acha constituida pelo nosso direito, é um invento absurdo, imaginado antes em utilidade e vantagem do pae do que em beneficio do filho.

O jugo do patrio poder, prolongando-se irracionalmente alem da menoridade e dando ao pae o direito de usufruir os bens do filho pertencentes á vasta classe dos adventicios, entre os quaes figurão as legitimas maternas e as heranças deixadas por extranhos, envolve em si uma tirannia cruel, incompativel com as idéas do seculo e contra a qual bradão com toda a energia os mais sagrados direitos e as mais santas aspirações.

Quantos entes, fadados para a felicidade, e em maior numero os do sexo fraco, não vegetão ahi, durante a mais formosa quadra da vida, encerrados em carcerees privados, ou comprimidos sob as falsas apparencias da

Compete exclusivamente ao pai (472) e só recahe: sobre os filhos que nascem de justas nupcias (473) e sobre os menores legitimados por subsequente matrimonio. (474)

Não lhe são por conseguinte sujeitos: os filhos illegítimos, quer simplesmente naturaes, quer esurios, embora reconhecidos ou legalmente perfilhados; nem tão pouco os adoptivos. (475)

Perdura emquanto não é dissolvido por algum dos modos estabelecidos em lei, qualquer aliás que seja a idade do filho. (476)

Suposto o patrio-poder, em sua integridade, seja da exclusiva competencia do pai, todavia alguns dos seus attributos podem ser exercidos por outra pessoa que não o pai. (477)

Assim a *tutela* não é senão um aggregado de parcelas do patrio poder. Mas o tutor não tem patrio poder, porque faltão-lhe alguns dos attributos essenciaes daquelle poder, como é o direito de usufruir o peculio do menor, o de fazer substituição pupillar.

O filho que está sob o patrio poder, é chamado em direito *filho-familias*. (478)

grandeza e elegancia, com a alma a anhelar venturas impossiveis, porque a avareza paterna, reciosa de perder o usufructo do peculio, lhes embarga a emancipação!?

E'mister acabar com esta tirannia.

Imitemos o exemplo dado pelos povos cultos. Em França, em Portugal, no Chile e em muitos outros paizes, o patrio poder termina pela maioridade do filho familias. Cod. civil fr. art. 372, cod. civil port. art. 170, § 3, cod. do Chile, art. 264 & 269.

Em França o usufructo legal do pae cessa chegando o filho familias á idade completa de dezoito annos, (cod. civil, art. 384) "porque aliás, observa Mourlon, o pae e a mãe seriam interessados em recusar-lhe obstinadamente a emancipação. (Rep. Ecrit. L. 1, T. 9, n. 1055).

(472) Ord. L. 4, T. 87, § 7; Mello, L. 2, T. 4, § 6 e 15.

(473) Mello, L. 2, T. 5, § 1; B. Carneiro, L. 1, T. 21, § 184, n. 3.

(474) Ord. L. 2, T. 35, § 12 verb.: porque este *legitimado* (por matrimonio seguinte) é em todo perfeitamente *legítimo*.

(475) Guerreiro, Tract. 2, L. 1, cap. 5, n. 65; B. Carneiro, cit. § 184, n. 9; Digest. Port. P. II, art. 486. Portug. de Donaton. L. 3, C. 18, n. 106 e seguintes.

(476) Ord. L. 4, T. 81, § 3; Provis. de 24 de maio de 1823 e Decr. de 1 de fevereiro de 1848.

(477) A. mãe e o proprio avô exercem tambem attributos do patrio poder. Quanto á mãe, veja-se Mello, L. 2, T. 4, § 15, e quanto ao avô, a ord. L. 4, T. 102, § 1.

(478) Ord. L. 4, T. 81, § 3.

Os direitos que em sua reunião formão o patrio poder, quebrão-se em duas ramificações:

Direitos que dizem respeito á pessoa do filho familias;
Direitos que concêrnem aos bens.

a) “Os filhos legitimos, os legitimados, os legalmente reconhecidos e os adoptivos estão sujeitos ao patrio poder, emquanto menores.” (Codigo Civil, art. 379).

Vêr os Codigos francez, arts. 372 e 384; portuguez, art. 137; italiano, art. 220; hespanhol, art. 154; chileno, art. 219.

“Durante o casamento, exerce o patrio poder o marido, como chefe da familia (art. 233) e, na falta ou impedimento seu, a mulher.” Codigo Civil, art. 380.

A doutrina exposta nos paragraphos foi modificada pelo Codigo que adoptou concepção diversa do patrio poder collocando debaixo de seu dominio, não só os filhos legitimos e legitimados, como os adoptivos e os legalmente reconhecidos.

No direito actual, a mãe tambem exerce o patrio poder, na falta ou impedimento do pai.

Vêr Codigos francez, art. 372; hespanhol, art. 154; italiano, art. 220; portuguez, arts. 138 e 139; chileno, arts. 219 e 222; argentino, arts. 265 e 305.

“O desquite não altera as relações entre pais e filhos, senão quanto ao direito que aos primeiros cabe, de terem em sua companhia os segundos” arts. 326 e 327 (Codigo Civil, art. 384).

Com o desquite fica dissolvida a sociedade conjugal, mas continúa a parental, mantidas as relações entre pais e filhos; estas só se modificam nõ que fôr necessario para attender-se á situação dos conjuges, e á necessidade de deixar, com o innocente, os filhos, ou então com aquelle a quem couber esse direito conforme o disposto nos arts. 326, §§ 1º, 2º e 327.

“Dissolvido o casamento pela morte de um dos conjuges, o patrio poder compete ao conjuge sobrevivente.” (Codigo Civil, art. 382).

Vêr Codigos francez, arts. 384, 389, 390 e 391; italiano, art. 220, ultima parte; portuguez, art. 155; hespanhol, art. 154; argentino, art. 305.

Segundo o Decreto n° 181 de 1890, art. 94, a binuba e a mulher separada do marido, quando culpada, não podiam administrar os bens dos filhos, nem ser tutoras ou curadoras.

Os direitos e deveres que, no seu conjuncto, formam o patrio poder, se concentram no conjuge sobrevivente, não importando que seja este a mulher, mesmo desquitada, porque

dá-se o disposto no art. 381 em que o desquite não altera as relações entre pais e filhos.

“O filho ilegítimo não reconhecido pelo pai fica sob o poder materno. Si, porém, a mãe não fôr conhecida, ou capaz de exercer o patrio poder, dar-se-á tutor ao menor.” (Codigo Civil, art. 383).

Vêr Codigos francez, art. 283; hespanhol, art. 154; italiano, art. 184; portuguez, art. 286; argentino, art. 328.

§ 114. *A. Direitos do pai quanto a pessoa do filho familias.*

Compete ao pai pelo que respeita á pessoa dos filhos familias:

1.º Determinar o genero de educação que lhes convem dar, marcar o lugar em que devem recebe-la e escolher os mestres; (479)

2.º Te-los em sua companhia, sob sua guarda e sujeição; (480)

3.º Corrigi-los e castiga-los moderadamente em quanto forem menores; (481)

4.º Exigir que lhe prestem gratuitamente os serviços proprios de sua idade e condição; (482)

5.º Conceder ou negar-lhes consentimento para casamento; (483)

6.º Nomear-lhes tutor em testamento; (484)

7.º Fazer testamento por elles e nomear-lhes herdeiro para o caso de fallecerem dentro da pupillar idade; (485)

8.º Representa-los nos actos da vida civil, quer judicias, quer extrajudicias; (486)

(479) Mello, L. 2, T. 4, § 10; Lobão, Obrig. Recipr. P. I. cap. 3, § 46 e seguintes.

(480) Ord. L. 1, 88, § 6; B. Carneiro, L. 1, T. 21, § 185, n. 2.

(481) Art. 14, § 6 do cod. crim. do Imperio. Resol. de 20 de abril e de 20 de julho de 1751. O pae pode prender o filho em casa, por correição, sem incorrer em crime de carcere privado. Repert. das ords. tom. 3, pag. 934, B. Carneiro, cit. § 185, n. 8.

Pode o pae requerer ao magistrado a prisão do filho em castigo? Não, porque não ha lei conferindo ao poder judiciario tal attribuição.

(482) Ord. L. 1, T. 88, § 13 (arg.); Mello, L. 2, T. 4, § 11; B. Carneiro, L. 1, T. 21, § 185, n. 5.

(483) Lei de 6 de out. de 1784, § 4.

(484) Ord. L. 4, T. 102, § 1.

(485) Ord. L. 4, T. 87, § 7.

(486) Ord. L. 3, T. 41, § 8. Gab. Pereira, Decis. 19; Mello, L. 2, T. 4, § 12.

9. Dar em nome delles queixas por crimes de que tenham sido victimas; (487)

10. Reclamar, por via de acção competente, que lhe sejam restituídos por quem injustamente os detenha sob seu poder. (488)

a) “Compete aos pais quanto á pessoa dos filhos menores:

I. Dirigir-lhes a criação e educação.

II. Tel-os em sua companhia e guarda.

III. Conceder-lhes ou negar-lhes consentimento, para casarem.

IV. Nomear-lhes tutor por testamento ou documento autentico, si o outro dos pais não lhe sobreviver ou o sobrevivente não puder exercitar o patrio poder.

V. Represental-os nos actos da vida civil.

VI. Reclamal-os de quem illegalmente, os detenha.

VII Exigir que lhes prestem obediencia, respeito e os serviços proprios de sua idade e condição. (Codigo Civil, art. 384).

Vêr Codigos francez, arts. 203, 374 e seguintes, hespanhol, art. 155; italiano, arts. 220 e seguintes; portuguez, arts. 137, 140 e 142; argentino, arts. 265, 168 e 277.

O pai pôde corrigir e castigar — moderadamente os filhos enquanto forem menores. O Codigo não enumera entre os direitos do pai, mas o permite desde que estabeleça como causa de perda do patrio poder o *castigar immoderadamente* art. 395, § 1º.

§ 115. B. Direitos quanto aos bens.

Noção dos peculios.

Os bens que formão o patrimonio dos filhos familias recebem a denominação de *peculios* e são sujeitos á um regimen especial. (489)

(487) Art. 72, 75, § 5 do cod. crim. Pela antiga legislação podia o pae por propria authoridade defender o filho familias no juizo criminal. Mello, L. 1, T. 4, § 9. Esta doutrina não prevalece hoje. Se o filho familias é menor, o juiz dá-lhe curador, mas o pae não pode por direito proprio figurar no processo como defensor delie, salvo no caracter de procurador, se é maior, ou de curador nomeado pelo juiz, se é menor.

(488) Mello, L. 1, T. 4, § 8; B. Carneiro, L. 1, T. 21, § 185, n. 4. Doctr. das Acç. § 44.

(489) O sistema do nosso Direito sobre o regimen dos peculios dos filhos familias, tirado do Direito Romano, é complicado, defeituoso e irracional. O Direito Romano sobre este assumpto é uma criação historica que se foi lentamente formando e recebendo modificações á proporção que ia

Estes bens distribuem-se, segundo a sua origem de aquisição, em quatro classes, cada uma com o seu nome consagrado na linguagem jurídica, a saber:

I. *Peculio profecticio*: consta da porção de bens que o pai *realmente separa* do acervo de seus haveres e *entrega* ao filho famílias para que este em seu proprio nome os *administre*. (490)

São reputados parte deste peculio os fructos, rendimentos e ganhos que d'elle procedem, acontecidos emquanto o filho famílias vive em companhia do pai ou da mãe. (491)

afrouxando o rigor do patrio poder. Esta elaboração deu em resultado um todo disforme e incoherente. (Vej. Marezoll, Droit Romain, § 176).

A legislação moderna tem simplificado esta materia sujeitando-a á regras claras e justas. Segundo o cod. civil francez, todos os bens do filho famílias formão um só patrimonio, regido por principios uniformes. O usufructo legal que compete ao pae termina ao completar o filho famílias dezoito annos de idade e comprehende todos os bens, salvo: 1° os que o filho adquire por trabalho separado do do pae, ou por industria distincta do estado ou profissão paterna; 2° os que lhe forão doados ou legados sob expressa condição de que nem o pae nem a mãe tenham o usufructo, e 3° finalmente os bens que vierão por uma successão, desviada do pae ou da mãe por *causa de indignidade*. Mourlon, Rep. Ecri. L. 1, T. 9, n. 1058.

O cod. civil Port. (art. 144 á 149), suposto consagre quatro classes diversas de peculios, todavia regulou a materia d'um modo justo e conveniente.

(490) Ord. L. 4, T. 97, § 10 e 16; fr. 5, § 4; fr. 7, § 8 D. de pecul. (15. 1); § 1°. Per quas person. nob. adq. (2. 9): "*si quid ex re patris et obveniat*".

"*Peculium profectitium illud nuncupatur quod voluntate parentis ab ejusdem rationibus quod solum ad administrationem est separatum... et ex re et substantia patris aut ejus intuitu ad filium famílias pervenit.*" Struvio.

Deve distinguir-se o peculio profecticio, dos bens de que o pae fez *doação* ao filho emancipado, ou ainda sob o patrio poder. Estes bens entrão para a *propriedade livre* dos filhos, á quem pertencem os fructos e novidades. Ord. L. 4, T. 97 pr. e § 3; Mello Freire, L. 2, T. 4°, § 13 nota; B. Carneiro, L. 1, § 183, n. 2 e 3.

(491) Ord. L. 4, T. 97, § 17; Lob. á Mello, L. 2, T. 4, § 13, n. 13.

O filho que vive em companhia da mãe, reputa-se viver em companhia do pae.

Muitos dos nossos escriptores, seguindo a doutrina da Gloza, sustentão que constituem peculio profecticio as cousas doadas ao filho famílias em *contemplanção* do pae.

Parece-me esta opinião totalmente destituída de fundamento. Importa ella infracção da regra geral de direito — que a *causa* do acto juridico nem influe na validade do proprio acto, nem pode ser invocada para corrigir os effectos naturaes que d'elle resultão, salvo quando entra com a condição.

Quando a *doação* é feita em *contemplanção* ao pae, evidentemente o pae é a *causa* do acto :mas, como a *causa* é um principio extrinseco do acto, não inhiibe que a *doação* produza o seu effecto natural — transferir a *propriedade* ao donatário.

Em toda a nossa legislação não ha um só texto, donde se possa induzir a opinião alludida; antes na ord. do L. 4, T. 97 — *Das collações* — ha mais de uma *passagem* que claramente a excluem, como por exemplo a seguinte: (§ 16) — "E quando o filho que está com seu pae ou mãe... ganhar alguma coisa... ou nos lh'a *dermos*, ou *qualquer outra pessoa*, não será obrigado de a trazer a *collação*."

II. *Peculio castrense*: comprehende os bens que o filho familias adquire no serviço militar ou á proposito delle. (492)

Nesta classe entrão:

1. Todas as cousas que os pais ou estranhos dão ao filho familias por motivo de serviço militar; (493)

2. Os bens que adquire na guerra; (494)

3. Os donativos, legados, e herança que recebe de seus companheiros de armas; (495)

4. Os rendimentos, productos e ganhos provenientes dos bens castrenses. (496)

III. *Peculio quasi — castrense*: compõe-se dos bens que o filho familias adquire no exercicio de suas lettras, na pratica das artes liberaes, ou como funcionario publico. (497)

Taes são os bens havidos na advocacia (498), na pratica das ordens sacras (499), no ensino das sciencias e bellas artes. (500)

Revestem a natureza de quasi castrenses: os bens dados ao filho familias para ajuda de casamento (501) e as tenças, pensões e mercês pecuniarias conferidas pelo estado. (502)

IV. *Peculio adventicio*: comprehende todos os bens do filho familias, que, por seu modo de aquisição não entrão

(492) Ord. L. 3, T. 9, § 3; L. 4, T. 97, § 18; Const. 1. C. de castr. pecul. (12, 37): etiam quæ in castris per occasionem militiae quaeruntur.

Não constitue *peculio castrense* o que o filho familias que exerce profissão militar, adquire em acto que não tem conexão com a sua profissão. Fr. 11. D. de castr. pecul.

(493) Fr. 3. D. de castr. pecul. (49. 17); Const. 1. C. de castr. pecul. (12. 37): Quæ eunti in militiam á patre vel á matre, aliis ve propinquis vel amicis donatæ sunt.

(494) Fr. 11. D. de castr. pecul.

(495) Fr. 8; fr. 16. § 1; fr. 19 pr. D. de castr. pecul.: Const. 1. C. de castr. pecul. (12. 37): In quibus sunt etiam hereditates eorum qui non alias noti esse potuerunt, nisi per militiae occasionem.

(496) Const. 1. C. de castr. pecul.: — “quamvis empta ex castrensi *peculio* prædia, ejus conditionis efficiantur.

(497) Ord. L. 3, T. 9, § 3; L. 4, T. 97, § 10 e 18;; Const. unic. C. de castrensi omnium palatinor, *peculio* (12. 31); Const. 7. C. de adaccessoribus et domesticis (1. 51).

(498) Const. 4 C. de advocatis diversorum judicior. (2. 7).

(499) Novell. 123, cap. 19.

(500) Ord. L. 4, T. 97, § 18: acto de lettras. Lob., Not. á Mello L. 2, T. 4, § 13, n. 6 e 7.

(501) Ord. L. 4, T. 97, § 10. Enquanto não se realiza o casamento, porque pelo casamento fica o filho emancipado.

na definição de alguma das outras tres classes de peculios (503), como são:

1. Os bens que o filho familias herda de sua mãe; (504)
2. Os adquiridos por doação, legado ou herança, ainda mesmo em contemplação do pai; (505)
3. Os lucros e ganhos que obtem com o peculio profecticio, estando fóra da companhia do pai, ou da mãe; (506)
4. Os bens que adquire no exercicio das artes mechanicas. (507)

§ 116. C. *Direitos do pai sobre os peculios.*

Os direitos do pai sobre os bens dos filhos familias varião segundo a natureza do peculio.

I.

O *peculio profecticio*, embora collocado sob a guarda e administração do filho, continúa á ser propriedade do pai. (508)

Ao filho, como livre administrador, compete geri-lo em seu proprio nome, emprega-lo em qualquer genero de negocio e sobre elle contrahir empréstimos. (509)

Não pode, porém, aliena-lo por titulo gratuito. (510)

Pois que o pai retem os direitos de proprietario, pode permittir ao filho uma administração mais ou menos ampla,

(502) Cit. ord., e §: Peg. ad ord. L. 3, T. 9, § 3, n. 10; Lobão, Not. á Mello, cit. § 13, n. 10. As doações do imperador entrão na classe das feitas por particulares. Consolid. das Leis Civis, art. 180, § 5 nota (1).

(503) Ord. L. 4, T. 97, § 19; T. 98; § 1. J. Per quas person. nob. adquiratur, (2. 9): Quod autem ex aliá causa sibi filius familias adquisivít, hujus usumfructum patri quidem adquirat, dominium autem apud eum remaneat. Marezol, Droit Rom. § 176; Lobão Not. á Mello, L. 2, T. 4, § 13, n. 22.

(504) Ord. L. 1, T. 88, § 6; Const. 1. 2. C. de Bonis maternis (6. 60).

(505) Cons. 4 C. de Bonis quæ liber. (6. 61) ord. L. 4, T 98, § 1. (arg.).

(506) Ord. L. 4, T. 97, § 17 (arg.) Lob. cit. n. 22, 8°.

(507) Valasc. Partitio n. cap. 13, n. 180; Lobão cit., n. 22, 6°.

(508) Fr. 4 D. de peculio. (15. 1) § 1. I. Per quas person. (2. 9) sancitum est... ut si quid ex re patris ei obveniat, hoc secundum antiquam observationem totum parenti adquirat. Valasc. Partitio. cap. 13, n. 168.

(509) Ord. L. 4, T. 97, § 17; fr. 18; § 4; fr. 19 D. de pignorat. act. vel contra. (13. 7); fr. 44 D. de peculio, (15. 1).

(510) Fr. 7. D. de donationibus (39. 5). Salvo authorisação do pae cit. fr. § 1.

retomar o peculio, converte-lo em seu proveito, e até doa-lo á outro filho ou á pessoa estranha. (511)

Fica responsavel, até o valor do peculio, pelas dividas que o filho na gestão delle houver contrahido. (512)

O peculio reputa-se doado ao filho, se depois do acto de sua emancipação, elle continúa a possuí-la sem contra-dição por parte do pai. (513)

II.

O *peculio castrense* e o *quasi — castrense* constituem verdadeiros patrimonios, de que os filhos familias *dispoem livremente*, sem dependencia de intervenção dos pais.

A'cerca dos bens que entrão na definição destes peculios, os filhos familias são considerados sob todas as relações de direito como pessoas revestidas de plena capacidade. (514)

Emquanto, porém, são menores de vinte um annos, os ditos peculios se conservão sob a guarda e administração dos pais.

III.

Nos bens que formão o *peculio adventicio* tem o pai, o usufructo e a administração. A propriedade pertence ao filho. (515)

A. Não pode o pai, sem consentimento do filho ou sem decreto judicial, se o filho é menor, empenha-los; hypothe-

(511) Fr. 4 D. de peculio (15. 1) § 1 J. Per quas person. B. Carneiro, L. 1, T. 21, § 187, n. 5.

(512) § 4 J. Quod com eo. (4. 7); fr. 44 D. de pecul. (15. 1). Mello, L. 2, T. 4, § 14 nota.

(513) Const. 17 C. Quæ sit. long. consuet. (8. 54); fr. 31. § 2 D. de donatibibus (39. 5). Nesta hypothese o peculio converte-se em doação do pae ao filho e entra na classe das doações em adiamento de legitima. (Ord. L. 4, L. 97).

(514) Const. 6. 7. de bonis quæ liber. (6. 61); fr. 2 D. ad Senatûs consult. Maced. (14. 16).

(515) Ord. L. 4, T. 97, § 19; T. 98: L. 1, T. 88, § 6; Const. 1. C. de bonis mater. (6. 60).

ca-los ou aliena-los por qualquer titulo, (516) salvo nos casos seguintes: (517)

a) Para pagar dividas ou legados de que viesse onerado o peculio;

b) Para prover á propria subsistencia, ou á do filho, em falta de outros meios;

c) Quando os bens são de sua natureza susceptiveis de rapida deterioração;

d) Ou sendo immoveis, não podem ser, por estereis, convenientemente aproveitados.

Fica o pai sujeito á todos os onus que pesão sobre o usufructuario, excepto á prestar caução. (518)

Assim, é obrigado á zelar e conservar os bens, fazendo as bemfeitorias e reparos necessarios, (519); a pagar os tributos e censos que os gravão (520); á defende-los em juizo e á reivindica-los do poder de terceiro (521); á cobrar as dividas activas (522); á indemnisar os damnos causados por dolo ou culpa sua (523); á dar emfim contas de sua administração. (524)

No caso de manifesta delapidação do peculio, pode ser removido da administração; mas não perde o usufructo (525)

B. O filho, enquanto não se emancipa, não pode dis-

(516) Ord. L. 1, T. 88 § 6; Const. 4 C. de bonis quæ liber (6. 61).

(517) Const. 1. 2. C. de bonis maternis (6. 60); C. 8, § 4 e 5, C. de bonis quæ liberis (6. 61); B. Carneiro. L. 1, T. 21, § 188, ns. 3, 4 e 5. Vendem-se em primeiro lugar os moveis e na falta destes os immoveis menos uteis, cit. Const. 8, § 4. Se o pae é negligente em pagar as dividas, responde pelos juros. cit. § 4. Vej. Lobão, Not. á Mello, L. 2, T. 4, § 12, n. 1 e seg.

(518) Const. 8, § 4, C. de bonis quæ liber. (6. 61); paterna reverentia eum excusante... et á cautionibus. Caução de bene utendo. B. Carneiro, cit. § 188, n. 25.

(519) Const. 1. C. de bonis mater. (6. 60); Const. 8, § 4, de bonis quæ liber (6. 61); B. Carneiro, cit. § 188, n. 29 e 30. As bemfeitorias compensão-se com os rendimentos. Const. 1 C. de bonis maternis: Et sumptus ex fructibus impigre facere. Valas. Consult. 116, n. 5 e 9.

(520) Const. 8, § 4. C. de bonis quæ liber.: Sin autem legata, vel fidei commissa, sive annalia... Lob. Not. á Mello, L. 2, T. 4, § 13, n. 26, 3º.

(521) Const. 1. C. de bonis maternis (6. 60): Et litem inferentibus resistere.

(522) C. 1. C. de bonis matr.: verb. atque ita omnia agere... Lob. cit. n. 26.

(523) Ord. L. 1, T. 88, § 6 (arg.); Const. 8, § 4, C. de bonis quæ liber. (6. 61); Repert. T. 3, pag 934; B. Carneiro. cit. § 188, n. 33.

(524) Ord. L. 1, T. 88. § 6 veb.: E é obrigado a entregar-lh'os, quando forem emancipados... ord. L. 3, T. 9, § 4; Mello Freire, L. 2, T. 4, § 12.

(525) Ord. L. 3, T. 9, § 4; Mello, citado § 12; Lobão á Mello, cit. § 12, n. 29.

por dos bens adventícios, nem mesmo obriga-los por dividas. (526)

Para segurança da restituição do peculio com as indemnizações devidas, tem elle hypotheca legal sobre os immoveis do pai, (527) além d'odireito de annullar as alienações illegalmente feitas e reivindicar a cousa alienada. (528)

C. A regra de que o pai tem o usufructo e a administração do peculio adventício, cessa:

1.º Quando os bens são doados, legados ou deixados ao filho com a condição de não ter o pai o usufructo ou proveito algum; (529)

2.º Quando é doado, legado ou deixado o usufructo tão somente, e não a propriedade; (530)

3.º Quando aceita contra a vontade do pai uma doação, ou uma herança; (531)

4.º Quando o pai faz renuncia do usufructo; (532)

5.º Quando for omisso em fazer inventario dos bens do casal, dentro de dois mezes contados da data do fallecimento da mãe. (533)

Os bens adquiridos nestes cinco casos entrão para o dominio pleno do filho, e recebem a denominação de *peculio adventicio extraordinario ou irregular*. (534)

§ 117. Do estado de filho familias.

Da natureza e extensão dos direitos que em seu complexo formão o patrio poder, deduz-se claramente a posição do filho familias no sisthema do nosso Direito Privado.

(526) Repert. das ord. tom. 3. pag. 294; B. Carneiro, cit. § 188. n. 2.

(527) Lei de 24 de set. de 1864, art. 3.º §.

(528) B. Carneiro, cit. § 188, n. 9 10 e 11.

(529) Ord. L. 4, T. 98, § 1. Esta condição não pode ser imposta ao herdeiro necessario quanto á legitima. Lob. cit. § 13, n. 27.

(530) Cit. ord. L. 4, T. 98, § 4. É futil a distincção entre usufructo e commodidade do usufructo, e improcedente a opinião de que por morte do filho passa o usufructo ao pae. Em contrario B. Carneiro, L. 1, T. 21, § 189, n. 7.

(531) Ord. L. 4, T. 88, § 3.

(532) Cit. ord. § 2.

(533) Ord. L. 4, T. 98, § 6. Neste caso o pae perde o usufructo não só da legitima materna, como de todos os mais bens adventícios do filho. Esta pena, porem, não pode ser imposta senão em virtude de sentença proferida em acção que tenha sido intentada contra pae. Ass. de 20 de julho de 1780.

(534) Lob. Not. á Mello, L. 2, T. 4, § 13, n. 34.

A dependência em que vive para com o pai, colloca-o no estado de incapacidade para os actos da vida civil. (535)

Esta incapacidade, porém, difere da incapacidade do menor que está sob tutela: nem termina com a menoridade, nem é absoluta; cessa totalmente para todos os actos que alludem aos bens castrenses, quasi-castrenses e adventícios extraordinários, em relação aos quaes assume o filho familias o character de agente de direitos, livre e independente. (536)

Não importa o patrio poder a absorpção da individualidade do filho na pessoa do pai; a sua personalidade, embora sujeita ao poder do pai, permanece inteira e distincta. (537)

Assim que:

1.º São permittidos entre o pai e o filho familias todos os contractos que não são por lei prohibidos entre pais e filhos; (539)

2.º Não é o pai obrigado pelos actos do filho familias, (540)

Salvo:

a) Pelas dividas contrahidas na administração do peculio profecticio; (541)

b) Quando o objecto da convenção que o filho fez com terceiro verteu effectivamente em vantagem d'elle. (542)

(535) O pae representa o filho familias nos actos judiciaes e extrajudiciaes. Vej. B. Carneiro, L. 1, T. 21, § 192, n. 15 e seg. Mello, L. 2, T. 6, § 3, in fine.

(536) Veja-se acima § 116.

(537) Alguns interpretes do Direito Romano, para explicar certos effectos do patrio-poder, inventarão a theoria da unidade de pessoa entre o pae e o filho familias. Mas semelhante ficção, que aliás não encontra apoio nos textos, é absolutamente inaceitavel perante o nosso Direito. Mello, L. 4, T. 1, § 8.

(539) Mello, cit. § 8. Se o filho é menor e tem de contractar com o pae, dá-se-lhe tutor. B. Carneiro, cit. § 191, n. 4.

(540) Pelo principio de que ninguem responde pelo factio albeio. Mello, L. 2, T. 4, § 14, nota.

(541) Ord. L. 4, T. 50, § 3... Vej. acima § 116.

(542) § 3 J. Quod cum eo (4. 7); B. Carneiro, L. 1, T. 21, § 191, n. 26. Em regra ninguem é obrigado pelo contracto de terceiro, embora d'ahi lhe provenha vantagem, salvo se o terceiro obra como *negotiorum gestor*. Mas attentos os laços que ligão o filho familias ao pae, fez o Direito excepção exposta em relação ao pae. (Makeldey, § 517, n. 4).

O pae só é obrigado até o valor do proveito que tirou do acto do filho. B. Carneiro, cit. § 191, n. 26.

A *actio quod jussu* e a *tributoria* (Makeldey, cit. § 517, n. 1 e 3) não tem por fundamentos as relações que o patrio poder estabelece entre o pae e o filho; presuppõem ellas mandato emanado do pae: na primeira hypothese, figura elle como simples mandante, na segunda como preponente.

O filho familias deve ao pai reverencia e gratidão. A infracção destes deveres sujeita-o á penas diversas, segundo a gravidade da offensa. (543)

a) “O pai e, na sua falta, a mãe são os administradores legaes dos bens dos filhos, que se achem sob o seu poder, salvo o disposto no art. 225. (Codigo Civil, art. 385).

Vêr Codigos francez, art. 389; hespanhol, art. 159; italiano, art. 224; argentino, art. 264; chileno, art. 247.

A distincção entre *peculios castrense, quasi-castrense* adventicio e profetico já não prevalece no direito actual. O Codigo; no systema que adoptou, apenas distingue:

I bens de que os pais teem a administração e o usufructo.

II bens de que elles só teem a administração;

III bens de que não teem usufructo, nem administração.

O pai ou mãe, com filhos do conjuge fallecido, que se cacar antes de fazer inventario do casal e antes de dar partilha aos herdeiros, perderá o direito ao usufructo dos bens dos mesmos filhos. Embora o Codigo no art. 225 só falle em perda do *usufructo*, deve-se entender que tambem haverá perda de administração, pois o usufructo, como se deprehende do proprio Codigo, está em conexão com o direito de administrar. Vêr arts. 385 e 389.

“Não podem, porém, os pais alienar, hypothecar, ou gravar de onus reaes os immoveis dos filhos nem contrahir, em nome delles, obrigações que ultrapassem os limites da simples administração, excepto por necessidade ou evidente utilidade da prole, mediante previa autorização do juiz, art. 178 § 6, n. III (Codigo Civil, art. 386).

A acção do filho para desobrigar e reivindicar os immoveis de sua propriedade, alienados ou gravados pelo pai fóra dos casos expressamente legaes, prescreve em um anno contado o prazo do dia em que chegar á maioridade.

“Sempre que, no exercicio do patrio poder, collidirem os interesses dos pais com os do filho, a requerimento deste ou do Ministerio Publico, o juiz lhe dará curador especial.” (Codigo Civil, art. 387).

Vêr Codigos italiano, art. 224; hespanhol, art. 165; portuguez, art. 163; argentino, art. 397.

“Só tem direito de oppôr a nullidade dos actos praticados com infracção dos artigos antecedentes:

I o filho (art. 178 § 6, n. III);

Assim, pois, então ellas na *theoria das obrigações*, sem nada offerecer de particular.

(543) Como privação do direito de pedir alimentos; a desherdação. Ord. L. 4, T. 88. Estes deveres, em geral, são communs aos filhos emancipados, e aos illegítimos.

II os herdeiros (art. 178 § 6, n. IV) prescrição de um anno, contado o prazo do dia do fallecimento si o filho morrer menor;

III o representante legal do filho, si, durante a menoridade, cessar o patrio poder. (Art. 178, § 6, n. IV) — prescrição de um anno si o pai decahir do patrio poder, correndo o prazo da data em que houver decahido.” Codigo Civil, art. 388.

“O usufructo dos bens dos filhos é inherente ao exercicio do patrio poder, salvo disposição do art. 225 (Codigo Civil, art. 389).

Vêr Codigos francez, arts. 384 e 386; italiano, arts. 228 e 232; hespanhol, arts. 161 e 162; chileno, art. 243.

O pai, como usufructuario dos bens do filho, não é obrigado á caução. “Não são obrigados á caução:: “os pais usufructuarios dos bens dos filhos menores. Codigo Civil, art. 731, n. II — mas tem as obrigações do usufructuario commum.

O art. 733 do Codigo Civil dispõe: Incumbem ao usufructuario: I as despezas ordinarias de conservação dos bens no estado em que os recebeu; II os fóros, as pensões e os impostos reaes devidos pela posse ou rendimento da cousa usufruida.

Si a cousa estiver segura, incumbe ao usufructuario pagar, durante o usufructo, as contribuições do seguro; si o usufructuario fizer o seguro, ao proprietario caberá o direito delle resultante contra o segurador; em qualquer hypothese, o direito do usufructuario fica subrogado no valor da indemnisação do seguro. (Codigo Civil, art. 735).

— No art. 827 n. II o Codigo Civil confere hypotheca legal aos descendentes sobre os immoveis do ascendente que lhes administra os bens.

A regra de que o usufructo dos bens dos filhos é inherente ao exercicio do patrio poder tem as seguintes excepções:

I os bens deixados ou doados ao filho com a exclusão do usufructo paterno;

II os bens deixados ao filho, para fim certo e determinado. (Codigo Civil, art. 390).

— Segundo o art. 391 do Codigo Civil, excluem-se, assim do usufructo como da administração dos pais:

I os bens adquiridos pelo filho illegitimo, antes do reconhecimento;

II os adquiridos pelo filho em serviço militar, de magisterio ou em qualquer outra função publica;

III os deixados ou doados ao filho sob a condição de não serem administrados pelos pais.

Vêr Codigos francez, art. 387; italiano, art. 229, 1º e 4º; portuguez, art. 146, 1º e 147, 1º e 2º; chileno, art. 243, 2º.

Commentando o n. I do artigo, Clovis faz esta observação: "Conferindo o patrio poder ao pai e á mãe natural, não quer o Codigo Civil que essa medida, de beneficio ao filho e de interesse para a sociedade, possa ser desnaturada pela sordidez do egoismo em proveito dos pais. Seria immoral que o reconhecimento do filho natural tivesse por movel a cupidez do pai. Para evital-o, o Codigo subtráe á administração e ao usufructo do pai, os bens que o filho possuia antes do reconhecimento. Cumpre nomear, para esses bens, um curador especial, que os administre."

§ 118. *A mãe não tem patrio poder.*

Dominado da tradição romana, segundo a qual a mulher occupava no matrimonio uma posição semelhante á da filha familias, o nosso Direito Civil denega ás mãis o patrio poder (544)

Todavia, os vinculos sagrados que existem entre ellas e os filhos, são de uma energia tal e de uma realidade tão viva, que, não obstante inveterados preconceitos, não podião deixar de receber a consagração da lei.

Assim, pois, a lei consagra e reveste de sua força certos direitos e obrigações das mãis para com os filhos. (545)

a) Já no dominio do Decreto n. 181 de 1890, art. 94, estava concedido á mãe o patrio poder, desde que não fosse binuba. Emquanto viuva, succedia ao marido em todos os direitos sobre a pessoa e bens dos filhos.

Pelo art. 380 do Codigo Civil, na falta ou impedimento do marido, exerce o patrio poder a mulher; e no art. 382 está disposto que dissolvido o casamento pela morte de um dos conjuges, o patrio poder compete ao conjuge sobrevivente.

(544) Ord. L. 4, T. 87, § 7; Mello, L. 2, T. 4, § 6.

Supposto manifestem tendencias de collocar a mãe nas suas relações de direito com os filhos ao nivel do pae, não são uniformes as disposições dos codigos modernos acerca deste assumpto. Em uns o patrio poder passa em sua integridade á mãe, por morte do pae (Cod. Civil Francez, art. 373; civil Port. art. 138); em outros com certas limitações, como a perda de metade do usufructo dos bens do filho. Veja-se Goyena, Project. de Cod. Civil para a Hespanha, nota ao art. 164.

(545) Como o direito de pedir alimentos; de successão reciproca; de requerer a posse em nome do ventre (ord. 3, 18, § 7); de fazer substituição exemplar; de exercer a tutela, renunciando o velhiano, etc.

Vêr Codigos francez, art. 372, hespanhol, art. 154; italiano, art. 220; portuguez, arts. 138, 139 e 155; argentino, arts. 265 e 305.

“O filho illegitimo não reconhecido pelo pai fica sob o poder materno. Si, porém, a mãe não fôr conhecida, ou capaz de exercer o patrio poder, dar-se-á tutor ao menor.” (Codigo Civil, art. 383).

A mãe exerce o patrio poder quando o filho illegitimo não é reconhecido pelo pai ou se se trata de filho adulterino; e mesmo que não seja adulterino ou incestuoso, si provem de casamento putativo em que ella seja o unico conjuge de boa fé.

Na hypothese de casamento valido, annullavel, ou declarado putativo em relação a ambos os conjuges, a mãe tem o patrio poder:

- a) si fallece o marido;
- b) si é declarado interdito;
- c) si decahe do patrio poder;
- d) si é declarada sua ausencia.

Si a mãe fôr binuba, ficando viuva, não só tem o patrio poder dos filhos do segundo leito, como readquire o dos do primeiro.

§ 119. *Da suspensão e termo do patrio poder.*

O patrio poder suspende-se:

1.º Pela sentença que, declarando o pai incapaz de reger sua pessoa e bens, da-lhe curador; (546)

2.º Pela prolongada ausencia do pai em lugar incerto ou remoto. (547)

Da suspensão do patrio poder resulta a necessidade de dar tutor ao filho menor, (548). O pai fica tão somente inhibido de administrar os bens do filho, mas não perde o usufructo. (549)

Termina o patrio-poder:

I. Pela morte do pai ou do filho;

II. Pela entrada do pai ou do filho em religião aprovada; (550)

(546) Lobão, Not. á Mello, L. 2, T. 5, § 21; Borges Carneiro, L. 1, T. 21, § 184, n. 6, 7 e 8; Cod. Civil Port. art. 168, § 1.

(547) L. cit.; B. Carneiro, cit. § 184, n. 8.

(548) Effeito necessario, porque o menor ou está sob o patrio poder ou sob tutela.

(549) Lob. cit. § 21.

(550) B. Carneiro, L. 1, § 194, n. 5.

III. Pelo casamento do filho; (551)

IV. Quando o filho, maior de vinte um annos, sahe da companhia do pai e sem opposição sua estabelece economia separada com intenção de viver sobre si (552)

V. Por carta de emancipação, passada de authoridade do juiz de orphãos, em virtude de escriptura de demissão do patrio poder voluntariamente concedida pelo pai em favor do filho, quer seja elle maior, quer menor; (533)

VI. Pelo exercicio de cargos publicos, sendo o filho maior de vinte um annos; (554)

VII. Pela collação de graus academicos; (555)

VIII. Pela investidura de ordens sacras maiores. (556)

IX. Por sentença passada em julgado, proferida em acção competente, nos casos em que pôde o pai ser compellido á emancipar o filho. (557)

(551) Ord. L. 1, T. 88, § 6; L. 4, T. 50, § 2; T. 87, § 7.

(552) Const. 1. C. de emancipat. (8, 47); Novell. Leonis, 25 in fine: *Sive verbis quidem concessum non sit, sed consensus tacitus filio vitae rationes separatim instituit. non adversatus sit, verum ipsum suo modo seorsum vivere permiscrit.* Esta doutrina tem sido geralmente aceita, com uma ou outra modificação, de modo que constitue hoje o *uso moderno* sobre a materia. Mello, L. 2, T. 4, § 26; B. Carneiro, L. 1, T. 21, § 194, n. 18.

Desde que o filho institue economia separada, com intenção de governar-se á parte, a emancipação entende-se verificada, não contradisendo o pae logo: *"satis enim est, quod non contradicat, ut statim emancipatus videatur."* Mello, loc. cit. nota.

E' mister que o filho seja maior, porque emquanto menor não se pode governar por si, e portanto é juridicamente impossivel o facto que traz a emancipação — o governo á parte. B. Carneiro, cit. § 194, n. 19.

(553) Ord. L. 1, T. 88, § 6; L. 4, T. 50, § 2 e T. 87, § 7; ord. L. 1, T. 3, § 7; Lei de 22 de setembro de 1828. art. 2. § 4; Decret. de 15 de março de 1842. art. 5. § 1. Provisão de 25 de setembro de 1787. — Manual do Tabelião. § 125.

(554) Consolid. das Leis Civis, art. 202, § 5. Entre os Romanos o exercicio dos cargos publicos (excepção feita d'alguns de elevada categoria, assim na ordem civil como na ecclesiastica) não importava isenção do patrio poder: *"filius familias in publicis causis loco patris familias habetur veluti si magistratum gerat, vel tutor detur."* F. 9, D. de his qui sui vel alein. (1, 6).

A natureza do patrio poder entre os Romanos e os costumes peculiares deste povo, explicão essa singularidade inaceitavel nos tempos modernos. O exercicio dos direitos politicos presuppõe no individuo um certo grau de independencia, incompativel com a submissão ao patrio-poder. E' pois d'uma verdade irrecusavel a seguinte proposição do Sr. Dr. Teixeira de Freitas: *Quem pode exercer direitos politicos, está habilitado para os actos da vida civil.* Consolid. nota 5 ao art. 202, § 4.

(555) Const. Polit. do Imperio. art. 92, § 1.

(556) Cit. art. 92, § 1 da Const.

(557) Ord. L. 3, T. 9, § 4; Prov. de 24 de Maio de 1823.

A acção, que compete ao filho para obrigar o pae á emancipal-o, é *summaria*. Lobão. Acç. Sum. §

A saber:

- 1.º Quando o pai afflige o filho com mãos tratos; (558)
- 2.º Quando aceita legado ou herança que lhe fora deixando sob a condição de emancipar o filho; (559).
- 3.º Quando força a filha á prostituir-se; (560);
- 4.º Quando engeita o filho infante e é elle creado por terceiro. (561)

a) “Si o pai, ou mãe, abusar do seu poder, faltando aos deveres paternos, ou arruinando os bens dos filhos, cabe ao juiz, requerendo algum parente, ou o Ministerio Publico, adoptar a medida, que lhe pareça reclamada pela segurança do menor e seus haveres, suspendendo, até quando convenha, o patrio poder.” (Codigo Civil, art. 394).

Suspende-se, igualmente, o exercicio do patrio poder — ao pai ou mãe condemnados — por sentença irrecorrivel, em crime, cuja pena exceda de dois annos de prisão (§ unico).

Vêr Codigo italiano, art. 223; leis francezas de 24 de Julho de 1889 e 19 de Abril de 1898; lei belga de 15 de Maio de 1912 e lei ingleza de 21 de Dezembro de 1908.

Suspende-se ainda o patrio poder quando ha sentença declarando a incapacidade ou a ausencia do pai ou da mãe que o exercer.

“A mãe, que contrahe novas nupcias, não perde o direito a ter consigo os filhos que só lhe poderão ser retirados, mandando o juiz, provado que ella ou o padrasto, não os trate convenientemente, arts. 248, n. I e 393. (Codigo Civil, art. 329).

Vêr a lei argentina, art. 101; Codigo chileno, art. 511.

— Perderá por acto judicial o patrio poder—o pai ou mãe.

I que castigar immoderadamente o filho;

II que o deixar em abandono;

III que praticar actos contrarios á moral e aos bons costumes. (Codigo Civil, art. 395).

Vêr Códigos chileno, art. 267; uruguayo, arts. 284 e 285; venezuelano, art. 301; argentino, art. 307.

—Tambem dá-se perda do patrio poder no caso do art. 378 do Codigo: “Os direitos e deveres que resultam do parentesco natural não se extinguem pela adopção, *excepto o pa-*

(558) Fr. 5, D. si á parentibus quis manum. sit. (37, 12): quem pater malé contra pietatem adficiebat.

(559) Fr. 92, D. de condition. ed demonstration. (35, 1).

(560) Const. 12, C. de episcopal audient. (1, 4.): si lenones patris... suis filiabus... peccandi necessitatem imposuerint. Const. 6, C. de spectacul. et scenic. (9, 4).

(561) Const. 2, C. de infantib. exposit.

Podia ainda o pae quando contrahia casamento incestuoso ser coagido á emancipar o filho. Novel. 12, cap. 2.

trio poder que será transferido do pai natural para o adoptivo.” Vêr Codigos hespanhol, art. 177; italiano, arts. 211 e 212; francez, arts. 348 e 349; uruguayof art. 250.

“A mãe, que contrahe novas nupcias, perde, quanto aos filhos do leito anterior, os direitos do patrio poder (art. 329); mas, enviuvando, os recupera. (Codigo Civil, art. 393).

Commentando a disposição, observa Clovis, no seu Codigo Civil, pag. 379: “Não é em odio ás novas nupcias que o Codigo retira o patrio poder á viuva que tendo filho de anterior matrimonio, contrahe outro casamento.

Ha duas razões principaes para assim prescrever a lei: a incapacidade da mulher casada em que recáe a viuva pelo novo connubio, e os possiveis conflictos de interesses entre as duas familias. Incapaz, falta-lhe a liberdade de acção precisa para gerir a fazenda dos filhos; tendo de attender á nova prole e aos cuidados domesticos, poderia prejudicar os filhos do leito anterior, e, consagrando-se a estes, talvez não cumprisse ou parecesse não cumprir, exactamente, os deveres de esposa e dona de casa. Despojada do patrio poder não tem a mulher a administração nem o usufructo dos bens do filho do leito anterior (art. 389); mas é direito seu conservalos em sua companhia da qual sómente será privada se não os tratar convenientemente ou não puder evitar que os maltrate o marido (art. 329).”

—“Extingue-se o patrio poder:

I pela morte dos pais ou do filho;

II pela emancipação, nos termos do paraghapho unico do art. 9, Parte Geral;

III pela maioridade;

IV pela adopção (Codigo Civil, art. 392).

Vêr Codigos francez, art. 372; italiano, art. 220; hespanhol, art. 167; portuguez, art. 170; argentino, art. 306; uruguayo, art. 280.

A emancipação faz cessar, para os menores, a incapacidade e se dá:

a) por concessão do pai ou, si fôr morto, da mãe, e por sentença do juiz, ouvido o tutor, si o menor tiver 18 annos completos;

b) pelo casamento;

c) pelo exercicio de emprego publico effectivo;

d) pela collação de gráo sciantifico em curso de ensino superior;

e) pelo estabelecimento civil ou commercial, com economia propria.

A menoridade termina aos 21 annos, ficando então o individuo habilitado para todos os actos da vida civil.

TERCEIRA SECÇÃO

CAPITULO UNICO

DOS FILHOS ILLEGITIMOS

§ 120. *Diversas especies de filhos illegitimos.*

Os filhos illegitimos, no estado actual do nosso Direito dividem-se em duas classes: *naturaes* e *espurios*. (1)

Filhos *naturaes* são os que nascem de pai e mãe entre os quaes, ao tempo da concepção ou do parto (2) não havia impedimento do qual podesse resultar a nota de *espuriedade*.

(3)

Dizem-se *espurios* os filhos provindos de *coito damnado* e *punivel* por Direito Civil (4)

O coito é *damnado* e *punivel* segundo o Direito Civil, quando entre o homem e a mulher, ao tempo da concepção, subsistia algum dos impedimentos seguintes: (5)

(1) Esta é hoje a verdadeira classificação. Todo o illegitimo que não é *espurio*, entra na classe dos *naturaes*, e vice-versa: pertence á classe dos *espurios* todo o illegitimo que não é *natural*.

Segundo o Direito Canonico, ao qual parece alludir a ord. L. 4, T. 92 verb. "não havendo entre elles parentesco..." e a do T. 99, § 1º verb. "quer seja natural, quer *espurio* e de *qualquer outra condição*..." ha tres classes de illegitimos: — *naturaes*, *espurios* e os que provindo de coito illicito, mas não *damnado*, não entrão na classe dos *naturaes* na acepção canonica, nem na dos *espurios*, como são os que provem de *paes* e *mãe* entre os quaes havia o impedimento de estupro, rapto, de *diparitas cultús*.

No ponto de vista porem do Direito Civil, a divisão em *naturaes* e *espurios* é perfeitamente exacta: Todos os que não são *espurios*, são perante o Direito Civil reputados *naturaes*. Valas. Consult. 146, n. 8 e 9; B. Carneiro, l. 1, T. 20, § 179, n. 7, nota (a). Consol. das L. Civis, art. 207 e 211, nota (3).

(2) Novella 89, c. 8, § 1; Pheb. Decis. 68, ns. 11 e 12; Repert. tom. 2, pag. 471; B. Carn. cit. § 179, n. 8.

(3) B. Carneiro, cit. § 179, n. 7 e nota (a); Valas. Consult. 29; Consol. das L. Civis, art. 208.

(4) Ord. L. 4, T. 93; Consol. das L. Civis, art. 211, nota (3); B. Carneiro, cit. § 179, n. 6 nota (b). Os *espurios* tambem se denominão *bastardos*. Mello, L. 2, T. 6, § 4.

(5) Consol. das Leis civis, cit. art. 211, nota 3; B. Carneiro, cit. § 179, n. 6, nota (b).

- 1.º Impedimento de parentesco em grau prohibido;
- 2.º Impedimento resultante de investidura de ordens sacras maiores ou de entrada em ordem religiosa approvada;
- 3.º Impedimento do vinculo matrimonial. (6)

No primeiro caso denominam-se os filhos *incestuosos*; no segundo, — *sacrilegos*; no terceiro — *adulterinos*. (7)

a) “O filho illegitimo póde ser reconhecido por seus pais, conjuncta ou separadamente.” (Codigo Civil, art. 355).

Vêr Códigos francez, art. 336; hespanhol, art. 129; italiano, art. 179; chileno, art. 270.

O Codigo não allude á classe de filhos *sacrilegos* a que se refere Lafayette. Em nosso direito, desde que foi proclamada a Republica, que nenhuma relação tem com as ordens religiosas, taes distincções desaparecem completamente.

Pelo Codigo são illegitimos os chamados simplesmente naturaes, provindos de pessoas sem impedimento para o matrimonio e os esurios (adulterinos e incestuosos) que podem ser divididos em tres classes:

a) os simplesmente esurios (art. 183, VII e VIII) como sejam os filhos do conjuge sobrevivente com o condemnado como delinquente no homicidio, ou tentativa de homicidio contra o consorte daquelle;

b) os adulterinos nascidos na constancia do casamento de um dos pais com uma terceira pessoa (art. 183, VI).

c) os incestuosos nascidos de parentes legitimos naturaes, affins ou adoptivos, em gráo prohibido quanto ao casamento (art. 183, I a V).

Dos filhos illegitimos, só os naturaes podem ser reconhecidos; não o podem ser os adulterinos e incestuosos.

TITULO PRIMEIRO

DOS FILHOS NATURAES

§ 121. *Maternidade dos filhos naturaes.*

A maternidade dos filhos naturaes prova-se:

- 1.º Pela certidão de baptismo; (8)

(6) Veja-se Secç. 1ª, cap. 2, tit. 2º.

(7) B. Carneiro, cit. § 179, n. 6. Consolid. das Leis civis, art. 210.

(8) Provis. n. 29 de 23 de fevereiro de 1847. A maternidade de pessoas pertencentes ás religiões dissidentes prova-se por certidões extrahidas dos respectivos livros de nascimentos. Art. 31 e 45, § 5 do Decr. de 17 de abril de 1863.

2.º Pela posse do estado; (9)

3.º Por testemunhas e em geral por todo e qualquer genero de provas admittidas em direito. (10)

O filho natural, cuja maternidade não é *duvidosa*, ou por constar do assentamento de baptismo, ou por ser notoria, é mantido na posse do estado emquanto o contrario não for declarado em juizo por sentença passada em julgado. (11)

A acção de maternidade póde ser intentada não só pelo filho natural, como por seus herdeiros e por todos quantos tiverem direitos á fazer valer por via della. (12)

a) “Quando a maternidade constar do termo de nascimento do filho, a mãe só a poderá contestar, provando a falsidade do termo, ou das declarações nelle contidas.” (Codigo Civil, art. 356).

A maternidade é um facto positivo, não havendo, pois, necessidade do reconhecimento materno por um acto especial. O termo de nascimento faz prova. Delle consta o nome da mãe. Provada, porém, a falsidade delle ou das suas declarações, em acção competente, deixa de prevalecer o reconhecimento.

Si provas de taes factos não forem apresentadas, a inscripção do registro faz certa a maternidade, importando o reconhecimento.

§ 122. *Paternidade dos filhos naturaes.*

A paternidade dos filhos naturaes (para o effeito da successão) não póde ser provada em juizo senão pelo reconhecimento do pai em forma authentica, isto é, por *escriptura publica ou por testamento*. (13)

(9) Av. n. 279 de 17 de dezembro de 1853; Consolid. das Leis civis, art. 214. B. Carneiro, T. 1, § 180, n. 10.

(10) Pheb. Decis. 76, n. 7: B. Carneiro, L. 1, T. 20, § 180, n. 11.

(11) B. Carneiro, L. 1, T. 20, § 180, n. 10; cit. Av. de 17 de dezembro de 1853; Consol. das Leis civis, art. 214. Assim que o filho natural na hypothese alludida não tem necessidade de habilitar-se.

(12) Quando a filiação é *duvidosa* (cit. av. de 17 de dezembro de 1853) ou é contestada, ao filho compete acção para se fazer reconhecer.

(13) Lei de 2 de setembro de 1847.

Deste presuposto resulta:

Que o reconhecimento é um facto que absolutamente depende da vontade do pai. (14)

I. *Escriptura publica*. Exige a lei escriptura publica para cercar o reconhecimento das solemnidades de *acto authenticum* no intuito de revesti-lo do character de plena certeza e de evitar a surpresa e a irreflexão em um passo de tanta gravidade. (15)

E pois não vale o reconhecimento feito, verbalmente ou em escriptos particulares, como cartas, livros de assentos de familia (16), e ainda em instrumento publico dos que não entram na classe das escripturas publicas, como são os assentamentos de baptismo, lavrados pelos parochos. (17)

Todavia vale e produz todos os seus effectos legaes, sendo feito em audiencia de conciliação ou por termo nos autos, porquanto tanto em um como em outro caso verificam-se substancialmente os requisitos prescriptos pela lei. (18)

(14) Para o effecto da successão.

A citada lei de 2 de setembro de 1847 contem apenas tres innovações, que são as seguintes:

1.^a Equiparou os filhos dos nobres aos plebeus para o effecto de poderem succeder á seus paes; (art. 1^o).

2.^a Fez dependente de reconhecimento anterior ao casamento o direito dos naturaes de concorrerem a herança paterna com os legitimos do mesmo pae; (art. 2^o).

3.^a Limitou a prova da filiação natural para a successão a dous unicos meios — escriptura publica e o testamento (art. 3^o).

Veja-se a Nota n. XII no fim.

(15) E' esta effectivamente a intenção da lei.

Mourlon, commentando o art. 334 do cod. civil francez, que contém doutrina semelhante á da nossa lei, diz: "As solemnidades de acto authenticum tem alguma cousa de grave e respeitavel, que despertando a attenção das partes, lhe faz comprehender a importancia do acto que vão praticar. Não ha temer surpresas e violencias; a presença do official publico garante a inteira e plena liberdade das partes." Repet. Escrit. L. 1, T. 7, n. 949. Vejr. Rogr. com. ao cit. art. 334.

(16) Consolid. das Leis civis, art. 212, nota (2). Em contrario Dr. Perdigão, Questão 4^a.

(17) Consolid. das Leis civis, nota cit. Em contrario Dr. Perdigão, Questão 2^a.

Cumpra notar que o reconhecimento feito nos livros do registro de nascimentos das pessoas não catholicas (Reg. de 17 de abril de 1863, art.) é valido porque os assentos lavrados em taes registros contem tudo quanto *intrinseca* e *extrinsecamente* se exige para a escriptura publica. Consolid. das Leis civis, art. e not. cit.

(18) Dr. Perdigão, Questão 5^a. A confissão em audiencia do juizo de paz ou por termo nos autos offerece substancialmente as mesmas garantias que a escriptura publica, não só quanto á certeza como quanto á evitar reconhecimentos filhos da surpresa, da sedução ou da irreflexão.

II. *Testamento*. Não marcou a lei especie individuada de testamento para o reconhecimento.

Donde resulta que o reconhecimento pôde ser legalmente feito:

Em testamento aberto publico; (19)

Em testamento cerrado; (20)

Em testamento aberto particular; (21)

Ou finalmente em testamento nuncupativo. (22)

O reconhecimento, acto absolutamente dependente do arbitrio do pai, desde que é consignado no testamento, passa á ser clausula testamentaria: dominado da mesma intenção que determinára as ultimas vontades, reveste-lhes a natureza. (23)

Assim que:

1.º Um tal reconhecimento pôde ser revogado pelo testador á todo o tempo; (24)

2.º E cessa de prevalecer sempre que por qualquer motivo o testamento deixa de subsistir. (25)

a) “O reconhecimento voluntario do filho illegitimo pôde fazer-se ou no proprio termo de nascimento ou mediante escriptura publica, ou por testamento (art. 184, § unico). Codigo Civil, art. 357.

Vêr Codigos francez, art. 334; hespanhol, art. 131; italiano, art. 181; portuguez, art. 123; chileno, art. 272.

(19) Consol. das Leis civis, art. 1054 e seguinte.

Segundo o Direito Francez o reconhecimento pode ser feito em *testamento publico*, (cod. civil, art. 971) mas não em testamento olografo ou mistico. Mourlon, cit. n. 952, Rogr. com. ao art. 970.

(20) Consol. das Leis civis, art. 1055.

(21) Consol. cit. art. 1060.

(22) Consol. cit. art. 1061.

(23) Consol. das Leis civis, art. 212, nota (2); Merlin, Repert. verb. filiat., n. 7; Demol. Patern. n. 455. Toda e qualquer declaração ou confissão feita em testamento adquire a natureza de clausula de ultima vontade. O reconhecimento da filiação é em substancia uma *confissão*. Portanto taes actos não se tornão definitivos e consumados, senão pela abertura do testamento.

(24) “*Todos os actos que são ordenados para o tempo da morte, se podem mudar e revogar até a morte*”, ord. L. 4, T. 37 pr.

(25) O testamento deixa de subsistir:

Quando é nullo. (Mello, L. 3, T. 5, § 47).

Quando *roto* por agnação do posthumo, ou por testamento posterior (Mello cit., § 48 e 49).

Quando se torna irritto, *hypothese* que não se verifica no nosso Direito. (Mello cit., § 51).

Em todos estes casos o reconhecimento cahe com o testamento. Vej. a Consol. das Leis civis, art. 202, nota (2).

Além dos modos referidos no paragrapho, o Codigo estabeleceu o da declaração no termo do nascimento. Esse assento deve ser feito com as formalidades legais, como manda o art. 60 do Decreto 9.886 de 7 de Março de 1888, ficando accentuado que o *pai illegitimo autorisa a declaração de seu nome, por si ou por procurador especial, para assignar, ou não sabendo, ou não podendo, mande assignar a seu rogo o respectivo assento com duas testemunhas, attestando o official do registro a presença do pai e que elle o assignou ou que por elle assignou a pessoa solicitada.*

—O Codigo reconhece como testamentos ordinarios:

I o publico (arts. 1.632-1.637);

II o cerrado (arts. 1.638-1.644);

III o particular (arts. 1.645-1.649).

Ha ainda os testamentos especiaes — maritimo (arts. 1.656-1.659) e militar (arts. 1.660-1.663). Em qualquer delles pôde se dar o reconhecimento.

§ 123. *Em que tempo deve ser feito o reconhecimento.*

A lei não marcou prazo dentro do qual deve ser feito o reconhecimento do filho natural. (26)

O reconhecimento, pois, pôde ser feito: 1.º, durante a vida do filho; 2.º, antes de nascer, mas estando já concebido (27); 3.º, e mesmo depois de morto. (28)

E' porém de notar que o reconhecimento do filho natural não o habilita para concorrer a herança paterna com os legitimos do mesmo pai, senão quando feito antes do casamento de que procedem os legitimos. (29)

“O reconhecimento pôde preceder o nascimento do filho, ou succeder-lhe ao fallecimento, si deixar descendentes.” (Codigo Civil, § unico do art. 357).

(26) A lei não subordina a validade do reconhecimento á condição de tempo, salvo na hypothese do art. 2. Consolid. das Leis civis, art. 212 nota (2) in fine; Mourlon, Rep. Escrit. L. 1, T. 7, n. 959.

(27) O facto da geração existe antes do nascimento; pode portanto ser objecto de confissão. Mourlon cit. n. 957; Rogron comment. ao art. 334 do cod. civil francez.

(28) Os filhos naturaes mortos, entendem-se em beneficio de sua prole legitimados pelo subseqente matrimonio de seus paes: não ha razão para que não praveleça o mesmo principio, quando se trata do reconhecimento. Mourl. cit. n. 959.

(29) Lei de 2 de setembro de 1847, art. 2. Não é este o lugar para a discussão das differentes questões que tem suscitado a intelligencia do cit. art. Veja-se a respeito o com. do Dr. Perdigão Malheiro, a nota ao art. 962 da Consolid. das Leis civis, e o cfr. Mourlon, Repet. Escrit. L. 1, T. 7, n. 977.

Deante, pois, do direito actual pôde ser feito o reconhecimento: a) durante a vida do filho; b) antes do nascimento no periodo que medeia entre a concepção e a data do parto; c) depois do fallecimento do filho, si deixar descendentes.

Para os effeitos da successão os filhos reconhecidos se equiparam aos legitimos, mas si o reconhecimento fôr feito na constancia do casamento e houver filho legitimo ou legitimado, só á metade do que a este couber em herança terá direito o filho natural. (Codigo Civil, art. 1.605, § 1º). Si fôr feito antes, e o pai tem depois filhos legitimos, o reconhecido concorre com os legitimos em partes eguaes.

§ 124. Contestação do reconhecimento.

O reconhecimento, restabelecendo o estado do filho, firma-lhe o direito de successão á herança paterna e exclue della os ascendentes e collateraes. (30)

Mas o reconhecimento pôde ser nullo (31) ou contrario á verdade. (32)

Em qualquer destas duas hypotheses, pôde o reconhecimento ser contestado (33) por todas as pessoas que tiverem interesse fundado em invalidal-o.

A saber:

- 1.º Pelo proprio filho reconhecido; (34)
- 2.º Pelos ascendentes do pai;
- 3.º Pelos collateraes;
- 4.º E pelo proprio pai. (35)

(30) Consolidação, art. 960, § 1 e 961.

(31) Se é feito por pae affectado de incapacidade, ou se forão omitidas formalidades essenciaes.

(32) Quando não é filho da pessoa que faz o reconhecimento, ou quando o filho não é natural.

(33) O reconhecimento não cria direitos, mas prova tão sómente o *facto*, do qual resultão direitos, isto é, a filiação. Portanto se realmente não existe o *facto*, não pode valer o reconhecimento que é então uma confissão falsa. Vej. Mourlon, Rep. Ecrit. L. 1, T. 7, n. 960, 959.

Lob., Not. á Mello, L. 2, T. 5, § 19, n. 14 nota e ns. seguintes.

(34) Porque o reconhecimento pode attribuir-lhe um estado que não é o d'elle. O reconhecimento não precisa de consentimento do filho; mas elle tem incontestavelmente o direito de impugnal-o sobre o fundamento de não ser filho da pessoa que fez o reconhecimento. Mourlon cit. n. 961.

(35) Se o reconhecimento é nullo, não ha a menor duvida que o pae pode invalidal-o. "É licito a qualquer contravir o proprio acto, sendo nullo." Moraes, Execution, L. 2, cap. 18, n. 12, e capitulo 19 n. 3.

Demonstrando-se ser o *facto* da paternidade falso, o reconhecimento fica *sem causa*, pode, pois, o pae annullal-o. Rogron, com. ao art. 334 do cod. civil fr. Em contrario Mourlon cit. n. 963.

Podê acontecer que mais de uma pessoa reconheça como filho natural

a) O reconhecimento pôde ser inexistente, nullo e annullavel.

E' inexistente: a) si nunca existio a pessoa reconhecida; b) si já não existir a pessoa que é reconhecida ou si, ao tempo da concepção, estava morta.

E' nullo: a) quando feito por pessoa absolutamente incapaz — os menores de 16 annos; — os loucos de todo o genero; — os surdos-mudos que não puderem exprimir sua vontade;—os ausentes, declarados por acto do juiz; b) quando o reconhecido fôr incestuoso ou adulterino, pois, nos termos do art. 145, n. II e art. 358, é impossivel o objecto do acto; c) quando não foi feito por qualquer dos modos estabelecidos na lei; d) quando feito por um terceiro depois de haver o reconhecimento por uma mulher casada ou por um homem casado; e) quando feito sem o consentimento do filho, sendo este maior.

As nullidades podem ser allegadas por qualquer interessado ou pelo Ministerio Publico, quando lhe couber intervir, devem ser pronunciadas pelo juiz, quando conhecer do acto ou dos seus effeitos e os encontrar provados, não lhe sendo permittido suppril-os, ainda a requerimento das partes. (Codigo Civil, art. 146, § unico).

E' annullavel o reconhecimento:

a) por vicio resultante de erro, dolo, coacção, simulação ou fraude. (Codigo Civil, art. 147, n. II);

b) quando o não acceitar o reconhecido ao attingir á maioridade;

c) quando fôr contrario á verdade.

§ 125. *Posição dos filhos naturaes.*

Os filhos naturaes, embora legalmente reconhecidos, não incidem nem sob o patrio poder, nem sob a tutella do pai. (36)

a um mesmo individuo. Dada esta hypothese, ao filho compete acceitar o reconhecimento que julgar verdadeiro: é uma consequencia do direito que tem de contestar o reconhecimento que reputa falso. Mourlon cit. n. 962.

(36) Vej. acima § 113. O pae pode nomear em testamento tutor ao filho natural; esta nomeação, porem, depende da confirmação do juiz. Ord. L. 4. T. 102, § 2.

A legislação franceza, a novissima portuguesa e a de outros povos cul-

Todavia são considerados membros da familia paterna e como taes tem, em regra, os mesmos direitos que os filhos legitimos. (37)

Devem respeito e reverencia ao pai.

Assim que:

1.º Não podem contrahir matrimonio, enquanto menores; sem licença do pai; (38)

2.º Nem cital-o, sem primeiro impetrar licença do juiz da causa; (39)

3.º Incorrem em pena de desherdação nos mesmos casos em que os legitimos. (40)

a) No dominio do Codigo Civil, os filhos naturaes, legalmente reconhecidos, incidem sob o patrio poder.

“Os filhos legitimos, os legitimados, *os legalmente reconhecidos* e os adoptivos estão sujeitos ao patrio poder, enquanto menores.” Codigo, art. 379.

“O filho illegitimo, não reconhecido pelo pai, fica sob o poder materno. Si, porém, a mãe não fôr conhecida, ou capaz de exercer o patrio poder, dar-se-á tutor ao menor.” Codigo, art. 383.

Segundo o disposto no art. 359 do Codigo, o filho illegitimo, reconhecido por um dos conjuges, não poderá residir no lar conjugal, sem o consentimento do outro.

O filho reconhecido, enquanto menor, ficará sob o poder do progenitor que o reconheceu, e, si ambos o reconhecerem, sob o do pai. Codigo, art. 360.

E', em relação aos filhos naturaes reconhecidos, a affirmação do patrio poder para o pai ou para a mãe natural. Quer um, quer outra, tem o exercicio do patrio poder.

tos sujeitão os filhos naturaes reconhecidos ao patrio poder, com certas modificações. Cod. civil fr. art. 383 e 384; cod. civil port. art. 166 e 167.

Entre nós, graças á influencia do Direito Romano, o filho natural, ainda reconhecido, permanece, enquanto menor, na posição de orfão, e portanto sujeito á jurisdicção do juiz de orfãos, á quem compete dar-lhe tutor. Ha nisto uma grande iniquidade: o pae é despojado de seus direitos e o filho fica privado da protecção paterna para muita vez ser confiado aos cuidados fallazes de um extranho.

(37) Succedem aos paes, aos ascendentes e aos collateraes pelo lado paterno. Consolid. art. 960, § 1 e 961; Cordeiro, Dubit. 11; Gama, Decis. 3; Lobão, Not. á Mello, L. 3, T. 8, § 17, n. 3.

(38) Assento de 9 de abril de 1772, § 3.

(39) Ord. L. 3, T. 9, § 1 e 2.

(40) Ord. L. 4, T. 88.

TITULO SEGUNDO

DOS FILHOS ESPURIOS (41)

§ 126. *Maternidade e paternidade dos espurios*

I. A maternidade dos filhos espurios póde ser provada em juizo pelos mesmos meios por que póde sel-o a dos naturaes. (42)

A acção para investigal-a compete tanto ao proprio filho, como á quem quer que nisso for interessado. (43)

II. A paternidade dos espurios póde ser estabelecida em juizo por qualquer genero de provas admittidas em direito. (44)

Mas a acção para investigal-a lhes é tão sómente concedida para pedirem alimentos. (45)

Nada obsta á que o pai reconheça o espurio por escriptura publica ou testamento; o reconhecimento, porém, em nada altera o character da espuriedade e as consequencias della resultantes. (46)

a) “A investigação da maternidade só se não permite, quando tenha por fim attribuir prole illegitima á mulher casada, ou incestuosa á solteira, art. 358. (Codigo Civil, art. 364)

Vêr Códigos francez, arts. 341 e 342; hespanhol, arts. 136 e 140; argentino, arts. 325 e 326; uruguayo, art. 242.

A maternidade sendo um facto positivo é, em regra, certa mesmo em relaçaõ a filhos illegitimos. Havendo, porém, a duvida, aos que podem ser reconhecidos é permittida a investigação. Não é admittida quando tenha por fim attribuir; a) prole illegitima á mulher casada; b) prole incestuosa á mulher solteira.

(41) Quaes são os espurios? Veja-se acima § 120.

(42) B. Carneiro, L. 1, T. 20, § 180, n. 11. Valas. Consult. 176, n. 16; Consolid. das Leis civis, art. 213 e 214. Veja-se acima § 121.

(43) Como o filho legitimo do espurio, o qual é herdeiro necessario da avó materna. Ord. L. 4, T. 93, Coelho da Rocha, § 340.

(44) B. Carneiro, L. 1, T. 20, § 180.

(45) Os espurios não succedem ao pae nem á mãe intestados. Ord. L. 4, T. 93; Lob. á Mello, L. 3, T. 8, § 13, n. 2.

Podem pedir alimentos aos paes. Ass. de 9 de abril de 1772, § 3º.

(46) Embora reconhecidos não adquirem o direito de succeder aos paes.

Da combinação de artigos do Código resulta: 1) que só se proíbe a investigação da maternidade adúlterina quanto aos filhos que nascerem no prazo ou com as condições legaes para serem presumidos legítimos, e não aos anteriores á sociedade conjugal, ou posteriores á sua dissolução; 2) que a investigação da maternidade só é inhibida quando a mulher estiver na constancia da sociedade conjugal, proveniente de casamento valido, putativo, ou annullavel, e não de casamento inexistente ou nullo; 3) que a investigação é prohibida quando se quer attribuir á mulher solteira filhos incestuosos, e não quando se queira provar a maternidade de filhos illegítimos de qualquer outra especie. (Pontes de Miranda, Direito de Familia, pag. 297).

Commentando o artigo, Clovis observa: O ponto de vista do Código Civil Brasileiro não é o mesmo da maioria dos Códigos civis estrangeiros, que, com excepção do argentino e do uruguayo, só attendem ao escandalo proveniente do adulterio e do incesto. Quanto á mulher casada, o art. 364 põe-na a salvo de qualquer investigação de maternidade, tendente a lhe attribuir um filho illegítimo, seja adúlterino ou não.

Imagine-se que uma senhora, em moça, teve um filho natural, fructo do abuso de um seductor. Esse filho occulto da vista de todos foi creado por alguém da confiança dos avós. Mais arde, a senhora casa-se, tem um procedimento digno, é respeitada pela sociedade, estimada pelo marido e adorada pelos filhos legítimos. Esse primeiro filho é illegítimo, mas não adúlterino. O Código não lhe dá, entretanto, acção para investigar a sua maternidade.”

O filho incestuoso não tem acção para investigar a maternidade, nem a paternidade.

— Os filhos illegítimos de pessoas, que não caibam nos arts. 183, n. I a VI, tem acção contra os pais, os seus herdeiros, para demandar o reconhecimento da filiação: I si, ao tempo da concepção, a mãe estava concubinada com o pretendido pai; II si a concepção do filho, realmente, coincidio com o rapto da mãe pelo supposto pai, ou suas relações sexuaes com ella; III, si existir escripto daquelle a quem se attribue a paternidade, reconhecendo-a, expressamente. (Art. 363 do Código Civil).

O direito anterior não admittia em caso algum a investigação da paternidade illegítima, tendo sido esta uma grande inovação do Código Civil.

Do artigo se deduz que só os naturaes tem esse direito; não o tem os espurios, isto é, os illegítimos incestuosos e adúlterinos. Os primeiros são os filhos de pessoas comprehendi-

das nos ns. I a V do art. 183, filhos de parentes consanguíneos e affins em linha recta e os collateraes até o 3º gráo.

Os segundos são os filhos illegítimos de pessoas casadas.

Tanto uns, como outros não podem, deante do art. 358 do Codigo, ser reconhecidos.

Segundo o art. 365, qualquer pessoa que justo interesse tenha, póde contestar a acção de investigação da paternidade ou maternidade. Vêr Codigos italiano, art. 191; francez, art. 339; uruguayo, art. 238.

“A sentença que julgar procedente a acção de investigação produzirá os mesmos effeitos do reconhecimento; podendo, porém, ordenar que o filho se crie e eduque fóra da companhia daquelle dos pais que negou essa qualidade.” (Codigo, art. 366).

Desde que está proferida a sentença, e uma vez passada em julgado, o filho natural reconhecido tem o direito de usar o appellido do pai, o de ter alimentado e educado, o de succeder, tem todos os direitos de filho, como si fóra legítimo.

“A filiação paterna e a materna podem resultar do casamento declarado nullo, ainda mesmo sem as condições de putativo.” (Codigo, art. 367).

Não se póde subordinar a condição ou a termo, o reconhecimento do filho. Codigo, art. 361.

O filho maior não póde ser reconhecido sem o seu consentimento, e o menor póde impugnar o reconhecimento, dentro nos quatro annos, que se seguirem á maioridade ou emancipação. (Codigo, art. 362).

§ 127. *Posição dos filhos espúrios*

Os filhos espúrios, ainda provada a sua filiação, são havidos como estranhos ao pai, de quem só podem haver alimentos. (47)

Emquanto menores, ao juiz de orphãos compete dar-lhes tutor. (48)

a) “O casamento, embora nullo, e a filiação espúria, provada quer por sentença irrecorrivel, não provocada pelo filho, quer por confissão, ou declaração escripta do pai, fazem

(47) B. Carneiro, L. 1, T. 22, § 199.

O espúrio succede aos parentes maternos, posto que não succeda á mãe, Ord. L. 4, T. 93; Coelho da Rocha, § 340. Todavia o adulterino succede á mãe quando o impedimento não provem da parte della. Rocha, cit. § 340.

(48) Todos os menores que estão sob o patrio poder, ficão sujeitos á jurisdicção do juiz de orphãos. Vej. adiante § 145.

certa a paternidade sómente para o effeito da prestação de alimentos.” (Codigo Civil, art. 405).

Vêr Codigos francez, arts. 762 e 763; italiano, art. 193; argentino, art. 343.

TITULO TERCEIRO

DA PERFILHAÇÃO SOLEMNE (49)

§ 128. O que é perfilhação solemne?

Transformação da legitimação *per rescriptum principis* do Direito Romano (50) e da de *authoridade* real do antigo Direito Portuguez (51), a *perfilhação solemne*, no estado actual do nosso Direito não é senão a confirmação, por carta passada pelas justicas da 1ª instancia, do reconhecimento que o pai faz do filho illegitimo com animo de perfilhal-o. (52).

São elementos substanciaes da perfilhação solemne:

- 1.º O reconhecimento do filho por tal pelo pai;
- 2.º A declaração da vontade de perfilhal-o; (53)

(49) A *perfilhação solemne* é conhecida no nosso Direito pela denominação de — *legitimação por authoridade real* (ord. L. 2, T. 35, § 12. A lei de 28 de setembro de 1828, art. 2, § 1, ainda chama a carta de filiação de — carta de *legitimação*. É uma expressão incorrecta hoje em dia. Só temos um modo de *legitimação* que é a que resulta do subseqüente matrimonio; a *perfilhação solemne*, porem, não é *legitimação*, porque não equipara os filhos perfilhados aos legitimos.

Os codigos modernos tem reduzido a *perfilhação* á um simples reconhecimento de *perfilhação*. Vej. o cod. civil fr., art. 334; cod. civil do Chile, art. 270 e seguintes; cod. civil Port., art. 122 e seg.; Cfr. Coelho da Rocha, § 297.

(50) Consagrava o Direito Romano tres formas de legitimação: *per subsequens matrimonium*; *per oblationem curiae* e *per rescriptum principis*. (Makeldecy, Droit Romain, § 585).

Esta ultima especie tinha lugar quando o principe, á requerimento do pae, declarava os filhos naturaes *legitimados*. Consistia sua virtude em equiparar o filho legitimado ao filho legitimo pelo que dizia respeito á sujeição ao patrio poder e ao direito de succeder ao pae intestado. Novell. 74, c. 1. Novell. 89, c. 9.

No nosso Direito não ha vestigio da legitimação *per obligationem curiae*. (51) Ord. L. 1. T. 3, § 1; L. 2. T. 35, § 12; L. 1, T. 85, § 2; Reg. do Desemb. do Paço, § 118; Lei de 7 de janeiro de 1750. As cartas de legitimação são concedidas pelo Desemb. do Paço.

(52) A attribuição de confirmar as *perfilhações* foi passada pela lei de 22 de setembro de 1828, art. 2, § 1, para as justicas de 1ª instancia. Pertence hoje ao juiz municipal do lugar, art. 2, § 5 do Reg. de 15 de março de 1842.

(53) Pheb. Decis. 171, n.3; Valasc. Consult. 80, n. 8; Lob., Not. á Mello, L. 2, T. 5, § 19, n. 7; B. Carneiro, L. 1, T. 23, § 206, n. 5. Não basta o simples reconhecimento do filho; é mister que o pae manifeste a resolução de que quer perfilhal-o.

3.º A confirmação por carta do juiz competente. (54)
Podem ser perfilhados tanto os filhos naturaes como os espurios (55)

§ 129 *Forma da perfilhação.*

A perfilhação solemne não se entende legalmente consumada senão preenchidos os requisitos seguintes:

1.º Que o pai reconheça o filho por tal em testamento, escriptura publica ou privada, ou perante testemunhas, com o animo manifesto de perfilhal-o; (56)

2.º Que, á requerimento do pai ou do proprio filho (57) seja passada e expedida pelo juiz competente a carta de confirmação. (58)

Hoje não é mister preceder informação com audiencia dos herdeiros do pai, porque a carta de perfilhação não importa nem directa nem indirectamente offensa de direitos de terceiros. (59)

(54) Lei de 22 de setembro de 1828, art. 2, § 1.

(55) Ord. L. 2, T. 35, § 12 e lei de 7 de janeiro de 1750.

Por Direito Romano só podião ser legitimados *per rescriptum principis* os filhos naturaes e tão somente quando era impossivel o casamento do pae com a mãe e não tinha elle filhos legitimos. (Makeldey, art. § 585).

O Direito Canonico estendeu o beneficio da legitimação *per rescriptum Pontificis* aos espurios. X. Qui filii sint legit.

Segundo o nosso Direito foi sempre permittido perfilhar os espurios.

(56) Lobão, Not. á Mello, L. 2, T. 5, § 19, n. 7; B. Carneiro, L. 1, T. 23, § 206, n. 6. A lei não marcou a forma especial para prova do reconhecimento e da intenção do pae; portanto são permittidos quaesquer meios de prova admittidos em Direito. Pegas, tom. 3 ad. ord. L. 1, T. 3, § 1, n. 79; Pheb. Decis. 176, n. 3; Lob., cit. § 19, n. 7.

E' sufficiente para fundamentar a concessão da carta de perfilhação a instituição do filho em testamento, com a clausula: "se obtiver legitimação". Lob., cit. n.

(57) Provada a intenção do pae, é licito ao proprio filho requerer a carta de confirmação. B. Carneiro, cit. § 206, n. 7.

Antigamente disputavão os nossos escriptores largamente sobre a necessidade de declarar-se na petição para a perfilhação a qualidade da illegitimidade. Essa declaração era necessaria porque podia influir no animo do soberano para conceder ou não a graça extraordinaria ao perfilhado de poder succeder o pae intestado. Hoje, porem, que a perfilhação só tem effeitos ordinarios, definidos na lei e não effeitos extraordinarios dependentes de graça especial, uma tal declaração, supposto util (no caso da filiação ser natural) não é contudo necessaria.

(58) Art. 2, § 1 da cit. lei de 22 de set. de 1828 e art. 2, § 5 do Reg. de 15 de março de 1842.

(59) A carta de perfilhação não attribue ao filho o direito de succeder ao pae intestado (vej. o § 130); portanto cessa a razão em virtude da qual devião ser ouvidos os herdeiros necessarios e os que já tinham direito adquirido á herança. Cfr. B. Carneiro, L. 1, T. 23, § 206, n. Se o filho é na-

§ 130. Efeitos da perfilhação.

Da perfilhação solenne resultavam, segundo o nosso antigo Direito, as seguintes *consequencias naturaes*:

1.º O direito de gosarem os perfilhados da nobreza, honras, liberdades, armas e insignias do pai. (60)

2.º Dispensa para poderem os espurios ser instituidos herdeiros por seus pais; (61)

3.º O direito a alimentos. (62)

O direito de succeder ao pai intestado era uma concessão extraordinaria, feita por graça especial do principe, que resumia em sua pessoa todos os poderes soberanos. Um tal direito não resultava, como effeito normal, da legitimação em si mesma, mas provinha exclusivamente de uma clausula adjecta a legitimação. (63)

A attribuição de conceder cartas de perfilhação foi pelo moderno direito passada (64) ao poder judiciario.

O poder judiciario no nosso regimen não tem a faculdade de dispensar na lei.

tural, succede por força do reconhecimento em testamento ou escriptura publica e não por virtude da perfilhação solenne. Veja-se a nota (2) ao § seguinte, pag. 271.

(60) B. Carneiro, L. 1, T. 23, § 207, n. 5.

(61) Res. de 16 de novembro de 1798, transcripta por Lobão, Morgados, Addic. cap. II ao § 62; B. Carneiro cit., n. 16. Os espurios não podião ser instituidos herdeiros por seus paes. (Lob., Acç. Sum. § 181).

(62) Assento de 9 de abril de 1772, § 3.

(63) “E o filho espurio não poderá haver o dito foro, salvo sendo legitimado por nós em tal forma que possa succeder ab intestado e de outra maneira não.” Ord. L. 4, T. 36, § 4 in fine. Portanto a legitimação por si só não dava o direito de succeder ao pae intestado, mas precisava ser passada em forma tal que della resultasse semelhante direito. Vão de harmonia com o sentido do texto transcripto as palavras da ord. do L. 2, T. 35, § 12.

“As legitimações não se costumão conceder neste reino em prejuizo dos herdeiros legitimos; e não tendo ellas as qualidades de restituição plenaria, mas d’uma mera dispensa, só podem aproveitar para os effeitos e fins que as leis e estilos do reino prescrevem na forma por ellas ordenadas.” Res. de 16 de novembro de 1798. Lob. Addic. ao Tract. dos Morg. cap. II ao § 62.

E tal é a authorizada opinião de Paschoai, (L. 3, T. 8, § 14) e de Borges Carneiro (L. 1, T. 23, § 207, ns. 5, 7 e 9).

A interpretação de 29 de abril de 1863 ao Reg. de 15 de dezembro de 1860 allude á perfilhações que importão habilitação para a successão ab intestato: o que rasoavelmente não pode ser entendido senão em relação ás perfilhações de filhos naturaes, fundadas em escriptura publica ou testamento.

(64) Art. 2, § 1 da lei de 22 de setembro de 1828.

(65) Mello, L. 3, T. 8, § 14 nota. “Ex rescripti igitur verbis et principis voluntate tota hæc res pendet.”

Não lhe é pois licito attribuir á perfilhação solenne um effeito que não resultava do acto em si, como o direito de succeder ao pai intestado, mas que tinha por unico fundamento uma concessão que presuppõe a faculdade legislativa de dispensar na lei. (65)

Assim que no estado actual do nosso Direito, os effeitos da perfilhação solenne reduzem-se aos seguintes:

Direito de gosarem os perfilhados das honras e privilegios de filhos legitimos; (66)

Direito de pedirem alimentos aos pais. (67)

a) Lafayette, em a nota supra, já considerou a perfilhação solenne uma perfeita inutilidade. Hoje, deante do Código Civil, ella desapareceu completamente, não tinha razão de ser, nem produziria effeito algum.

Em observação ao § 130, Lafayette, considerando a adopção uma instituição *obsoleta*, deixou de tratar della. O Código Civil, no Capitulo V, arts. 368 a 378, contém disposições que a regulam. Inscrevemol-as, pois, neste paragrapho:

(66) Este effeito é incompativel com a doutrina dos §§ 14 e 16 do artigo 179 da Constituição do Imperio. Todayia ainda existem vestigios delle.

(67) Cit. Ass. de 9 de abril de 1772.

A dispensa para poderem os espurios ser instituidos herdeiros pelos paes, é hoje um effeito annullado, visto como, segundo declarou a lei de 11 de agosto de 1831, taes filhos podem, como quaesquer outros, ser nomeados herdeiros pelos paes.

A perfilhação solenne dos filhos naturaes só os habilita para succederem á seus paes intestados, quando o reconhecimento é feito em escriptura publica ou testamento. Se a perfilhação tem por fundamento escripto privado ou depoimento de testemunhas, é claro que o filho não pode succeder ao pae intestado; aliás seriam burladas as provisões da Lei de 2 de setembro de 1847.

De todo o exposto neste § resulta que a perfilhação solenne é hoje uma perfeita inutilidade. Para que o filho consiga todos os effeitos que della resultão (excepto as honras), basta o simples reconhecimento do pae.

Observação:

Seguia-se agora tratar das *Adopções*. Fazem dellas menção a ord. l. 1. T. 3, § 1 e Regim. do Desemb. do Paço, § 118; ainda allude á ellas o § 1 do art. 2 da Lei de 22 de setembro de 1828.

Rara vez praticadas em Portugal cahirão entre nós as *Adopções* em total desuso, como em geral tem acontecido em toda a Europa.

O conde Portalis na introdução ao projecto do código sardo escreveu o seguinte:

“Na epoca da organização do código civil francez entrava a *Adopção* nos intuitos de Napoleão e abriu-se-lhe espaço no dito código como uma das bases do seu estatuto acerca da familia, mas foi ella rodeada de tantas restricções e submettida á condições tão difficéis de preencher-se que foi facil prever que recebida com desconfiança não se naturalisaria senão com muito trabalho. A experiencia tem justificado as provisões dos authores do código: — nada mais raro do que uma *Adopção*.”

Sendo, pois, a *Adopção* uma instituição obsoleta, seria uma verdadeira inutilidade tratar della.

“Art. 368. Só os maiores de cincoenta annos, sem prole legitima ou legitimada, podem adoptar.”

Art. 369. O adoptante ha de ser, pelo menos, dezoito annos mais velho do que o adoptado.”

Adopção é o acto civil pelo qual uma pessoa acceita um extranho na qualidade de filho. Destinando-se a supprir a falta de filhos, a lei só a permite aquelle que os não tiver legitimos ou legitimados.

Vêr Codigos francez, art. 343; italiano, art. 202; hespanhol, art. 173; uruguayo, art. 243. Ha alguns codigos que desconhecem esse instituto; entre elles o portuguez, o argentino, o chileno.

“Art. 370. Ninguem pôde ser adoptado por duas pessoas, salvo si forem marido e mulher.”

Vêr Codigos francez, art. 344; hespanhol, art. 174; italiano, art. 204; uruguayo, art. 245.

“Art. 371. Emquanto não dêr contas de sua administração e saldar o seu alcance, não pôde o tutor, ou curador, adoptar o pupilo, ou curatelado.”

Vêr Codigos italiano, art. 207; hespanhol, art. 174; uruguayo, art. 244.

“Art. 372. Não se pôde adoptar, sem o consentimento da pessoa, debaixo de cuja guarda estiver o adoptando menor, ou interdicto.”

Vêr Codigos italiano, arts. 208 a 209; hespanhol, art. 178; uruguayo, art. 247.

Sendo maior o adoptando, será ouvido pessoalmente, porque não se comprehende que seja collocado em situação de filho, com obrigações e direitos, contra sua vontade. Quando menor, não tendo capacidade para resolver por si, compete ao seu tutor ou curador, si está interdicto. Attingindo á maioridade, pôde o adoptando romper o vinculo da adopção, desde que lhe não agrada. O Codigo o consigna no art.

“Art. 373. O adoptado, quando menor ou interdicto, poderá desligar-se da adopção no anno immediato, ao em que cessar a interdicção ou a menoridade.”

“Art. 374. Tambem se dissolve o vinculo da adopção:

I quando as duas partes convierem;

II quando o adoptado commetter ingratição contra o adoptante.”

O rompimento do vinculo pôde ser bilateral ou unilateral. E' bilateral quando adoptante e adoptado o desligam pela fórma por que o fizeram, isto é, por escriptura publica.

E' unilateral quando o pai o rompe pela ingratição do filho. Da parte deste não pôde haver rompimento por esse motivo, porque o filho é o beneficiado. Si o pai falta aos seus deveres, si maltrata ao filho, intervem a autoridade judiciale.

ria para suspender ou retirar o patrio poder nos termos dos arts. 394 e 395.

“Art. 375. A adopção far-se-á por escriptura publica, em que se não admite condição nem termo.”

Vêr Codigos francez, arts. 353 a 360; hespanhol, art. 178; italiano, arts. 213-219; uruguayo, art. 248.

Já o art. 134, I, do Codigo prescrevia como substancial nas adopções o instrumento publico. Nelle não devem ser incluidas clausulas que modifiquem de qualquer modo, suspendam ou annullem os effeitos da adopção; são clausulas prohibidas e o official publico póde recusar-se a redigil-as.

“Art. 376. O parentesco resultante da adopção (art. 336) limita-se ao adoptante e ao adoptado, salvo quanto aos impedimentos matrimoniaes, a cujo respeito se observará o disposto no art. 183, ns. III e V.”

Vêr Codigos francez, art. 348; italiano, art. 212; hespanhol, art. 177; uruguayo, art. 249.

“Art. 377. A adopção produzirá os seus effeitos, ainda que sobrevenham os filhos ao adoptante, salvo se, pelo facto do nascimento, ficar provado que o filho estava concebido no momento da adopção.”

“Art. 378. Os direitos e deveres, que resultam do parentesco natural, não se extinguem pela adopção, excepto o patrio poder, que será transferido do pai natural para o adoptivo.”

Vêr Codigos hespanhol, art. 179; italiano, arts. 211 e 221; francez, arts. 348 e 349; uruguayo, art. 250.

O adoptado fica em posição especial, tendo além dos direitos de filho legitimo do adoptante, os direitos que possuia em relação á sua familia natural. Relativamente ao patrio poder é que o adoptante o exercerá e nem se comprehenderia que ficassem duas pessoas com a mesma autoridade sobre o adoptado.

Para os effeitos da successão, equipara-se o filho adoptivo ao legitimo (art. 1.605 do Codigo) mas si o adoptivo concorrer com legitimos supervenientes á adopção, tocar-lhe-á sómente metade da herança cabivel á cada um destes. (Codigo, art. 1.605 § 2º).

Fallecendo, sem descendencia o filho adoptivo, se lhe sobreviverem os pais e o adoptante, áquelles tocará por inteiro a herança. Em falta dos pais, embora haja outros ascendentes, devolve-se a herança ao adoptante. (Codigo, art. 1.609).

SECÇÃO QUARTA

CAPÍTULO UNICO

ALIMENTOS

§ 131. *Obrigaçào de prestar alimentos*

Antes de adquirir certo grau de desenvolvimento fysico e moral não tem o ente humano capacidade para prover a sua propria subsistencia.

E em igual impossibilidade pode achar-se o adulto, ou por enfermidade ou por defeito de organisação. (1)

Quando ao homem collocado em qualquer das circumstancias alludidas fallecem posses, quem deve vir-lhe em auxilio para não deixa-lo succumbir á mingua?

— O Estado? Certo, ao Estado incumbe essa obrigaçào (2); mas antes do Estado que deve protecção á todos os infelizes, a voz da natureza chama os pais e os parentes mais proximos.

Assim que a lei impõe aos parentes dentro de certos graus a obrigaçào de se alimentarem uns aos outros.

Segundo a nossa legislaçào, os parentes, na linha recta *in infinitum* e na transversal dentro do 2º grau por direito

(1) Alguns escriptores fazem distincção entre a obrigaçào de *prestar alimentos* e a obrigaçào de *criar, sustentar* e educar os filhos. A primeira diz respeito aos adultos que por enfermidade não podem prover á sua propria subsistencia; a segunda aos menores. Mourlon, Rep. Escrit. L. 1, T. 5, n. 739.

Esta distincção tem efeitos praticos como adiante se verá. (§ 136 nota 4).

(2) O Estado desempenha este dever, fundando e protegendo a fundação de asylos de mendigos e de invalidos, de casas de caridade e de expostos.

civil, quer sejam legítimos, quer illegítimos, devem-se reciprocamente alimentos, subsidiariamente uns depois de outros. (3)

§ 132. *O que são alimentos?*

Por *alimentos* entende-se tudo que é necessario para o sustento, vestuario e habitação. (4)

Se o alimentario é menor, nos alimentos comprehendem-se as despezas de criação e educação. (5)

Dividem-se os alimentos em *naturaes* e *civis*.

Naturaes são os estrictamente necessarios para a man-tença da vida (6); *civis* os que são taxados segundo os ha-veres e a qualidade das pessoas. (7)

Chamão-se *legítimos* os alimentos devidos por direito de sangue (*juris sanguine*). (8) São estes os que formão objecto deste capitulo.

Os alimentos, que se prestão em virtude de disposição testamentaria ou de convenção, são regulados pelas leis que regem os actos que lhes servem de fundamento. (9)

§ 133. *A. Alimentos entre parentes legítimos*

I

1. Na constancia da sociedade conjugal os filhos são alimentados á custa do pai e da mãe, qualquer que seja o regimen de bens, segundo o qual foi contrahido o casamento. (10)

(3) Ord. L. 1, T. 88, § 15 e 16; L. 4, T. 99; Assento de 9 de abril de 1772 confirmado pelo alvará de 29 de agosto de 1776.

(4) Ord. L. 1, T. 88, § 15: "o que lhes necessario for para *seu man-timento, vestido e calçado* e todo o mais." Assento de 9 de abril de 1772; Mello, L. 2, T. 6, § 11 nota. Cod. civil port. art. 171.

(5) Ord. L. 1, T. 88, cit. § 15: "E mandará ensinar a ler e escrever aquelles que forem para isso." Fr. 6, § 5, D. de Carbonian. Edict. (37, 10): Non solum alimenta pupillo prestari debent, sed et in studia et in cæteras necessarias impensas debet impendi pro modo facultatum."

(6) B. Carneiro, L. 1, T. 19, § 167, n. 2.

(7) B. Carneiro cit.

(8) B. Carneiro, cit. § 167, n. 1.

(9) Mello, L. 2, T. 6, § 11 nota.

(10) Ord. L. 4, T. 99 princip.; Mello L. 2, T. 6, § 12.

A cit. ord. diz simplesmente: "emquanto durar o matrimonio" sem fazer distincção alguma.

2. Quando os conjuges se separam em virtude de sentença de divorcio, ou por ter sido o casamento julgado nullo; a mãe é obrigada a crear o filho de leite até tres annos; toda a mais despeza com alimentos é por conta do pai. (11)

A obrigação que tem a mãe de crear o filho de leite até tres annos, cessa se ella não pode preenche-la sem comprometter a sua saude. (12)

3. Se o matrimonio se dissolve:

a) Por morte da mulher, ao marido cumpre fazer todas as despezas de criação e alimentos; (13)

b) Se por fallecimento do marido, a mulher é tão somente obrigada a crear de leite o filho até tres annos; os alimentos porém correm por conta dos bens do proprio filho. (14)

4. Na falta do pai (15) e não tendo o filho bens, passa á mãe a obrigação subsidiaria de alimenta-lo. (16)

II.

1. Na falta da mãe a obrigação de prestar alimentos passa aos ascendentes paternos; (17)

2. Na falta destes aos ascendentes maternos; (18)

3. Na falta dos ascendentes aos descendentes, guardada a ordem da successão; (19)

4. Na falta dos descendentes aos irmãos, quer germanos, quer unilateraes. (20)

(11) Ord. L. 4, 99 princip. verb. E apartado o matrimonio... Mello cit. § 14.

(12) Ord. L. 1, T. 88, § 10; Valasc. Cons. 92, n. 2 e 3; Reper. tom. 3, pag. 447. Neste caso a despesa de criação é por conta do marido, ord. cit. princip.

(13) Ord. L. 4, T. 99, § 2; Assento § 1 n. 4; B. Carneiro, L. 1, T. 19, § 168, n. 36.

(14) Ord. L. 4, T. 99, § 3; L. 1, T. 88, § 10; Mello, L. 2, T. 6, § 13.

(15) *Na falta do pae* quer dizer: ou por ter fallecido, ou por não poder alimentar o filho por pobreza, ou por outra causa. B. Carneiro, L. 1, T. 19, § 168, n. 24.

(16) Ord. L. 4, T. 99, § 2; Assento de 9 de abril de 1772, § 1. Por Direito Romano na falta do pae, passava a obrigação aos avós paternos, na falta destes á mãe. Neste ponto foi o Direito Romano alterado pelo Assento, cit. § 1, nas palavras... "para obrigarem aos paes e na falta delles aos outros ascendentes.

(17) Assento § 1; B. Carneiro, cit. § 168, n. 46.

(18) Assento § 1; B. Carneiro cit. A obrigação de alimentos recae nos mais proximos ascendentes, uns na falta dos outros. Cit. Ass.

(19) Cit. Ass. § 4.

(20) Cit. Assento, § 6; Lobão, Not. á Mello, L. 2, T. 6, § 25, n. 9.

III.

Do que fica exposto resulta que os alimentos são subsidiariamente devidos na ordem seguinte:

1. Pelos pais;
2. Pelos ascendentes paternos;
3. Pelos ascendentes maternos;
4. Pelos descendentes;
5. Pelos irmãos.

§ 134. *Direito de repetir alimentos*

A mãe só é obrigada á prestar alimentos ao filho subsidiariamente, isto é, na falta do pai, e não tendo o filho bens

Portanto, se ella o alimenta fóra daquelles casos, ficalle salvo o direito de repetir as despesas pelos bens do pai, ou do filho, segundo for a hypothese. (21)

Cessa, porém, o direito de repetir taes despesas, constando que ella as fizera com animo de doar, (22) como *se não sendo tutora ou curadora do filho, ou administradora de seus bens*, prestou-lhe alimentos. (23)

Todavia esta presumpção (deduzida de não ser tutora) illide-se:

1. Se a mãe é pobre, o filho rico, e as despesas grandes segundo a qualidade das pessoas e o valor do patrimonio; (24)

2. Se ella protestou em tempo rehave-las. (25)

Estas mesmas disposições tem sido applicadas aos outros parentes quando prestão alimentos fora dos casos em que são obrigados. (26)

Assim os avós e os irmãos, quando não são tutores ou

(21) Ord. L. 4, T. 99, § 4; Fr. 34 D. de neg. gest. (3. 5); fr. 5, § 14, D. de agnoscend et alend. liber. (25. 3).

(22) Fr. 5, § 14 D. de agnoscend et alend. lib.: *exigente materno affectu*. B. Carneiro L. 1, T. 19, § 163, n. 3.

(23) Ord. L. 4, T. 99, § 6. Tem, porem, o direito de repetir as despesas feitas com os bens do filho, seja ou não tutora ou curadora. Cit. ord. § 5.

(24) Cit. ord. § 6.

(25) Cit. ord. § 6.

(26) Repert. das ord. tom. 2, pag. 499,

curadores do parente a quem alimentarão, nem administradores de seus bens, não podem reaver as despesas feitas, salvo se protestarão repeti-las. (27)

α) Dispõe o Código Civil, art. 396, que “de accôrdo com o prescripto neste capitulo, podem os parentes exigir uns dos outros os alimentos, de que necessitem para subsistir.”

O direito á prestação de alimentos é reciproco entre paes e filhos, e extensivo a todos os ascendentes, recahindo a obrigação nos mais proximos em gráo, uns em falta de outros. (Código, art. 397).

Ver Codigos italiano, arts. 138, 139; francez, arts. 203 a 207; portuguez, art. 172; uruguayo, arts. 116 e 118; chileno, art. 321.

Na falta dos ascendentes, cabe a obrigação aos descendentes, guardada a ordem da successão, e faltando estes, aos irmãos, assim germanos como unilateraes. (Código, art. 398).

Ver Codigos hespanhol, art. 143; portuguez, art. 174; italiano, arts. 139 e 141; chileno, art. 321.

A obrigação vai até aos irmãos; não attinge aos collateraes além do segundo gráo, nem aos affins.

Não prevalece deante do Código a ordem para a prestação de alimentos segundo a doutrina antiga. Hoje não ha distincção entre ascendentes paternos e maternos; depois dos paes, vem os ascendentes recaindo a obrigação nos mais proximos em gráo.

§ 135. *Alimentos entre parentes illegítimos*

Entre parentes illegítimos são devidos alimentos dentro dos mesmos graus e na mesma ordem, como se forão legitimos. (28)

Todavia a obrigação que tem a mãe de crear os filhos illegítimos de leite até tres annos, cessa:

I. Se ella fôr casada e o filho espurio; (29)

O Código Civil, embora não permita o reconhecimento dos filhos adulterinos e incestuosos, estabelece o direito a ali-

(27) B. Carneiro, cit. § 169, n. 7.

(28) Ord. L. 1, T. 88, § 11; L. 4, T. 99, § 1; Assento de 9 de abril de 1772, § 3; B. Carneiro, L. 1, T. 19, § 168 n. 45.

(29) Ord. L. 1, 88, § 11.

mentos. Nos termos do art. 405, os filhos espúrios podem pedir alimentos provando a filiação:

- a) por sentença irrecorrível, não provocada pelo filho;
- b) por confissão, ou declaração escripta do pae.

2. Se fôr professa em religião approvada. (30)

Ver Codigos italiano, art. 193; francez, arts. 762 e 763; argentino, art. 343.

— Podem usar da acção de alimentos contra a mãe nos casos em que é permittida a investigação da maternidade, isto é, quando não haja o fim de attribuir prole illegitima á mulher casada, ou incestuosa á solteira.

§ 136. Quando são devidos os alimentos

Os alimentos só são devidos, concorrendo os dous seguintes requisitos:

1.º Quando o alimentario não tem bens e ao mesmo tempo está impossibilitado de por seu trabalho ou industria prover a sua propria subsistencia; (31)

2.º Quando a pessoa, á quem são pedidos os alimentos, pode fornece-los, sem ficar privada dos meios de que carece para sua sustentação. (32)

Cumpre notar que qualquer que seja a causa da impossibilidade, ou provenha ella de caso fortuito ou de culpa do alimentario, como se dissipou os seus bens; os alimentos lhe são sempre devidos. (33)

(30) Cit. ord., § 11.

Aos illegitimos devem-se alimentos tanto naturaes como civis. Mello, L. 2, T. 6. § 17 nota.

(31) Assento de 9 de abril de 1772 pri. § 1, § 2, n. I.

Segundo a ord. L. 4, T. 98. § 7, as despesas que o pae faz com a educação do filho, não vem á collação. Desta disposição resulta que, embora o filho tenha bens propios, todavia as despesas da educação são por conta do pae: o que vae de accordo com a disposição da ord. L. 4, T. 99. § 2. A disposição da supracitada ord. L. 4 T. 97, § 7 entender-se-ha derogada pela alludida disposição do Assento? Parece que não. A ord. refere-se as despesas de educação e o Assento á obrigação de prestar alimentos, segundo a distincção acima § 131, nota 1ª.

(32) Assento § 2, n. 1: "Nos casos em que os paes tem com que se alimentem, ou apenas tem o preciso e indispensavelmente necessario para a propria alimentação." *Deducto ne egeat.*

Na fixação deste requisito deve ter-se em vista o rendimento e não o valor de seus bens, o qual pôde ser grande e pequeno o rendimento. Doctr. das Acç. nota 496.

Os alimentos são tirados dos renditos dos bens: assim o pae não pode ser obrigado a vender a propriedade de seus bens, como terras, apolices, para occorrer á alimentos. Decret. de 25 de setembro de 1754; B. Carneiro, L. 1, T. 19. § 168, n. 15, nota b; Lob. á Mello, L. 2, T. 6, § 19, n. 3.

(33) Assento, § 1, n. IV. Cabed. P. I. D. 148; Lob., Not. á Mello, L. 2, T. 6, § 12, ns. 6, 7 e 8.

a) São devidos os alimentos, quando o parente que os pretende não tem bens, nem pode prover, pelo seu trabalho, á propria manutença, e o de quem se reclamam, pode fornecer-os, sem desfalque do necessario ao seu sustento. (Codigo, art. 399).

Ver Códigos francez, art. 208; italiano, art. 143; chileno, art. 330; argentino, arts. 370 e 371.

§ 137. *Taxa dos alimentos*

A taxa dos alimentos deve ser fixada:

Segundo as necessidades e condição social do alimentario; (34)

E segundo as posses do alimentante. (35)

Estes dous elementos influem para elevar ou baixar a taxa dos alimentos, segundo varião entre si,

Assim que:

a) A taxa é fixada em quantia modica:

I. Se o alimentario é de condição humilde, embora o alimentante seja opulento;

II. Se o alimentante tem pouca fortuna.

b) A taxa é arbitrada com mais largueza se o alimentario é de condição elevada e o alimentante tem posses sufficientes. (36)

a) Os alimentos devem ser fixados na proporção das necessidades do reclamante e dos recursos da pessoa obrigada. (Codigo, art. 400).

Ver Códigos francez, art. 208; italiano, art. 143; hespanhol, art. 146; chileno, art. 329.

§ 138. *Como se pagão os alimentos*

Os alimentos são ordinariamente pagos em prestações de dinheiro, mensaes, trimensaes. ou semestraes. (37)

(34) Ord. L. 1, T. 88, § 15; Lob., Obrig. Recip. § 31; B. Carneiro, L. 1, T. 19, § 168, n. 10.

(35) Ord. L. 3, T. 9, § 4... "quando o filho pedir ao pae que lhe dê mantimento, segundo á faculdade de seu patrimonio. Lob. loc. cit.

(36) Mourlon, Rep. Eerit. L. 1, T. 5, n. 749.

Os alimentos, depois de arbitrados, podem ser augmentados ou diminuidos, segundo varião as necessidades do alimentario e as posses do alimentante. Lobão, Obrig. Recip. § 38; Doctr. das Acç. nota 485. D'ahi vem o dizer-se que a sentença de alimentos nunca passa em julgado. Lob. citado § 38.

(37) Lobão, Obrig. Recip. § 34.

Podem ser também, segundo as circumstancias, pagos em especies, como em fructos (38), ou por meio de adjudicação dos rendimentos de um predio. (39)

Se a divida de alimentos é entre pai e filho familias, ao pai assiste o direito de, em vez de fazer a pensão em dinheiro, chamar o filho para sua casa, salvo tendo o filho *justa causa* para apartar-se da companhia paterna. (40)

a) Dispõe o artigo 403 do Codigo Civil que a pessoa obrigada a supprir alimentos poderá pensionar o alimentado, ou dar-lhe, em casa, hospedagem e sustento, competindo, porém, ao juiz, segundo o paragrapho unico, si as circumstancias exigirem, fixar a maneira da prestação devida.

Ver Codigos francez, art. 210; italiano, art. 145; portuguez, art. 183.

§ 139. *Da natureza da divida de alimentos e de sua transmissibilidade*

I. A obrigação de prestar alimentos não é *indivisivel* nem *solidaria*. (41)

D'ahi resulta que, quando a obrigação de alimentos recae ao mesmo tempo em pessoas differentes, (42) cada uma dellas só pode ser demandada pela quota que lhe couber.

Neste caso a divida alimentaria é distribuida, não em

(38) França á Mendes, Aresto 85, n. 11; Acções Sum. § 241, not.

(39) Guerreiro, Tract. 1, L. 2, cap. 12, n. 60.

(40) Assento de 9 de abril de 1772, § 2, n. IV. Explorati juris est patrem regulariter non teneri ad præstanda filiis alimenta extra domum. Lob. Not. á Mello, L. 2, T. 6, § 19, n. 14.

Dá-se *causa justa* para os filhos apartarem-se da companhia paterna: "si recedant ob novercas, vel ob inimicitias cum alio fratre, aut propter litem cum patre, vel ob culpam ejusdem patris, qui sit forte nimis sævus; meritrices aut collusores malé morigeratos in domo habeat, filiumve ipsum a domo vel mensa ejecerit. Arouca ao frag. 3 D. de his qui sunt sui, n. 3.

Entende-se ainda ser por *justa causa* se o filho aparta-se da casa paterna por motivo de serviço militar, ou para seguimento de estudos. Rocha, § 329.

(41) Reputação os antigos escriptores *solidaria* a obrigação de alimentos. Pothier, Marriage, P. V, cap. 1, n. 391; Moraes, Execution, L. 6, cap. 7, n. 60.

Esta opinião, porém, é erronea. A *solidariedade* não se presume: só pôde resultar ou do decreto da lei ou de declaração expressa das partes, ou da natureza indivisivel da obrigação: (Makeldey, Droit Romain, § 366; artigo 1102 do Cod. Civil Franc.) Mas quanto á obrigação de alimentos, nem ha lei que lhe dê a natureza de *solidaria* nem é ella indivisivel. Portanto, como considerá-la *solidaria*? Mourlon, Rep. Escrit. L. 1, T. 5, n. 751.

(42) Verifica-se esta hypothese por exemplo quando o pae pede alimentos aos filhos, o irmão aos irmãos.

partes arithmeticamente iguaes, mas em quotas proporcionaes aos haveres de cada um dos có-obrigados. (43)

Cada quota constitue divida distincta. (44)

II. A obrigação de alimentos, verificadas as condições de sua exegibilidade ainda em vida do devedor, entra na classe das dividas que onerão a herança e como tal é transmissivel aos herdeiros. (45)

a) No dominio do Codigo Civil, art. 402, a obrigação de prestar alimentos não se transmite aos herdeiros do devedor.

Ver Codigos italiano, art. 146; chileno, art. 334; venezuelano, art. 325.

A obrigação é personalissima, de sorte que morto o devedor, os herdeiros não são forçados a cumpril-a. Havendo pensões atrasadas, devem ser pagas, porque consideram-se dividas e a estas são os herdeiros obrigados.

§ 140. Favores á causa de alimentos

Os alimentos são destinados á remediar necessidades cuja satisfação não pode ser declinada nem adiada.

D'ahi provem o estatuir a lei certas providencias especiaes no intuito de garantir o direito á alimentos e de assegurar-lhe prompta execução. (46)

Assim que:

1. O direito á alimentos não pode ser validamente renunciado; (47)

2. Não é permitido fazer transacção sobre alimentos futuros, salvo:

I. Se por ella fica evidentemente melhorada a condição do alimentario;

(43) Lob. Not. á Mello, L. 2, T. 6, § 25, n. 5 in fine; Mourlon, cit. n. 751.

(44) Mourlon, cit. n. 751.

(45) Barbosa ad ord. L. 4 T. 99, § 1, n. 8; B. Carneiro, L. 1, T. 19, § 168, n. 57; Renet. Escrit. L. 1, T. 5, n. 752.

O Assento de 9 de abril de 1772 na parte (§ 8) em que estabeleceu um direito real sobre os bens do devedor em favor do credor de alimentos, acha-se hoje derogado pelo art. 6 da lei de 24 de setembro de 1864. Esta lei só considera "onus real o legado de alimentos expressamente consignado no immovel:" o que é cousa muito distincta de alimentos devidos *jure sanguinis*.

Assim que os bens do devedor de alimentos *jure sanguinis* não se podem hoje reputar vinculados pelo laço de um direito real ao pagamento da divida alimentaria.

(46) Ord. L. 4, T. 78, § 3.

(47) B. Carneiro, L. 1, T. 19, § 167, n. 9.

II. Se é feita com authoridade judicial, precedendo conhecimento de causa; (48)

3. A divida de alimentos não admite compensação qualquer que seja a natureza da divida que se lhe oppoem; (49)

4. Os alimentos recebidos não se restituem, ainda que o alimentario venha á decahir da acção; (50)

O alimentario não é obrigado á dar fiança para receber os alimentos. (51)

a) O direito a alimentos pode deixar de ser exercido, mas não pode ser renunciado.

E' o que dispõe o art. 404 do Codigo.

Ver Codigos portuguez, art. 182; chileno, art. 334; argentino, art. 374; uruguayo, art. 124.

§ 141. Cessaçõ da obrigaçõ de prestar alimentos

A obrigaçõ de prestar alimentos cessa:

I. Em geral:

1.º Pela morte do alimentario; (52)

2. Se o alimentario adquire meios, ou torna-se apto para prover á sua subsistencia; (53)

3.º Se o alimentante não podê continuar á fornecer os alimentos por lhe ter sobrevindo impossibilidade, como perda de bens, ou molestia; (54)

(48) Mello, L. 4. T. 2, § 12; B. Carneiro cit., n. 7.

Em relaçaõ á alimentos *preteritos* é permittida a transacção porque cessa a razõ da lei, a necessidade indeclinavel.

(49) Ord. L. 4, T. 78, § 3.

(50) Valasc. Cons. 1, n. 7; Mello, L. 2, T. 6, § 24, nota; B. Carneiro, cit. § 167, n. 16.

(51) Pheb. P. II. arest. 89; B. Carneiro, cit. § 167, n. 15; Pereira e Souza Prim. Linh. nota 886.

(52) E' de notar que os alimentos vencidos e não pagos em vida do alimentario, são devidos aos seus herdeiros. Mourlon, Repet. Escrit. L. 1, T. 5, n. 752.

(53) Assento de 9 de abril de 1772, § 2, n. II.

(54) Assento, § 2 n. I.

O texto nos numeros 2 e 3 allude á hypothese de terem sido decretados os alimentos, vindo depois o alimentante a cahir em pobreza, ou o alimentario a poder se alimentar. Se ao tempo, em que se propõe a acção, se reconhece ou que o alimentante não tem meios ou que o alimentario podê prover á sua subsistencia, o caso é diverso: — então a obrigaçõ não existe porque falta um dos seus elementos geradores.

II. Em relação aos pais:

4.º Se o filho commetteu alguma ingratição pela qual possa ser desherdado; (55)

5.º Se sem *justa causa* abandonou a casa paterna. (56)

6.º Se casou sem consentimento do pai, ou sem consentimento suprido pela justiça: quando é filho familias varão, maior ou menor (57), ou filha familias menor (58), ou filho legitimo menor (59), ou quando é illegitimo menor reconhecido ou legitimado. (60)

III. Em relação aos mais ascendentes, aos descendentes e irmãos extingue-se a obrigação de alimentos, occorrendo alguma das causas pelas quaes cessa a dos pais, sendo applicavel ao caso. (61)

Resta observar:

1.º Que á respeito dos irmãos legitimos cessa especialmente a obrigação de alimentos, se sem *justa causa* se apartarão da casa do irmão, ou se se casarão sem licença do pai commum. (62)

2.º Que em relação aos irmãos illegitimos cessa tambem a alludida obrigação, se casarão, depois da morte do pai, sem licença do irmão á quem os alimentos são pedidos. (63)

a) Si fixados os alimentos, sobrevier mudança na fortuna de quem os suppre, ou na de quem os recebe, poedrá o interessado reclamar do juiz, conforme as circumstancias, exoneração, redução ou aggravación do encargo. (Codigo Civil, art. 401).

Ver Codigos francez, art. 209; hespanhol, art. 147; italiano, art. 144; uruguayo, art. 123.

Além da exoneração da obrigação, pode haver a redução ou aggravación. Quando o alimentante soffre uma diminuição dos seus haveres ou da sua renda, o juiz deve reduzir a prestação de alimentos a que está obrigado. Quando o ali-

(55) Assent. cit. § 2, n. III.

Quaes as causas da desherdación? Vej. Consolid. das Leis Civis, art. 1016.

(56) Assento, cit. § 2, n. IV.

(57) Assento, cit. § 2, n. V e Lei de 6 de outubro de 1784.

(58) Assento, cit. § 2, n. V.

(59) Lei de 6 de outubro de 1784, § 4 e 6.

(60) Assento, § 3.

(61) Assento, § 4 e 6.

(62) Assento, § 6.

(63) Assento, § 7.

mentario, por sua vez, fica mais necessitado, e a renda do alimentante não se modifica para peor, pode o juiz resolver a aggravação. Num caso ou n'outro delibera sempre, em seu criterio, attendendo ás circumstancias, a autoridade judiciaria.

§ 142. *Acção de alimentos*

A acção de alimentos é *ordinaria* ou *summaria*, segundo se demandão alimentos *preteritos* (64) ou *futuros*. (65)

O grau de parentesco em que o author funda a sua intenção pode ser estabelecido em juizo por qualquer dos meios de prova admittidos em direito. (66)

Nesta acção não se exige uma prova do *estado* da pessoa tão rigorosa como nas acções de filiação e petição de herança. (67)

a) Incumbe a cada Estado legislar sobre o seu processo. Assim a acção de alimentos terá a forma *ordinaria*, *summaria* ou qualquer outra que fôr estabelecida pelo Congresso Legislativo de cada Estado. O Congresso Nacional legisla sobre o processo do Districto Federal.

A acção de alimentos prescreve em cinco annos contados do dia em que cada prestação fôr exigivel. E' o que dispõe o art. 178 § 10, ns. I e X, *in fine*.

§ 143. *Alimentos provisionaes*

Proposta a acção, pode o alimentario pedir provisoriamente alimentos para as despezas da causa e para sua sustentação no decurso do litigio. (68)

Estes alimentos, denominados *provisionaes* (*alimenta*

(64) Lobão, Acç. Sum. § 391; Doctr. das Acç., nota 495. E' igualmente ordinaria a acção quando se pedem alimentos devidos por contracto ou por testamento. Lobão e Doctr. das Acç. cit.

(65) Doctr. das Acç. e Acç. Sum. loc. cit.

(66) Mello, L. 2, T. 6, § 22 not. Lobão, nota ao lugar cit. n. 4 e seguintes.

(67) Mello, L. 2, T. 6, § 23 nota; B. Carneiro, L. 1, T. 19, § 170, n. 5. Donde resultã que a sentença que condemna ao pagamento de alimentos não faz prova para a acção de filiação e petição de herança. B. Carneiro, cit. § 170, n. 6.

(68) Fr. 27, § 3. D. de inofficioris test. (5. 2.) Mello, L. 2, T. 6, § 24; Lobão, Acç. Sum. § 228 e seguintes; B. Carneiro, L. 1, 19, § 171.

Os alimentos provisionaes tem por fim habilitar o author com os meios de fazer valer o seu direito.

in *litem*) são taxados pelo juiz segundo a qualidade das pessoas, e o valor da causa principal. (69)

Para sua decretação basta uma forte presumpção do parentesco allegado. (70)

Podem ser pedidos em qualquer estado da causa, ainda pendendo appellação. (71)

a) O Código Civil só se refere a alimentos provisionaes em beneficio da mulher na acção de nullidade ou annullação de casamento, e de desquite; mas devem ser admittidos para aquelles que tenham direito á acção de alimentos.

Sem esse auxilio antecipado, não lhes seria possível reclamar judicialmente, tornando effectivo o direito que o Código estabeleceu.

(69) Mendes, P. II, L. 1, cap. 4, n. 2.

(70) Mello cit., § 24; B. Carneiro, cit. § 171, n. 3; Acç. Sum. § 232 e 233.

(71) Acç. Sum. § 229; B. Carneiro, cit. § 171, n. 4.

SECÇÃO QUINTA

Da Tutela e curatela

CAPITULO PRIMEIRO

DA TUTELA

§ 144. *O que é tutela?*

Tutela é o poder conferido á alguem, em virtude de lei, para proteger a pessoa e reger os bens dos menores que estão fóra da acção do patrio poder. (1)

Tutor é aquelle que é nomeado para exercer a tutela.

Em relação á pessoa do menor consiste o poder do tutor no direito de promover-lhe a educação, e de representá-lo (2) e assisti-lo nos actos da vida civil. (3)

(1) Segundo o Direito Romano, aos orfãos *impuberes* dava-se tutor; aos *puberes* curador. A nossa legislação (ord. L. 4, T. 102 e T. 104, § 6) consagra esta distincção, que, no emtanto, tem sido abandonada pelos codigos modernos.

O que é verdade, é que não ha differença real entre tutor e curador de menores. A propria ordenação (L. 4, T. 102 e 104, § 6) os identifica, estabelecendo para uns e outros as mesmas disposições legislativas.

De nossa parte, adoptando a terminologia dos codigos modernos e seguindo a linguagem de alguns de nossos escriptores (B. Carneiro, l. 1, T. 26, tractamos neste capitulo da tutela dos *impuberes* e da *curatella* dos *puberes* sob a denominação *communis de Tutela*. (Lobão, Not. á MeHo, l. 2, T. 11, § 3 T. 12 § 1). Vej. Pothier, da curatela dos *puberes* conjunctamente, sob a denominação *communis de § 223, s. 2*), tractamos neste capitulo da materia da tutela dos *impuberes* e Tract. des person. P. 1, T. 6, art. 4.

(2) Se o orfão é *impubere*, homem, menor de quatorze annos, mulher, de doze) o tutor o *representa*; praticando sem necessidade de intervenção delle os actos que lhe dizem respeito. (Meilo, L. 2, T. 13, § 5). Os romanos donominavão esta função *negotia pupilli gerere*. Mas é de notar que, segundo o Direito Romano o tutor só *representava* o orfão quando elle era menor de sete annos (*infans*).

(3) Se o orfão é *pubere*, obra em seu proprio nome, tão sómente com assistencia do tutor. Consiste a função do tutor, não em *representá-lo*, mas em assistil-o com a sua intervenção (*authoridade*) para completar-lhe o consentimento: é o que em Direito Romano se chamava — *authoritatis interpositio*.

Pelo que respeita aos bens, o tutor não é senão um simples administrador, com faculdades restrictas. (4)

O governo da pessoa e bens dos menores pertence de direito aos pais. Na falta dos pais, é este dever devolvido ao Estado, o qual o desempenha pelo intermedio dos tutores. (5)

A tutela, portanto, ou seja deferida em virude de clausula testamentaria ou por authoridade do juiz, é sempre uma delegação do estado. (6)

D'ahi lhe provem a denominação de *cargo publico*, (*munus publicum*) (7)

§ 145. *Pessoas sujeitas á tutela*

Incidem sob a tutela todos os menores que não tem pai, e os que estão fóra da *acção* do patrio-poder, á saber:

1. Os menores, filhos legitimos, orphãos de pai (8);
2. Os filhos familias menores, emancipados do patrio poder(9);
3. Os filhos familias menores, cujos pais se achão impossibilitados de exercer o patrio poder, ou por incapacidade moral, ou por estarem ausentes em lugar remoto e não sabido. (10)

(4) "Pupillorum pupillarumque tutores et negotia gerunt." Ulpiano, frag. T. XI, § 25.

(5) A tutela é uma reunião de certas attribuições do patrio poder, cuja falta é destinada a supprir; constitue, todavia, uma entidade distincta, que pode coexistir com o patrio poder, como acontece quando se dá tutor ao filho familias menor por estar o pae demente. Nesta hypothese o pae conserva o patrio poder, se bem que suspenso, e em virtude delle continúa a ter o usufructo dos bens adventicios do menor, no emtanto que o filho permanece sob a tutela de outro.

(6) Nos monumentos mais antigos da nossa legislação a tutela já é conhecida como uma delegação do Estado. Vej. a ord. Aff. L. 4, T. 88, § 2: "Nós pelo estado que Deus nos deu temos da guarda desses orphãos grande encargo, porque uma das cousas que encommendadas sam ao Rey na sua terra assi é manter e guardar e defender esses orphãos." Mello, L. 2, T. 11, § 15.

(7) Fr. 1, § 3 e 4, D. de munerib. et honorib. (50. 4); fr. 18, § 1. Dig. eodem. Makeldey, Droit Romain. § 601.

(8) Ord. L. 4, T. 102.

(9) B. Carneiro, L. 1, T. 26, § 223, n. 9.

(10) Ord. L. 1, T. 88, § 6 in fine; Lob., Not. á Mello, L. 2, T. 11, § 4; B. Carneiro, cit. § 223, n. 7 e 8.

Nestes casos suspende-se o patrio poder; todavia o pae conserva certos effectos, como o de usufruir os bens do filho. Lob. loc. cit.

4. Todos os menores illegitimos, quer naturaes, quer espurios, embora reconhecidos ou legitimados. (11)

E' de notar que fica sob a tutela do pai o filho familias menor que é por elle voluntariamente demittido do patrio poder. (12)

a) Os filhos menores são postos em tutela:

a) fallecendo os paes, ou sendo julgados ausentes; b) decaindo do patrio poder. (Codigo, art. 406).

Ver Codigos italiano, art. 241; portuguez, art. 185; francez, arts. 389 e seg.; hespanhol, art. 199; chileno, art. 338.

O juiz pode retirar o patrio poder havendo um dos motivos seguintes: a) si o pai castigar immoderadamente o filho; b) si o deixa em abandono; c) si pratica actos contrarios á moral e aos bons costumes; d) si a mãe viuva que exercia o patrio poder passou a novas nupcias.

— Os menores abandonados terão tutores nomeados pelo juiz, ou serão recolhidos a estabelecimentos publicos para esse fim destinados. Na falta desses estabelecimentos, ficam sob a tutela das pessoas, que, voluntaria e gratuitamente, se encarregarem de sua criação. Codigo, art. 412.

Ver Codigos portuguez, arts. 284-296; argentino, art. 397; uruguayo, arts. 339-344 e 351.

§ 146. *Diversas especies de tutela*

A tutela é ou testamenteira ou legitima ou dativa.

I

Tutela testamenteira é a que tem por base uma disposição testamentaria ou codicillar. (13)

(11) Aviso n. 312 de 20 de outubro de 1859: "Manda declarar que negando as nossas leis expressamente o patrio poder ás mães, o filho de pae incognito, acha-se comprehendido na jurisdicção orphanologica." Cfr. B. Carneiro, cit. § 223, n. 11.

(12) J. de legitim, parent, tutela (1. 18). B. Carneiro, cit. § 223, n. 9. Veja-se § acima.

Os expostos, enquanto menores de sete annos, conservão-se sob a guarda e direcção das mesas administrativas das casas, onde são recolhidos. Em passando daquella idade, ficão ao cuidado do juiz de orfãos do termo, o qual deve a respeito delles proceder na conformidade do seu regimento.

Al. de 31 de janeiro de 1775, § 14. Port. de 19 de janeiro de 1835. Veja-se P. de Carvalho, *Linh. orp.* addicção 74, oitava edição.

(13) Ord. L. 4, T. 102, § 1. Não vale a nomeação, sendo nullo o testamento. Neste caso a nomeação só pode prevalecer, sendo confirmada pelo juiz. Lobão, *Notas á Mello*, L. 2, T. 11, § 6, n. 4; B. Carneiro, L. 1, T. 28, § 231, n. 11.

D. F. 19

Podem dar tutor em testamento:

O pai ao filho menor que tem sob seu poder; (14)

O avo paterno ao neto legitimo, sendo já fallecido o pai do menor. (15)

A nomeação de tutor em qualquer destes dous casos não carece de confirmação do juiz. (16)

Podem dar tutor em testamento, ficando porém, a nomeação dependente de confirmação judicial:

O pai ao filho natural: (17)

A mãe aos filhos quer legitimos, quer naturaes. (18)

O testador ao menor estranho á quem institue herdeiro. (19)

II

Tutela legitima é a que é deferida aos parentes, segundo a ordem estabelecida na lei. (20)

A tutela é um dos onus, e pois é de justiça que sejam de preferencia chamados á servi-la os parentes que succederiã ao orphão se porventura falecesse intestado. (21)

Na dação desta tutela devem observar-se os principios seguintes:

1. Na falta de tutor testamentario (22) será em primeiro logar encarregada da tutela a mãe ou a avó:

a) Se ellas o quizerem;

b) Se viverem honestamente;

c) Se ainda não tiverem passado á segundas nupcias. (23)

(14) Ord. cit. § 1.

(15) Ord. cit. § 1. Lob. Not. á Mello, cit. T. 11, § 6, n. 5. Linh. orph. nota 213.

(16) Ord. cit. § 1.

(17) Ord. cit. § 2.

(18) Ord. cit. § 2. Linh. orph. nota 213.

(19) Mello, L. 2, T. 11, § 7. Lob. Not. loc. cit.

Entre nós é desconhecida a tutela pacticia.

(20) Ord. cit. § 3 e 5.

(21) Ord. cit. § 5, Novella 118, cap. 5: Sancimus enim unum quem que *secundum gradum et ordinem, quo ad hereditatem vocatur*, aut solum, aut cum aliis, etiam functionem tutelæ suscipere.

(22) Odr. cit. § 5. A tutela legitima é subsidiaria da testamentaria.

(23) Ord. cit. § 3. A avó só pode servir de tutela na falta ou impossibilidade da mãe.

A avó, porém, só pode tomar a tutoria, não existindo avô paterno ou materno. (24)

2. Na falta da mçi e dos avós, deve a tutela ser deferida ao parente do orphão mais proximo em grau, residente no lugar onde estão os bens. (25)

3. Se o orphão tiver mais de um parente no mesmo grau de proximidade, a tutela será dada ao que for mais idoneo e habilitado. (26)

4. Em todo o caso, porem, será a tutela sempre dada ao parente mais idoneo e abonado, embora não seja o mais proximo em gráu. (27)

O parente mais proximo que se escusa da tutoria, perde por esse facto o direito de succeder ao menor, se este fallecer na pupillar idade (28): salvo procedendo a escusa de impossibilidade de servir a tutela, como de enfermidade ou de prohibição de lei. (29)

Entra na definição de tutela legitima a que o pai exerce sobre o filho que voluntariamente demittiu do patrio poder. (30)

III.

Na ausencia de parente do orphão com as habilitações legaes para servir a tutela, pode o juiz nomear tutor á qualquer pessoa estranha. (31)

(24) Lob. Acç Sum. § 369 nota; B. Carneiro, L. 1, T. 28, § 249, n. 22 e 23. Assim tem sido entendida pelos interpretes a lei romana que é fonte da ord. citada, § 3. *Mulieribus enim etiam nos interdicimus tutelæ officium, nisi mater aut avia fuerint.* Nouvell. 118, C. 5.

(25) Ord. cit. § 5: “verb. o parente mais chegado que tiver no lugar... será constringido...”

(26) Ord. cit. § 5: E se tiver muitos parentes em igual grau...

(27) Ord. id. cit. § 5: E emquanto o juiz achar parente do orfão abonado para ser tutor, não constringerá o que não for abonado, ainda que seja parente mais chegado em grau, etc.

(28) Ord. cit. § 6.

(29) Ord. L. 104, § 5. B. Carneiro cit., § 249, n. 33. A pena da lei é applicavel, embora a escusa seja justa, uma vez que não provem de impossibilidade.

(30) B. Carneiro cit. T. 26, § 223, n. 9.

(31) Ord. L. 4, T. 102, § 7.

Esta é a especie de tutela que recebe em direito a qualificação de *dativa*.

A nomeação de tutor dativo é da livre escolha do juiz, todavia deve recahir em pessoa idónea, e residente no domicilio do menor. (32)

§ 147. *Da confirmação e nomeação dos tutores.*

Compete ao juiz de orphãos do domicilio do menor a nomeação do tutor e a confirmação nos casos em que ella é necessaria. (33)

I. A confirmação consiste na approvação da nomeação em testamento; é dada por simples despacho; completa o acto, tornando-o perfeito e acabado.

Ainda nos casos em que a nomeação testamentaria não carece de confirmação, ha necessidade da intervenção da autoridade do juiz, não para aperfeiçoar o acto que é de si mesmo pe feito, mas para julgar da legalidade da nomeação e da capacidade do nomeado. (35)

II. O juiz de orphãos é obrigado a dar tutores aos menores, dentro do praso de um mez á contar do dia do fallecimento de seus pais, nomeando-os de sua authoridade, confirmando ou reconhecendo os que houverem sido nomeados em testamento. (36)

(32) Ord. cit. § 7.

Tanto o tutor legitimo como o dativo devem residir no domicilio do menor. Ord. cit., T. 102, § 5 e 7.

Se o menor possue alguns bens fora do termo de sua residência, o juiz deverá requisitar ao juiz do lugar onde estão taes bens, para dar curador abonado á esses bens, seguindo-se as diligencias recommendadas no § 8 da cit. ord. do L. 4, T. 102.

(33) Ord. L. 4, T. 102 prin. Lei de 22 de setembro de 1828, art. 2, § 4; Reg. de 15 de março de 1842, art. 5, § 4.

(34) Lob. Not. á Mello, L. 2, T. 11, § 7, n. 2; B. Carneiro, L. 1, T. 28, § 251, n. 2. Não ha necessidade de inquirições e sentença; basta que o juiz se informe pelos meios á seu alcance da idoneidade do nomeado.

(35) Ord. L. 4, T. 102, § 1: "...se informará se era pessoa que podia fazer testamento... E saberá outro si se deixou por tutor ou curador pessoa que por direito o pode ser..."

"Et hoc sensu, omnes tutores confirmatione indigent et inquisitione." Mello, L. 2, T. II, § 7 nota.

(36) Ord. L. 4, T. 102 prin. e § 1. "E para saber como ha de dar os ditos tutores e curadores, primeiramente se informará..."

Não cumprindo o juiz de orphãos este dever, o juiz de direito em correição dará os ditos tutores. (37)

a) O direito de nomear tutor compete ao pai; em sua falta à mãe; se ambos fallecerem, ao avô paterno; morto este ao materno.

A nomeação deve constar de testamento valido e solemne, ou de qualquer documento authenticico. Codigo Civil, art. 407 e paragrapho unico.

E' a tutella testamentaria do direito anterior, ampliada pela faculdade de nomeação em documento authenticico.

Ver Codigos francez, arts. 392, 397 e 398; italiano, art. 242; hespanhol, art. 206; portuguez, art. 193; chileno, arts. 354, 358 e 359; argentino, art. 383.

Quem não tinha o patrio poder, não pode nomear tutor e fazendo-o a nomeação é de nenhum effeito. Diz o art. 408: Nulla é a nomeação de tutor pelo pai, ou pela mãe, que, ao tempo da sua morte, não tenha o patrio poder.

Aos irmãos orphãos, segundo o art. 411, se dará um só tutor. No caso, porém, de ser nomeado mais de um, por disposição testamentaria, entende-se que a tutela foi committida ao primeiro, e que os outros lhe hão de succeder, pela ordem da nomeação, dado o caso de morte, incapacidade, excusa ou qualquer outro impedimento legal.

Quem institue um menor herdeiro ou legatario seu, poderá nomear-lhe curador especial para os bens deixados, ainda que o menor se ache sob o patrio poder ou sob tutela.

Ver Codigos italiano, art. 246; argentino, art. 386; uruguayo, art. 324.

— Quanto á tutela legitima, o Codigo estabelece que em falta de tutor nomeado pelos paes, incumbe a tutela aos parentes consanguineos do menor, por esta ordem:

I, ao avô paterno, depois ao materno, e, na falta destes, á avô paterna ou materna;

II, os irmãos preferindo os bilateraes aos unilateraes, o sexo masculino ao feminino, o mais velho ao mais moço. (Art. 409).

III, aos tios, sendo preferido o do sexo masculino ao do feminino, o mais velho ao mais moço. (Art. 409).

As disposições ampliam o direito anterior, concedendo

(37) Odr. L. 1, T. 62, § 28 e 33. Decreto n. 843, de 2 de outubro de 1851, art. 32, § 3.

Os juizes de paz são obrigados á dar informação ao juiz de orfãos dos menores, a quem falleceu o pae. Lei de 15 de outubro de 1827, art. 5, § 11.

Os subdelegados devem apresentar ao juiz de direito em correição a lista annual das pessoas que fallecerão deixando orfãos. Cit. Decreto de 2 de outubro de 1851, art. 33.

a tutela á pessoas que não podiam exercel-a. Dominou um pensamento liberal, mais de accôrdo com a época.

A mulher casada pode ser tutora, mas para acceitar esse encargo, art. 242, n. V, precisa de autorisação do marido.

— Quanto á tutela dativa. O juiz nomeará tutor idoneo e residente no domicilio do menor:

I, na falta de tutor testamentario ou legitimo;

II, quando estes forem excluidos ou excusados da tutela;

III, quando removidos, por não idoneos, o tutor legitimo e o testamentario. (Art. 410).

Ver Codigos francez, art. 305; italiano, art. 245; portuguez, art. 203; hespanhol, art. 231; chileno, arts. 370-372; argentino, art. 392.

A mãe viuva que perde o patrio poder pode ser nomeada tutora dos filhos do primeiro leito, salvo si estiver, no caso do art. 225, privada da administração e do usufructo dos bens desses filhos.

§ 148. Da incapacidade para tutor.

São *incapazes* de servir a tutela, todas as pessoas que por causas diversas não estão nas condições de exercel-a segundo os intuitos da lei. (38)

Reputão-se capazes de exercer a tutela todos os que não são declarados incapazes pela lei. (39)

São declarados incapazes:

1. Os estrangeiros (40);

2. Os menores de vinte um annos, ainda que tenham supplemento de idade (41);

3. As mulheres, excepto a mãe e a avó (42);

(38) Não se deve confundir a *incapacidade* para tutor com a *escusa*. A incapacidade impora prohibição absoluta para exercer a tutela. Os antigos escriptores a denominavão *escusa necessaria* (*excusatio necessaria*). A *escusa* é a dispensa concedida por justa causa ao que pudera ser tutor, se quizesse: *excusatio voluntaria*.

(39) A materia das incapacidades para tutor é regulada pela ord. L. 4, T. 102, § 1, e pelo Direito Romano: "se deixou por tutor ou curador pessoa que por *direito* o pode ser."

(40) Aviso de 8 de junho de 1837. Se o menor é estrangeiro, pode lhe ser dado por tutor pessoa de sua nacionalidade, cit. Aviso: P. Bueno, *Direit. Inter. Privado*, n. 85. As convenções consulares nada innovarão relativamente á dação de tutores á menores estrangeiros.

(41) Ord. L. 4, T. 102, § 1; T. 104, § 3 in fine e Res. de 31 de out. de 1831.

A mãe que ficou viuva antes de ter vinte um annos, pode ser tutora do filho. Emancipada pelo casamento, ella é reputada maior para os effeitos que não são exceptuados na lei. Cod. Civ. Fr art. 442.

(42) Ord. L. 4, T. 102, § 3 in fine.

4. Os loucos de todo o genero (43);
5. Os prodigos, declarados taes por sentença (44);
6. Os que tem impedimento perpetuo (45); como os cegos (46, os mudos e os surdos (47), os doentes de enfermidade grave e incuravel (48);
7. Os religiosos (49);
8. Os doutores em Direito, Canones ou Medecina (50);
9. Os militares em serviço (51);
10. Os inimigos do orphão ou de seu pai (52);
11. Aquelle que no momento em que lhe é deferida a tutela, se acha constituido em obrigação para com o orphão, ou tem direitos á fazer valer contra elle. (53);
12. Aquelle que o pai ou a mãe exclue expressamente da tutela. (54)
13. E finalmente os pobres ao tempo em que lhes é deferida a tutela (55).

a) Segundo o art. 13, não podem ser tutores e serão exonerados da tutela, caso a exerçam:

- I, os que não tiverem a livre administração dos seus bens;
- II, os que no momento de lhes ser deferida a tutela, se acharem constituidos em obrigação para com o menor, ou tiverem de fazer valer direitos contra este; e aquelles cujos paes, filhos ou conjuges tiverem demanda com o menor;
- III, os inimigos do menor ou de seus paes, ou que tiverem sido por estes, expressamente, excluidos da tutela.

(43) Ord. cit. § 1. Nesta classe se comprehendem todos os que não estiverem na inteireza das faculdades mentaes.

(44) Ord. cit. § 1, J. § 3 de curationibus (1. 23); B. Carneiro, L. 1, T. 28, § 246, n. 9.

(45) Ord. cit. § 1.

(46) B. Carneiro, cit. § 246, n. 10; Linh. orph. nota 238.

(47) Fr. 1, § 2 e 3, D. de tutelis (26. 1): B. Carneiro, cit. § 246, n. 8. Basta que seja surdo ou mudo.

(48) J. § 4 de curat. (1. 23): qui perpetuo morbo laborant.

(49) Ord. L. 4, T. 102, § 1.

(50) Ord. L. 4, T. 104, § 5. E' hoje disposição obsoleta.

(51) J. § 14 de excusat. tut et curat. (1. 25); B. Carneiro, cit. § 246, n. 20, 21 e 22.

(52) Ord. L. 4, T. 102, § 1; J. § 11 de excusation. tutor. et curator. (1. 25).

(53) Novella 72, C. 1, 2, 3; B. Carneiro, cit. § 246, n. 26 e 27.

(54) Fr. 21, § 2 D. de tutorib. et curat. (26. 5).

(55) Ord. L. 4, T. 102, § 1; fr. 7 D. de excusationibus (27. 1) Rep. tom. 4, pag. 139. O pobre não pode ser tutor; o tutor, porém, que cabe em pobreza, pode ser conservado na tutela se for de probidade. Repert. loc. cit.

“Et ad hunc effectum ille dicitur pauper qui tota sua industria ac tempore indiget ad se ipsum competententer sustentandum.”

IV, os condemnados por crime de furto, roubo, estellionato ou falsidade, tenham ou não cumprido a pena;

V, as pessoas de máu procedimento, ou falhas em probidade, e as culpadas de abuso em tutorias anteriores;

VI, os que exercerem funcção publica incompativel com a boa administração da tutela.

Ver Codigos francez, arts. 442-445; italiano, arts. 268-270; portuguez, art. 234; hespanhol, art. 237; argentino, art. 398; uruguayo, art. 352; chileno, arts. 497 e 498.

As mulheres, que pelo direito, menos as mãis e as avós, estavam excluidas de exercer a tutela podem hoje ser nomeadas. Sendo casadas, precisam da autorisação marital.

— Os estrangeiros tambem podem ser tutores. Hoje tem elles os mesmos direitos individuaes que os brasileiros e o Codigo Civil não faz distincção entre nacionaes e estrangeiros quando preceitúa sobre a acquisição e gozo de direitos civis.

§ 149. Das escusas dos tutores

A nomeação para tutor não pode ser recusada, á não occorrer em favor do nomeado alguma das escusas leaes. (56)

São motivos de escusa: a enfermidade, a idade, o exercicio de certos empregos publicos e o ter á cargo certo numero de filhos ou netos.

Em virtude desses motivos, podem, *querendo*, escusarse da tutela, ou seja testamentaria, ou legitima, ou dativa: (57)

1. Os magistrados. (58)

2. Os escrivães, procuradores, contadores, carcereiros, porteiros e mais officiaes de justiça. (59)

(56) Ord. L. 4, T. 102, § 5; será *constrangido* que seja tutor ou curador... L. 4, T. 104 pr. Aquelle que sem justa causa recusa a tutela, incorre na pena de desobediencia. Cod. crim. art. 149. A mãe e a avó não podem ser constrangidas á aceitar a tutela. Ord. L. 4, T. 102, § 3.

(57) A ord. L. 4, T. 104 pr. Falla em escusas fundadas em *privilegio*. As ditas escusas, porem, não prevalecem hoje, visto como foram abolidos pela constituição os privilegios pessoaes. (Const. art. 179, § 16).

Não tem hoje nenhuma applicação as diversas especies de escusas, de que faz menção Pereira de Carvalho, Linh. orph. nota 259.

(58) Ord. L. 4, T. 104, § 1. Na palavra *magistrado* comprehendem-se os membros do Supremo Tribunal, desembargadores, juizes de direito e municipaes.

(59) Ord. id. cit. § 1.

3. Os empregados das repartições de fazenda. (60)
4. Os vereadores das camaras municipaes, salvo se já eram tutores ao tempo de sua eleição; (61)
5. Os maiores de setenta annos. (62)
6. Os impossibilitados por enfermidade temporaria, em quanto ella durar. (63)
7. Os que tiverem cinco filhos legitimos sob seu poder ou cinco netos sob sua administração, contando-se neste numero os que tiverem morrido em serviço de guerra, ou marchando para ella, sob a bandeira do Imperio. (64)

Estas escusas, salvo a do n. 4, quando acontecem depois de aceita a tutela, dão direito ao tutor para obter dispensa. (65)

A escusa que existe ao tempo da nomeação deve ser allegada dentro do praso de dez dias, a contar da intimação ao nomeado. (66) Não sendo allegada no dito praso, entende-se renunciada e pois não pode mais ser invocada. (67)

a) Podem excusar-se da tutela:

I, as mulheres;

II, os maiores de sessenta annos;

III, os que tiverem em seu poder mais de cinco filhos;

IV, os impossibilitados por enfermidade;

V, os que habitarem longe do logar, onde se haja de exercer a tutela;

VI, os que já exercerem tutela ou curatela;

VII, os militares em serviço. Código Civil, art. 414.

Ver Codigos francez, arts. 427 e 428; italiano, arts. 272 e 273; hespanhol, art. 244; portuguez, art. 227; uruguayo, art. 353.

— Quem não fôr parente do menor, dispõe o art. 415, não poderá ser obrigado a aceitar a tutela, se houver, no logar,

(60) Ord. cit. § 2.

(61) Ord. cit. § 1.

(62) Ord. cit. § 3.

(63) Ord. cit. § 4.

(64) Ord. cit. princip.

(65) Ord. cit. § 1. A excepção relativa aos vereadores confirma a regra: — *excusant á suscipienda et a suscepta tutela.* Y

(66) Lob. Acç. Sum. § 383 nota.

(67) Mourlon, Repet. Escrit. L. 1, T. 10, n. 1139.

A estes casos de escusas acrescentão os escriptores outros tirados do D. R., como a administração de tres tutellas (J. prin. 1. 25), a ausencia por motivo de serviço publico (J. cit., § 2), o exercicio do cargo de professor publico de sciencias e artes liberaes. Estas ampliações podem ser recebidas porque em nada contrarião o espirito e a mente da ord.

parente idoneo, consanguineo ou affim., em condições de exercel-a.

A tutela é mais um encargo de família, cujos membros devem manter solidariedade. Enquanto houver parentes, em favor dos quaes a lei estabelece direito a alimentos, á successão, etc., devem elles assumir as obrigações provenientes de taes encargos.

A excusa, nos termos do Código, art. 416, será apresentada nos dez dias subseqüentes á intimação do nomeado, sob pena de entender-se renunciado o direito de allegal-a. Si o motivo excusatorio occorrer depois de aceita a tutela, os dez dias contar-se-ão do em que elle sobrevier.

Ver Codigos francez, arts. 438 e 439; hespanhol, arts. 427 e 428; uruguayo, arts. 355 e 356; chileno, arts. 519 e 522.

Si o juiz não admittir a excusa, exercerá o nomeado a tutela, enquanto o recurso interposto não tiver provimento, e responderá, desde logo, pelas perdas e damnos, que o menor venha a soffrer. Código, art. 417.

§ 150. *Formalidades que precedem a entrada no exercicio da tutela*

O tutor, desde que é informado de que lhe é deferida a tutela, deve logo entrar em exercicio, salvo se pretend eal-gear escusa legal.

Se deixa de cumprir este dever, torna-se responsavel pelas perdas e damnos resultantes. (68)

Mas não pode, em regra, entrar em exercicio, antes de preenchidas certas formalidades, estabelecidas para segurança dos direitos do orphão. (69)

Estas formalidades varião seguno a despecie de tutela e são em summa as seguintes:

I. Todo o tutor, ou seja testamentario, ou legitimo ou dativo, é obrigado á prestar juramento de bem e fielmente servir a tutela (70) e á receber os bens do menor, avaliados e por inventario feito pelo escrivão de orphãos. (71)

(68) Fr. 1 § 1. D. de administr. et pericul. tutor. (26. 7); B. Carneiro, L. 1, T. 28, § 251, n. 8 e 9.

(69) B. Carneiro cit. § 231, n. 2 e 3.

(70) Ord. L. 4, T. 102, § 5; B. Carneiro, cit. § 253, n. 1; Consolid. das leis civis, art. 251 nota 3.

(71) Ord. cit. T. 102, princip.; Mello, L. 2, T. 11, § 7 nota.

O inventario tem por fim acautellar extravios dos bens, preparar os elementos das contas que tem de dar o tutor e fazer conhecer o valor total dos bens do menor para poder o juiz arbitrar-lhe os alimentos.

II. O tutor legitimo e o dativo são, demais, obrigados á prestar fiança idonea para segurança dos bens do orphão, excepto se elles tem bens de raiz na comarca, livres e desembaraçados, equivalentes á fortuna e renda do tutelado. (72)

Todavia, o tutor legitimo, sendo homem probo e jurando que não acha fiador, pode ser exonerado de dar fiança. (73)

III. A mãe, se aceita a tutela, deve obrigar-se por termo no inventario, assignado por ella e pelo juiz com tres testemunhas, a administrar fielmente a pessoa e bens do menor e á pedir, antes de passar á segundas nupcias, a nomeação de outro tutor. (74)

Neste mesmo termo deve renunciar o privilegio veleianno e quaesquer outros introduzidos em favor das mulheres. (75)

Se ella não tem bens de raiz sufficientes para segurança dos direitos do filho, é obrigada á prestar fiança, a qual se toma por termo nos autos do inventario. (76)

Estas disposições tem inteira applicação quando é a avó que é chamada á exercer a tutela. (77)

IV. Os immoveis do tutor, ou seja testamentario, ou legitimo ou dativo, ficão legalmente hypothecados ao orphão (78). Todavia esta hypotheca não exime o tutor de dar fiança, salvo se os immoveis são equivalentes aos haveres do menor. (79)

(72) Ord. L. 4, T. 102, § 5; Alv. de 7 de dezembro de 1689: "A' qualquer dos parentes desses menores e aos *estranhos* por termo nos autos com fiador abonado, se tal tutor o não for por seus bens de raiz que possua em que os do orfão rasoadamente possam ter segurança."

(73) Ord. L. 4, T. 102, § 5, verb.: ...e não sendo abonado se jurar aos santos evangelhos...

(74) Ord. cit. § 3.

(75) Ord. cit. § 3. Na Corte é diversa a pratica. Veja-se a Consolid. das leis civis, nota 3 ao artigo 248.

(76) Ord. cit. § 3. Veja-se Consolid. das leis civis, nota 1 ao art. 249.

(77) Ord. e tit. cit. § 3.

(78) Lei de 24 de setembro de 1864 art. 3, § 2. Esta hypotheca vale contra terceiros, mesmo não sendo especialisada nem inscripta. Lei citada art. 9.

(79) Ord. L. 4, T. 102, § 5 e Alv. de 7 de dezembro de 1689.

Segundo as citadas disposições é exonerado de prestar fiança o tutor que tem no lugar bens de raiz sufficientes. Pela nova lei de 24 de setembro de 1864 estes bens ficão hypothecados ao menor; mas se elles não são

a) Conforme o art. 423, os bens do menor serão entregues ao tutor mediante termo especificado dos bens e seus valores, ainda que os paes o tenham dispensado.

Ver Codigos italiano, arts. 281 e segs.; francez, art. 451; hespanhol, art. 264; portuguez, art. 243, 4º; chileno, art. 374; uruguayo, arts. 374 e 377.

O tutor, antes de assumir a tutela, é obrigado a especialisar, em hypotheca legal, que será inscripta, os immoveis necessarios, para acautelar, sob a sua administração os bens do menor. Codigo, art. 418.

Ver Codigos italiano, arts. 1.969, 3º e 1.983; francez, arts. 2.121 e 2.135; portuguez, 906, 2º; hespanhol, arts. 252 e 254; chileno, arts. 375 e 376.

Si todos os immoveis de sua propriedade não valerem o patrimonio do menor, reforçará o tutor a hypotheca mediante caução real ou fidejussoria; salvo se para tal não tiver meios ou fôr de reconhecida idoneidade. Codigo, art. 419.

Antes de assumir a tutela, o tutor declarará tudo o que lhe deva o menor, sob pena de lh'o não poder cobrar, emquanto exerça a tutoria, salvo provando que não conhecia o debito, quando a assumio. Codigo, art. 430.

Ver Codigos francez, art. 451; italiano, arts. 285 e 286; hespanhol, art. 267; portuguez, art. 246; uruguayo, art. 378; argentino, art. 419.

Permite o art. 820 do Codigo Civil que a hypotheca legal possa ser substituida por caução de titulos da divida publica federal ou estadual, recebidos pelo valor de sua cotação minima no corrente anno.

§ 151. *Direitos e obrigações dos tutores*

A. *Quanto á educação:*

Um dos mais importantes deveres do tutor é cuidar do sustento e educação do orphão, sob a vigilancia do juiz. (8o)

baetantes para garantir os direitos do orphão. é claro que prevalecem as aludidas disposições da ord. e alv., isto é, deve o tutor prestar fiança.

Se os immoveis do tutor são situados fóra da comarca?

Pela antiga legislação (Alv. de 24 de julho de 1713, lei de 22 de setembro de 1828, art. 2, § 4 e Regul. de 15 de março de 1842, art. 5, § 9) era mister licença do juiz de orphãos para que neste caso podesse o tutor hypothecar os bens, ficando dest'arte suprida a necessidade da fiança.

Mas, á vista da disposição da citada lei de 24 de setemb. de 1864 a hypotheca, onde quer que sejam sitos os bens, gera-se por força de lei.

Portanto cessa a necessidade da licença para a hypotheca convencional dos immoveis fora da comarca. visto como ella é suprida pela legal; mas ao juiz fica o direito de julgar sufficiente tal hypotheca, podendo exigir ou não a fiança.

(80) Ord. L. 1, T. 88, § 10, 11, 15 e 16. Decreto de 2 de out. de 1851, art. 32, § 8. B. Carneiro, L. 1, T. 27, § 293, n. 1.

As quantias para este mister, se não forão taxadas pelo pai em testamento, devem ser arbitradas pelo juiz (81), guardadas as regras acerca da taxaçoão de alimentos (§ 137.)

A criaçoão do orphão deve se fazer em companhia da mãi, e na falta della, na dos ascendentes ou collateraes e até na de estranhos, como for determinado pelo juiz. (82)

Pode o menor ser removido da companhia da propria mãi, havendo fundada suspeita de máu tratamento ou de perigo para sua moralidade. (83)

Na educaçoão comprehende-se a instrucçoão primaria e o ensino ou de officios, ou de sciencias e artes liberaes, segundo a condiçoão do menor e o genero de vida á que tem de dedicar-se. (84)

Se o orphão é da classe dos mechanicos e não possui bens, é dever do juiz da-lo á soldada, logo que passe de sete annos de idade. (85)

a) Dispõe o art. 422 que incumbe ao tutor, sob a inspecçoão do juiz, reger a pessoa do menor, velar por elle, e administrar-lhe os bens.

Ver Codigos italiano, art. 277; chileno, arts. 428, 441, 525; argentino, arts. 404, 411, 413; uruguayo, arts. 366, 372, 373, 375, 382.

Cabe ao tutor, quanto á pessoa do menor:

I, dirigir-lhe a educaçoão, defendel-o e prestar-lhe alimentos, conforme os seus haveres e condiçoão;

II, reclamar do juiz que providencia, como houver por bem, quando o menor haja mister correcçoão.Codigo, art. 424.

Si o menor possuir bens, será sustentado e educado a expensas suas, arbitrando o juiz para tal fim, as quantias que lhe pareçam necessarias, attento o rendimento da fortuna

(81) Ord. cit. T. 88, § 15. O juiz arbitra com os partidores a despeza necessaria, podendo deixar em mão do tutor quantia para a despeza do anno. ord. cit. § 38.

(82) Ord. cit. T. 88, § 10, 11. B. Carneiro, cit. § 233, n. 3.

(83) Const. 1. C. Ubi pupilli educ. debeant. (5. 49). B. Carneiro, cit. § 233, n. 5.

O facto de passar a mãe á segundas nupcias, por si só, não é sufficiente para fundamentar a remoçoão do menor.

(84) Ord. cit. § 15: "E mandará ensinar a ler e escrever. E dahi em diante lhes ordenará sua vida e ensino, segundo a qualidade de suas pessoas e bens." Decret. de 2 de out. de 1851, art. 32, § 8. Vej. Linh. orph. nota 222.

(85) Ord. L. 1, T. 88, § 13, 14, 16.

As disposiçoões de direito que regulão a materia das soldadas de orfãos, conetão da citada ord., § 13, 14, 16, 17, 18.

do pupillo, quando o pai ou mãe não as houver taxado. Código, art. 425.

§ 152. B. Quanto a representação e assistência dos orphãos

Compete ao tutor suprir a incapacidade do menor nos actos da vida civil, judiciaes ou extrajudiciaes.

Emquanto o orphão é impubere (86), pois lhe fallece luz de razão e vontade para obrar; o tutor o *representa* nos actos que lhe dizem respeito sem necessidade da intervenção delle. (87)

Em chegando á puberdade, deve o proprio menor figurar nos actos em que é parte, completando-lhe o tutor o consentimento com a sua *authorisação*. (88)

A *authorisação* do tutor é necessaria para todos os actos que gerão ou extinguem direitos ou obrigações. (89)

A falta de *authorisação* acarreta a nullidade do acto; mas esta nullidade só pode ser invocada pelo menor em cujo beneficio tão somente foi introduzida. (90)

Assim que: sem embargo de não ter havido *authorisação*, prevalece o acto, se traz vantagem ao menor.

A *authorisação* pode ser dada, antes, depois ou no mo-

(86) Menor de quatorze annos, sendo homem; de doze, sendo mulher.

(87) Ord. L. 3, T. 41, § 8. Mello, L. 2, T. 13, § 5 e 6. A cit. ord. é expressa relativamente aos actos judiciaes. Della se induz a doutrina expressa no texto. "Argumentum de judicio..."

Segundo o D. R. a intervenção do orphão tornava-se necessaria desde que elle passava de sete annos.

"Representar uma pessoa incapaz nos actos da vida civil, é fazer o papel dessa pessoa nos actos que devem produzir um effeito de direito pró ou contra ella; é fallar, obrar, vender, comprar, tomar emprestado, litigar... por ella ou em nome della, de modo que, por uma ficção de direito os actos praticados pelo representante reputão-se feitos pelo incapaz e são tão efficazes como se elle os praticara em estado de capacidade." Mourlon, Rep. Ecri. como se elle os praticara em estado de capacidade." Mourlon, Rep. Ecri. L. 1, T. 10, n. 1165.

(88) Ord. L. 3, T. 41, § 8. Mello, L. 2, T. 13, § 5 e 6.

"*Authoritatem interponere*" é a frase do Direito Romano.

(89) J. pr. de auth. tutor. (1. 21); fr. 9 D. de authorit. et consens. tutor. et curat. (26. 8). B Carneiro, L. 1, T. 26, § 224, n. 17.

Não basta ordinariamente o consentimento do tutor para legalisar o acto; nos negocios de importancia é mister licença do juiz. (Veja abaixo § 153).

(90) J. pr. (1. 21); fr. 13, § 29. D. de action. empt. et vendit. (19. 1); B. Carneiro, cit. § 224, n. 6 e 7.

Os actos praticados sem *authorisação* do tutor, por isso que só o menor podia annullal-os, denominavão-se em D. R. *negotia claudicantia*.

mento em que se consuma o acto, e por palavra ou por escripto, segundo for o negocio. (91)

Para fazer testamento não tem o pubere necessidade de authorisação do tutor (92). Independentemente della pode validamente casar-se, ficando somente sujeito ás penas da lei. (93)

a) Compete mais ao tutor:

I, representar o menor, até os deseseis annos, nos actos da vida civil, e assistil-o após essa idade, nos actos em que fôr parte, supprindo-lhe o consentimento;

II, receber as rendas e pensões do menor;

III, fazer-lhe as despezas de subsistencia e educação, bem como as dá administração de seus bens, (art. 433, n. I);

IV, alienar os bens do menor destinados á venda. Codigo, art. 426.

Ver Codigos francez, art. 450; italiano, arts. 277 e 296; portuguez, art. 243; hespanhol, art. 262; argentino, art. 411.

De accôrdo com o disposto nos arts. 5 e 145 do Codigo, as obrigações contrahidas por menores de 16 annos são nullas, e as contrahidas por maiores de 16 annos e menores de 21 são annullaveis (arts. 6, 84, 154) desde que resultem de actos praticados sem autorisação do tutor.

O menor, entre 16 e 21 annos, não pode, para se eximir a uma obrigação, invocar a sua idade, si dolosamente a occultou, inquirido pela outra parte ou si, no acto de se obrigar, espontaneamente se declarou maior. Codigo, art. 155.

Segundo o art. 429 do Codigo, os immoveis pertencentes aos menores só podem ser vendidos, quando houver manifesta vantagem, e sempre em hasta publica.

§ 153. Quanto aos bens.

O tutor é pela natureza de seu cargo um verdadeiro *administrador* dos bens do orphão.

Como tal, lhe cumpre: conserva-los, melhora-los e apro-

(91) Mello, L. 2, T. 11, § 15; B. Carneiro, L. 1, T. 26, § 223, n. 16, *Aliter o Direito Romano.*

(92) Ord. L. 4, T. 81, princip.; B. Carneiro, § 226, n. 37.

(93) B. Carneiro, cit. § 226, n. 41.

veita-los de maneira a mais util (94), com o mesmo zelo e diligencia com que cuida dos proprios bens. (95)

São no entanto mui restrictos os poderes do tutor: em regra sem authorisação do juiz não pode praticar actos que tenham por effeito transferir direitos, crear ou extinguir obrigações.

Compete-lhe, mas com dependencia de authorisação do juiz:

I. Promover o arrendamento dos bens de raiz do orfão, em praça e a quem mais der. (96)

Se por não ter apparecido lanço rasoavel se não effectuar o arrendamento de taes bens, o proprio tutor é obrigado á faze-los aproveitar sob sua administração. (97)

2. Requerer a venda, em praça, dos moveis e semoventes cuja conservação for prejudicial (98), e a dos immoveis nos casos em que ella é permittida.

Os bens immoveis dos orfãos que não podem ser vendidos senão por necessidade indeclinavel, como para pagamento de divida que é impossivel solver de outro modo (99): devem ser vendidos os que forem menos proveitosos ao orfão, em praça, com authorisação do juiz e audiencia do tutor. (100)

(94) Ord. L. 1, T. 88, § 22 e seg.; L. 4, T. 102 princip.; fr. 1 pr. D. de adm. et pericul. tutor. (26. 7); Mello, L. 2, T. 12, § 15.

(95) Ord. L. 4, T. 41, § 9: Para poder haver emenda e satisfação do damno que recebeu por culpa ou negligencia de seu tutor ou curador." Fr. 1 pr. D. de tutelis et rationibus distrah. (27. 3). Repert. das ords. tom. 3, pag. 517 nota (c); Mello(cit. § 15.

(96) Ord. L. 1, T. 88, § 23.

(97) Ord. cit. § 23.

(98) Ord. cit., § 25. A lei falla evidentemente dos moveis corporeos. Os moveis incorporeos, taes como creditos, acções nas empresas industriaes ou commerciaes, não são improductivos, nem susceptiveis de deterioração. Cfr. Mourlon, L. 1, T. 10, n. 1172.

(99) Ord. cit., § 26. Ha casos em que a alienação é forçada, como na hypothese de desapropriação por utilidade publica, e na da ord. L. 4, T. 37, § 7.

(100) Ord. cit., § 26; B. Carneiro, L. 1, T. 26, § 239, n. 23 e 25. A ord. não é expressa á respeito da venda em leilão; mas se ella requer que os moveis sejam vendidos em praça, o mesmo com maioria de razão deve entender-se á respeito dos immoveis.

Por alienar entende-se todo o acto translativo do dominio, como doação, troca.

E' tambem em regra prohibido vender peças de ouro, ou prata, joias e cousas semelhantes. Ord. cit. § 25. Todavia o juiz pode ordenar que estas peças sejam convertidas em moeda corrente, se assim for mais conveniente ao orfão. Aviso n. 250 de 26 de dezembro de 1854 e de 12 de julho de 1844.

3. Fazer as despesas necessarias com a conservação e melhoramento dos bens. (101)

4. Receber as quantias devidas ao orfão e pagar as que elle estiver a dever. (102)

5. Aceitar herança á beneficio de inventario. (103)

6. Propor m juizo as acções e promover todas as diligencias, que forem á bem do menor e defende-lo em todas as acções contra elle intentadas. (104)

E' permittido ao tutor independentemente de authorisação judicial:

a) Alienar os objectos que são destinados á venda, como o producto das colheitas. (105)

b) receber as rendas, foros, censos e pensões do menor e pagar as que o menor dever. (106)

São nullas as alienações que o tutor faz sem authorisação do juiz, nos casos em que esta é necessaria. (107)

A alienação, porem, reputa-se revalidada:

1. Se o menor, depois de maior, a ratifica; (108)

2. Ou se tendo chegado á maioridade, deixa passar cinco annos sem promover-lhe a annullação em juizo. (109)

Decretada a nullidade, reivindica o menor a cousa alienada, mas só é obrigado a restituir o preço se verteu em utilidade sua. (110)

(101) B. Carneiro, L. 1, T. 26, § 226, n. 19; Linhas orph. nota 223.

(102) Mello, L. 2, T. 11, § 15; Lobão, loc. cit.; B. Carneiro, cit. § 225, n. 18, 22, 23.

(103) A addicção da herança é um quasi contracto que pode trazer e ordinariamente traz onus, ainda quando a herança é deferida sem imposição de condições. (Cfr. Mourlon cit., n. 1190).

A liquidação do activo e passivo importa trabalhos e despesas que talvez o restante dos bens não compense.

(104) Ord. L. 3, T. 29, § 1; tit. 41, § 8; Cod. Civ. Port. art. 72; Mello, cit. § 15. No intentar acções em nome do orfão deve o tutor ter a maior prudencia afim de não envolver-o em causas ruinosas e de exito duvidoso, sob pena de ser responsavel pelo damno resultante. Lobão.

(105) Mello, L. 2, T. 11, § 15; B. Carneiro cit., § 237, n. 9.

(106) Mello, cit. § 15; B. Carneiro, § 226, n. 25.

(107) Ord. L. 1, T. 88, § 26; B. Carneiro cit., § 239, n. 38.

(108) Const. 2. C. Si maj. fact. rat. habuerit. (2. 46). B. Carneiro, cit. § 226, n. 50.

(109) B. Carneiro, cit. § 226, n. 51.

(110) Const. 3. C. Si maj. fact. (5. 74); Const. 10. 16, Cod. de prædis et aliis rebus minor. sine decret. non alienand. (5. 71); B. Carneiro, cit. § 239, n. 42.

A alienação feita a titulo gratuito pelo menor ou pelo tutor, ainda intervindo decreto judicial, é nulla e a acção para annullal-a só prescreve em trinta annos contados do dia em que o menor se torna maior. Const. 3. C. Si maj. fact. alienat. fact. (5. 74). Makeldey, § 628 in fine; B. Carneiro, cit. § 226, n. 52.

a) Ao tutor compete, com autorisação do juiz:

I, fazer as despesas necessarias com a conservação e melhoramento dos bens;

II, receber as quantias devidas ao orphão, e pagar-lhe as dividas;

III, acceitar por elle heranças, legados ou doações, com ou sem encargo;

IV, transigir;

V, promover-lhe, mediante praça publica, o arrendamento dos bens de raiz.

VI, vender-lhe, em praça, os moveis, cuja conservação não convier, e os immoveis nos casos em que fôr permittido, (art. 429);

VII, propôr, em juizo, as acções e promover todas as diligencias a bem do menor, assim como defendel-o, nos pleitos contra elle movidos, segundo o disposto no art. 84 — Código Civil, art. 427.

Ver Codigos francez, arts. 457-467; italiano, arts. 286-299; hespanhol, art. 269; chileno, arts. 393-408; argentino, arts. 434-499; uruguayo, arts 395-411.

§ 154. *Actos que o tutor não pode praticar.*

E' absolutamente prohibido ao tutor, ainda com authorisação do juiz:

1. Dispor dos bens do menor por titulo gratuito; (III)

2. Tornar-se cessionario de direitos ou de creditos contra o menor; (II2)

3. Adquirir, por si ou por interposta pessoa, por contracto particular ou em hasta publica, bens moveis ou de raiz, pertencentes ao orfão, sob pena de nullidade. (II3)

(111) Const. 3. Cod. Si maj. fact. alienat. 5. 74): "cum autem donationes á minoribus nec cum decreto celebrari possint..."; B. Carneiro, L. 1, T. 27, § 239, n. 43. A doação é nulla e a acção para annullal-a só prescreve em trinta annos.

(112) Novel. 72 C. 5. A prohibição é absoluta: et cessiones in semetipso, aut per donationem. aut per venditionem. aut alio quolibet egerit modo: cit. Novel. O Cod. Civil Port. admite a cessão nos casos de subrogação legal, no que aceitou a doutrina dos commentadores do Cod. Civil Francez. Vej. Mourlon, L. 1, T. 10, n. 1203.

A cessão é nulla e importa extincção do credito contra o menor: cadat ab eis, quæ ex hoc sunt quæsitæ propter transgressionem nostræ legis et hæc minorem lucrari. Assim que o proprio cedente perde o direito contra o menor. Vej. Mourlon cit. n. 1206.

(113) Ord. L. 1, T. 88, § 29. O tutor que infringe esta disposição, incorre nas penas do art. 147 do Cod. criminal. Reg. de 2 de outubro de 1851, art. 32, § 6.

Igual prohibição se faz ao juiz e escrivão de orfãos e aos juizes de direito. Ord. I. 1, T. 62, § 38; T. 88, § 30; Tit. 89, § 8; Cod. Crim., art. 146.

Os bens do menor que tivessem sido alienados emquanto o tutor exercia o seu cargo, não os pode elle adquirir em tempo algum, de quem quer que seja, por nenhum titulo, salvo por via de successão. (114)

Mas pode legalmente haver por qualquer titulo os que houverem sido alienados do poder do menor ao tempo em que já não era tutor. (115)

a) Ainda com autorisação judicial, não pode o tutor, sob pena de nullidade:

I, adquirir por si ou por interposta pessoa, por contracto particular, ou em hasta publica, bens moveis ou de raiz, pertencentes ao menor;

II, dispôr dos bens do menor, a titulo gratuito;

III, constituir-se cessionario de credito, ou direito, contra o menor. Codigo, art. 428.

— Os actos que forem praticados contra as prohibições deste artigo são nullos á vista do disposto no art. 145, n. II, que prescreve a nullidade dos actos juridicos quando fôr illicito, ou impossivel o seu objecto.

§ 155. Responsabilidade do tutor e do juiz.

O tutor é responsavel pelos damnos e prejuizos causados por dolo, culpa ou negligencia na administração dos bens do menor. (116)

Esta responsabilidade começa de existir desde o mo-

(114) Ord. L. 1, T. 88, § 29: Nem poderão haver os ditos bens em tempo algum por nenhum titulo, ainda depois de não serem tutores, salvo por via de successão." Entende-se tanto da successão do menor, como das pessoas que tenham adquirido os bens.

E' questão largamente controvertida se o menor pôde instituir o tutor seu herdeiro. Antigamente era *opinião commum* que podia fazel-o. Repert. tom. 3, pag. 734, nota (a). O Cod. Civil Port., art. 244 n. 4 prohibe ao tutor "receber doações do menor entre vivos ou por testamento ou do ex-pupillo emancipado ou maior, salvo depois de ter dado conta de sua administração e de ter obtido quitação geral."

Entre nós deve ser mantida a *opinião commum* visto como não ha lei que a exclua.

(115) Ord. cit. § 29: Porem se vendêrem alguns outros bens depois de o tutor ou curador deixar de o ser, os poderá haver e comprar porque então cessa a presumpção de fraude." B. Carneiro cit., § 240, n. 5.

(116) Ord. L. 3, T. 41, § 3... Poderá o menor... haver emenda do damno que por culpa ou negligencia de seu tutor ou curador receber... L. 4, Tit. 102, § 5... Dará fiador abonado que por elle se obrigue." Repert. das ords. tom. 3, pag. 517, nota c.

mento em que o tutor toma a administração da tutela ou ao tempo em que devia toma-la. (117)

Para garantir a fiel gestão da tutela, a restituição dos bens e a indemnisação de danos e perdas, tem o menor hypotheca legal sobre os immoveis do tutor. (118)

No caso de insolvabilidade do tutor e de seus fiadores, é o juiz subsidiariamente responsavel, provado que o dano causado lhe pode ser razoavelmente levado em culpa (119), como se não exigiu fiança, sendo ella devida, ou a admittiu sem ser idonea, ou deixou de remover o tutor manifestamente suspeito. (120)

E' de notar, porem, que a responsabilidade é principal e directa do juiz quando resulta de dolo ou culpa tão somente sua, como quando deixa de nomear tutor. (121)

Ao orfão compete contra o tutor, seus fiadores e contra o juiz, para haver a indemnisação pelo mal causado, acção ordinaria que em direito se denomina — acção de tutela. (122)

a) O tutor responde pelos prejuizos, que, por negligencia, culpa ou dolo, causar ao pupillo. Codigo Civil, art. 431, principio.

Ver Codigos francez, art. 450, 2ª parte; portuguez, art. 248; chileno, art. 391; argentino, art. 413.

O art. 418 dispõe sobre a hypotheca legal que tem o menor sobre os immoveis do tutor.

Nos termos do art. 420, o juiz responde, subsidiariamente, pelos prejuizos, que soffra o menor em razão da insolvencia do tutor; de lhe não ter exigido a garantia legal ou de o não haver removido, tanto que se tornou suspeito.

(117) Fr. 1, § 1, D. de administrat. et pericul. tutor. (26. 7): Id... constitutum est ut qui scit se tutorem datum, nec excusationem, si quam habet, allegat intra tempora præstituta, suo periculo cesset. B. Carneiro. L. 1, T. 27, § 241, n. 5.

(118) Lei de 24 de setembro de 1864, art. 3, § 2. Esta hypotheca é geral, comprehensiva dos immoveis presentes e futuros (§ 11 do cit. art. 3) e constitue-se pelo termo de tutela e desde sua data, art. 136, § 1º do Reg. de 26 de abril de 1865.

(119) Ord. L. 3, T. 41, § 3: ...ou do juiz que tal tutor ou curador deu. Mello, L. 2, T. 11, § 17; B. Carneiro, cit. § 241, n. 14. Fr. 1, § 11 e 13. D. de magistr. conveniendis.

(120) B. Carneiro, cit. § 241, n. 14.

(121) Reg. de 2 de out. de 1851, art. 32, § 8. Ord. L. 1, T. 88, § 3 in fin.; 7 16. 18. 24. Ord. L. 4, T. 102, § 18.

(122) Doctr. das Acç. § 269 e seg.; B. Carneiro cit., § 243, n. 2. *Actio tutelæ directa*..

Essa responsabilidade será pessoal e directa, quando o juiz não tiver nomeado tutor, ou quando a nomeação não houver sido oportuna. Código, art. 421.

§ 156. *Destino dos dinheiros dos orfãos.*

Todas as quantias pecuniarias, pertencentes aos menores — ou provenhão do arrendamento e cultura dos bens de raiz, ou da venda dos moveis, ou da cobrança de dividas activas, ou de herança, legado ou doação, devem ser de prompto recolhidas ao cofre dos orfãos. (123)

Entrão tambem para o cofre todas as peças de ouro ou prata, joias e pedras preciosas, com declaração especificada da qualidade, peso e valor de cada uma. (124)

O dinheiro depositado no cofre não pode ser tirado, senão:

1. Para as despesas necessarias com a pessoa e bens do menor; (125)
2. Para a compra de bens de raiz, de que venha proveito ao orfão; (126)
3. Para a compra de apolices da divida publica; (127)

(123) Ord. L. 1, T. 88, § 31 e 34; T. 62, § 31; Decis. n. 377 de 21 de out. de 1857. A mãe, quando tutora, tambem é obrigada á recolher os dinheiros do orfão ao cofre.

Em cada municipio deve haver um cofre de orfãos, o qual deve ser guardado no lugar mais seguro. Alv. de 24 de out. de 1814, § 6. E' feito á custa dos orfãos (Ord. 1, 88, § 32) e para esse fim e para outras despesas costuma deduzir-se um oitavo por cento das quantias recolhidas. Av. n. 176 de 11 de outubro de 1854. Nessas despesas comprehende-se o custo dos livros de escripturação da receita e despeza. Av. n. 319 de 15 de julho de 1863.

O cofre tem tres chaves, das quaes são guardas o juiz, o escrivão e o depositario. Ord. L. 1, T. 88, § 39. O depositario é hoje nomeado pelo juiz de orfãos (Av. de 8 de julho de 1838) e presta fiança. Nos lugares onde não houver quem se preste com fiança a ser depositario, é commettida aos collectores a guarda do cofre, sem necessidade de fiança. Av. n. 233 de 13 de julho de 1857 e Circul. n. 244 de 20 de julho do mesmo anno.

O cofre não se abre senão na presença dos tres clavicularios. Ord. 1, 88, § 39.

(124) Ord. 1, T. 88, § 35. O juiz pôde, parecendo-lhe conveniente, reduzir estas peças á moeda corrente, guardadas as formalidades de direito. Aviso n. 250 de 26 de dezembro de 1854 e de 12 de julho de 1844.

(125) Ord. L. 1, T. 88, § 38.

(126) Ord. cit., § 37. Não está hoje em uso o empregar-se o dinheiro dos orfãos na compra de bens de raiz.

(127) Port. de 31 de março de 1846. Só é admissivel esta pratica quando o dinheiro de cada orfão é sufficiente para comprar integralmente uma ou mais apolices. Port. cit.

4. Para ser emprestado ao Estado mediante o juro de 5 por cento; (128)

5. Para ser entregue ao orfão quando sahe de sob a tutela. (129)

a) Os tutores não podem conservar em seu poder dinheiros de seus tutelados, além do necessario, para as despezas ordinarias com o seu sustento, a sua educação, e a administração de seus bens.

Os objectos de ouro, pedras preciosas, e moveis desnecessarios serão vendidos em hasta publica, e seu producto convertido em titulos de responsabilidade da União, ou dos Estados, recolhido ás Caixas Economicas Federaes, ou applicado na aquisição de immoveis, conforme fôr determinado pelo juiz. O mesmo destino terá o dinheiro proveniente de qualquer outra procedencia.

Os tutores respondem pela demora na applicação dos valores acima ditos, pagando os juros legaes, desde o dia em que lhes deveriam dar esse destino, o que não os exime da obrigação que o juiz fará effectiva, da referida applicação. Codigo, art. 432.

Ver Codigos francez, arts. 455 e 456; hespanhol, art. 266; uruguayo, art. 394; chileno, art. 406.

O Codigo extinguiu o cofre de orphãos e determina que o producto dos bens dos menores seja empregado em titulos publicos ou recolhidos ás Caixas Economicas Federaes, ou applicado em immoveis.

Foi creação do Codigo a obrigação do tutor pagar juros dos dinheiros pertencentes aos orphãos durante o tempo em que os conserva sem applicar como quer a lei.

Os juizes devem exigir essa applicação, apesar do cumprimento daquella obrigação.

Os valores que existirem nas Caixas Economicas Federaes, na forma do art. 432, não se poderão retirar, senão mediante ordem do juiz, e somente:

I, para as despezas com o sustento e a educação do pupillo, ou administração dos seus bens (art. 427, n. I).

(128) Lei de 13 de novembro de 1841, art. 6, § 4 e Provis. de 12 de outubro de 1842.

O juro, que d'antes era de 6 por cento, foi reduzido á 5 pelo art. 13 da Lei de 6 de setembro de 1854, cuja disposição começou á vigorar do 1º de julho de 1855. Ord. n. 59 de 8 de fevereiro de 1855. Acerca deste assumpto veja-se Pereira de Carvalho, Linh. orph. oit. edic., not. 314, add. 98 a pag. 167.

(129) Ord. L. 1, T. 88; § 37. O menor sabe da tutela, quando se torne maior, ou casa, ou obtem suplemento de idade.

II, para se comprarem bens de raiz e títulos da dívida pública da União ou dos Estados;

III, para se empregarem em conformidade com o disposto por quem os houver doado ou deixado;

IV, para se entregarem aos orphãos, quando emancipados ou maiores, ou, mortos elles, aos seus herdeiros. Código, art. 423.

Segundo o regulamento n. 9.738, de 2 de Abril de 1887 (das Caixas Economicas) art. 7º, o levantamento dos valores pertencentes aos orphãos se faz por officio do juiz ou despacho em requerimento de pessoa legalmente interessada. Em aviso de 25 de Outubro de 1901, o Ministro da Justiça chamou a atenção dos juizes para essa disposição, dispensado o alvará que estava sendo exigido com prejuizo para os menores pois maiores eram as suas despesas.

§ 157. *Do protutor e do falso tutor.*

Acontece ás vezes que alguém que não é tutor administra os bens do menor como se fora tutor (*pro tutore*), crendo se-lo ou mesmo com sciencia de que não o é. (130)

Este tal, quando obra de boa fé, isto é, com intenção de ser util ao menor, resguardando-lhe os bens e promovendo-lhe os interesses, chama-se *protutor*. (131)

Neste caso verifica-se uma especie de gestão de negocios.

O protutor tem em geral os mesmos deveres que o verdadeiro tutor e é obrigado a prestar contas de sua gestão. (132)

Mas, attenta a natureza da tutela segundo o nosso Direito, o protutor nada mais pode fazer do que *conservar e melhorar* os bens do menor.

Não lhe é licito praticar actos que o verdadeiro tutor não poderia legalmente praticar sem autorização judicial. (133)

Sem embargo do exposto, a gestão do protutor é uma

(130) D. de eo qui pro tutore prove curatore negotia gessit (27. 5). Pro tutore autem negotia gerit qui munere tutoris fungitur... sive se patet tutorem, sive sciat non esse. Fr. 1, § 1, Dig. cit. B. Carneiro, L. 1, T. 27, § 232.

(131) Hein. Pandect. P. 4, § 380; B. Carneiro, cit. § 232, n. I.

(132) Fr. 4, D. cit.; Pona, cap. 13, n. 4; B. Carneiro, cit. § 232, n 12 e 13.

(133) Porque evidentemente o protutor não pode ter mais poder do que o tutor verdadeiro.

anomalia, a que o juiz logo que della tiver conhecimento, deve de por termo, dando tutor legal ao menor, sendo que a nomeação pode recahir no proprio protutor se for pessoa idonea. (134)

Aquelle que não é tutor, mas finge-se tal para *representar* (135) o menor nos actos da vida civil, judiciaes ou extrajudiciaes, denomina-se em direito *falso tutor*. (136)

São nullos os actos por elle praticados em nome do menor. (137) E a acção para annulla-los compete tanto ao menor como ao terceiro com quem o falso tutor contractara. (138)

§ 158. *Dos modos pelos quaes acaba a tutela*

Termina a tutela:

Em relação ao tutor e ao menor:

1. Quando o orfão se torna maior; (139)
2. Quando obtem carta de supplemento de idade; (140)
3. Quando contrahe matrimonio. (141)

(134) E' um corollario da obrigação que tem o juiz de nomear tutor aos menores que o não tem.

(135) Vej. pag. 292, nota 1 e 2.

(136) D. quod falso tutore... (27. 6). Frag. Vatican, § 1. Falso tutor, segundo a noção que se deduz do titulo citado do Dig. é o que se finge tutor com dolo ou sem dolo, para *representar* o menor. (Makeldey. Droit Romain, § 612).

(137) A nullidade provem da incompetencia do falso tutor e da falta de authorisação judicial. Em Direito Romano, como em regra, o tutor podia representar o menor independentemente de authorisação judicial, não crão nullos os actos praticados pelo falso tutor, o qual quando obrava de má fé, ficava tão somente obrigado a indemnizar o prejuizo causado: ut quanti ea res erit, tantam pecuniam condemnatur, fr. 7, pr. § 1º, dig. 27. 6.

Os actos que o falso tutor pratica com authorisação judicial (o que pode adontecer alguma vez) são validos: valebit per prætoris tuitionem, non ipso jure. Fr. 5, § 1. D. cit.

(138) Ao menor, se se trata de *direito pessoal*, cabe acção contra a pessoa com quem o falso tutor contractou, para desfazer o acto e contra o falso tutor pelo damno causado.

Ao terceiro compete acção contra o menor para desfazer o acto e contra o falso tutor pelo damno causado.

Se a questão versa sobre *direito real*, como o acto nullo não transfere dominio, a acção pode ser dirigida contra aquelle em cujo poder está a cousa, tomando-se por fundamento a nullidade do acto do falso tutor.

(139) Ord. L. 1, T. 88, § 27 e Res. de 31 de outubro de 1831, art. 1.

(140) Ord. L. 1, T. 88, § 27 e 28; L. 3, T. 9, § 3 e T. 42, § 1º.

O supplemento de idade só se concede aos orfãos varões maiores de vinte annos, ás orfãs maiores de dezoito. Ord. L. 3, T. 42 pr.

A carta é dada pelo juiz de orfãos, precedendo justificação de siso e discrição para poderem reger os bens. Lei de 22 de setembro de 1828, art. 2, § 4 e Regul. de 15 de marco de 1842, art. 5, § 2.

(141) Ord. L. 1, T. 88, § 27 e 28.

Em relação ao tutor:

4. Acabado o termo dentro do qual o tutor é obrigado a servir a tutela; (142)
5. Pela superveniência de motivo de escusa; (143)
6. Quando é removido por suspeito; (144)
7. Eñfim quando a mãe, ou a avó, sendo tutoras dos filhos ou dos netos, passam á novas nupcias. (145)

a) Segundo o art. 442 do Codigo Civil, cessa a condição de pupillo:

- I, com a maioridade ou a emancipação do menor;
- II, cahindo o menor sob o patrio poder, no caso de legitimação, reconhecimento ou adopção.

Ver Codigos hespanhol. art. 278; uruguayo, art. 419; argentino, art. 455.

Pelo art. 443, cessam as funções do tutor:

- I, expirando o termo, em que era obrigado a servir (art. 444);

II, sobrevindo excusa legitima (arts. 414 a 416);

III, sendo removido. (Art. 413 a 445).

Os tutores são obrigados a servir, por espaço de dois annos. Podem, porém, continuar além desse praso, no exer-

(142) Ord. L. 4, T. 102, § 9 e 10. O tutor dativo só é obrigado á servir a tutela dous annos. Quanto ao testamentario e ao legitimo a ord. não marca praso.

(143) Vej. § 149.

(144) Ord. L. 1, T. 88, § 50; L. 3, T. 18, § 5 e L. 4, T. 102, § 1: Emquanto o fizer zem e como deve a proveito do orfão.

Tutor suspeito é o que não cumpre os seus deveres com diligencia e fidelidade. Assim torna-se suspeito o tutor que commette alguma falta grave ou com dolo ou por negligencia. J. § 5 de suspect. tutor. vel curatorib. (1. 26): Qui non ex fide tutelam gerit. Fr. 7, § 1. D. de suspect. tutorib. vel curatorib. (26. 10): Si fraus non sit admissa, sed lata negligentia; quia ista propé fraudem accedit, removeri hunc quasi suspectum oportet. Cod. Civil Fr. art. 444 e Cod. Frederico, P. I, L. 3, T. 12, § 2.

Suspectum tutorem eum putamus qui *moribus* talis est ut suspectus sit, frg. 8. D. cit. Donde resulta que o tutor pode ser removido quando dá lugar á suspeita de que venha á faltar aos seus deveres como se é prodigo, ou jogador ou ebrio, (Linh. orph. not. 269, n. 9) ou se se torna inimigo do orfão. Linh. orph. cit. nota n. 10.

A remoção pode ser decretada a requerimento de qualquer pessoa do povo, ou *ex-officio* pelo juiz. Ord. L. 1, T. 88, § 50 e T. 62, § 33; Reg. de 2 de outub. de 1851, art. 32, § 4.

Emquanto pende a accusação de suspeição, o tutor é suspenso da tutela a qual é confiada á um curador interino.

E' competente para tomar conhecimento da remoção e decretal-a o juiz de orfãos e o de direito em correição. Cit. Reg. de 2 de out. de 1851, artigo 32, § 4.

Quanto ao processo veja-se: Acções Summarias de Lohão, § 379 e seguintes e Linh. orph. § 144.

(145) Ord. L. 4. T. 102, § 3.

Não é preciso dizer que a tutela também cessa ou pela morte do menor, cu pela do tutor.

cício da tutela, si o quizerem, e o juiz tiver por conveniente ao menor. Código, art. 444.

O tutor será destituído quando negligente, prevaricador ou incurso em incapacidade. Código, art. 445. A destituição pode ser decretada pelo juiz, ex-officio, ou pedida pelo curador geral, assim como por algum parente do menor. Não é mais admittida a intervenção de qualquer pessoa do povo.

§ 159. *Dos effeitos da cessação da tutela quanto á pessoa do orfão*

Da cessação da tutela em relação ao orfão, resultão os effeitos seguintes:

1. Fica elle habilitado para todos os actos da vida civil e como tal assume o direito de livremente administrar seus bens e de dispor delles como lhe aprouver. (146)

Todavia o menor casado e o que obteve carta de supplemento de idade, não podem, antes de completarem vinte um annos, alienar, empenhar ou hypothecar bens de raiz sem authorisação judicial. (147)

2. Devem lhe ser entregues immediatamente todos os bens que estavam sob a administração do tutor com os fructos, e os dinheiros existentes no cofre e as quantias emprestadas ao Estado. (148)

A entrega dos bens, porém, suspende-se:

I| Se o menor casado não tem ainda dezoito annos de idade (149);

II. Ou, se sendo menor de vinte annos, casou sem consentimento do juiz, com pessoa de qualidade e fortuna desiguaes (150)

(146) Ord. L. 1, T. 88, § 27 e Res. de 31 de outubro de 1831, art. 1. O Aviso de 8 de janeiro de 1856 condemnou a pratica abusiva de obrigar ao que se torna maior á justificar capacidade e á tirar carta de emancipação.

(147) Ord. cit., § 28.

(148) Ord. cit., § 25, 27, 37.

A entrega dos dinheiros de orfãos recolhidos aos cofres publicos não pode ser feita senão á requisição do juiz que a tiver ordenado. Ord. n. 93 de 1 de abril de 1852.

(149) Ord. L. 1, T. 88, § 27: ou for casado por sua authoridade depois de haver dezoito annos. Vej. B Carneiro, § 226, n. 46 nota (a).

Cumprê notar que esta disposição refere-se ao orfão; sendo orfã, os bens entregão-se ao marido sem embargo de ser ella menor de dezoito annos. B. Carneiro, L. 1, T. 29, § 258, n. 5.

(150) Ord. L. 1, T. 88, § 19.

Suspende-se igualmente a entrega dos bens da orfã que se casou sem

a) Finda a tutela, fica o menor com plena capacidade para os actos da vida civil. Seja pela maioridade, seja pela emancipação, nos termos do art. 9, cessa a incapacidade do menor.

No direito anterior, só a maioridade dava ao individuo plena capacidade; o emancipado gosava de capacidade restricta, não podia praticar certos actos civis, sem autorisação do juiz. No dominio do Codigo não ha tal restricção; cessada a tutela, o individuo está habilitado a exercer todos os actos civis. O menor emancipado é perfeitamente equiparado ao maior.

Prestadas as contas, como adiante fica estabelecido, devem ser entregues todos os bens que estiverem sob a administração do tutor, assim como quaesquer valores depositados.

§ 160. Da prestação de contas.

Os tutores como administradores de bens alheios são obrigados a prestar contas de sua gestão. (151)

Os testamentarios e os legitimos devem de presta-las de quatro em quatro annos; as mãis e avós e os dativos de dous em dous annos (152): todos, testamentarios, legitimos e dativos, sempre que deixaram o exercicio da tutela (153) como quando são removidos ou quando o menor se emancipa. (154)

A prestação de contas tem por fim tornar effectiva a responsabilidade dos tutores pela administração dos bens que lhes forão confiados.

Dividem-se as contas em duas partes: *receita* e *despeza*. (155)

Na *receita* deve-se fazer carga ao tutor de todos os bens

consentimento do juiz; todavia podem os ditos bens ser entregues ao marido, justificando elle capacidade para reger os bens, e obtendo em consequencia permissão do juiz. Ord. cit. § 19 in fine. Regim. do Des. do Paço, § 79. Lei de 22 de setemb. de 1828 art. 2 § 4, Reg. de 15 de março de 1842, art. 5. § 8, e Av. de 16 de dez. de 1852.

Esta suspensão termina, não havendo concessão do juiz, logo que a orfã completa vinte annos.

(151) Fallecendo o tutor, prestão contas os seus herdeiros, pagando o alcance pelas forcas da herança. Pona, cap. 13, n. 2 e 3; B. Carneiro, L. 1, T. 27, § 243, n. 7.

(152) Ord. L. 1, T. 62, § 37; T. 88, § 49.

(153) Ord. cit., § 49 in fine.

(154) Ord. cit., § 50.

(155) O inventario é o principal elemento da *receita*.

que recebeu com os seus fructos e rendimentos (156); dos dinheiros que deixou de metter no cofre (157); do alcance das contas preteritas (158); das soldadas do orfão quando for caso disso (159), e das perdas e damnos causados por culpa ou negligencia. (160)

Na *despesa* devem lhe ser levados em conta todos os dispendios uteis e justificados (161), abonando-se-lhe em premio do trabalho da administração a vintena do rendimento liquido, a qual não pode annualmente exceder de cincoenta mil réis. (162)

Julgadas as contas por sentença, o tutor é obrigado a recolher ao cofre ou a entregar ao orfão, se está emancipado, dentro do prazo de nove dias, sob pena de prisão, o alcance em que for achado. (163)

A sentença que julga a prestação de contas não dirime nem a acção (*actio tutelæ directæ*) que ao menor compete contra o tutor para obter a indemnisação das perdas e da-

(156) Pona, cap. 13, n. 25; B. Carneiro cit. § 243, n. 22 e 23.

(157) Gam., Decis. 110, n. 33; Pona, cit. cap. 13, n. 29.

(158) Guerreiro, tract. 4, L. 8, cap. 15, n. 16; Lobão, Notas á Mello, L. 2, T. 11, § 16, n. 20. O tutor paga juro do alcance que não recolheu ao cofre. Reg. de 2 de outubro de 1851, art. 32, § 8.

(159) Pona, cit. cap. 13, n. 33.

(160) Lob. cit. n. 21; B. Carneiro, cit. § 243, n. 22.

Na tomada de contas só podem ser carregados os damnos e perdas confessados pelo tutor. Se ha contestação da parte do tutor, a indemnisação só pode ser pedida por acção ordinaria, porque o summario de contas não admite questão d'alta indagação. Lobão cit. n. 22.

(161) Lobão cit., n. 25 e seguintes; B. Carneiro, art. 243, n. 23.

As despesas uteis e provadas são attendidas, ainda feitas sem despacho do juiz. Pona, cap. 14, n. 2; B. Carneiro, L. 1, T. 26, § 226, n. 19. Justificação-se as despesas com documentos ou testemunhas: sendo modicas, basta o juramento do tutor. B. Carneiro, cit. § 243, n. 25; Consolid. das Leis Civis, art. 302, nota (4).

Pode o tutor compensar a despesa com o que elle deve ao menor, sendo quantia certa e liquida. Lobão. Not. á Mello, L. 2, T. 12, § 16, n. 30.

(162) Ord. L. 1. T. 88, § 53. Os cincoentas mil réis não foram triplicados pelo Alv. de 16 de setembro de 1814. Cfr. o Decreto n. 561 de 18 de novembro de 1848, art. 2. Veja-se a Consolid. das Leis Civis, art. 298, nota (1).

A vintena não pode ser recebida senão em virtude de alvarás assignados pelo juiz, ord. cit., § 53, e é deduzida tão somente do producto liquido da administração: assim não entrão para o seu computo as soldadas, heranças, doações, legados, dinheiros tirados em loteria. Pona, cap. 14, n.; Linh. orph. nota 309.

Se ao tutor for deixado premio em testamento, permite-se-lhe a opção do premio ou da vintena. Ord. L. 1. T. 88, § 53.

(163) Ord. L. 4. T. 102, § 9; Reg. de 2 de out. de 1851, art. 32, § 7. Vej. Consolid. das Leis Civis, nota 3 ao art. 305.

A respeito do processo de tomada de contas e seus recursos, veja-se Lobão. Acções Summarias, §; B. Carneiro, L. 1, T. 27, § 243; Linh. orph. cap. 23.

mnos causados (164), nem tão pouco a acção (*actio tutelæ contraria*) que cabe ao tutor para haver do menor o que este lhe estiver á dever em razão da tutela. (165)

a) Os tutores, embora o contrario dispuzessem os paes dos tutelados, são obrigados a prestar contas da sua administração. Código, art. 434.

Ver Codigos italiano, arts. 302 e 304; portuguez, art. 249; francez, art. 469; hespanhol, arts. 279 a 281; chileno, art. 415.

No fim de cada anno os tutores submitterão ao juiz, o balanço da sua administração o qual, depois de approvedo, se annexará aos autos do inventario. Código, art. 435.

Não se trata de prestação de contas que, pelo art. 436, tem de ser feita de dois em dois annos. Esse balanço é um elemento para melhor exame e conhecimento de todas as contas, ficando o juiz habilitado a acompanhar mais facilmente a administração do tutor.

Segundo o art. 436, os tutores prestarão contas, de dois em dois annos, e bem assim quando, por qualquer motivo, deixarem o exercicio da tutela, ou toda vez que o juiz o houver por conveniente. As contas serão prestadas em juizo, e julgadas depois de audiencia dos interessados; recolhendo o tutor, immediatamente, em Caixas Economicas, os saldos, ou adquirindo bens immoveis, ou titulos da divida publica. Art. 436, paragrapho unico.

Ver Codigos chileno, arts. 415, 416; uruguayo, arts. 418, 423, 425.

Para garantia da administração e da entrega de bens do menor na prestação de contas, quando finda a tutela, ha a hypotheca legal e fiança conforme os arts. 418 e 419 do Código. Si o tutor, na prestação biennial, não dá aos saldos o destino que devem ter, pagará nos termos do § 2º do art. 432, os juros legais e deve ser coagido pelo juiz a empregar os ditos saldos.

Quando executado pelo pagamento de qualquer alcance, pode-se dar com relação ao tutor o caso do art. 232 do Código Criminal. Haver para si, directa ou indirectamente, ou por algum acto simulado, no todo ou em parte, propriedade ou effeito, em cuja administração, disposição, ou guarda deva intervir em razão do officio — penas de prisão celllular por um a seis mezes, perda do emprego e multa de 5 a 20 % da propriedade, effeitos adquiridos ou interesse que auferir da negociação. O paragrapho unico desse artigo estabelece iguaes penas para os tutores que incorrerem nesse crime.

(165) B. Carneiro cit., § 231, n. 31.

(164) Lob. cit: n. 21; B. Carneiro, § 241, n. 22; Linh. orph. nota 315.

— Finda a tutela pela emancipação ou maioridade, a quitação do menor não produzirá efeito, antes de approvadas as contas pelo juiz, subsistindo inteira, até então, a responsabilidade do tutor. Código, art. 437.

Ver Codigos italiano, art. 307; portuguez, art. 257; francez, art. 472; hespanhol, art. 285; uruguayo, art. 426.

Nos casos de morte, ausencia ou interdicção do tutor, as contas serão prestadas por seus herdeiros ou representantes. Código, art. 438.

Ver Codigos portuguez, art. 256; hespanhol, art. 281.

Serão levadas a credito do tutor todas as despezas justificadas e reconhecidamente proveitosas ao menor. Código, art. 439.

As despezas com a prestação de contas serão pagas pelo tutelado. Código, art. 440.

Ver Codigos francez, art. 471; italiano, art. 305; portuguez, art. 252; hespanhol, art. 284; argentino, art. 462; uruguayo, art. 425.

O alcance do tutor, bem como o saldo contra o tutelado, vencerão juros, desde o julgamento definitivo das contas. Código, art. 441.

Ver Codigos francez, art. 474; hespanhol, art. 286; italiano, art. 308; portuguez, arts. 253 e 254; chileno, art. 424; argentino, art. 466.

Desappareceu a obrigação de entrar, dentro de nove dias, sob pena de prisão, com o alcance verificado nas contas. Deve o tutor pagar juros e conforme ficou accentuado, pode ser processado como incurso no art. 232 do Código Penal.

O tutor tem direito a ser pago do que legalmente depender no exercicio da tutela e, salvo no caso do art. 412, a perceber uma gratificação por seu trabalho. Si os paes do menor não tiverem fixado essa gratificação, arbitral-a-á o juiz, até dez por cento, no maximo, da renda liquida annual dos bens administrados pelo tutor. Código, art. 431.

CAPITULO SEGUNDO

DA CURATELA

§ 161. *O que é curatela?*

Curatela ou *curadoria* é o cargo conferido pela autoridade publica á alguem para reger a pessoa e bens, ou tão so-

mente os bens (166), de pessoas emancipadas que por si mesmas não o podem fazer, impossibilitadas por uma causa determinada. (167)

Chama-se *curador* aquelle que exerce a curatela; *interdictos*, os que lhe são sujeitos. (168)

Pode a curatela abranger a pessoa e bens, como a curatela dos loucos (169); ou somente os bens, como a dos bens de ausentes. (170)

A curatela difere da tutela nos pontos seguintes:

1. A curatela é dada aos maiores e aos que são equiparados aos maiores; a tutela aos menores; (171)

2. A curatela é sempre deferida pelo juiz; a tutela pode ser conferida em testamento ou codicillo; (172)

3. A curatela ás vezes é dada somente aos bens; a tutela comprehende sempre o governo da pessoa e a administração dos bens. (173)

(166) Havia, segundo a theoria dos romanos, uma distincção radical entre tutor e curador. O tutor não só geria os negocios do impubere como completava-lhe a pessoalidade pela interposição de sua *authoridade*; o curador, dado sempre aos adultos, não tinha por missão inteirar-lhes a pessoa, de si mesma completa, mas guardar os bens e dar consentimento para os actos que praticavão seus curatelados. (Cfr. Heinecio, Pandect. P. 4, § 338; Ortolan, Inst. T. 23) .

Esta theoria não quadra bem com a instituição da tutela e curatela como as fez o direito moderno. (Hein. cit., § 330). Basta notar, 1º, que o curador do louco tem sobre a pessoa deste o mesmo poder que o tutor sobre a pessoa do impubere; 2º, que o curador do prodigo assiste-o nos actos da vida civil do mesmo modo que o curador do pubere ao pubere.

(167) Como é a demencia, a ausencia. Fr. 2. D. de curatorib. furios. et. (27. 10): dabit... curatores qui rebus suis superesse non possunt.

(168) *Interdictos* — aquelles á quem é prohibida a administração dos bens: cui bonis interdictum est. A lei de 24 de setembro de 1864, art. 3, § 2, já usa da palavra — *interdicto* — no sentido declarado.

(169) Fr. 7 pr. D. eod. titul. (27. 10): Consilio et opera curatoris tueri debet non solum patrimonium sed et corpus ac solus furiosi. Fr. 1º, § 4, D. de munerib, et honorib. Vej. Pothier, tract. des person. P. I, T. 6. Sec. 5, art. 1.

(170) Ord. L. 1, T. 90 pr.; fr. 22, § 1. D. de rebus autoritat. iudicis possidendis. (42. 5).

(171) Ficou notado em outro lugar (§ 144, not. (1): que á imitação de alguns codigos e escriptores modernos comprehendemos na expressão *tutela* não só a tutela no sentido do antigo direito como a curatela dos puberes, de modo que segundo este systema não ha curatela de menores. Pothier cit., sect. 4, art. 1 e sect. 5, art. 1.

(172) Ord. L. 4, T. 102 e 103; Inst. § 1 de curatorib. (1. 23).

(173) *Cura personalis et cura bonorum.*

§ 162. *Diversas especies de curatela.*

Ha diversas especies de curatelas, cada uma das quaes sujeita á certas regras peculiare: suposto serão todas dominadas de principios communs.

Pode a curatela dividir-se nas tres especies seguintes:

- 1.^a Curatela dos loucos;
- 2.^a Curatela dos prodigos;
- 3.^a Curatela dos bens de ausentes. (174)

a) Estão sujeitos á curatela:

- I, os loucos de todo o genero (arts, 448, n. I, 450 e 457);
- II, os surdos-mudos, sem educação, que os habilite a enunciar, precisamente, a sua vontade (arts. 451 e 456);
- III, os prodigos (arts. 459 e 461). Codigo, art. 446.

A interdicção deve ser promovida:

- I, pelo pai, mãe ou tutor;
- II, pelo conjuge, ou algum parente proximo;
- III, pelo Ministerio Publico. Codigo, art. 447.

Só intervirá o Ministerio Publico:

- I, no caso de loucura furiosa;
- II, se não existir, ou não promover a interdicção alguma das pessoas designadas no artigo antecedente, ns. I e II;
- III, si, existindo, forem menores ou interdictos. Codigo, art. 448.

Nos casos em que a interdicção fôr promovida pelo Ministerio Publico o juiz nomeará defensor ao supposto incapaz. Nos demais casos, o Ministerio Publico será o defensor. Codigo, art. 449.

(174) Ha ainda outras especies de curadores, de que não se trata neste capitulo por pertencerem á outras Divisões do direito.

Taes são:

1.^o O *curador á lide* (*curator in litem*) que é o que se dá aos menores e interdictos que figurão em juizo ou como autores ou como réos (Ord. L. 3, T. 41, § 9, Prim. Linhas, nota 94 e 111).

2.^o *Curador geral de orfãos*, empregado do juizo de orfãos, o qual é ouvido em todos os negocios em que são interessados menores e interdictos e em que tem de intervir juiz. (Veja-se os Avisos n. 115 de 27 de abril de 1885; n. 13 de 15 de janeiro de 1858; n. 136 de 31 de maio de 1859; n. 547 de 21 de dezembro de 1863).

3.^o *Curador* que se dá em juizo ao reo ausente. Pereira e Souza, nota 203.

4.^o *Curador á herança jacente.*

As tres primeiras especies pertencem ao processo e leis de organização judiciaria; a ultima á Divisão do direito que trata da successão.

Antes de se pronunciar acerca da interdicção, examinará, pessoalmente, o juiz o arguido de incapacidade, ouvindo profissionais. Código, art. 450.

Ver Códigos francez, arts. 489, 490, 491, 496; italiano, arts. 324, 326, 327, 339, 340; portuguez, arts. 314, 315, 316, 317, 337, 341; hespanhol, arts. 200, 215, 216; chileno, arts. 342, 359, 460; uruguayo, arts. 432, 435; argentino, arts. 468, 469, 470.

O conjuge, não separado judicialmente, é, de direito curador do outro, quando interdicto (art. 455).

§ 1.º Na falta do conjuge, é curador legitimo o pai; na falta deste, a mãe; e, na desta, o descendente maior.

§ 2.º Entre os descendentes, os mais proximos precedem aos mais remotos, e, dentre os do mesmo gráo, os varões ás mulheres.

§ 3.º Na falta das pessoas mencionadas, compete ao juiz a escolha do curador. Código Civil, art. 454.

Declarada a interdicção, fica o interdicto sujeito á curatela, á qual se applica o disposto no capitulo antecedente, com a restricção do art. 451 e as modificações dos artigos seguintes. Código, art. 453.

De accôrdo com esta disposição, applicam-se á curatela os preceitos relativos á incapacidade para exercer a tutela, arts. 419-421; á especificação dos bens, art. 424; á representação e administração, arts. 426-427; ás prohibições do art. 429; á venda dos bens immoveis, art. 428; aos bens dos orphãos, arts. 432 e 433; á prestação de contas, arts. 434 a 441; ao praso do encargo, art. 444; á destituição, art. 445.

Devem ser observados taes preceitos, attendidas as modificações dos artigos 454 e seguintes.

— O art. 451 dispõe: “Pronunciada a interdicção do surdo-mudo, o juiz assignará, segundo o desenvolvimento mental do interdicto, os limites da curatela”.

Ver Código portuguez, art. 338.

No direito anterior, estavam os surdos-mudos incluidos na expressão — loucos de todo genero. O Código Civil, art. 446, n. II, estabelece expressamente a curatela dos surdos-mudos, mas somente daquelles que não tenham a educação que os habilite a enunciar, precisamente, a sua vontade.

Si o surdo-mudo recebe educação conveniente e pode, de qualquer forma, communicar-se com outros individuos, mostrando-se capaz de reger sua pessoa e administrar os seus bens, neste caso não ha logar a curatela.

Segundo o art. 456, havendo meio de educar o surdo-mudo, o curador promover-lhe-á o ingresso em estabelecimento apropriado.

TITULO PRIMEIRO

Curatela dos loucos

§ 163. *Pessoas sujeitas á esta curatela e como ella se defere.*

Não se podem eximir de receber curador todos os que, não estando sujeitos á tutela nem ao patrio-poder, todavia, ou por fraqueza de espirito (175) ou por perturbação das faculdades mentaes (176), são incapazes de regerem suas pessoas e bens (177)

Entrão nesta definição: os idiotas, os surdos e mudos de nascença, os furiosos, os mentecaptos, os sandeus, os desmemoriados: emfim, os loucos de todo o genero (178).

A curadoria é dada pelo juiz de orphãos, sobre inquirição de testemunhas e exame medico, á requerimento de parte, ou ex officio, logo que o juiz sabe existir em sua jurisdicção algum louco. (179)

E' deferida na ordem seguinte:

1.º A' mulher do demente, se é honesta e ajuisada e quer aceitar o cargo; (180)

2.º Ao pai; (181)

(175) *Imbecilidade.*

(176) *Demencia.*

(177) Ord. L. 4, T. 103 pr.; Inst. § 3 de curatorib. (1. 23).

(178) A medicina legal estabelece diversas especies de alienação mental. A lei não pode nem deve entrar na questão de tecnologia; ella limita-se á prescrever que se dê curador aos que, ou por imbecilidade ou por terem perdido o uso da razão, não podem governar sua pessoa e bens. A' medicina compete averiguar o facto.

A ord. emprega para denotar os que estão privados do uso de razão differentes palavras, taes como: sandeu, furioso, desassisado, desmemoriado, mentecapto, demente. (Vej. ord. L. 4, T. 103 pr., § 1, 3 e 4 e T. 81; Mello, L. 2, T. 12, § 7; B. Carneiro, L. 1, T. 30, § 259).

O surdo e mudo de nascença é equiparado ao idiota. Ord. L. 4, T. 81, § 5; Inst. § 4 de curatorib.; Pothier, Tract. des person. P. 1, T. 6, Sect. 5, art. 1.

O que se torna surdo e mudo por accidente superveniente, podendo-se fazer entender, não recebe curador.

Aos rusticos, aos simples e estupidos não se dá curador porque não lhes fallece certo discernimento das cousas humanas. B. Carneiro, citado § 259, n. 6.

(179) Ord. L. 4, T. 103 pr.; B. Carneiro cit., § 261, n. 6 nota (a); Pereira e Souza, nota 525; Lobão, Not. á Mello, L. 2, T. 12, § 7, n. 5.

(180) Ord. L. 4, T. 103, § 1 fine.

(181) Ord. cit. ibidem.

3.º Ao avô paterno ou materno, e sendo ambos vivos, ao que for mais idoneo; (182)

4.º Ao filho varão, sendo idoneo e maior de vinte um annos; (183)

5.º Ao irmão, sendo idoneo, maior e tendo casa separada; (184)

6.º Ao parente mais proximo, paterno ou materno; abonado em tantos bens quantos bastem para garantir o patrimonio do demente. (185)

7.º A' qualquer estranho, idoneo e abonado. (186)

A mulher, o pai e o avô não podem deixar o exercicio da curadoria enquanto durar a demencia; os demais curadores só são obrigados á servir dous annos. (187)

São incapazes de serem curadores os que são incapazes de serem tutores. (188)

Os curadores podem em geral escusar-se nos mesmos çasos em que podem faze-lo os tutores. (189)

§ 164 *Dos direitos e obrigações do curador do louco.*

Compete ao curador tractar da pessoa do demente, promover-lhe a cura (190) e fornecer-lhe á elle e á sua familia, se é casado, os alimentos que houverem sido assignados pelo juiz (191)

No caso de haver perigo em deixar o demente livre por ameaçar fazer mal, o curador é obrigado á te-lo em guarda ou a recolhe-lo á alguma das casas para esse fim destinadas, sob pena de responder pelo damno causado, se de sua parte houver negligencia ou culpa. (192)

Ao curador incumbe representar (193) o demente em

(182) Ord. cit. § 4.

(183) Ord. cit., § 5 e Res. de 31 de out. de 1831, art. 1.

(184) Ord. cit. ibidem e Res. cit.

(185) Ord. cit. § 5.

(186) Ord. cit. ibidem.

(187) Ord. cit. § 2 e 8.

(188) B. Carneiro, cit. § 261, n. 18; Consolid. das Leis Civis, nota 3 ao art. 314.

(189) Nota precedente.

(190) Ord. L. 4, T. 103, § 1.

(191) Ord. cit. ibidem. Na taxação destes alimentos observão-se as regras relativas ao arbitramento de alimentos em geral.

(192) Ord. cit. pr.; cod. crim. art. 12.

(193) Vej. § 144, nota.

todos os actos da vida civil, ou judiciaes, ou extrajudiciaes, do mesmo modo que o tutor representa o impubere. (194)

É pelo que respeita á administração dos bens, assiste-lhe tambem, em geral, os mesmos direitos e obrigações que tem o tutor em relação aos bens do menor impubere. (195)

Presta juramento (196), recebe os bens por inventario feito pelo escrivão de orphãos, (197) e dá contas de sua gestão. (198)

A mulher não é obrigada á fazer inventario. (199)

Para garantir os direitos do demente ficão-lhe legalmente hypothecados os immoveis do curador. (200)

a) Os loucos, sempre que parecer inconveniente conserval-os em casa ou o exigir o seu tratamento, serão tambem recolhidos em estabelecimento adequado — Codigo, art. 457.

Ver Codigos francez, art. 510; portuguez, art. 333; chileno, arts. 466 e 467; argentino, arts. 481 e 482.

Applicam-se á materia do paragrapho as disposições relativas á tutela, conforme foi dito na annotação anterior.

— A autoridade do curador estender-se-á aos filhos e bens do curatelado, nascido ou nascituro — Codigo, art. 458.

Ver Codigo francez, art. 329.

No art. 462, o Codigo Civil estabeleceu a curatela do nascituro. Dar-se-á curador ao nascituro, si o pai fallecer estando a mulher gravida, e não tendo o patrio poder. Si a mulher estiver interdicta seu curador será o do nascituro.

— Dispõe o art. 455: Quando o curador fôr o conjuge, não será obrigado a apresentar os balanços annuaes, nem a fazer inventario si o regimen do casamento fôr o da communhão, ou si os bens do incapaz se acharem descriptos em

(194) Hein. Pandect. P. 4, § 402; B. Carneiro, L. 1, T. 30, § 261, n. 21. O demente, assim como o impubere, não intervem no acto que o curador pratica em seu nome.

(195) B. Carneiro, cit. § 261, n. 19.

(196) Ord. L. 4, T. 103, § 1; Consolid. das Leis Civis, not. 4 ao art. 315.

(197) Ord. L. 1, T. 78, § 7; L. 4, T. 103 pr. Lei de 3 de novembro de 1830, art. 4.

(198) Ord. L. 4, T. 103, § 2; B. Carneiro, cit. § 261, n. 27.

A ord. n. 124, de 20 de setembro de 1847 declarou que devem ser remettidas para as thesourarias para vencerem os mesmos juros marcados para os dinheiros dos orfãos as quantias que entrão para o cofre dos orfãos, pertencentes á dementes.

(199) Ord. L. 4, T. 103, § 1 in fine.

(200) Lei de 24 de setemb. de 1864, art. 3, § 2. e Reg. de 25 de abril de 1865, art. 123.

Esta hypotheca é geral, comprehensiva dos immoveis presentes e futuros, salvo se for especialisada. Lei cit. art. 3, § 11.

instrumento publico, qualquer que seja o regimen do casamento.

§ 1º, si o curador fôr o marido, observar-se-á o disposto nos arts. 233 a 239;

§ 2º, si fôr a mulher a curadora, observar-se-á o disposto no art. 251, paragrapho unico.

§ 3º, si fôr o pai, ou mãe, não terá applicação o disposto no art. 435.

Ver Codigos portuguez, art. 329; uruguayo, art. 446; argentino, art. 480.

§ 165. *Da incapacidade do demente.*

A sentença de interdicção não crea a incapacidade do demente; — verifica e declara tão somente um facto pre-existente que lhe serve de *causa*.

D'ahi provem que a incapacidade do demente não data da sentença de interdicção, mas do momento em que começa de existir a *causa*, á saber: a imbecilidade, a demencia ou o furor. (201)

Assim pois são annullaveis os actos praticados pelo demente em estado de loucura, ou sejam anteriores ou posteriores á interdicção. (202)

Ha, porém, entre uns e outros uma differença:

a) Os actos posteriores podem ser annullados por isso só que forão praticados depois da sentença de interdicção, sem necessidade de outra prova. (203)

b) Os actos anteriores só se annullão provando-se que ao tempo em que forão praticados, subsistia já a causa da incapacidade. (204)

A lei, pois cessa a razão da incapacidade, reputa validos os actos que o demente consuma em *lucido intervallo*, esteja ou não judicialmente interdicto. (205)

(201) Ord. L. 4, T. 81 pr.; B. Carneiro. L. 1, T. 30, § 260, n. 1 e 2; Consolid. das Leis Civis, nota 1 ao art. 326; Pothier, Tract. das obrig. n. 51; Mourlon, Repet. Escrit. L. 1, T. 10, n. 132.

(202) A nullidade proveniente da incapacidade do demente não é de pleno direito; deve, pois, ser demandada por acção ordinaria.

A nullidade é radical — falta de consentimento — portanto pode ser invocada não só pelo demente e seus herdeiros, como tambem pelo terceiro que foi parte no acto.

(203) Salvo se se prova que forão feitos em lucido intervallo.

(204) Mourlon, cit. n. 1302.

(205) Ord. L. 4, T. 103, § 3; Pereira e Souza, not. 430; B. Carneiro, L. 1, T. 30, § 260, n. 3, II.

O lucido intervallo, como o está dizendo a propria locução, não é senão um accidente na loucura perfeitamente caracterizada. Estabelecida, portanto, a demencia, o lucido intervallo não se presume, mas careçe de ser provado. (206)

Durante o lucido intervallo, reassume o interdicto a administração de seus bens, ficando, no entretanto, suspensas as funções do curador. (207)

a) A sentença de interdicção produz efeitos, desde logo, embora sujeita a recurso —Codigo, art. 452.

Ver Códigos italiano, arts. 328-336; portuguez, art. 335; francez, arts. 502 e 503; chileno, art. 465; uruguayo, art. 448.

O Codigo Civil não admite intervallo lucido. Desde que está declarado interdicto, quaesquer actos pelo individuo praticados são nullos.

Sendo os actos praticados antes de sentença, são annullaveis, devendo se provar que ao tempo em que se deram já o individuo estava em condições de ser julgado interdicto.

§ 166. Do termo da curatela do louco

A curatela do demente termina:

Em relação ao curador:

1. Findo o praso em que é obrigado á servir; (208)
2. Quando obtem dispensa pela superveniencia de escusa; (209)
3. Quando é removido por negligencia ou prevaricação. (210)

Em relação ao demente: (211)

4. Quando recupera o uso da razão.

Neste caso cessa a interdicção e lhe é restituída a livre administração de seus bens, como a tinha antes de perder o entendimento. (212)

Todavia é de boa cautela que a interdicção seja levan-

(206) Pheb. Decis. 78, n. 13; Gama, Decis. 100, n. ultimo; B. Carneiro, cit. § 269, n. 20. Acerca da prova do lucido intervallo vej. B. Carneiro, cit. § 260, n. 21.

(207) Ord. L. 4, T. 106, § 4; B. Carneiro cit., § 261, n. 22.

Passado o lucido intervallo, o curador entra de novo em exercicio.

(208) Ord. L. 4, T. 103, § 8.

(209) Vej. § 158 e 163.

(210) Vej. os cit. §§ 158 e 163.

(211) Ord. L. 4, T. 103, § 2 e 8.

(212) Ord. cit., § 2.

tada judicialmente por sentença, dada com conhecimento de causa. (213)

a) São os preceitos estabelecidos em relação á tutela e constantes do art. 443 ns. I, II e III — Art. 453 do Código.

A curatela do surdo-mudo cessa nos mesmos casos e tambem quando adquire audição ou falla; ou quando educa-se de modo a manifestar sua vontade.

TITULO SEGUNDO

Da curatela dos prodigos

§ 167. *Das pessoas sujeitas a esta especie de curatela e como ella se defere*

Prodigo se diz aquelle que consome e estraga seu patrimonio em gastos improductivos, sem um fim util. (214)

A prodigalidade accusa certo desarranjo mental no que diz respeito ao governo dos bens.

D'ahi provem o equiparar-se o prodigo ao menor puerbe par dar-se-lhe curador. (215)

A interdicção por prodigalidade é decretada pelo juiz de orfãos, ex-offício, ou a requerimento de parte, precedendo conhecimento de causa, com citação do prodigo. (216)

(213) Lobão, Not. á Mello, L. 2, T. 12, § 8, n. 6.

Em rigor, cessada a demencia, cessa *ipso jure* a interdicção. Se são validos os actos feitos em lucido intervallo, com mais força de razão devem sel-o os que são praticados depois que a demencia já não existe; mas é facil de comprehender que, sem a segurança que resulta da sentença que levanta a interdicção, hão de muitos arreceiar-se de entrar em negocios com uma pessoa cuja capacidade juridica pode ser posta em duvida.

O restabelecimento do demente prova-se por uma serie de factos seguidos e constantes que claramente revelem o estado perfeito do seu juizo. E' questão que, alem de depoimento de testemunhas, exige exame medico.

(214) Ord. L. 4, T. 103, § 6: Alguma pessoa que como prodigo desordenadamente gasta e destrue sua fazenda. Paulo, L. III, Sentent. titi IV, § 7: Quando tua bona paterna avitaque nequitta tua, disperdis, liberosque tuos ad egestatem perducis: ob eam rem tibi ea re commercioque interdico.

Desta definição resulta que não são prodigos: 1º os que, gastando desordenadamente as suas rendas, não toção no capital; 2º os que estragão os seus haveres nos jogos, porque tem em vista um ganho, embora fallivel; 3º os que aaventurão toda a sua fortuna em emprezas arriscadas, commerciaes, agricolas ou industriaes, porque fazem-o com vistas em um fim util.

Vae prevalecendo na legislação moderna a idéa de acabar com a curadoria de prodigos. O código civil francez e outros a abolirão; o portuguez (art. 340) a conserva, mas com a restricção de que só se pode dar curador ao prodigo casado ou que tem ascendentes ou descendentes.

Esta tendencia nasce do respeito á liberdade individual e da difficuldade de caracterisar-se com exactidão o vicio da prodigalidade.

(215) Ord. L. 4, T. 103, § 6.

de orfãos, ex-officio, ou a requerimento de parte, precedendo conhecimento de causa, com citação do prodigo. (216)

A sentença de interdição deve de ser publicada por editaes e pregões. (217)

Feita nos ditos termos a publicação, dá o juiz curador ao prodigo. (218)

Prova-se a prodigalidade por uma serie de actos caracteristicos e constantes que a revelem de um modo claro e firme. (219)

Esta especie de curadoria é deferida na mesma ordem em que a dos loucos. (220) (§ 163.)

Acerca das *incapacidades* e *escusas* de curadores de prodigos prevalecem as mesmas disposições de direito que regem a materia relativamente aos curadores de loucos. (221)

§ 168. *Direitos e obrigações do curador do prodigo*

Ao curador incumbe:

1.º Fornecer ao prodigo e á sua familia, se é casado, os alimentos que houverem sido arbitrados pelo juiz. (222)

2.º Authorisar com o seu consentimento, em juizo ou fora d'elle, os actos do prodigo que entendem com o direito de propriedade; (223)

3.º Guardar e administrar-lhe os bens, com as mesmas faculdades e obrigações que em geral competem ao tutor acerca dos bens do menor pubere. (224)

O curador presta juramento, recebe os bens por inventario, (salvo sendo a mulher) e dá contas de sua gestão. (225)

(216) Ord. cit. *ibidem*; B. Carneiro, L. 1, T. 31, § 264, n. 5 e 6.

(217) Ord. cit. *ibidem*; B. Carneiro, cit. § 264, n. 6.

(218) Ord. L. 4, T. 103, § 6; B. Carneiro, cit. § 264, n. 10.

(219) Lobão, Not. á Mello, L. 2, tit. 12, § 9, n. 4.

(220) Ord. L. 4, T. 103, § 1.

(221) B. Carneiro cit., § 261, n. 18.

(222) Ord. L. 4, T. 103, § 6 in fine e § 1. Os alimentos são taxados segundo as regras de direito acerca do assumpto.

O juiz pode mandar entregar os alimentos ao prodigo, se não houver receio de prompta dissipação. Consolid. das Leis Civis, nota 4 ao art. 325.

(223) B. Carneiro, L. 1, T. 31, § 261, n. 11; Consolid. das Leis Civis, nota cit. O curador não representa no sentido rigoroso ao prodigo; assiste-o, como o tutor ao menor pubere.

(224) Ord. cit. § 6 in fine; B. Carneiro, cit. § 261, n. 11.

(225) Ord. cit. § 6 e § 1 e 2.

Em garantia dos bens do prodigo ficam-lhe legalmente hypothecados os immoveis do curador. (226)

São applicaveis á duração da curadoria do prodigo as disposições relativas á da curatela dos loucos. (227)

§ 169. *Da incapacidade do prodigo*

A incapacidade do prodigo difere da incapacidade do demente.

1.º A incapacidade do prodigo só começa a existir depois da publicação da interdicção porque ella é antes um effeito da lei do que de causa natural. (228)

São, portanto, validos todos os actos que o prodigo pratica antes daquella dacta.

2.º A incapacidade do prodigo é tão somente para os actos que entendem com o direito de propriedade, porque ella tem por causa legal unica o vicio da dissipação. (229)

Donde resulta que o prodigo pode occupar cargos publicos, exercer actos de sua profissão, residir onde lhe aprouver, contrahir matrimonio, enfim dispor livremente de sua pessoa. (230)

A nullidade resultante da incapacidade do prodigo só pode ser demandada por elle ou por seus herdeiros. (231)

Annullado o acto, recobra o prodigo a coisa que fora objecto d'elle; mas não é obrigado a restituir a que recebeu em retorno. (232)

(226) Lei de 24 de setembro de 1864, art. 3, § 2.

(227) Ord. cit., § 8.

(228) Ord. L. 4, Tit. 103, § 6, verb. *d'ahi em diante*.

E' questão controvertida se são validos os actos praticadas pelo prodigo entre o despacho do juiz e a publicação. Parece que sim, á vista da letra da ord. que os declara nullos depois da publicação. Vej. B. Carneiro. L. 1, T. 31, § 265, n. 7; Lob., Not. á Mello, L. 2, T. 12, § 9, n. 6.

(229) Cfr. Consol. das Leis civis, not. 4 ao art. 325.

(230) Pothier, Tract. des person. P. I, T. 6, Sec. 5, art. 1. Pode advogar, ensinar, curar como medico. Não pode fazer testamento. Ord. L. 4, T. 81, § 4. Pode casar sem consentimento do curador, mas não celebrar pactos antenupciaes porque entendem com o regimen da propriedade. Vej. acima § 51.

(231) B. Carneiro. L. 1, T. 31, § 265, n. 3.

(232) Ord. L. 4, T. 103, § 6.

Sustentão alguns que o prodigo deve restituir o objecto se verteu em utilidade sua. B. Carneiro, cit. § 265, n. 4.

§ 170. *Do termo da curatela do prodigo*

A curadoria do prodigo termina:

Em relação ao curador:

1.º Findo o prazo legal, dentro do qual é obrigado á servir; (233)

2.º Quando obtem dispensa pela superveniencia de es-cusa legal; (234)

3.º Quando é removido por negligente ou prevarica-dor. (235)

Em relação ao prodigo:

4.º Desde que, por uma serie de actos constantes e si-gnificativos de moderação e temperança, elle se mostra re-formado de seus habitos de dissipação. (236)

Mas, para que a curadoria se repute finda e com ella levantada a interdicção, ha mister sentença passada em jul-gado que tal declare. (237)

Prova-se a correição do prodigo pela fama publica e pelo testemunho de seus parentes, amigos e visinhos. (238)

Levantada a interdicção, entra elle na livre administra-ção de seus bens. (239)

a) A interdicção do prodigo só o privará de, sem cura-dor, emprestar, transigir, dar quitação, alienar, hypothecar, demandar ou ser demandado, e praticar, em geral, actos que não sejam de méra administração — Código, art. 459.

O prodigo só incorrerá em interdicção, havendo conjuge, ou tendo ascendentes ou descendentes legitimos, que a pro-movam — Código, art. 460.

Levantar-se-á a interdicção, cessando a incapacidade que a determinou, ou não existindo mais os parentes designados no artigo anterior. Só o mesmo prodigo e as pessoas designa-das no art. 460 poderão arguir a nullidade dos actos do inter-dicto durante a interdicção — Código, art. 461 e paragrapho único.

(233) Ord. L. 4. T. 103, § 8.

(234) Vej. § 167 acima.

(235) Vej. o cit. § 167.

(236) Ord. cit., § 7.

(237) Repêrt. das ords. tom. 4, pag. 314. not. (b); B. Carneiro, L. 1. T. 31, § 266, n. 2; Consolid. das Leis Civis, nota 1 ao art. 328.

(238) Ord. cit., § 7.

(239) Ord. cit. ibidem.

Ver Codigos francez, arts. 513, 514; portuguez, arts. 340, 345, 348; italiano, arts. 339, 341, 342; hespanhol, arts. 221, 222; chileno, arts. 442, 443, 454 e 455.

—A interdicção do prodigo tem de ser requerida pelo conjuge, ascendentes ou descendentes legitimis; não pôde ser como no direito anterior, decretada ex-officio, ou a requerimento de qualquer interessado. Na sua decretação, o juiz deve observar a ordem do art. 454. deferil-o ao conjuge, na falta deste, ao pai, á mãe, na falta destes, ao descendente maior. Entre estes os mais proximos precedem aos mais remotos e dentre os do mesmo gráo, os varões ás mulheres.

São validos os actos do prodigo anteriores á interdicção e os posteriores, com infracção do art. 459, isto é, sem assistencia do curador, são annullaveis. A annullação pôde ser pedida sómente pelo prodigo, pelo seu conjuge, por seus ascendentes ou descendentes legitimis.

LAFAYETTE entende que o interdicto por prodigalidade pôde contrahir matrimonio. No direito actual, não o pôde sem consentimento do curador — Art. 183 n. XI.

Si o consentimento fôr negado pelo curador, pôde ser suprido pelo juiz.

— A curadoria do prodigo termina nos mesmos casos do art. 443, e quando se verifica da parte do prodigo o desaparecimento dos motivos que a determinaram.

TITULO TERCEIRO

Da curatela dos bens de ausentes

§ 171. *Especies da curatela dos bens de ausentes.*

Ha duas especies de curadoria de bens de ausentes, sujeita cada uma á regras particulares:

Curadoria simples ou dativa: que é a que é deferida logo que, verificada a ausencia d'algum com certos requisitos legaes, os bens que lhe pertencem, por terem ficado ao desamparo, são declarados — *bens de ausentes*. (240)

Curadoria ou successão provisoria: que é a que é dada aos parentes mais proximos do ausente, na qualidade de her-

(240) Ord. L. 1, T. 90 pr.; Reg. n. 2433 de 15 de junho de 1859, art. 21. Lobão, Not. á Mello, L. 2, T. 12, § 12, n. 6, dá aos que são investidos desta curadoria a denominação de curadores *simples ou dativos*.

O cod. civil port. a esta especie de curadoria chama — *curadoria provisoria*. (Veja-se P. I, liv. unic., T. 8, cap. 1).

deiros *presumidos*, quando por ter passado o praso marcado na lei, o ausente se *presume* morto. (241)

§ 172. A. *Curadoria simples ou dativa dos bens de ausentes.*

I. *O que são bens de ausentes?*

São qualificados *bens de ausente* para os diversos effeitos legais “os bens que se achão ao desamparo por estarem ausentes as pessoas a quem pertencem, não se sabendo dellas se são vivas ou mortas.” (242)

Para que, portanto, os bens entrem na definição de *bens de ausentes* é mister:

1.º Que a pessoa a quem pertença se acha ausente do lugar onde os bens estão; (243)

2.º Que esteja ausente em lugar incerto, ignorando-se se é viva, se morta; (244)

3.º Que os bens tenham ficado desamparados por não ter o ausente, no lugar, mulher, ou pae sob cujo poder estivesse, ou pessoa encarregada de guarda-los. (245)

São também considerados bens de ausentes:

a) As heranças em que succedem herdeiros ausentes, certos e determinados, isto é: herdeiros ausentes — descen-

(241) Ord. L. 1, T. 62, § 38; Reg. n. 160 de 9 de maio de 1842, art. 12; Reg. cit. de 15 de junho de 1859, art. 22.

Lob. loc. cit. n. 5 e seguintes.

Na linguagem do cod. civil port. esta especie denomina-se curadoria definitiva. (Cod. civil port. loc. cit. cap. 2).

(242) Ord. L. 1, T. 90 pr.; T. 62, § 38; Reg. n. 160 de 9 de maio de 1842, art. 1, § 2; Reg. de 15 de junho de 1859.

Ausente, em sentido generico, se diz aquelle que está fora do seu *domicilio*, ou fora do termo, comarca ou provincia do seu *domicilio*, ou fora do Imperio.

A ausencia pode ser em lugar proximo ou remoto, certo ou incerto. Os effeitos da ausencia varião, segundo suas qualificações.

(243) A ausencia pode ser do *domicilio* ou do lugar onde estão os bens. Embora o individuo tenha *domicilio* e esteja nelle, todavia, se tem bens em outro lugar onde não está presente e ahí é ignorado o seu *domicilio*; taes bens, achando-se ao desamparo, reputão-se de ausentes e devem de ser arrecadados.

(244) Ord. L. 1, T. 90 prin.: “absentes sem se poder saber se mortos, se vivos.” T. 62, § 38; ausente e fora da terra e se não sabe delle parte.”

(245) Ord. cit. T. 90 pr.: “e seus bens estão desamparados por não haver quem delles tenha carrego.”

dentes, ascendentes ou collateraes dentro do 2º grau por direito canonico notoriamente conhecidos, ou herdeiros nomeadamente instituidos em testamento; (246)

b) Os quinhões pertencentes á herdeiros ausentes que não tenham no lugar procuradores legalmente authorisados para receberem o que lhes couber, quando a herança não é arrecadada por estar em posse de quem é, segundo a lei, inventariante. (247)

(246) Reg. de 27 de junho de 1845, art. 1, § 1, 2, 3, art. 2; Reg. de 15 de junho de 1859, art. 3, § 1, 3 e 4.

A herança se reputa bem de ausente, desde que ha herdeiro ausente, certo e *determinado*, embora delle noticia não haja.

No estado actual da legislação, herdeiro *certo* e *determinado* é aquelle que pode entrar na posse da herança sem dependencia de habilitação. (Reg. de 15 de junho de 1859, art. 3 e 4).

Se o herdeiro *certo* e *determinado* tem procurador na terra, nem por isso a herança deixa de ser arrecadada, salvo estando presente quem, segundo o direito, deve ficar em posse e cabeça de casal, porque o procurador não pode ser inventariante. (Manual do Procur. dos feitos, § 328 n. 6).

Mas no caso alludido serve o curador de inventariante e dá partilhas (art. 79, § 2 do cit. Reg. de 15 de junho), devendo o procurador receber o que couber ao herdeiro. Emquanto, porém, se faz o inventario e partilhas, os bens se conservarão em poder do curador, e são tidos como de ausentes, até que sejam entregues ao procurador.

Quando a herança não se arrecadou porque está na posse de quem legalmente é inventariante, a parte do herdeiro ausente entrega-se ao procurador presente. É o caso do art. 1, § 3 do Reg. de 27 de junho de 1845 e do art. 3, § 4 do Reg. de 15 de junho de 1859.

(247) Reg. de 27 de junho de 1845, art. 2; Reg. de 15 de junho de 1859, art. 3, § 4 e art. 9.

Da doutrina exposta resulta claramente a differença entre *bens de ausentes* e herança *jacente*.

A herança é bem de ausente, quando o herdeiro ausente é *certo* e *determinado*, isto é herdeiro que pode entrar na posse da herança independentemente de habilitação.

A herança é *jacente* quando não ha herdeiro *certo* e *determinado*, ou se não sabe da existencia delle, ou quando é repudiada.

Esta distincção tem effeitos importantes, porque a herança, se é de ausentes, fica sujeita á um procedimento diverso. Assim que da curadoria simples, que não termina como a da herança *jacente* dentro de um anno, passa para a curadoria provisoria.

A nossa antiga legislação só reputava a herança *jacente*, (para o effeito de ser ella arrecadada e o seu producto recolhido ao Erario), quando não era *addida*, “ou por falta de herdeiros ou por ignorar-se quem elle seja.” Alv. de 28 de janeiro de 1788, § 7. Vej. a ord. L. 1, T. 90, § 1; Lei de 4 de dezembro de 1775, e Alv. de 26 de janeiro de 1801.

Os Regulamentos promulgados entre nós pelo poder executivo acerca desta materia não são tão claros como fora para desejar; todavia nelles nada ha que contrarie a verdadeira doutrina.

A doutrina é esta: a herança é bem de ausentes quando ha herdeiro ausente, *certo* e *determinado*.

Quem é o herdeiro *certo* e *determinado*, definem os Reg. acima citados, e nesta parte restringirão a antiga legislação. Vej. o Ass. de 16 de fevereiro de 1786.

§ 173. II. *Da arrecadação dos bens de ausentes.*

Incumbe ao poder público providenciar para que os bens de ausentes não fiquem ao desamparo, sujeitos á deteriorações e extravios.

Na guarda e conservação destes bens cumpre o Estado uma dupla missão: defende os direitos do ausente á quem deve protecção, e resguarda o proprio interesse, attenta a possibilidade de lhe virem taes bens a pertencer. (248)

E' esse o fundamento donde derivão as disposições de lei em virtude das quaes devem os bens de ausentes ser arrecadados, inventariados e entregues á administração de um curador (249)

Permanecem elles em poder do curador até que: ou appareça o ausente ou seus herdeiros (250); ou até que seja o producto de taes bens recolhido aos cofres publicos, quando, provada ou presumida a morte do ausente por ter passado o praso marcado na lei (251), não comparecem nem o ausente nem seus herdeiros. (252)

E' competente para todos os actos que entendem com o procedimento judiciario relativo aos bens de ausentes, o juiz de orfão do domicilio do ausente, ou o do lugar onde estão os bens quando é ignorado o domicilio. (253)

(248) Av. n. 84 de 28 de julho de 1845: "Regulamentos... cujo fim é *segurar a herança dos ausentes e os direitos da fazenda publica; nunca, porem, prejudicar o direito do herdeiro presente.*"

Todavia nos Regul. alludidos os direitos dos ausentes forão sacrificados aos interesses do fisco.

(249) Reg. de 9 de maio de 1842, art. 2, 11 e 12; Reg. de 15 de junho de 1859, art. 2, 20, 21, 22.

(250) Ord. L. 1, T. 62, § 38; Reg. de 9 de maio de 1842, art. 2; Reg. de 15 de junho de 1859, art. 2.

(251) Vej. § 176.

(252) Reg. de 15 de junho de 1859, art. 57. Os dinheiros de ausentes, recolhidos aos cofres publicos, passados trinta annos, prescrevem á hem do Estado. Lei de 17 de setembro de 1851, art. 32. Antes de prescrever, podem ser demandados pelo ausente ou por seus herdeiros.

(253) Lei de 22 de setembro de 1828, art. 2, § 4 e 5; Lei de 3 de novembro de 1830; Disp. Provis. art. 20; Reg. de 15 de março de 1842, art. 6 § 7 e Reg. de 15 de junho de 1859, art. 20.

(254) Reg. de 15 de Junho de 1859, art. 20, 21, 22.

A respeito da noticia que os delegados e subdelegados devem dar ao juiz de orphãos das pessoas que tiverem fallecido em seu districto com ou sem testamento e das que se houverem ausentado, veja-se o art. 23 do citado Reg.

(255) Cit. Reg. de 15 de junho de 1859, art. 20, 3ª parte.

(256) Cit. Reg., art. 80.

§ 174. III. *Do curador dos bens de ausentes.*

Ao juiz de orfãos logo que tiver conhecimento da existência de bens de ausentes dentro de sua jurisdição, cumprir-lhes curador. (254)

O curador, antes de entrar em exercício, é obrigado a prestar fiança idônea, salvo sendo os bens de pouca importância e não havendo quem queira encarregar-se de sua guarda e administração com esses onus. (255).

Para curador prefere-se o parente mais próximo do ausente ou do defuncto. (256)

Compete ao curador:

1.º Promover com diligência a arrecadação dos bens do ausente, guarda-los e administrá-los. (257)

2.º Representar o ausente em juízo ou fora d'elle, demandando e sendo demandado pelo que lhe disser respeito. (258)

3.º Fazer aproveitar e cultivar os bens de raiz, sob sua immediata administração, ou por arrendamento. Tais bens só podem ser vendidos quando de qualquer demora seguir-se ruína do predio ou for indispensavel o seu valor para pagamento de dividas legalmente provadas. (259) A venda deve ser feita em hasta pública.

4.º Solicitar a venda dos moveis e semoventes cuja conservação for prejudicial, e a das acções de companhias, não havendo dinheiro para continuar a fazer as entradas, ou ameaçando ellas baixar de preço (260)

5.º Cuidar da cobrança das dividas activas. (261)

6.º Dar partilha aos herdeiros dos bens do ausente, quando se apresentarem por si ou por seus procuradores, se não preferirem faze-la amigavelmente. (262)

(257) Cit. Reg. art. 79 § 1.º

(258) Cit. Reg. *ibidem*.

(259) Ord. L. 1, T. 90 pr.; cit. Reg. art. 43 79, § 4, 57.

(260) Cit. Reg. art. 38, 40, 79 § 4.

(261) Cit. Reg. art. 79 § 3.

(262) Cit. Reg. art. 79 § 2. Procede isto quando ha arrecadação por não estar presente quem deve ser inventariante: o herdeiro pode receber a sua parte por procurador.

O herdeiro, se é certo e determinado (§, 172, nota 3, pag. 355), não carece de habilitação, mas pode ser obrigado a justificar a identidade de pessoa.

7.º Dar cumprimento ao testamento do defuncto, apresentando contas no juizo competente. (263)

8.º Fazer entrega nos cofres publicos da prata, ouro, joias, das apolices da divida publica, do dinheiro arrecadado e do producto das vendas e arrematações. (264)

9.º Prestar contas da sua gestão quando terminar a curadoria. (265)

O curador é responsavel pelos damnos causados por culpa ou negligencia, alem de incorrer na pena de remoção. (266)

No caso de não ter havido arrecadação por estar a herança na posse de quem legalmente pode ser inventariante, e constando a existencia de algum herdeiro ausente, deve o juiz nomear curador que assista ao inventario e partilhas e arrecade e administre os bens, enquanto os herdeiros não entrão na posse delles. (267)

§ 175 IV. *Termo de curadoria simples*

A curadoria simples termina:

1.º Pelo comparecimento do ausente ou de procurador ou de pessoa que legalmente o represente; (268)

2.º Pela certesa da morte do ausente; (269)

3.º Pela installação da curadoria ou successão provisoria. (270)

a) Desapparecendo uma pessoa do seu domicilio, sem que della haja noticia, se não houver deixado representante ou procurador, a quem toque administrar-lhe os bens, o juiz,

(263) Cit. Reg. art. 79 § 5. Occorre isto, quando nem o testamentario nem o herdeiro instituido estão presentes, ou quando a testamentaria ou a herança não é aceita. O curador não tem direito á vintena porque tem porcentagem.

(264) Cit. Reg. art. 79 § 6. No principio de cada mez o curador deve fazer entrega do dinheiro arrecadado no mez anterior, art. 44.

(265) Ord. L. 1, Tit. 90.

(266) Cit. Reg. art. 81. Na falta do curador responde o fiador.

(267) Reg. de 27 de junh. de 1845, art. 2.º Reg. de 15 de junh. de 1859, art. 9.

(268) Reg. de 9 de maio de 1842, art. 2.º; Reg. de 15 de junh. de 1859, art. 2.

(269) Nesta hypothese entrão os herdeiros do ausente na posse da herança; não havendo herdeiros, o producto dos bens é recolhido aos cofres publicos. Cit. Reg. de 15 de junh. de 1859, art. 57.

(270) Ord. L. 1, T. 62, § 38. Reg. de 15 de junho de 1859, art. 47.

a requerimento de qualquer interessado, ou do Ministerio Publico, nomear-lhe-á curador. — Codigo, art. 463.

No art. 5º, o Codigo estabelece que são absolutamente incapazes de exercer pessoalmente os actos da vida civil — os ausentes declarados taes por acto do juiz.

Tambem se nomeará curador, quando o ausente deixar mandatario, que não queira, ou não possa exercer ou continuar a exercer o mandato — Codigo, art. 464.

O juiz, que nomear o curador, fixar-lhe-á os poderes e obrigações, conforme as circumstancias, observando, no que fôr applicavel, o disposto a respeito de tutores e curadores — Codigo, art. 465.

Vêr Codigos francez, arts. 112, 114; hespanhol, arts. 181, 182; italiano, arts. 20, 21; portuguez, art. 55; chileno, art. 453; uruguayo, arts. 50 e 54.

—O conjuge do ausente, sempre que não esteja separado judicialmente, será o seu legitimo curador. — Codigo, art. 466.

Em falta de conjuge, a curadoria dos bens do ausente incumbe ao pai, á mãe, aos descendentes, nesta ordem, não havendo impedimento que os iniba de exercer o cargo.

Entre os descendentes, os mais visinhos precedem aos mais remotos, e, entre os do mesmo gráo, os varões preferem ás mulheres. — Codigo, art. 467 e paragrapho unico.

Nos casos de arrecadação de herança, ou quinhão de herdeiros ausentes, observar-se-á quanto á nomeação do curador, o disposto no Codigo, arts. 1.591 a 1.594. — Codigo, art. 468.

Vêr Codigos hespanhol, arts. 183; portuguez, art. 57; uruguayo, art. 53.

— Os artigos 1.591 a 1.594 dispõem:

Art. 1.591. — Não havendo testamento, a herança é jacente, e ficará sob a guarda, conservação e administração de um curador:

I. Si o fallecido não deixar conjuge, nem herdeiro descendente ou ascendente, nem collateral succesivel, notoriamente conhecido.

II. Si os herdeiros, descendentes ou ascendentes, renunciarem a herança, e não houver conjuge, ou collateral succesivel, notoriamente conhecido.

Art. 1.592. — Havendo testamento, observar-se-á o disposto no artigo antecedente:

I. Si o fallecido não deixar conjuge, ou herdeiros descendentes ou ascendentes.

II. Si o herdeiro nomeado não existir, ou não accetar a herança.

III, Si, em qualquer dos casos previstos nos dois numeros antecedentes, não houver collateral successivel, notoriamente conhecido.

IV, Si, verificada alguma das hypotheses dos tres numeros anteriores, não houver testamenteiro nomeado, o nomeado não existir, ou não acceitar a testamentaria.

Adt. 1.593. — Serão declarados vacantes os bens da herança jacente, se, praticadas todas as diligencias legais, não apparecerem herdeiros.

Paragrapho unico. Esta declaração não se fará senão um anno depois de concluido o inventario.

Art. 1.594. — A declaração da vacancia da herança não prejudicará os herdeiros que legalmente se habilitarem: mas, decorridos trinta annos da abertura da successão, os bens arrecadados passarão ao dominio do Estado, ou ao do Districto Federal, se o *de cujus* tiver sido domiciliado nas respectivas circumscripções, ou se incorporarão ao dominio da União, se o domicilio tiver sido em territorio não constituido em Estadc — Introd., art. 14; arts. 1603, V, 1619. ”

§ 176 B. Da curadoria ou successão provisoria

1. Quando se defere a curadoria provisoria.

A curadoria ou successão provisoria é deferida nos casos seguintes:

1.º Quando, tendo o ausente deixado procurador na terra, são passados dez annos depois das ultimas noticias delle havidas; (271)

2.º Quando, não tendo deixado procurador, são passados quatro annos depois das ultimas noticias; (272)

3.º Quando, tendo-se embarcado, não h anoticias depois de dous annos nas viagens mais dilatadas, nem da chegada do navio ao porto de seu destino ou a outro qualquer, nem do proprio ausente; (273)

Em qualquer destas hypotheses o ausente se presume morto, é como tal havido e abre-se-lhe a successão, deferindo-

(271) Reg. de 15 de junho de 1859, art. 47 § 1º.

(272) Cit. Reg. ibidem. O juiz deve ter muito em vista os motivos da ausencia e as causas que obstão a falta de noticia, art. 47, § 1º.

(273) Cit. Regulamento ibidem; Lei de 15 de novembro de 1827. Se a viagem não é das mais dilatadas, pode deferir-se a curadoria provisoria antes de passados os dous annos? Parece que sim, havendo justo fundamento para julgar-se a embarcação perdida.

se-lhe a herança provisoriamente aos herdeiros instituídos em testamento, ou não havendo testamento, aos que de direito lhe devem succeder. (274)

§ 177. 2. *Como se defere a curadoria provisoria.*

Esta curadoria por isso que não é senão uma successão provisoria, deve de ser deferida aos herdeiros instituídos em testamento, ou, em falta de testamento, aos parentes, á quem, segundo o direito de successão, compete herdar do ausente, quer esses parentes sejam maiores ou menores, quer varões ou mulheres. (275)

O direito á successão é regulado pela proximidade do parentesco, nao ao tempo em que se realisou a ausencia, mas ao tempo em que se completou o praso da lei para a presumpção da morte. (276) Provado, porém, o tempo em que realmente falleceu o ausente, como a presumpção cede á verdade, deve a successão neste caso ser determinada pela época do fallecimento.

O parente ou parentes á quem de direito pertence a successão do ausente,devem habilitar-se como taes perante o juiz de orphãos (278) que decretou a arrecadação dso bens, salvo se são daquelles, que independentemente de habilitação podem entrar na posse da herança. (279)

(274) Ord. L. 1, T. 62, § 38; Regim. do Dezemb. do Paço, § 50; lei de 15 de novembro de 1827, e Reg. de 15 de Junh. de 1859, art. 47. Lob., Not. á Mello, L. 2º, T. 12, § 12, n. 13 e seguintes; Coelho da Rocha.

(275) Ord. L. 1º, T. 62, § 38; Regim. do Dezemb. do Paço, § 50; Lob., Not. á Mello, L. 2, T. 12, § 12, n. 13 e seg.; B. Carneiro, L. 1º, T. 23; § 282; n. 2. Reg. Dig. Port. P. II, art. 758.

(276) Guerreiro, Trat. 4, L. 4, cap. 12, n. 21; B. Carneiro. cit. § 282, n. 9; Coelho da Rocha, § 396. O cod. civil fran. chama á curadoria provisoria os parentes que devião succeder ao ausente ao tempo do desapparecimento ou das ultimas noticias, (art. 120). Esta disposição é inaceitavel perante o nosso direito, segundo o qual a presumpção de morte resulta de se haver completado o praso da lei sem que durante elle houvesse noticia do ausente.

(277) B. Carneiro, cit. § 282, n. 10.

(278) Reg. de 9 de maio de 1842, art. 32; Reg. de 15 de Junho de 1859, art. 47. § 2.

(279) Ascendentes, descendentes ou collateraes dentro do 2º grau notoriamente conhecidos.

Poderão receber a curadoria provisoria sem dependencia de habilitação parentes que não entrando em nenhuma daquellas especies, tem todavia direito incontestavel, certo e indubitavel á herança nos termos do Assento de 16 de fevereiro de 1786?

Parece-me que não, porque se não ha descendentes, ascendentes ou collateraes dentro do 2º grau notoriamente conhecidos, os bens do ausente tornão-se na hypothese figurada herança jacente.

Corre a habilitação contra o curador dos bens (280); devem de ser citados por editaes com praso de um anno o proprio ausente e quaesquer interessados; (281); são ouvidos os agentes do fisco. (282)

Nos artigos de habilitação deve o pretendente declarar:

- 1.º O nome, morada e profissão do ausente; os nomes do pae e mãe e quantos filhos e netos lhe ficarão;
- 2.º Quaes os parentes mais chegados e onde são residentes;
- 3.º Como, por não haver parente mais proximo, lhe compete a successão;
- 4.º Quaes os bens do ausente com especificação de seus valores;
- 5.º Que é passado o praso da lei (dez, quatro ou dous annos, segundo a hypothese) sem se saber noticia do ausente, que se presume morto. (283)

Julgada procedente a habilitação, são os bens por ordem do juiz entregues ao herdeiro ou herdeiros habilitados prestando elles um só fiador abonado, residente no logar e que nelle possuía bens de raiz. (284)

O fiador deve de obrigar-se por escriptura publica a responder pela restituição dos bens como depositario e principal pagador. (285)

(280) Perdigão Malheiro, Manual, § 384 e nota 636; Reg. de 15 de junh. de 1859, art. 47 § 3.

A acção corre contra o procurador do ausente quando este deixou procurador que está em posse dos bens e são passados dez annos depois das ultimas noticias.

(281) Cit. Reg. de 15 de junho de 1859, art. 47 § 3. Os editaes são affixados nos lugares do estílo e publicados nas folhas da capital da provincia.

(282) Cit. Reg. de 15 de junho de 1859, art. 47 § 2 e art. 36.

(283) Ord. L. 1, T. 62 § 38.

(284) Cit. ord. ibidem. Sendo muitos os herdeiros, repartem-se entre elles os bens conforme as partes que lhes competem; mas todos dão um só fiador. Serve de inventariante o curador; os herdeiros podem fazer a partilha amigavelmente, caso em que lhes são entregues englobadamente os bens. Perdigão Malheiro, nota 636; Reg. de 15 de junho de 1859, art. 79 § 2. Da sentença á favor do habilitando, excedendo a causa o valor de 2:000\$, ha appellação *ex-officio* para a Relação, art. 46 e 48 do cit. Reg. de 15 de junho de 1859.

(285) Cit. ord. L. 1, T. 62 § 38. Se o fiador é casado, ha mister outorga da mulher.

Se o herdeiro não presta fiança, ou a fiança prestada falle? Vej. Lohão, Not. á Mello, L. 2, T. 12, § 12, n. 19.

Da entrega dos bens lavra-se termo assignado pelo juiz e herdeiros e nelle se especificão os bens com declaração dos seus valores e rendimentos. (286)

a) Passando-se dois annos, sem que se saiba do ausente, si não deixou representante, nem procurador, ou si os deixou, em passado quatro annos, poderão os interessados requerer que se lhe abra, provisoriamente, a successão. — Codigo, art. 469.

Consideram-se, para este effeito, interessados:

I, o conjuge não separado judicialmente;

II, os herdeiros presumidos legitimos, ou os testamentarios;

III, os que tiverem, sobre os bens do ausente, direito subordinado á condição de morte;

IV, os credores de obrigações vencidas e não pagas. — Codigo, art. 470.

Vêr Codigos francez, arts. 115, 120, 122; italiano, art. 22; hespanhol, arts. 184, 185; portuguez, arts. 64, 82; chileno, arts. 81 e 82; argentino, arts. 110, 111, 112, 113; uruguayo, arts. 55, 57.

A sentença, que determinar a abertura da successão provisoria, só produzirá effeito seis mezes depois de publicada pela imprensa; mas, logo que passe em julgado, se procederá á abertura do testamento, se existir, e ao inventario e partilha dos bens, como se o ausente fosse fallecido.

§ 1.º Findo o praso do art. 469, e não havendo, absolutamente, interessados na successão provisoria, cumpre ao Ministerio Publico requerel-a ao juiz competente.

§ 2.º Não comparecendo herdeiro ou interessado, tanto que passe em julgado a sentença, que mandar abrir a successão provisoria, proceder-se-á, judicialmente, á arrecadação dos bens do ausente, pela forma estabelecida nos arts. 1.591 a 1.594. — Codigo, art. 471.

Antes da partilha, o juiz ordenará a conversão dos bens moveis, sujeitos á deterioração ou extravio, em immoveis ou em titulos da divida publica da União ou dos Estados (art. 447) — Codigo, art. 472.

Os herdeiros immittidos na posse dos bens do ausente darão garantias da restituição delles, mediante penhores, ou hypotheças equivalentes aos quinhões respectivos. O que tiver direito á posse provisoria, mas não puder prestar a garantia exigida neste artigo, será excluido, mantendo-se os bens, que

(286) Ord. L. 1, T. 62, § 38. A justificação e a escriptura de fiança, tendo havido inventario, se lhe junta e neste lavra-se o termo de entrega. B. Carneiro, cit. § 282 n. 2.

lhe deviam caber sob a administração do curador, ou de outro herdeiro designado pelo juiz, e que preste a dita garantia (art. 478) Código, art. 473.

Vêr Codigos francez, art. 125, 126; italiano, arts. 26, 27; chileno, art. 88.

Na partilha, os immoveis serão confiados, em sua integridade, aos successores provisórios mais idoneos. Código, art. 474.

Não sendo por desapropriação, os immoveis do ausente só se poderão alienar quando o ordene o juiz, para lhes evitar a ruína, ou quando convenha convertel-os em titulos da divida publica. Código, art. 475.

§ 178. 3. *Direitos e obrigações do curador provisório*

O curador provisório assume antecipadamente a posição de herdeiro. Nesta qualidade exercita todos os direitos e toma todas as obrigações, que pertencião ao ausente até o dia em que este é reputado morto (287)

Assim que: não é obrigado á dar contas, salvo ao ausente se apparece, ou á parente mais proximo que venha exclui-lo. (288)

Todavia, como seus direitos pendem de condição resolutive (289), não pôde dispor dos bens immoveis. (290)

Por morte do curador passão os bens á seus herdeiros com o mesmo character de successão provisoria e com os mesmos onus. (291)

Se apparece o ausente, o curador provisório é obrigado á restituir-lhe todos os bens que recebeu, o valor dos que houverem sido alienados ou aquelles em que forão subrogados, com todos os fructos e rendimentos percebidos. (292)

(287) Lobão, Not. á Mello, L. 2, T. 12, § n. 10 e 11. Rocha, § 397; Cod. Civil Port. art. 71 e 72.

(288) Lob. cit. n. 11.

(289) O apparecimento do ausente, ou de herdeiro mais proximo.

(290) Rocha, § 397; Cod. Civil Port., art. 76. O citado cod. permite a venda, quando d'outro modo se não pode salvar qualquer divida do ausente, ou evitar a ruína d'alguma propriedade, ou custear as bemfeitorias; deve porem preceder licença do juiz competente.

(291) Lob. loc. cit. n. 12; B. Carneiro, L. 1, T. 33, § 282, n. 16.

(292) Ord. L. 1, T. 62, § 38; Reg. de 15 de junh. de 1859, art. 2. Da citada ord.: "declarando no termo da entrega a fazenda que é e o que val e rende" se tem deduzido que o curador provisório é obrigado a restituir todos os rendimentos. Guerreiro, Tract. 4. L. 1, cap. 2; Dig. Port. P. II, art. 760, nota (a). O cod. civil fran. (art. 127) e o portuguez (art. 80 e 81) dão direito ao curador para reter todo o rendimento liquido ou parte delle, segundo a duração da curadoria.

Não se lhe pôde, porém recusar direito a uma justa retribuição pelo trabalho de adminisar e guardar os bens do ausente. (293)

a) Empossados os bens, os successores provisórios ficarão representando, activa e passivamente, o ausente; de modo que contra elles correrão as acções pendentes e as que, de futuro, áquelle se moverem. Código, art. 476.

O descendente, ascendente ou conjuge, que fôr successor provisório do ausente, fará seus todos os fructos e rendimentos dos bens, que a este couberem. Os outros successores, porém, deverão capitalizar metade desses fructos e rendimentos, segundo o disposto no art. 472, de accordo com o representante do Ministerio Publico, e prestar annualmente, contas ao juiz competente. Código, art. 477.

O excluído, segundo o art. 473, paragrapho unico, da posse provisoria poderá, justificando falta de meios, requerer que lhe seja entregue metade dos rendimentos do quinhão, que lhe tocaria. Código, art. 478.

Si, durante a posse provisoria, se provar a epoca exacta do fallecimento do ausente, considerar-se-á, nessa data, aberta a successão em favor dos herdeiros, que o eram áquelle tempo. Código, art. 479.

Si o ausente apparecer, ou si lhe provar a existencia, depois de estabelecida a posse provisoria, cessarão, para logo, as vantagens dos successores nella immittidos, ficando, todavia, obrigados a tomar as medidas assecutorias precisas, até a entrega dos bens a seu dono. Código, art. 479.

Vêr Codigos francez, arts. 125, 130, 131, 135, 136; italiano, arts. 28, 30, 31, 34, 35; portuguez, art. 78; chileno, arts. 87, 491; uruguayo, arts. 69, 70 e 73.

§ 179. 4. *Do termo da curadoria provisoria*

A curadoria provisoria termina:

- 1.º Pelo apparecimento do ausente; (294)
- 2.º Quando ha certesa de sua morte; (295)

(293) Não ha lei expressa, mas pelo principio que ninguem é obrigado á prestar á outrem serviço gratuito. Não chegando as partes á accordo sobre o quanto da retribuição, deverá ella ser taxada á juizo de arbitra-dores.

(294) Ord. L. 1, T. 62, § 38; Reg. de 15 de Junho de 1859, art. 2.

(295) Ord. e Reg. cit. Lobão, Not. á Mello. L. 2, T. 12, § 12 n. 11: B. Carneiro, § 282, n. 1.º

3.º Quando por ter completado setenta annos, se presume definitivamente morto; (296)

Verificada qualquer destas duas ultimas hypotheses (n. 2 e 3), o curador provisório é tido como herdeiro definitivo; e, pois, alliviado da caução; dispõe livremente dos bens como seus. (297)

Todavia, como a presumpção cede á verdade, á qualquer tempo que appareça o ausente, devem lhe ser entregues os bens. (298)

Se a curadoria provisória cessa pela certeza da morte do ausente e á este tempo os herdeiros que lhe devem succeder são diversos dos que tinham obtido a curadoria, á essas taes e não a estes deve ser deferida a herança. (299)

Mas se a curadoria termina por ter o ausente feito setenta annos, a transmissibilidade da herança regula-se pelo tempo em que se completou o praso da lei para decretar-se a curadoria provisória (300), e não pelo tempo em que o ausente faz setenta annos. (301)

a) Trinta annos depois de passada em julgado a sentença que concede a abertura da successão provisória, poderão os interessados requerer a definitiva é o levantamento das cauções prestadas. — Código, art. 481.

(296) Lobão, Dissert. 2 da collecç. § 21 e seg.; B. Carneiro, cit. § 282, n. 9; Digest. Port. P. II, art. 761; Rocha, § 398: cod. da Prussia, P. II, Tit. 18, art. 830.

Esta é a opinião por commum e geral consenso acceita em nosso foro. O Sr. Dr. Perdigão Malheiro no seu excellente *Manual do Procurador dos feitos* (nota 695) suggere o alvitre de tomar-se o termo de trinta annos para a extincção da curadoria provisória, devendo-se, passado o dito praso, reputar-se o ausente definitivamente morto, já por ser este o termo da prescripção geral (ord. L. 4, T. 79), já por ser o da prescripção dos dinheiros de ausentes em favor do Estado. Estado. (Lei de de setembro de 1851, art. 32).

(297) Dig. Port. P. II, art. 761 e 762; Rocha, § 398.

(298) B. Carneiro, cit. § 282, n. 10; Linh. orph. not.; Perdigão Malheiro, Manual, nota 695.

(299) B. Carneiro, cit. § 282 n. 10; Lobão, Dissert. cit. § 28 e 29.

(300) De dez, quatro ou dous annos segundo a hypothese. Reg. de 15 de junh. de 1859, art. 47 § 1.

(301) B. Carneiro, cit. § 282 n. 9; Rocha, § 398 nota. Lobão sustenta a opinião que a transmissibilidade da herança deve ser fixada ao tempo em que o ausente completa setenta annos. Dissert. cit. § 12 e 40. Não nos parece fundado o parecer de Lobão. "... Si o ausente não apparece depois, nem ha noticias certas delle, a presumpção da morte, estabelecida pela primeira sentença que deferiu a curadoria, converte-se em certeza em favor dos parentes que a obtiverão e que transmittirão á seus herdeiros o direito que della resultava. Nada mais resta depois senão declarar que acabou a curadoria provisória e que os curadores ou seus herdeiros ficão senhores dos bens." Rocha, nota, § 398.

Tambem se pôde requerer a successão definitiva, provando-se que o ausente conta oitenta annos de nascido, e que de cinco datam as ultimas noticias suas. — Codigo, art. 482.

Vêr Codigos francez, art. 129; italiano, art. 36; portuguez, art. 78; hespanhol, art. 191; chileno, art. 82; uruguayo, art. 68.

Regressando o ausente nos dez annos seguintes á abertura da successão definitiva, ou algum dos seus descendentes ou ascendentes, aquelle ou estes haverão só os bens no estado em que se acharem, os subrogados em seu logar, ou o preço que os herdeiros e demais interessados houverem recebido pelos alienados daquelle tempo.

Si nos dez annos deste artigo, o ausente não regressar, e nenhum interessado promover a successão definitiva, a plena propriedade dos bens arrecadados passará ao Estado, onde era domiciliado o ausente, ou á União, se era domiciliado no Districto Federal, ou em territorio não constituido em Estado. — Codigo, art. 483.

Vêr Codigos francez, art. 132; portuguez, art. 80; italiano, art. 39; hespanhol, art. 194; uruguayo, art. 71; argentino, art. 124.

— O Codigo dispõe ainda sobre os effeitos da ausencia quanto aos direitos de familia. Estabelece no art. 484 que si o ausente deixar filhos menores e o outro conjuge houver fallecido, ou não tiver direito ao exercicio do patrio poder, proceder-se-á com esses filhos, como si fôsem orphãos de pai e mãe.

Vêr Codigos francez, arts. 142 e 145; italiano, art. 47; uruguayo, arts. 79 e 80.

O Codigo portuguez tem uma secção especial sobre a administração dos bens do ausente casado, havendo filhos. Dispõe a respeito nos arts. 90, 91, 92, 95 e 96.

NOTAS

NOTA I

(§ 9)

A nossa legislação acerca dos casamentos, modelada pelas formulas estreitas e acanhadas de idéas retrogadas e incompatíveis com a civilização moderna, carece de reformas que francamente a ponhão em harmonia com os principios de justiça e com as necessidades do tempo.

A lei de 11 de setembro de 1861 foi um ensaio tímido e contradictorio.

Teve essa lei por fim dar sanção civil aos casamentos entre membros das religiões dissidentes: fez, é verdade, uma concessão, mas impoz uma clausula tirannica: — exigiu — que os ditos casamentos só fossem recebidos como validos quando celebrados conforme os *usos e prescripções* das religiões dos contrahentes.

Que horror ao casamento civil!

Era impossivel forçar os contrahentes não catholicos á se casarem segundo a forma estabelecida pela igreja catholica. Pois bem! obrigarão-os a se casarem segundo os ritos e prescripções de suas religiões!

Quebrantar a liberdade de consciencia em nome da religião que profissão os auctores da violencia, era usança antiga; mas violentar a consciencia em nome de uma religião que declaração falsa, é um requinte de superstição que desconhecerão os seculos mais barbaros.

A citada lei, além de tirannica, é defectiva;

1.º Deixou o casamento mixto sob a lei canonica. As cautellas que a lei canonica exige para permittir o casamento entre catholicos e acatholicos importão o sacrificio de direitos muito preciosos e sublevão escrupulos respeitaveis nas consciencias delicadas.

2.º Exige requisitos para a celebração do casamento, difficeis de preencherem-se no Imperio. O casamento não pode ser celebrado senão por pastores ou ministros, revestidos de certas qualificações. Onde, pois, não reside ministro ou pastor, e é o que acontece na generalidade dos lugares, torna-se completamente inutil a concessão da lei, como o vai demonstrando a experiencia de todos os dias.

O melhoramento trazido pela citada lei de 11 de setembro de 1861 reduz-se pois á proporção bem unesquínhas.

E por isso continua enérgica a instancia por uma nova lei.

Os escrúpulos dos catholicos e os direitos e a liberdade de consciencia dos membros das seitas dissidentes seriam perfeitamente respeitados em uma lei que tomasse por base de seu plano de reforma estas duas idéas capitães, á saber:

1.º Que os casamentos entre catholicos continuem á ser celebrados pela forma estabelecida na igreja catholica;

2.º Que os casamentos entre as pessoas não catholicas e o mixto (entre parte catholica e acatholica) sejam celebrados por escriptura publica, como meros contractos civis.

Casamento catholico para os catholicos; casamento civil para os acatholicos: eis em substancia o sisthema da lei portugueza consagrado no codigo civil.

“Os catholicos celebrarão os casamentos pela forma estabelecida na igreja catholica. Os que não professarem a religião catholica celebrarão o casamento perante o official do registro civil, com as condições e pela forma estabelecida na lei civil.” Cod. Civil Port., artigo 1057

Porque não imitaremos nós o exemplo que nos é dado por uma nação que em todos os tempos se tem distinguido pela sua inabalavel fidelidade ao catholicismo?

Na França, na Prussia, Austria, Suissa, Paizes-Baixos, e nos Estados-Unidos o casamento civil é hoje uma instituição aceita.

A propria Curia Romana tão habil em conciliar os direitos eternos da religião com os interesses mundanos, tem dado acerca deste assumpto, documentos de uma tolerancia esclarecida e intelligente.

Benedicto XIV, acerrimo defensor da fé, um dos mais illustres successores de S. Pedro, declarou *sufficiente* perante a igreja a pratica usada nos Paizes Baixos de só sujeitarem ás formalidades civis o casamento entre catholicos e acatholicos. (C. Matrimonia, an. 1741).

Uma semelhante decisão foi tomada para as dioceses do oeste da Prussia por Pio VIII (Const. *Litteris altero*, an. 1830.)

NOTA II

(§ 39.)

As apolices da divida publica não entram na classe dos immoveis.

E' certo que a legislação portugueza (Alvarás de 3 de janeiro de 1775, § 5, de 13 de março de 1797, §§ 5 e 7, de 23 de janeiro e de 7 de março de 1801, § 4.) equiparava as antigas apolices e os *padrões de juro* aos bens de raiz.

Esta legislação, porém, não pode ser applicada ás nossas apolices, taes como as creou a lei de 15 de novembro de 1827.

As apolices da dívida publica não são por sua natureza *immovéis*; só a lei pode adjectivar-lhes esse *character ficticio*. Mas a citada lei de 15 de novembro que as creou e definiu, não lhes attribuiu semelhante qualificação; portanto é claro que ficarão na classe dos moeis á que naturalmente pertencem.

Não colhem o argumento em contrario tirado da ord. L. 3 T. 47, a qual attribue ás *rendas perpetuas e vitalicias* a natureza de immovéis.

Renda perpetua, na linguagem do nosso antigo Direito, era a que andava *inseparavelmente* ligada á vida de um individuo e por sua morte passava a seus herdeiros; a lei a denominava *juro*. Mello, L. 2, T. 3, § 25 nota.

Renda vitalicia é propriamente a que é concedida por toda a vida, e se extingue com a morte do pensionario: chama-se em Direito *tença*. Mello, loc. cit.

São inalienaveis, tanto umas como outras. (Ord. L. 4, T. 55). Assum que a perpetuidade e a inalienabilidade entrão em ambas como elementos essenciaes.

As nossas apolices, porém, não andão inseparavelmente ligadas á vida do possuidor; — são verdadeiros titulos commerciaes transferiveis; falta-lhes, pois, um elemento essencial para constituirem renda vitalicia ou perpetua: a inalienabilidade.

Nem mesmo em sentido absoluto seria correcto dizer que ellas são rendas perpetuas, porquanto devem de ser periodicamente resgata-das. Lei de 15 de novembro de 1827, art.

Do exposto segue-se:

Que as apolices não são rendas vitalicias ou perpetuas.

Que, portanto, não podem como taes ser equiparadas á immovéis.

E tal tem sido a intelligencia consagrada pela pratica. Na Caixa da Amortisação não está em uso nem nunca esteve o exigir-se outhor-ga da mulher para que o marido possa transferir as suas apolices.

NOTA III

(§ 42)

A mulher casada não pode commerciar sem authorisação do ma-rido. Esta materia é regulada por disposições especiaes. A authorisa-ção deve ser expressa, por escriptura publica, transcripta no registro do commercio e não pode ser concedida senão ás mulheres maiores de lesóito annos: Art. 1 § 4º do Cod. Com. Todavia se a mulher antes do casamento já era commerciante, presume-se authorisada á conti-nuar, se o marido não manifestar vontade em contrario pelos meios le-res. Cit. Cod. art. 29.

A authorisação para commerciar reveste a mulher de capacidade para todos os actos que entendem com a profissão mercantil.

Assim, pois, para o que for relativo ao seu negocio pode alienar, obrigar e hypothecar os bens dotaes, parafernaes, os adquiridos no commercio e os direitos e acções em que tiver communhão, sem que em nenhum caso lhe seja permittido invocar em seu favor o Veleano, ou qualquer outro privilegio. Cod. cit., art. 27, 2ª parte.

Nesta faculdade não se comprehende a de obrigar os bens proprios do marido, adquiridos antes ou *na constancia* do matrimonio, tendo sido os respectivos titulos opportunamente registrados, nem os de raiz commum sem authorisação especial do marido, prevendo por escriptura publica, inscripta no registro do commercio. Cit. Cod. art. 27, 1ª parte.

A redacção deste artigo é defeituosissima, como observa o sabio author da consol. das Leis Civis, em nota ao art. 124.

1.º Permite o citado art. que a mulher possa obrigar os bens proprios do marido adquiridos antes do casamento, se quinze dias depois do mesmo não forem os respectivos titulos registrados; nada porem acrescenta quanto aos bens proprios do marido moveis ou immoveis *adquiridos na constancia do matrimonio*.

2.º Declara que a mulher não pode obrigar os bens de raiz communs sem authorisação especial do marido; poderá, porém, alienar os de raiz, proprios do marido, adquiridos antes do casamento, não tendo sido os respectivos titulos opportunamente registrados?

O artigo é evidentemente obscuro e insufficiente. Cumpre pois, interpreta-lo e completa-lo com as disposições analogas do mesmo codigo. Incivile est, nisi tota lege perspectâ unâ aliquâ particulâ ejus propositâ, vel judicare, vel respondere. (Fr. 24 D. de legibus).

Aos bens proprios do marido adquiridos na constancia do matrimonio deve ser applicada a disposição do art. 874 § 6 n. 2 do Cod. Com. Segundo a citada disposição os actos do marido commerciante não obrigão os bens proprios da mulher adquiridos na constancia do matrimonio, uma vez que os respectivos titulos e documentos tenham sido registrados dentro de quinze dias depois de recebidos. Ha perfeita analogia nas duas hypotheses. A razão de direito que dictou a disposição do alludido § 6 n. 2 do art. 874, prevalece com igual força tanto para uma como para outra hypothesisé. *Ubi eadem est legis ratio, ibi eadem esse debet legis dispositio*.

Assim, pois, a mulher commerciante não pode obrigar os bens proprios do marido adquiridos na constancia do matrimonio se os respectivos titulos tiverem sido registrados nos quinze dias subsequentes ao em que forem recebidos.

Quanto aos immoveis adquiridos pelo marido antes ou na constancia do matrimonio, a mulher commerciante jámais poderá dispor delles sem especial authorisação.

E' expresso no citado artigo que a mulher não pode obrigar os immoveis communs sem permissão especial. Portanto por força de maior razão sem a dita authorisação não pode obrigar os immoveis proprios do marido, quer adquiridos antes, quer na constancia do matrimonio.

NOTA IV

§ 54. — *Pactos successorios.*

São nullos perante o direito civil brasileiro, todos os pactos successorios, ainda mesmo quando estipulados nas convenções matrimoniaes.

A ord. L. 4, T. 70, § 3, declara reprovados e com taes absolutamente nullos os pactos *de succedendo*, isto é, os pactos pelos quaes alguém ou promette á outrem institui-lo herdeiro ou transfere á terceiro o direito de succeder na herança de pessoa viva.

Quanto aos pactos *de non succedendo* (de renuncia do direito de succeder á pessoa viva), a ord. citada, § 4, os permittia, mas sob a condição de serem confirmados por juramento, impetrada para esse fim a competente licença do Desembargo do Paço. (Regim. do Paço. § 87).

E' hoje impraticavel entre nos a dispensa para o juramento de confirmação; porquanto a attribuição de concede-la, não tendo sido transferida para as authority da nova organização judiciaria, entende-se abolida. Art. 7 da Lei de 22 de setembro de 1828.

E pois o pacto *de non succedendo* não pode subsistir e produzir effeitos legaes, porque é impossivel completa-lo com juramento.

Os pactos *de non succedendo*, inseridos nas convenções matrimoniaes, tambem carecião do juramento para que podessem valer.

Esta intelligencia resulta ineluctavelmente dos termos absolutos do citado § 4 da ord. L. 4, T. 70.

O direito canonico, á que a cit. ord. faz expressa allusão nas palavras: porque ainda que tal contracto em alguns casos por direito não valha, pode se confirmar segundo direito canonico por juramento" é terminante á respeito:

"*Quam vis pactum patri factum á filia, dum nuptui tradebatur, ut, dote contenta, nullum ad bona paterna regressum haberet, improbet lex civilis, tamen juramento, non vi, nec dolo praestito, firmatum fuerit, omninó servari debet*" C. 2 de pact. in VI (1.18.)

E tal foi sempre a pratica, segundo é attestado pelos escriptores do Direito Patrio.

Tractando da renuncia de herança nas convenções matrimoniaes, Lobão diz:

“Emquanto subsiste a ord. L. 4, T. 70 e se não assentar que hoje tem cessado os fins que queria occorrer esta ord. . . . é indispensavel que *estas renunciás se firmem com juramento e facilmente para este fim* costuma o desembargo *actualmente conceder dispensas á dita ord*” Notas á Mello, L. 2, T. 9, § 25, n. 8. E adiante n. 10, continuando no mesmo assumpto: “São nullos os pactos jurados, *a menos que não haja provisão.*”

Veja-se ainda a Dissert. 13, no supplemento ás *Segundas Linhas*, § 33 e 90.

Ensina a mesma pratica Corrêa Telles, Manual do Tabelião, § 143 e 144 e Digest. Port. P. II, art. 126.

A' vista do exposto é irrecusavel que os pactos *de non succedendo* nas convenções matrimoniaes são hoje impraticaveis. Sem a confirmação do juramento esses pactos não valem, mas como prestar o juramento, se não ha authoridade que tenha facultade para conceder a dispensa necessaria?

A disposição do § 8 da lei de 17 de agosto de 1761 não pode ser invocada em apoio da doutrina contraria.

Eis as palavras do citado § 8:

possão estipular com seus respectivos esposos assim para a vida como para a morte as reservas e condições que lhes parecer, *como athé agora se praticou sem a menor differença.*”

Estas palavras são claras á não deixar a menor duvida. A lei não creou direito novo, antes formalmente confirmou o direito existente: “*como athe agora se praticou sem a menor differença*”

Se antes era necessaria a confirmação por juramento para que valessem os pactos successorios estipulados nas convenções matrimoniaes; depois da lei e por força de disposição nella contida, continuou a subsistir a mesma necessidade.

E assim se entendeu praticamente como testemunhão Lobão e Corrêa Telles que escreverão muitos annos depois da promulgação da dita lei.

Resta finalmente observar que o pacto de que o marido lucrará o dote, premorrendo a mulher sem filhos, é valido, porque não era reprovado pelo direito Romano (fr. 2, D. de pact.) ao qual allude a citada ord. L. 4, T. 70, § 4 Mello, L. 2, T. 9 § 25.

NOTA V

(§ 55)

Segundo a lei franceza communicão-se os moveis que os conjuges possuíão ao tempo do casamento, os moveis e immoveis adquiridos

na constância do matrimonio e os fructos e rendimentos de todos os bens do casal.

São, porem, incommunicaveis os immoveis que os conjuges possuíam antes do casamento e os que de futuro adquirirem por successão ou doação. (Cod. civil art. 1401 e seguintes.)

Assim que, no casamento segundo o regimen da communhão do cod. civil francez, ha tres patrimonios distinctos:

- 1°. Patrimonio do marido;
- 2°. Patrimonio da mulher;
- 3°. Patrimonio commum.

A discriminação dos elementos constitutivos de cada um destes patrimonios, as indemnisações reciprocas, as questões de bens *subrogados* e de bens adquiridos *en remploi*, fazem deste assumpto um dos mais difficeis do direito francez e tornão complicadissimas as partihas, tão simples no regimen da communhão universal de bens.

Veja. Mourlon, Repet. Escrit., L. 3, T. 5, cap. 2 sect. 1.)

NOTA VI

(§ 56)

Sustentão alguns escriptores que a communhão é sempre *conventional*. Se não ha pacto expresso, observão elles, subentende-se o pacto tacito entre os conjuges de se conformarem com a disposição da lei. (Voet, ad Pandect, L. 23, T. 2, n. 85; Caldas in Leg. Si curatorem, n. 7; Mourlon, Repet. Escrit., L. 3, T. 5, n. 23.)

A questão pode ser formulada assim:

“No caso de não haver pacto expresso, resulta a communhão do pacto tacito presumido pela lei, ou simplesmente do decreto, da determinação da lei?

O sentido, em que esta questão for resolvida, influe na solução de pontos importantes attinentes ao assumpto.

Tenho para mim, que a communhão, não havendo pacto expresso, resulta directamente da lei, *ex potestate legis*, e não da presumpção de pacto tacito.

A lei decreta a communhão como effeito do casamento consumado; permite, porem, ás partes alterarem ou suprimirem no todo ou em parte este effeito por meio de convenção previa. Se as partes não usão deste direito, prevalece o effeito da lei.

Assim: a lei não presuppõe pacto tacito, mas consente que o seu effeito seja modificado por pacto expresso; não supre a vontade das partes, mas consente que pela vontade expressa dellas possão os effeitos de sua disposição ser alterados ou suprimidos.

... *Falsum est ejus fundamentum in tacito consensu quærendum esse et sic contractum societatis inter conjuges initum fuisse.* Boehm. Exercit. 70, § 16; Mello, L. 2. T. 8, § 3.

Corollario da doutrina exposta:

Do casamento, em que um dos contraentes ou ambos são menores ou interdictos, resulta a *communhão legal*, sem embargo de haver sido contrahido sem o consentimento do tutor, curador ou do juiz de orfãos. Mello, L. 2, T. 8, § 6; B. Carneiro, L. 1, T. 13, § 127, n. 9; Barb. ad ord. L. 4, T. 46, § 1, n. 8.

Mas se a *communhão*, na falta de convenção, deriva do pacto tacito entre as partes, como solver a questão, sendo os contraentes menores ou interdictos; se não pode presumir pacto entre pessoas incapazes de contractar?

NOTA VII

(§ 62)

Julgão alguns escriptores impraticavel a disposição da ord. L. 4, T. 95, § 4 na parte em que sujeita á execução na constancia do matrimonio, por divisas anteriores, a metade dos adquiridos, por ser impossivel saber antes da partilha o que ha de adquiridos, e não poderem os credores require-la. (Pereir. Decis. 50, n. 6.)

Parece-nos improcedente esta observação. Os credores não carecem de requerer partilhas; é-lhes licito penhorarem metade dos bens que julgarem adquiridos. Se na realidade não ha *adquiridos*, ou se o conjugue não devedor entende que a execução comprehende mais da metade dos adquiridos, cabe-lhe o recurso de embargar a penhora, e ahí abre-se-lhe espaço para demonstrar por todo o genero de provas os fundamentos de seus embargos. (Cfr. Pereira e Souza, nota 890; Lob. Not. á Mello, L. 2, T. 8, § 14, n. 52; Mor. Execution., L. 6, cap. 8, n. 52, verb. "in matrimonio vero.")

E' possivel dar-se conflicto entre os credores pelas dividas anteriores ao casamento e os creidores por dividas do casal, quando deduzida a metade dos adquiridos, os do casal não são sufficientes para pagamento de suas dividas.

Este conflicto não pode ser resolvido senão pelo rateio dos adquiridos por uns e outros credores, a não ter algum delles titulo especial de prelação.

1.º Porque a ord. citada não dá privilegio algum aos credores pelas dividas anteriores (Pereira, Decis. 86, n. 3.) e não pode haver prelação entre credores senão em virtude de disposição de lei.

2.º Porque o conjuge que contrahiu as dívidas anteriores, é também obrigado pelas dívidas feitas na constancia do matrimonio.

Na hypothese de dissolver-se a sociedade conjugal sem que estejam pagas as dívidas anteriores, devem ellas ser cobradas pela meação do conjuge devedor, como ficou exposto no § 62.

Na opinião, porem, de B. Carneiro (L. 1, T. 13, § 129, n. 12) seguida na Consolidação das leis civis (nota 1 ao art. 116) “findo o matrimonio deve primeiro pagar-se a dívida pelos bens do conjuge devedor; e os que restarem, communicão-se ao outro conjuge para fazer-se a somma partivel.”

Por esta solução o conjuge não devedor vem á ficar prejudicado contra a letra da ord., como claramente se vê do exemplo seguinte.

Figure-se que o conjuge não devedor entrou para o casal com bens no valor de 10:000\$ e o outro conjuge com bens de igual valor; orcem-se os adquiridos em 10:000\$; suponha-se que a dívida anterior sobe a 10:000\$.

Na opinião de B. Carneiro com os bens do devedor (10:000\$) faz-se o pagamento da dívida (10:000\$); fica, portanto, na hypothese figurada o monte partivel reduzido a 20:000\$ (importancia dos bens do outro conjuge e dos adquiridos).

E' evidente o prejuizo do conjuge não devedor; pois que tendo entrado para o casal com 10:000\$ e tendo direito á 5:000\$, metade dos adquiridos, so sahe com 10:000\$, perdendo 5:000\$ em favor dos credores.

Onde fica, pois, o principio de que o conjuge não devedor não é em *tempo algum* obrigado ás dívidas anteriores do outro, nem pelos bens que de sua parte trouxe nem pela metade nos adquiridos?

Não será inútil ao leitor a transcrição do texto de Moraes, citado á nota 6 do § 62.

Ei-lo:

Tunc eatenus in ejus bonis executio peragenda est; quantum ultra valorem bonorum, quibus casale intravit, ex bonis debitoris conjugis acquisivit ita ut si nulla bona in casale intulit, omnia quæ nunc possidet, ex communicatione capitalium conjugis debitoris habuit, cum ita sibi per executionem auferri possunt: et si intulit in matrimonium decem possidetque undecim, quia forté conjugis debitor in casale intulit duodecim, tantum in illo unico nummo executio peragetur. Execut. L. 6, cap. 8, n. 66.

Veja-se também Valasc. Partition. cad. 23, n. 11.

NOTA VIII

(§ 76)

Por Direito Romano era o pae obrigado a dotar a filha, o avô paterno a neta (fr. 19 D. de ritu nupt. (232); fr. 69 § 4 D de jur. dot., const. 7 C. de tot. promis. 5,11) e ainda a mãe á filha se ella era rica e o marido pobre. (Const. 14 C. de jur. dot. 5,12) Alguns interpretes não duvidarão sustentar que era tambem o irmao obrigado á dotar a irmã. E houve até quem se propuzesse demonstrar que a propria esposa não se podia eximir de constituir-se dote se tivesse fortuna. Makeldey § 554 n. 2 e not. 7.

Terão passado estas disposições para o direito patrio? Tenho para mim que não, apesar da opinião em contrario de quasi todos os nossos escriptores, antigos e modernos.

Fundo á minha convicção nos elementos seguintes:

1.º Por direito natural os paes são somente obrigados a alimentar os filhos emquanto não podem elles prover á sua subsistencia.

Esta obrigação, porem, não comprehende a de dar-lhes dote para casamento.

Assim pois as citadas disposições não tem por fundamento o direito natural, senão a maxima peculiar da politica dos romanos, segundo a qual era mister facilitar os casamentos, como meio de augmentar a população, constantemente dizimada pela guerras cruéis em que sempre andou aquelle povo envolvido.

2.º O dote proveniente do pai, da mãe ou dos avós fica sujeito á collação; é, portanto, adeantamento de legitima.

O pai pode livremente fazer adeantamento de legitima aos filhos; nisto nada ha de estranhavel; força-lo, porem, á faze-lo contra sua vontade, como acontece quando é condemnado em juizo á dotar a filha, vale tanto como obriga-lo á deferir ainda em vida parte da sua herança: o que é contra a indole do Direito.

3.º Não ha em toda a nossa legislação antiga ou moderna um só texto, do qual se dedusa, ainda remotamente, a acceitação do Direito Romano neste assumpto.

Antes pelo contrario sempre que as nossas leis alludem á dote, presuppõem que seja elle livremente dado pelos pais. Ord. L. 4, T. 4, T. 97 §§ 1, 3, 4 e 6.

Ainda mais. A legislação patria regulou minuciosamente a materia dos alimentos. (Ord. L. 4, Tit. 99 e Ass. de 9 de abril de 1772.) A questão de alimentos segundo a antiga doutrina, tinha tanta conexão com a de dotes que alguns escriptores falsamente entenderão que *valet argumentum de uno ad alterum*. (Barbos ad. ord. L. 4, T. 99 § 1.º n. 14.) Pois bem; apesar de ser a lei tão minuciosa em materia de alimentos, uma só palavra não contém que se refira á obrigação do pai dotar a filha.

Nas circumstancias expostas este silencio da legislação não é uma simples omissão.

4.º Nem os Praxistas antigos, nem os modernos dão noticia de estar em pratica a acção de pedir dote aos pais. Lobão que se esforça por fazer prevalecer a opinião que combato, confessa que a acção de demandar dote é frequentemente substituída pela de alimentos. (Not. a Mello. L. 2, Tit. 9, § 5 n. 2).

Entre nós também não está em uso semelhante acção.

E pois, ainda mesmo quando tiveramos lei escripta impondo aos paes a obrigação de constituirem dote ás filhas para casamento, uma tal lei estaria hoje abrogada pelo não — uso. Rectissime etiam illud receptum: ut leges non solum... sed etiam tacito consensu omnium per desuetudinem abrogentur. (fr. 32 § 1.º D. de leg. 1, 3.)

Não temos, porem, lei escripta: o costume é em contrario e o Direito Romano, como subsidiario, vem depois dos estílos e costumes.

Finalmente não tem sido a acção de demandar dote aos paes accita pelas legislações modernas: na Belgica nunca foi praticada, Voet ad Pandect. L. 23, Tit. 3, n. 16; o cod civil fr. aboliu-a expressamente, art. ; o cod. civil do Chile e o de Portugal não fazem della menção.

NOTA IX

(§ 82)

Não é incontestada a opinião que fica exarada no § 82 acerca dos adquiridos. P. Barbosa (ad. fr. 1.º D. solut matr. P. I. n. 34 e P. II, n. 100), Pereira (Decisão 53) e o illustre Mello-Freire (L. 2, Tit. 8, § 10 e nota) sustentão que não se communicão os adquiridos no matrimonio dotal, apoiados em razões que, em summa, se traduzem na seguinte argumentação:

O casamento dotal é regulado pelo Direito Romano, com cujas disposições evidentemente se conformão os que se casão por dote; a mente delles portanto deve ser interpretada pelas dispisições do dito Direito, segundo o qual não se communicão os adquiridos. (Const. 8, 11, c. de pact. convent.)

A argumentação dos que sustentão a communicabilidade dos adquiridos, reduzida a sua maior simplicidade, pode ser formulada assim:

“Do casamento resulta a communhão de todos os bens, pertencentes aos conjuges, quer presentes quer futuros, salvo convenção em contrario. Ord. L. 4, Tit. 46 pr. A communhão é, pois, a lei commum; qualquer alteração, ou modificação que tenha por fim revoga-la ou deroga-la, deve ser expressa.

“No casamento por dote a incommunicabilidade dos bens dotaes, parafernaes e dos que o marido trouxe, é expressa na lei (Ord. L| 4, T. 47 pr.) Esta restricção constitue uma verdadeira excepção á lei commum. Os adquiridos, porém, não se achão nem expressa, nem virtualmente comprehendidos na dita excepção; por conseguinte cahem debaixo da lei commum.” Unde in his quæ specialiter cauta non sunt, prout in proposita specie de matrimonio simpliciter contracto sine mentione lucrorum acquirendorum, manemus in dispositione juris notri regni Luzitaniæ, quod es jus commune apud nos. Valasc. Cons. 103, n. 8.

O argumento de Valasco não é senão o argumento de Gama (Decis. 314, n. 4) reproduzido com mais claresa e desenvolvimento. Gama confessa que o citado argumento lhe fora sugerido por um seu collega do tribunal, João de Mello, a cujas opiniões mais de uma vez allude com os maiores encarecimentos.

A opinião de Gama e Valasco parece-nos mais conforme com o genio, com a rasão e com o sisthema do nosso Direito; por isso adoptamo-la de preferencia.

A incommunicabilidade dos bens no casamento é uma excepção no nosso Direito; são-lhe pois applicaveis as palavras de Paulo: “Quod contra *rationem juris receptum producendum ad consequentias.*” Vej. Doneau. Com. juv. civ. lib. I; cap. XIV, § 9.

NOTA X

(§ 90)

Segundo o § 9 do art. 3 da lei de 24 de setembro de 1864, o dote não vale contra terceiro:

- 1.º Sem escriptura publica;
- 2.º Sem insinuação nos casos em que à lei a exige;
- 3.º Sem expressa exclusão da communhão;
- 4.º Sem estimação.

Os dous primeiros requisitos dizem respeito á validade do dote; o terceiro é effeito essencial; o dote é por força de lei incommunicavel.

Portanto, quanto aos tres primeiros requisitos, o decreto da lei equivale ao seguinte: o dote não pode ser opposto a terceiro senão quando é valido e com os seus effeitos legaes. Tudo isto é da essencia do dote.

A necessidade, porém, da estimação vem á importar a adjecção d'uma clausula extranha á natureza do dote. Esta clausula evidentemente não é exigida senão para os effeitos da *hypotheca*: entendida em termos absolutos, isto é — que o dote sem estimação absoluta-

mente não vale contra terceiro — ella iria privar a mulher da acção de reivindicção contra terceiro pelos bens inestimados. Semelhante intelligencia vae além do motivo que determinou a necessidade da estimacção para os effeitos hypothecarios. E' este um dos casos em que a generalidade resultante da letra do texto é restringida pela mente da lei.

Nem o Direito Romano, nem o Direito Francez nem o Portuguez (Cod. Civil, art. 906, n. 3) exigem a estimacção dos bens dotaes para que a hypotheca valha contra terceiro. Esta clausula é uma innovacção introduzida pelo § 40 da Lei de 20 de junho de 1774. Tão singular pareceu ella que Paschoal deu-lhe uma intelligencia que completamente a annullava. L. 3. T. 14, § 10.

NOTA XI

(§ 109)

E' questão larga e fastidiosamente controvertida pelos nossos antigos e modernos escriptores, a de saber se a ord. L. 2, T. 35, § 12^{nas} palavras; comtanto que este filho fosse tal que com *Direito* pudesse ser legitimado por seguinte matrimonio" faz remissão ao Direito Romano ou ao Canonico.

Tenho para mim que a cit. ord. refere-se ao Direito Romano, corrigido pelo *uso moderno*, isto é, nos termos em que elle pode ser recebido como subsidiario, segundo as declarações da ord. L. 3, T. 64 pr. in fine, da lei de 18 de agosto de 1769, § 9, e dos Estat da Univer. de Coimb. L. 2. T. 2, cap. 3, § 4, 13, 14, 15, 16, 17 e 19:

1º Porque as ordenações, quando empregão a forma usada no texto transcripto, alludem ordinariamente ou ao proprio Direito Patrio ou ao Romano. (Pegas, ad ord. tom. 5, pag. 578);

2º Porque o Direito Canonico não pode ser aceito como subsidiario nas materias meramente temporaes, como indubitavelmente o é a legitimação por subsequente matrimonio para os effeitos civis. (Cit. lei de 18 de agosto de 1769, § 12).

Segundo o Direito Romano só se legitimavão por subsequente matrimonio os filhos havidos de *concubina*, não havendo entre ella e o pae impedimento que ao tempo da concepção ou do nascimento obstasse ao casamento. (§ 13. J. de nupt.) Entre os impedimentos enumerava-se o de estupro.

Tal era a doutrina do Direito Romano ao tempo de Justiniano.

Esta doutrina foi geralmente aceita nas legislações modernas com as modificações seguintes:

1.º O filho reputa-se natural e por conseguinte pode ser legitimado, não havendo impedimento entre o pae e a mãe, embora a mãe não fosse *concubina* do pae segundo a qualificação romana;

2.º O impedimento proveniente de raptó não impossibilita a legitimação.

Valasc. Consult. 147, n. 8; Phebo, Decis. 76, n. 11; Lobão á Mello, L. 2, T. 5 § 14, n. 3; Cod. Civil Francez, art. 321.

Assim, pois, segundo o Direito Romano, corrigido pelo *uso moderno* só não podem ser legitimados por subsequente matrimonio os adúlteros e os incestuosos.

Resta finalmente observar que ainda aceita a opinião de que a citada ord. do L. 2, T. 35, § 12 se refere ao Direito Canonico, a solução dada á questão não soffre alteração, senão quanto á designação dos graus de parentesco que importão prohibição para casamento; porquanto o Direito Canonico, segundo a intelligencia geralmente admittida e fixada por Benedicto XIV (Const. 113, Redite nobis, tom. 1) só denega o effeito da legitimação por subsequente matrimonio aos filhos adúlteros e aos incestuosos. Berard. tom. 3º Dissert. 6, q. 2.

A engenhosa opinião de Bohmero (Jus Canon. Protest. ad. T. qui sint filii legit. § 17) tem contra si a intelligencia pratica do Direito Canonico, o parecer dos mais doutos canonistas e a interpretação de Benedicto XIV.

NOTA XII

(§ 122)

Tem havido questão sobre saber: se as disposições da lei de 2 de setembro de 1847 exigem a prova de filiação natural por *escriptura publica* ou por *testamento*, tão somente para o effeito da successão, ou se também para os demais effeitos.

O doutissimo author da *Consolidação das Leis Civis* (art. 212, nota 2) sustenta que a filiação natural não pode ser provada em juizo para qualquer effeito, como por exemplo para a concessão de alimentos, senão por *escriptura publica* ou *testamento*.

O illustrado Sr. Dr. Perdigão Malheiro nos seus excellentes commentarios á citada lei, é de opinião que a dita lei "não innovou a legislação anterior para outros effeitos de Direito, entre os quaes os *alimentos e o estado*."

A opinião do Sr. Dr. Perdigão parece-nos que tem por si melhores fundamentos:

1.º Em nossa jurisprudência prevaleceu sempre a doutrina de que a prova de filiação natural para o effeito da successão deve ser mais completa e rigorosa do que para alimentos: (Lobão, Not. á Mello,

L. 2, T. 6, § 21 n. 5 e 6. B. Carneiro. L. 1, T. 20, § 180, n. 12): doutrina que igualmente consagra o Cod. Civil do Chile (Lastarria, Inst. de Direito Civil Chileno, L. 1, T. 5, § 3.)

2.º A intelligencia da lei, em sentido contrario importaria para os filhos naturaes não reconhecidos a privação de um direito (o de pedir alimentos); mas a privação ou restricção de direitos não pôde ser accita, senão quando expressa na lei, e a lei de 2 de setembro nada contem de expresso á respeito.

3.º A disposição do art. 3 "a prova de filiação natural nos *outros casos* só se poderá fazer por um dos seguintes modos: escriptura publica ou testamento" não tem nem grammatical, nem logicamente o sentido que se lhe tem querido dar. A frase *adversativa* "nos outros casos" é contraposta á disposição do art. 2.

Este artigo prescreve que o reconhecimento na hypothese a que allude (para os reconhecidos concorrerem á herança com os legitimos do mesmo pae) não possa ser feito senão por escriptura publica. "Nos *outros casos*" (art. 3) quer dizer a lei: nos casos em que os naturaes não tenham de concorrer á herança com os legitimos; o reconhecimento pode ser feito por escriptura publica ou tambem por testamento.

INDICES

INDICE ALPHABETICO

A

- Alimentos*. — Obrigação de presta-los, § 131. Definição, § 132. Entre parentes legítimos, § 133. Direito de repetil-os, § 134. Entre parentes illegítimos, § 135. Quando são devidos, § 136. Taxa, § 137. Como se pagam, § 138. Natureza da divida alimentaria, § 139. Favores, § 140. Extincção de obrigações de presta-los, § 141. Acção, § 142. Provisionaes, § 143. O marido é obrigado á prestar á mulher, § 35 e 40 n. 2.
- Administrador*. — E' o marido dos bens do casal, § 39, n. 4, § 65, 71, 83, 91 e 95. A mulher casada em certos casos, § 46, n. 1 e 2, § 163 n. 1, e 167. O tutor, dos bens do menor, § 153. O curador, dos bens do interdicto, § 164 e 168, dos bens de ausentes, § 174.
- Adquiridos*. — Vej. *bens*.
- Adulterio*. — Impedimento para o casamento, § 15 n. 6 e 7. Causa para divorcio, § 34. E' mais grave, quando commettido pela mulher, nota 1, pag. 105. Em relação á legitimidade da filiação, § 105.
- Adventicios*. — Vej. *peculio*.
- Alfinetes*. — § 96.
- Apanagio*. — Cit. § 96.
- Apolices da Dívida Publica*. — Não são immoveis, nota 1, pag. 111 e Nota II.
- Arrhas*. — Definição, § 92. São constituidas no contracto dotal, § 93. Principios dominantes, cit. § 93. Tradição, § 94. Na constancia do matrimonio permanecem sob a administração do marido, § 95. Qual o seu destino, dissolvido o casamento, § 96.
- Arrhas esponsalicias*. — § 5.
- Ausentes*. — Veja-se casados.
- Avó*. — Pode ser tutora dos netos, § 146, n. 11.
- Adopção*. — Anotação ao § 130, pag. 268.

B

- Bemfeitorias* — Em bens incommunicaveis. § 67; como se compensam, nota 174, pag. 161. O marido tem o direito de retenção pe-

las necessarias e uteis nos bens dotaes, § 88, m. 3. Voluptuarios cit. § e nota 323, pag. 198.

Bens. — Adquiridos, quaes são, § 82. n. 4. Communicam-se no regimen da simples separação, § 68 e no dotal, § 82, m. 4, e Nota IX. De ausentes: Definição, § 172. Immoveis: O marido não pode alienar sem outorga da mulher, § 39, n. 1. Inalienaveis, § 60, n. 1; § 83, n. 3. Nota II.

C

Cabeça de casal. — E' o marido, § 38 e 65. A mulher por morte d'elle, § 65 e nota 2, § 67.

Casamento. — Definição, § 8. Elemento religioso, § 9. Consentimento prévio, § 27. Não pode ser celebrado contra as leis do Imperio, § 28. Contrahido fóra do Imperio, § 29. Como se prova, § 30. Nullidade, § 31. Putativo, § 33. *Acatolico*, § 10. Em que condições é acceito, § 24. Impedimentos e dispensa, § 25. Solemnidades extremas, § 26. Qualificações do ministro para celebral-o, § 26 e nota 111, pag. 58. Registro, § 26 e nota 114, pag. 59. *Catholico*. Por que lei é regido, § 11. Qualidades e condições para contrahil-o, § 12. Capacidade, § 13. Consentimentos, § 14. Impedimentos dirimentes relativos, § 15. Impedimentos, § 16. Dispensa, § 17. Solemnidades externas, § 18. *Clandestino*, §§ 19 e 23, nota 112, pag. 58 e § 28.

De consciencia, nota 97, pag. 55. *Mixto.* — Por que lei é regido, § 10. Condições para permissão, § 21. Impedimentos, § 22. Solemnidades externas, § 23. *Morganatico* ou *sabio*, nota 97, pag. 55.

Causa justa. — Para não cumprir a promessa esponsalicia, § 7, n. 6. Para negação de consentimento para matrimonio, nota 121, pag. 67. Para os filhos separarem-se da companhia dos pais, nota 40, pagina 278.

Communhão de bens (regimen da) — Noção, § 55. Prevalece, na falta de pacto em contrario, § 56. Necessidade da consumação do casamento, § 57. Se resulta do casamento putativo, § 58. Pactos modificativos, § 59. Bens que se não communicam, § 60: Dividas contrahidas na constancia do matrimonio, § 61. Contrahidas antes, § 62 e Nota VII. Nas segundas nupcias, § 63. No casamento da viuva quinquagenaria, § 64. Dominio, posse e administração dos bens communs. § 65. Como se dissolve a communhão, § 66. Effeitos da cessação da communhão, § 67.

Contas — Presta o pai pela administração do peculio do filho, § 116, m. III; O tutor, § 160. O curador, §§ 166, 168, 174. n. 9, e 178.

Curatela. — Definição, 161. Diversas especies, § 162.

Curatela dos loucos. — Pesosas sujeitas, a quem é deferida, incapacaci-

dade e escusas, § 163. Obrigações do curador. § 164. Como termina, § 166.

Curatela dos prodigos. — Pessoas sujeitas, a quem se defere, incapacidade e escusas, § 167. Obrigações do curador, § 168. Termo, § 170.

Curatela dos bens de ausentes. — Especies, § 171.

Curadoria simples ou dativa. — Arrecadação dos bens, § 173. Obrigações do curador, § 174. Termo, § 175. Curadoria ou successão provisoria, quando se defere, § 176. A' quem e como, § 177. Direitos do curador, § 178. Como se extingue, § 179.

D

Damno. — Responde o marido pelos causados nos bens proprios da mulher, §§ 71, 85, 88, 91 e 95. O tutor e o juiz, § 155. Ocurador, §§ 164, 168 e 174.

Demente. — Veja Louco.

Desherdação. — Pena. aos filhos familias e menores que se casam sem licença, § 27.

Dividas. — Communicaveis. §§ 61 e 69, ns. 1, 2 e 3. Incommunicaveis, §§ 62, 69 e 86.

Divorcio. — Definição, causas, § 34. Efeitos, § 35.

Doação entre marido e mulher. — Origem da prohibição, § 97. Como são permitidas, § 98. Quando irrevogaveis, § 99. Inofficiosas. § 100. Solemnidades externas, § 101. Seus efeitos segundo o regimen do casamento, § 102.

Domicilio. — Os efeitos do casamento são regulados pelo do marido, § 29. Da mulher casada, § 39. n. 2.

Domínio. — No regimen da communhão, § 65. No de simples separação, § 71. No dotal. §§ 83 e 84.

Dotalicio. — § 96.

Dote (regimen dotal) — Definição, § 73 e nota 201, pag. 172. Bens que se podem dar em dote, § 74. Estimacão do dote, § 75. Por quem pode ser constituído, § 76. Contracto dotal. formalidades, § 77. Não se presume, § 78. Pactos permittidos, § 79. Acção para naver o dote promettido, § 80. Evicção, § 81. Classes de bens no regimen dotal, § 82. Direitos do marido, § 83. Direitos da mulher, § 84. Obrigacões do marido quanto ao dote. § 85. Dividas passivas, § 86. Restituicão do dote, § 87. Que objectos se restituem, § 88. Acção de restituicão, § 89. Garantias da restituicão, § 90.

E

Educação. — Compete ao pai dar ao filho, § 114, n. I. — Os tutores

são obrigados a promover a dos menores, § 151. Despesas com a educação. nota 31, pag. 276.

Emanipação, § 119.

Escriptura publica — E' da substancia dos esponsaes, § 4; e dos pactos ante-nupciaes, § 52.

Escusas. — De tutores, § 149. Dos curadores. §§ 163 e 167.

Esponsaes. — Definição, essencia, erro e dolo quanto ao consentimento, § 2. Capacidade, consentimento do pae ou tutor. § 3. Formalidades, § 4. Pactos e condições, § 5. Effeitos, acção. § 6. Dissolução, § 7.

Espurios. — Definição, § 120. Maternidade e Paternidade, § 126. Posição. § 127.

Estrangeiros. — Casamento, § 29. Não podem ser tutores, nem curadores. § 148, n. 1, §§ 163 e 167. Hoje podem ser, anotação ao § 148.

Expostos. — Nota 12, pag. 287.

Evicção. — Não presta o dotado, § 81.

F

Fiança. — Prestada sem outorga da mulher, § 39, n. 3. Quando são obrigados a prestar a os tutores, § 150, ns. 2, 3 e 4. Presta o curador dos bens deausentes, § 174.

Filhos familias. — Definição, § 113. Estado. § 117. Direitos sobre os meculios, § 116. Veja *Emanipação e patrio poder*.

Filhos illegitimos. — Especies, § 121. Veja *Espurios. naturaes e perfilhão*

Filhos legitimos. — Filiação, § 103. Contestação da filiação, § 106. Acção de filiação, § 107. Prova de filiação, § 108. Veja-se *Paternidade*.

Filhos legitimados por subsequente matrimonio. — Que filhos podem sel-o, § 109 e nota XI. Effeitos da legitimação, § 110. Prova da filiação. § 111.

Fructos. — Dos bens do casal no regimen da simples separação, § 68. Destino dos fructos do dote, § 73. Como se restituem os civis e os naturaes no regimen dotal. § 88, n. 4 e nota 327, pag. 199.

H

Habilitação, § 107. Do filho illegitimo em relação á mãe, §§ 121 e 126. De herdeiros de ausentes, § 177.

Herança — De ausentes, § 172. nota 247, pag. 331

Herdeiros. — Passa a elles a acção da mulher para reivindicar os immoveis vendidos sem sua outorga, e os dados ou alienados á

concubina do marido, § 40, ns. 4 e 5. e a de restituição do dote, § 87. Aos do marido reverterem as arrhas depois da morte da mulher, § 95. Os do pai podem contestar a legitimidade da filiação, § 106. A obrigação de prestar alimentos lhes é transmittida com a herança, § 139. n. II. De ausentes, § 177 e 179.

Hypotheca. — Legal compete á mulher casada sobre os immoveis do marido pelos bens incommunicaveis, § 71; pelos dotaes, § 90; pelos paraphemnaes, § 91; pelas arrhas, § 95; aos filhos sobre os immoveis dos paes, § 116, m. III; aos menores sobre os immoveis do tutor, § 150, n. IV; aos interdictos sobre os immoveis do curador. §§ 164 e 168. Quando é prestada sem a outorga da mulher, § 39, n. 2.

0

Illegítimos. — Veja *filhos*.

Immoveis. — Delles não pode o marido dispor sem outorga da mulher, § 39. n. 9

Incestuosos. — Vej. *filhos*.

Indemnisação. — Vej. *Damno*.

Insinuação. — São sujeitos a ella os pactos antenupticiaes, quando envolvem doação, § 52. Quanto ao dote, § 77

Interdictos. — § 161.

L

Legítima. — §§ 76, 77, e 115, n. IV

Legitimação. — Vej. *filhos*.

Licença. — Supprida pelo juiz para esponsaes, § 3; para casamento, § 27; para a mulher casada poder contractar e casar em juizo. §§ 44 e 45; para o marido dispor dos immoveis, § 39, n. 1.

Louco. — Incapacidade, § 165. Vej. *Curatela*.

M

Mãe. — §§ 103, 106, 108 Não tem patrio poder, § 118 É obrigada a alimentar de leite o filho, § 133, m. 2. Quando tem o direito de repetir alimentos, § 134 Pode dar em testamento tutor aos filhos § 146 Pode ser encarregada da tutela dos filhos, § 146, n. II

Marido — Direitos e deveres communs a elle e á mulher, § 37. Poder marital, § 38 Limitações deste poder, § 39. Compete lhe a administração dos bens do casal, §§ 38, 65, 71 e 83. Vej. *Communhão, dote e regimen da simples separação de bens*

Maternidade — §§ 104, 108, 121 e 126.

Matrimónio. — Vej. *Casamento*

Menores. — §§ 3, 27, 45, 51 e 145.

Mora. — No pagamento do dote, § 80.

Mulher casada. — Direitos e deveres communs á ella e ao marido. § 37.

Direitos especiaes della, § 40. Incapacidade de contractar e estar em juizo, §§ 41, 42 e 43. Autorisação para contractar e estar em juizo, supprida pelo juiz, § 45. Casos em que pode contractar e estar em juizo sem autorisação do marido e do juiz, § 46. Tempo em que a autorisação pode ser dada, § 47. Effeitos da autorisação, § 48. Consequencias da falta de autorisação. § 49.

Mulher commerciante. — § 42, n. 7 e Nota III.

N

Nascimento. — §§ 103, 104 e 108.

Naturaes (filhos) — Definição, § 120. Prova da maternidade, § 121.

Reconhecimento da paternidade. § 122. Em que tempo se pode fazer o reconhecimento, § 123. Contestação de reconhecimento, § 124. Posição. § 125. Não são sujeitas ao Patrio poder, §§ 113 e 125.

Negligencia. — Vej. *Damno.*

Nullidade. — Do casamento, § 31.

Nupcias (segundas) — §§ 63, 64 e 146, ns. II e 150, n. III.

O

Orphão. — Vej. *Tutela.*

Outhroga. — §§ 39, 70 e 91.

P

Pactos antenuptiaes, § 50. Capacidade para contrahil-os, § 51. Formalidades externas, § 52. São irrevogaveis e não podem ser feitos depois do casamento. § 53. Clausulas prohibidas, § 53. Pactos admissiveis nos esponsaes, § 5; no regimen da communhão, § 59; do de simples separação, § 68; no dotal, § 79.

Pactos successorios. — Não são permittidos. § 54, n. 3 e Nota IV.

Paternidade. — Dos filhos legitimos, §§ 103, 104, 105 106 e 108. Dos legitimados. § 111. Dos filhos maturaes, § 122. Dos espurios, § 126.

Perfilhação solemne. — Definição § 128. Forma da perfilhação, § 129. Effeitos da perfilhação, § 130. Que filhos podem ser perfilhados. § 128.

Patrio poder. — § 112. Definição, § 113. Direitos do pai quanto á

pessoa do filho familias, § 114; quanto aos peculios, § 116; suspensão e termo, § 119.

Partilhas. — §§ 67 e 174, n. 6.

Peculio. — Profecticio. costreuse, quasi costreuse, adventicio e adventicio extraordinario, § 115.

Pensões. — *Vej. Rendas.*

Posse. §§ 65, 71 83 e 91.

Prodigo. — Incapacidade, § 159. *Vej. Curatela.*

Provu. — Do casamento, § 30. Da filiação legitima, § 108. Da filiação dos legitimados, § 111. Da maternidade dos filhos naturaes, § 121; da dos espurios, § 126.

R

Regimen de bens no casamento. — § 50. *Vej. Communhão. separação de bens e dote.*

Registro. — De nascimentos, nota 445, pag. 227; De casamentos. § 26 e nota 114, pag. 59.

Reivindicção. — Compete á mulher casada para reaver os immoveis alienados sem sua outorga, e os dados ou vendidos pelo marido á concubina, § 40, ns. 4 e 5; e os dotaes, § 89.

Removidos. — Podem ser os tutores, § 158. n. 4. nota 144, pag. 311 e os curadores, § 166, ns. 3, 170, n. 3 e 174.

Rendas. — Vitalicias, são equiparadas á immoveis, § 40, n. 1 e Nota II. Podem ser dadas em dote, § 74.

Rendimentos. — Communicam-se. §§ 67, 68 e 82.

Representar. — O que é, nota.

S

Sacrilegos (filhos) — Definição, § 120. *Vej. Espurios.*

Separação de bens (regimen). — Natureza, § 68. Não se communicam com as dividas, § 69. Condição dos bens, § 70. Destino dos bens, dissolvida a sociedade conjugal, § 71.

Sociedade conjugal. — Como se dissolve. § 32.

Suplemento de idade. — § 158. n. 2 e nota 140, pag. 310.

Surdos e mudos de nascença. — Não podem ser tutores, § 148, n. 6; nem curadores, § 163 e 167. São sujeitos á curatela, § 163.

T

Taxa de alimentos. — §§ 137, 35, 151, 164 e 168.

Tenças. — *Vej. Rendas.*

Terça. — §§ 76 e 93, n. 3.

Testamento. — O reconhecimento de filhos naturaes pode ser feito em qualquer das especies adoptadas em direito, § 122, n. II.

Tradicção. — Do dote deve ser provada, § 89. Das arrhas, § 94.

Tutela. — Definição, § 144. Pessoas sujeitas, § 145. Testamentaria, legitima e dativa, § 146. Confirmação e nomeação de tutores, § 147. Incapacidade para tutor, § 148. Escusas, § 149. Formalidades que precedem o exercicio, § 150. Deveres dos tutores, § 151. Representação e Assistencia, § 152. Administração dos bens, § 153. Actos que o tutor não pode praticar, § 154. Responsabilidade do tutor e do juiz, § 155. Destino do dinheiro dos orphãos, § 156. Protutor e falso tutor, § 157. Como acaba a tutela, § 158. Effeitos da cessação, § 159. Prestação de contas, § 160.

U

Usufructo. — Pode ser dado em dote. § 74. Tem o pai sobre os bens adventicios do filho. § 116. n. III.

V

Velleiano. — Not. 15, pag. 111, e Nota III, § 150, n. III.

Viuva quinquagenaria. — § 64.

INDICE GERAL

Introdução	5
Direitos de Família	21

SECÇÃO PRIMEIRA

Do Casamento

CAPITULO PRIMEIRO

Esponsaes	23
---------------------	----

CAPITULO SEGUNDO

Casamento: diversas especies; solemnidades da celebração..	29
TITULO 1.º: Do casamento catholico.....	35
TITULO 2.º: Do casamento mixto.....	55
TITULO 3.º: Do casamento acatholico.....	57
TITULO 4.º: Regras de direito applicaveis á todas as formas de casamento	66
TITULO 5.º: Da dissolução da sociedade conjugal.....	86

SECÇÃO SEGUNDA

Efeitos do Casamento	103
--------------------------------	-----

CAPITULO PRIMEIRO

Relações de direito entre o marido e a mulher: poder marital e incapacidade da mulher	105
---	-----

CAPITULO SEGUNDO

Relações de direito entre os conjuges quanto aos bens.....	134
TITULO 1.º: Pactos antenuciaes	134
TITULO 2.º: Do regimen da communhão universal de bens....	141
TITULO 3.º: Do regimen da simples separação de bens.....	163
TITULO 4.º: Do regimen dotal.....	172
TITULO 5.º Das arrhas	206
TITULO 6.º: Das doações entre marido e mulher.....	211

CAPITULO TERCEIRO

Das relações entre os paes e os filhos legitimus.....	218
TITULO 1.º: Dos filhos legitimus.....	218
TITULO 2.º: Dos filhos legitimados por subsequente matrimonio	229
TITULO 3.º: Dos direitos entre os paes e os filhos familias....	233

SECÇÃO TERCEIRA

CAPITULO UNICO

Dos filhos illegitimos	253
TITULO 1.º: Dos filhos naturaes.....	254
TITULO 2.º: Dos filhos esurios.....	262
TITULO 3.º: Da perfilhação solemne.....	265
Adopção	268

SECÇÃO QUARTA

CAPITULO UNICO

Alimentos	271
------------------------	------------

SECÇÃO QUINTA
Da Tutela e Curatela

CAPITULO PRIMEIRO

Da tutela 285

CAPITULO SEGUNDO

Da curatela 316
TITULO 1.º: Da curatela dos loucos. 320
TITULO 2.º: Da curatela dos prodigos. 325
TITULO 3.º: Da curatela dos bens de auzentes. 329

NOTAS

Nota I 347
Nota II 348
Nota III 349
Nota IV 351
Nota V 352
Nota VI 353
Nota VII 354
Nota VIII 356
Nota IX 357
Nota X 358
Nota XI 359
Nota XII 360

Direitos de Família (edição fac-similar), de Lafayette Rodrigues Pereira, 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 junho de 2004, como parte integrante da Coleção *História do Direito Brasileiro – Série Direito Civil* (Volume 7).

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 Familia" e "Direito das Cousas" do Conselheiro Lafayette Rodrigues Pereira

JOSÉ DE ALENCAR
A Propriedade pelo Cons. José de Alencar - com uma prefação 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 Familia - 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